



REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO/SETEMBRO 1996 • BRASÍLIA • ANO 33 • Nº 131

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 131

julho/setembro – 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

Angelina Almeida Silva, Maria Idalina A. da Cruz e Yara Gontijo Araujo

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fabiana Gomes de Azevedo

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Heloisa Solino Evelin e Paulo Henrique Ferreira Nunes

IMPRESSÃO: Centro Gráfico do Senado Federal

CAPA: Cícero Bezerra e Paulo Cervinho

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

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

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

v.

Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 33 · nº 131 · julho/setembro · 1996

Ingo Wolfgang Sarlet	Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição. Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais 5
Edivaldo M. Boaventura	Um ensaio de sistematização do direito educacional 31
Oswaldo Maldonado Sanches	A participação do Poder Legislativo na análise e aprovação do Orçamento 59
Antônio Souza Prudente	Pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso e acesso pleno à Justiça 79
Carlos Alberto Bittar	Inconstitucionalidade das leis sobre concubinato 89
Uadi Lamêgo Bulos	Costume constitucional 95
Llewellyn Davies A. Medina	A Constituição. Poder constituinte originário, poder constituinte derivado, direitos subjetivos, direitos adquiridos 109
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes	Sistema de registro de preços: uma solução 115
Ivan Lira de Carvalho	O direito penal como instrumento inibidor da violência 123
José Severino da Silva Pitas	Revolta da dignidade e a revolução ética 129
Ellen Gracie Northfleet	Ainda sobre o efeito vinculante 133
Ricardo José Pereira Rodrigues	Eleições sem tribunais eleitorais: o caso dos EUA 135
Lafayette Pondé	Missão social dos juristas. Mensagem ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo 147
Ronaldo Rebello de Britto Poletti	A América Latina e o processo romano 151
Paulo Affonso Leme Machado	Competência comum, concorrente e supletiva em matéria de meio ambiente 167
Paulo José Leite Farias	A dimensão comunicativa da Suprema Corte 175

Sergio Gardenghi Suiama	A crise do Poder Legislativo no Estado contemporâneo. Análise dos projetos e pareceres da Assembléia Legislativa de São Paulo 197
Paulo de Bessa Antunes	Privatização e proteção ambiental. Mudanças institucionais no controle ambiental 209
Angela Cristina Pelicioli	O prazo no interdito “recuperandae possessionis” 227
Ney da Fontoura Boccanera	A indefinição da Lei do Concubinato 233
Newton Paulo Teixeira dos Santos	Um olhar sobre a propriedade, posse e custódia de documentos arquivísticos 237
José Rossini Campos Corrêa	Diário da criança e do adolescente. A infância e a juventude nos jornais de Brasília entre agosto e novembro do ano de 1995 241
João Laudo de Camargo	As concessões e o mercado de capitais 251
Francisco Wildo Lacerda Dantas	A reforma agrária e a usucapião <i>pro labore</i> 255
Jürgen Samtleben	Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a experiência européia 261
Cláudia de Rezende Machado de Araújo	Desapropriação indireta 269
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica 283
Artur Oscar de Oliveira Deda	O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis 297
Jarbas Maranhão	O estadista Agamemnon Magalhães. O julgamento do país – a consagração nacional 305
Raquel Discacciati Bello	O princípio da igualdade no concurso público 313

Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição

Problematização em nível constitucional à luz de um conceito material de direitos fundamentais

INGO WOLFGANG SARLET

SUMÁRIO

1. O “pano de fundo”. 2. O ponto de partida. 3. A colocação do problema. 4. Existe um direito fundamental de recurso das decisões judiciais para uma segunda instância ou de acesso ao duplo grau de jurisdição? 4.1. Considerações preliminares. 4.2. O catálogo “aberto” e o conceito material de direitos fundamentais: significado e alcance do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. 4.2.1. Direitos materialmente fundamentais individuais e sociais? 4.2.2. Delineamentos de um conceito material de direitos fundamentais na Constituição brasileira e a problemática dos “direitos implícitos”. 4.2.3. Exemplos de direitos materialmente fundamentais. 4.2.3.1. Direitos materialmente fundamentais fora do catálogo, mas com “status” constitucional formal. 4.2.3.2. Direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento na Constituição formal). 4.2.3.3. Direitos apenas formalmente fundamentais? 4.2.4. Limitações do conceito material de direitos fundamentais. 4.2.5. Podemos falar de um direito (e garantia) fundamental do acesso ao duplo grau de jurisdição ou de recorrer para uma segunda instância? 5. A constitucionalidade de fixação de um valor de alçada como limite ao direito (garantia) de acesso ao duplo grau de jurisdição e de recurso das decisões judiciais para uma instância superior. 6. Considerações finais.

1. O “pano de fundo”

A busca de uma justiça mais eficiente e célere constitui preocupação cuja simples menção já alcança ares de obviedade. Dentre as facetas que a problemática suscita, assumem relevo as reformas processuais recentemente incrementadas, a criação, consolidação e ampliação dos juizados de pequenas causas, bem como a implantação de outras fórmulas alternativas de composição dos

litígios e a questão do desfogamento dos tribunais, que atinge todas as esferas da justiça estadual e federal, inclusive (e de modo particularmente angustiante) os tribunais superiores. É justamente nesta última seara que centrar-se-á a nossa atenção. Ventilada a questão de fundo, cumpre, de imediato, enveredar pela senda das proposições de cunho pragmático que se oferecem com vista à superação – ao menos parcial – do citado *status quo*. O leque de opções que se oferece é amplo, de tal sorte que iremos pinçar apenas um dos exemplos que podem, eventualmente, contribuir para uma parcial solução. Cuida-se, no caso, da fixação de um valor de alçada como limite objetivo à interposição de recursos das decisões judiciais. Todavia, fica a ressalva de que o que se propõe é pura e simplesmente a problematização de uma fórmula já conhecida entre nós (basta referir o exemplo do artigo 34 da Lei nº 6.830 de 1980), mas que encontra ainda tímida aplicação.

Na realidade, contudo, a abordagem tangencia igualmente outras formas de restrição ou mesmo de supressão eventual do acesso à superior instância, tais como a fixação de rigorosas cláusulas de preclusão, limitações quanto à matéria, a elevação das custas processuais, etc. A matéria reveste-se de evidente atualidade até mesmo em face da recente lei sobre os juizados de pequenas causas cíveis e criminais (Lei nº 9.099, de 26.9.95), que prevê, em seus artigos 41, parágrafo 1, e 82, *caput*, a possibilidade de recurso (apelação) para uma turma de julgadores integrantes da primeira instância, inclusive em matéria criminal, ressaltando-se o caráter opcional do procedimento na esfera cível. De outra banda, pretende-se – à luz do exemplo concreto – colocar em pauta uma outra problemática, que, pela sua amplitude, permitiria servir de substrato para uma infinidade de situações afins, inobstante retiradas de qualquer outro campo do direito. A temática do valor de alçada como limite do acesso ao duplo grau de jurisdição constitui-se, portanto, em mero pretexto e não na finalidade precípua do presente estudo.

2. O ponto de partida

A análise, por outro lado, tomou como impulso normas contidas na Ordenação

Processual Civil Alemã (*Zivilprozeßordnung*), de 1877, na sua versão atual, que, nos seus artigos 511, letra *a*, e 546, inciso I,¹ estabelece um valor de mil e duzentos marcos (cerca de oitocentos e cinquenta reais) como limite mínimo para a interposição da *Berufung* (apelação) das sentenças proferidas pela primeira instância (dos *Amtsgerichte* para os *Landgerichte*), e um valor de alçada de sessenta mil marcos (aproximadamente quarenta mil reais) para o exercício da *Revision* (espécie de recurso especial), endereçada ao BGH (*Bundesgerichtshof*), que exerce funções similares às do nosso Superior Tribunal de Justiça. Esta limitação atinge todas as questões de cunho patrimonial, inclusive as relativas ao direito de família e das sucessões.

Deve ser salientado, a título de esclarecimento, que os *Amtsgerichte* são órgãos da primeira instância, compostos por um juiz singular e com competência limitada em matéria cível (causas patrimoniais de até dez mil marcos – cerca de sete mil reais) e criminal (delitos de cunho mais leve). Os *Landgerichte*, por sua vez, compõem-se, em regra, de câmaras integradas por três juízes togados (ressalvada a participação de jurados em causas criminais e comerciais) com competência originária para todas as causas cíveis e criminais não abrangidas pelos *Amtsgerichte* e com competência para julgar todos os recursos interpostos contra as sentenças e decisões destes juízos singulares, atuando, neste particular, como espécie de tribunal de alçada. Por sua vez, as decisões dos *Landgerichte* estão sujeitas ao controle dos *Oberlandesgerichte* (tribunais de justiça dos estados). Isto significa que o acesso ao duplo grau de jurisdição, para as demandas patrimoniais com valor inferior a mil e duzentos marcos, foi praticamente suprimido. Além disso, convém lembrar que existem outros mecanismos similares que poderiam ser garimpados no direito germânico, relativos às demais esferas judiciárias (administrativa, fiscal, social e trabalhista), que, no entanto, deixarão de ser mencionados. A referência feita teve apenas cunho exemplificativo, ressaltando a atualidade e pertinência do tema e

¹ Saliente-se, a título de esclarecimento, que utilizamos a sistemática nacional para identificar os dispositivos legais, eis que no diploma processual alemão (assim como nos códigos civil, comercial e penal), no lugar dos artigos é de praxe a denominação de parágrafos. O que para nós são os parágrafos e incisos, os alemães denominam “Absätze”.

demonstrando que esse tipo de expediente encontra utilização relativamente ampla no direito comparado (e não exclusivamente no direito alemão), além de revelar que a preocupação com o desempenho da máquina não se constitui em “privilegio” do Poder Judiciário brasileiro.

3. A colocação do problema

Dois questões fundamentais emergem, de imediato, do exemplo citado: a da licitude e a da conveniência da utilização de tal tipo de expediente (ou mesmo de medidas similares), ficando ressalvado que ambos os aspectos possuem evidentes pontos de contato que nem sempre podem ser perfeitamente delimitados e destacados. No que diz com a licitude, há de se ter em mente reflexos na esfera da estrita legalidade, bem como na seara da constitucionalidade. Na medida em que não parece militar qualquer resquício de dúvida sobre a necessidade de lei para regulamentar a matéria (outras questões pertinentes não constituem o objeto imediato desta breve análise), deparamo-nos com a segunda dimensão, a da constitucionalidade, onde pretendemos nos concentrar nas seguintes questões: a) a da viabilidade e do alcance da supressão, via legislativa, do acesso ao duplo grau de jurisdição; b) e a da viabilidade e do alcance de eventuais limitações ao direito de interposição de recursos das decisões judiciais. Ambos os aspectos devem ser objeto de análise distinta, eis que evidentemente diversos os enfoques que suscitam. Qualquer tentativa de resposta a essas indagações, contudo, parte do enfrentamento de uma questão preliminar, que carece de maior atenção, qual seja, a da existência de um efetivo direito ou garantia constitucional (fundamental ou não) de acesso ao duplo grau de jurisdição ou de recorrer das decisões judiciais para uma segunda instância.² Nesse contexto, manifesta a conveniência da abordagem de um tema que

² É de ressaltar aqui, para maior clareza, que as hipóteses são distintas entre si. Ao passo que o acesso ao duplo grau de jurisdição pode significar a possibilidade de revisão das decisões, ainda que apenas em determinadas hipóteses e sem utilização de recurso (ação rescisória, revisão criminal), um direito fundamental de recorrer para uma segunda instância possui outros contornos. A supressão de um ou mais recursos não acaba com o acesso ao duplo grau, inobstante o restrição. Sobre estes aspectos remetemos ao Cap. 4 (item 2.5) e ao Cap. 5.

suscita inúmeras e apaixonantes questões, quais sejam, as do conteúdo, significado e alcance do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa Constituição. É nessa senda que iremos envidar a tentativa de tecer algumas considerações de cunho meramente “problematizador”, sem qualquer outra intenção senão a de tentar contribuir para a abertura (ou reabertura) de um debate sobre a questão, razão pela qual fica a advertência de que não tivemos a pretensão de esgotar a literatura e jurisprudência disponíveis sobre o assunto, que, por outro lado, não chegam a ser fartas.

4. Existe um direito fundamental de recurso das decisões judiciais para uma segunda instância ou de acesso ao duplo grau de jurisdição?

4.1. Considerações preliminares

Por mais que se disseque o catálogo dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 (doravante denominada apenas CF ou CF de 1988), não encontraremos, entre os numerosos dispositivos, qualquer menção expressa a respeito de uma garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição ou a algum tipo de direito de recurso das decisões judiciais para uma superior instância. Também no restante do extenso texto de nossa “Carta Magna” não lograremos êxito nessa empreitada. De tal constatação – caso ficássemos por aqui – poderíamos extrair, ao menos em tese, a consequência lógica e jurídica da possibilidade irrestrita de gerar obstáculos legais (absolutos e relativos) ao acesso às instâncias superiores. Todavia, parece óbvio, tanto por razões estritamente ligadas a um “sentir” jurídico (em suma, ao bom senso), quanto pelo que deflui de toda a sistemática do ordenamento, que a situação não é tão simples quanto parece. Será que, a teor do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, não poderíamos cogitar de um direito fundamental decorrente dos princípios e do regime da nossa Lei Maior? A relevância da indagação é evidente, de vez que, em sendo afirmativa a resposta, dela decorreriam importantes consequências jurídicas, de modo especial no que diz com a aplicação dos princípios relativos à limitação dos direitos fundamentais, às emendas constitucionais e às regras hermenêuticas.

4.2. O catálogo “aberto” e o conceito material de direitos fundamentais: significado e alcance do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988

A regra do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF de 1988 segue a tradição do nosso direito constitucional republicano desde a Constituição de fevereiro de 1891, com alguma variação, mais no que diz com a expressão literal do texto do que com a sua efetiva *ratio* e seu *telos*.³ Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras constitucionais (de modo especial, a Constituição Portuguesa de 1911 – art. 4),⁴ a citada disposição traduz o entendimento de que, além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), existe um conceito material, no sentido de que existem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando do catálogo.⁵ O rol do artigo 5º, apesar de exaustivo, não possui cunho taxativo. A regra, por outro lado, encontra semelhante formulação na Constituição Portuguesa de 1976 (artigo 16, número 1), com aceitação também na doutrina e jurisprudência alemãs, inobstante a ausência de dispositivo expresso na Lei Fundamental de 1949, onde se aponta para a função similar do art. 2º (direito geral de personalidade), que permitiria alguns desenvolvimentos.⁶ A doutrina pátria, no entanto, vem dedicando-se ao tema, restringindo-se, contudo (e no mais das vezes), a citar a regra e mencionando sua função hermenêutica, além de consagrar entre nós a teoria dos direitos fundamentais “implícitos” ou “decorrentes”, sobre a qual ainda teremos oportunidade de nos

³ Desde a Constituição de 1891 (art. 78) e sem excessões nas Cartas que a sucederam, a tradição foi mantida na Constituição vigente. Assim, nas Constituições de 1934 (art. 114), 1937 (art. 123), 1946 (art. 144), 1967 (art. 150, parágrafo 35) e na Emenda nº 1 de 1969 (art. 153, parágrafo 36).

⁴ Assim a lição de J.J.Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1992. p. 539.

⁵ *Ibidem*.

⁶ A esse respeito, veja-se J. Miranda. *RDA* n. 199, p. 16, que, referindo-se ao art. 16/1 da Constituição de Portugal, nos fala de uma “cláusula aberta” ou de “não tipicidade”, entendimento este que já havia proposto no seu *Manual de Direito Constitucional*, 1993. V. 4, p. 152.

manifestar. Nesse sentido, é lição pacífica da doutrina que a regra citada implica a impossibilidade de aplicar-se o tradicional princípio hermenêutico do *inclusio unius alterius est exclusius*, o que, em outras palavras, significa que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implicitamente e indiretamente pode ser deduzido, doutrina esta que se encontra perfeitamente sedimentada em toda a história do constitucionalismo republicano, mas que, nem por isso (e talvez por isso mesmo), não carece de outros desenvolvimentos.⁷ Os comentários à Constituição atual – em que pese o seu inegável valor – não dedicaram muita atenção a este tema, chegando, em alguns casos, a não referir exemplos, o que se deve principalmente ao extenso e exaustivo (embora não taxativo) rol de direitos fundamentais positivados na nossa atual Carta.⁸ Em sede jurisprudencial, todavia, há que se registrar algum avanço. Aqui, apenas a título ilustrativo, cumpre referir a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, publicada no *Diário de Justiça da União* em 18 de março de 1994 e relatada pelo eminente Ministro Sydney Sanches, na qual se discutiu a constitucionalidade da Emenda Constitucional

⁷ Nesse sentido, por exemplo, apenas para citar alguns dos mais eminentes tratadistas que cuidaram do tema desde a Constituição de 1891, João Barbalho, *Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro, 1902. p. 344; Ruy Barbosa, *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. 1934. V. 6, p. 263 e segs.; Carlos Maximiliano, *Commentários à Constituição Brasileira*. 1918. p. 775 e segs.; Alcino Pinto Falcão, *Constituição Anotada*. 1957. V. 2, p. 253 e segs.; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 : com a Emenda nº 1 de 1969*. 1987. V. 5, p. 658 e segs.; Manoel Gonçalves F. Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*. 1975. V. 3, p. 136 e segs.

⁸ No que diz com a Constituição vigente, C.R. Bastos e I.G. Martins, em seus *Comentários à Constituição do Brasil*. 1989. V. 2, p. 395, referiram a dificuldade de encontrar-se exemplos de direitos fundamentais que se enquadrem na hipótese do art. 5º, parágrafo 2º, da CF. Ainda na vigência da Constituição de 1967(69), foram citados alguns exemplos, tais como os direitos à honra, à intimidade e à identidade. Nesse sentido, dentre outros, R. Russo-mano, *Curso de Direito Constitucional*. 1984. p. 414 e segs. Um dos exemplos mais contundentes, o da presunção de inocência, foi referido pelo hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, J.C. de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*. 1986. p. 491.

nº 3/93 e da Lei Complementar nº 77/93 no que diz com a criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira). Nessa demanda, além de outros relevantes aspectos, reconheceu-se expressamente que o princípio da anterioridade, consagrado no artigo 150, inciso III, alínea b, da CF, constitui, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Maior, autêntico direito e garantia fundamental do cidadão contribuinte, consagrando, assim, o princípio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais da nossa Constituição.⁹

Importante, nesse contexto, é a constatação de que o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a idéia de que o direito constitucional brasileiro (assim como o lusitano) aderiu a uma certa ordem de valores e de princípios que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do constituinte, mas que também encontra respaldo na idéia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo.¹⁰ Apesar da viabilidade de uma incursão pela seara do direito natural, que, contudo, refoge aos limites do presente estudo, há que se ter como certo que a construção de um conceito material de direitos fundamentais (assim como da própria Constituição) somente pode ser exitosa em se considerando a ordem de valores dominantes (no sentido de consensualmente aceita pela maioria), bem como as circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional.¹¹

A distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não tem sido objeto de muitos estudos e grandes divergências doutrinárias, ao menos no âmbito da literatura luso-brasileira. De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo,

por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.¹²

De regra, com base no entendimento que subjaz ao artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, podemos cogitar de duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais; b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional), devendo ser referida a respeitável doutrina que advoga a existência de uma terceira categoria, a dos direitos apenas formalmente fundamentais.¹³ Nesse particular, a doutrina ainda não se encontra completamente pacificada no que diz com a posição assumida pelos direitos materialmente fundamentais (de modo especial, por óbvio, os que não encontram assento na Constituição formal), com relação aos direitos do catálogo, isto é, se podem ou não ser equiparados no que tange ao seu regime jurídico. Outra questão crucial que exsurge da abertura material do catálogo, propiciada pelo artigo 5º parágrafo 2º, da CF, reside na dificuldade em identificar, no texto constitucional (ou mesmo fora dele), quais, efetivamente, os direitos – e aqui deixamos de adentrar no terreno espinhoso da conceituação do termo “direitos” – que reúnem as condições para poderem ser considerados materialmente fundamentais. A construção de um critério

¹² Conforme J.J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 539 e segs. e também J. Miranda, *RDP*, n. 82, p. 6 e segs.

¹³ A respeito deste critério de classificação consulte-se J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 1987, p. 78 e segs. que justamente defende a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, que seriam os constantes do catálogo, mas que, por sua substância e importância não se enquadram no conceito material de direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que Vieira de Andrade parte de uma presunção de materialidade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. Posição semelhante é apresentada por J.J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 539 e segs. Em sentido diverso, Jorge Miranda, op. cit. p. 9, nota 11, que defende o ponto de vista de acordo com o qual todos os direitos fundamentais em sentido formal (integrantes do catálogo) também são materialmente fundamentais, posição, aliás, que nos parece a mais adequada. Todavia, ainda que se aceite a tese de Vieira de Andrade, o fato de existirem direitos apenas fundamentais em sentido formal não autoriza que sejam tratados de forma diversa, eis que continuam protegidos pelo mesmo regime jurídico dos demais.

⁹ A decisão citada foi extraída do periódico LEX (JSTF) n. 186, p. 69 e segs.

¹⁰ Assim o entendimento de J. Miranda, *RDP*, n. 82, p. 7.

¹¹ Também aqui nos socorremos da lição de J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1993. V. 4, p. 9 e segs.

material de identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo, bem como os limites a essa atividade, constituem matéria intrincada e marcada por forte dose de subjetividade.

Outro ponto que merece destaque é o que diz respeito às fontes dos direitos fundamentais fora do catálogo, que podem ter assento em outras partes do texto constitucional ou serem oriundas de outros textos legais nacionais ou internacionais. Além disso, há que se considerar a problemática da abrangência da regra, eis que topograficamente situada no capítulo dos direitos individuais e coletivos, sendo, no mínimo, cautelosa a indagação a respeito da viabilidade de sua extensão aos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, comumente e genericamente denominados direitos sociais. Tentaremos, portanto, focar (respeitando os limites da presente abordagem) cada um desses aspectos, antes de arriscarmos algum tipo de proposição a respeito da problemática do acesso ao duplo grau de jurisdição ou de um direito de recurso para uma instância superior. Iniciaremos pelo ponto que nos parece o primeiro (ainda que a ordem dos fatores possa, em certas hipóteses, não alterar o produto): o da abrangência da regra do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF de 1988.

4.2.1. Direitos materialmente fundamentais individuais e sociais?

É inquestionável que a regra do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF atinge os direitos individuais, considerados como tais os direitos fundamentais de cunho negativo, dirigidos *prima facie* à proteção do indivíduo (isolada ou coletivamente) contra intervenções do Estado, isto é, centrados numa atitude de abstenção dos poderes públicos, o que pode ser deduzido da expressão literal da norma e da sua localização no texto. Que a citada regra igualmente abrange os chamados direitos sociais, identificados como direitos essencial e preponderantemente dirigidos a prestações positivas do Estado, sejam normativas ou fáticas,¹⁴ isto pode ser inferido basicamente de

três constatações: em primeiro lugar, da expressão literal do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, que refere, de forma genérica, os “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem qualquer limitação quanto a sua posição no texto; em segundo lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regrados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e, com particular relevo, na Constituição alemã de 1919 (Constituição de *Weimar*). Da mesma forma, virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que – a despeito da diversa estrutura normativa e de suas conseqüências jurídicas – ambos os “grupos” de direitos se encontram revestidos pelo manto da “fundamentalidade”. Por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no Capítulo I do Título II não pode prevalecer diante de uma interpretação sistemática, que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo.

Além desses argumentos, encontramos a norma do artigo 6º da CF, que nomeia os direitos sociais (educação, saúde, trabalho, etc.), encerrando com a expressiva formulação “na forma desta Constituição”, deixando em aberto a possibilidade de se considerarem incluídos, no âmbito dos citados direitos sociais, alguns outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional, nomeadamente os insertos no título “Da Ordem Econômica e Financeira” e “Da Ordem Social”. Da mesma forma, verifica-se que a regra do artigo 7º, cujos incisos especificam os direitos fundamentais dos trabalhadores, prevê expressamente, em seu *caput* (“são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”), a abertura a outros direitos similares, inclusive sem restrição quanto à origem. Aliás, na doutrina nacional, já foi virtualmente pacificado o entendimento de que o rol dos direitos sociais (art. 6º) e o dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º) são

¹⁴ Aqui estamos aderindo a um dos mais consagrados critérios de distinção entre os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, comumente também denominados Direitos Individuais (de cunho negativo, eis que dirigidos a abstenções do Estado) e os assim chamados Direitos Sociais, tidos como direitos primordialmente dirigidos a prestações

estatais positivas. Essa distinção, inclusive sob o ponto de vista terminológico, encontra-se sujeita a críticas e carece de adaptação ao direito positivo, de modo especial em face das peculiaridades apresentadas pela CF de 1988. Por esses motivos, há que se tê-la aqui como mero ponto de referência.

– a exemplo do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF – meramente exemplificativos,¹⁵ de tal sorte que ambos podem ser perfeitamente qualificados de cláusulas abertas especiais.

Também não pode ser olvidado que a República brasileira se apresenta como um Estado Social e Democrático de Direito,¹⁶ cujos contornos básicos encontram-se ancorados no Preâmbulo, nas normas dos artigos 1º a 4º da CF (Princípios Fundamentais), pela consagração expressa de um catálogo de direitos fundamentais sociais (artigos 6º a 11) e em face dos princípios norteadores dos títulos que versam sobre as ordens econômica e social (artigos 170 e 193), isto sem falar nas diversas normas concretizadoras desses princípios que se encontram espalhadas pelo texto constitucional. Já por esse motivo, a existência de direitos sociais materialmente fundamentais não poderia ser sumariamente desconsiderada, eis que inerente à natureza e substância de um Estado Social. Nesse sentido, especialmente valiosa a contribuição do mestre de Lisboa, Jorge Miranda,¹⁷ que, além de acentuar a relação dos direitos sociais com as exigências de um Estado Social, leciona que a existência de direitos sociais materialmente fundamentais, mesmo localizados fora da Constituição, não conduz necessariamente a restrições no campo das liberdades individuais, de modo especial quando os direitos sociais se constituem em importante instrumental para um intensivo e eficaz exercício das liberdades e alavanca para a concretização da igualdade material. Assim, apesar da possibilidade de se aprofundar a argumentação, não se vislumbra argumento suficiente a ensejar entendimento diverso. Problema completamente distinto – e aí encontraremos reais dificuldades – é o da identificação de um conceito material ou

mesmo de critérios substanciais de localização destes direitos na Constituição e fora dela.

4.2.2. Delineamentos de um conceito material de direitos fundamentais na Constituição brasileira e a problemática dos “direitos implícitos”

Apesar da unanimidade que milita no seio da doutrina sobre a abertura material do catálogo de direitos fundamentais na CF de 1988, verifica-se que as perguntas formuladas (Capítulo IV, *supra*) carecem de resposta, sem falar na ausência de propostas com relação ao conteúdo de um conceito substancial de direitos fundamentais embasado no nosso direito constitucional positivo. Como se cuida de campo relativamente inexplorado entre nós (ressalvados os exemplos citados e a referência valiosa sobre a função hermenêutica da abertura material dos direitos fundamentais e a doutrina dos direitos “implícitos”), mas de intrínseca relação com o tema proposto, tentaremos traçar, ao menos, algumas referências de cunho genérico, mas que poderiam sugerir algum desenvolvimento posterior.

É nesse contexto que se impõe seja levada em conta a categoria dos assim denominados “direitos implícitos” (ou “decorrentes”), de acordo com a formulação consagrada pela nossa doutrina e que deve ser inserida no nosso debate em torno do significado e alcance do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Lei Fundamental. Tomando-se, a título exemplificativo, a conceituação de José Afonso da Silva, verifica-se que este renomado publicista distingue (ao lado dos direitos individuais expressos) os direitos implícitos, que seriam aqueles que estão subentendidos nas regras das garantias fundamentais, dos direitos individuais decorrentes do regime e dos constantes nos tratados internacionais e que (ao contrário dos implícitos) não se encontram expressa ou implicitamente enumerados.¹⁸ Essa distinção (entre direitos implícitos e decorrentes) nos revela parte das indagações que suscita a exegese do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta. Ao contrário da Constituição portuguesa

¹⁵ A esse respeito M.G. Ferreira Filho, *Comentários à Constituição de 1988*. 1990. V. 1, p. 89 e 92, segundo o qual o rol dos artigos 6º e 7º da CF é meramente exemplificativo. No mesmo sentido P. Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*. 1989. V. 1, p. 222.

¹⁶ A respeito da caracterização do Estado brasileiro, tal como plasmado na Constituição de 1988, como autêntico Estado Social (ou Estado Democrático e Social de Direito), ver, dentre outros, P. Bonavides, *Direito Constitucional*. 1994. p. 336 e segs. Nesse sentido também, embora com ligeira divergência quanto à terminologia, J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1991. p. 102-103.

¹⁷ MIRANDA, op. cit. p. 154 e segs., nota 11.

¹⁸ Cf. a respeito J.A. Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1991. p. 174, com a ressalva crítica de que o autor restringe a noção direitos implícitos e decorrentes aos direitos individuais. Além do mais, dá a entender que os direitos implícitos se constituem em categoria estranha ao art. 5º, parágrafo 2º, da nossa CF.

(art. 16/1), que, no âmbito da abertura material do catálogo, limita-se a mencionar a possibilidade de outros direitos fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, a nossa Constituição foi mais além, eis que, ao referir os direitos “decorrentes do regime e dos princípios”, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, via ato interpretativo, a partir dos direitos constantes do “catálogo”, bem como do regime e dos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema. Assim, sob pena de restar desvirtuado o sentido da norma, cumpre reconhecer – a despeito de todas as dificuldades que a questão suscita – que, paralelamente aos direitos fundamentais fora do “catálogo” (com ou sem sede na Constituição formal), o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange os direitos não-expressamente positivados. Além disso, em se tomando a distinção traçada por José Afonso da Silva, verifica-se que a categoria dos “direitos implícitos” (pelo menos na conceituação que este autor lhes deu) constitui, na realidade, uma espécie do gênero “direitos decorrentes do regime e dos princípios”. Ademais, salta aos olhos que o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988 abrange, além dos direitos fundamentais escritos (que obedecem à classificação dúplice – ou tríplice – acima proposta), os direitos não-escritos ou, se preferirmos a terminologia usual, os direitos “implícitos” ou “decorrentes”, com a ressalva de que estes devem ser considerados em sentido amplo (direitos subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias e os decorrentes do regime e dos princípios).

Sobre esse assunto convém, ainda, lançar um olhar sobre os clássicos do nosso direito constitucional. Além da função hermenêutica atribuída ao dispositivo que consagrou entre nós a noção de direitos implícitos (decorrentes) e que já havia sido, dentre outros expoentes da cultura jurídica nacional, objeto de lúcido comentário por parte de Ruy Barbosa e, posteriormente, por Pontes de Miranda (v. nota de rodapé nº 7 *supra*), cumpre referir a lição da doutrina no que tange ao desenvolvimento interpretativo dos direitos não-escritos. Nesse particular, vale lembrar a lição de Carlos Maximiliano que, ao comentar o artigo 144 da CF de 1946 (repisando as suas anotações à Constituição de 1891), apontou o seguinte: a

“não pode especificar todos os direitos,

nem mencionar todas as liberdades. A lei ordinária, a doutrina e a jurisprudência completam a obra. Nenhuma inovação se tolera em antagonismo com a índole do regime, nem com os princípios firmados pelo código supremo. Portanto, não é constitucional apenas o que está escrito no estatuto básico, e, sim, o que se deduz do sistema por ele estabelecido, bem como o conjunto das franquias dos indivíduos e dos povos universalmente consagrados”.¹⁹

Seguindo esse entendimento, Alcino Pinto Falcão (igualmente comentando o artigo 144 da Carta de 1946), após citar exemplo extraído da jurisprudência argentina (direito de reunião), salientou que o dispositivo citado, além de sua *finalidade reveladora de direito* (grifo nosso) tem, também, a conservadora de direitos outrora expressos e que, por passarem de atualidade, não mais passaram, na Declaração de Direitos, a ser expressos.”²⁰ Ainda a esse respeito, importa transcrever o que talvez tenha sido a posição mais contundente, entre nós, em favor dessa tese. Para Paulino Jacques, o legislador constituinte, ao referir os termos “regime” e “princípios”, “quis ensejar o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades da vida social e as circunstâncias dos tempos pudessem exigir. É uma cláusula, por conseguinte, consagradora do princípio da “equidade” e da “construção jurisprudencial”, que informam todo o direito anglo-americano e que, por via dele, penetram no nosso sistema jurídico. Também, entre nós, não é a lei a única fonte do direito, porque o “regime”, quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os “princípios” da Constituição (república federal presidencialista) geram direitos.”²¹

O que se conclui do exposto é que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição é de uma amplitude ímpar,

¹⁹ MAXIMILIANO, op. cit. V. 3, p. 175.

²⁰ FALCÃO, A.P., *Constituição Anotada*. Rio de Janeiro : Konfino, 1957. V. 2, p. 254.

²¹ JACQUES, P. *Curso de Direito Constitucional*, 1983. p. 453. Saliente-se que o autor também critica veementemente o significado restrito que a doutrina tradicional teria emprestado ao dispositivo em exame, analisando-o meramente sob o enfoque de sua função afastadora do princípio do *inclusus unius alterius est exclusus*.

encerrando expressamente a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não-escritos (no sentido de não-expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Tal constatação é, por outro lado, de suma relevância para viabilizar a delimitação de certos critérios que possam servir de parâmetro na atividade “reveladora” desses direitos. Nesse sentido, o citado dispositivo reza que “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”. A expressão literal do texto, principalmente na sua primeira parte, evidentemente não nos auxilia muito na tarefa, remetendo-nos para a esfera da interpretação teleológica, mas, sobretudo, sistemática dos termos abertos “regime e princípios”. Todavia, calcados no sentido literal da norma, podemos ter dois critérios basilares como certos: a) os direitos fora do catálogo devem necessariamente decorrer do regime e dos princípios contemplados pela Carta; b) ou devem constar dos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Nessa linha de raciocínio, põem-se, de imediato, duas questões que merecem um mínimo de atenção: a) a alternativa ou não de ambos os critérios, eis que a Constituição utiliza a conjunção “ou”; e b) o conteúdo dos termos “regime” e “princípios”.

À luz das considerações tecidas, parece razoável o entendimento de que o artigo 5º, parágrafo 2º, da CF se refere às disposições contidas no Título I, artigos 1º a 4º (Dos Princípios Fundamentais), onde também se encontram delineados os contornos básicos do Estado Democrático e Social de Direito que identificam a nossa República. Nesse título, além do regime da social-democracia consagrado pela nossa Carta, encontram-se expressos os fundamentos, objetivos e princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro, seja em nível interno, seja na esfera das relações internacionais. Somente nesta acepção, salvo melhor juízo, as expressões “regime” e “princípios” podem ser inseridas de forma lógica e objetiva no contexto de um conceito material. Caso contrário, poderíamos chegar ao extremo de criar novos direitos fundamentais a partir de qualquer outra disposição contida na Constituição, de modo

especial das diversas (e não são poucas) normas de cunho programático, o que certamente conduziria a uma ampliação, não muito útil e certamente ainda menos desejável, do catálogo. Assim, ainda que a nossa Constituição não conheça regra similar à contida no artigo 17 da Constituição portuguesa, que trata dos “direitos análogos”,²² o artigo 5º parágrafo 2º, da CF poderia ser interpretado de tal forma que direitos materialmente fundamentais somente podem ser os que se encontram subentendidos (implícitos) nas normas definidoras de direitos e garantias da Constituição, bem como aqueles com assento em outras partes do texto constitucional e que correspondam às exigências dos artigos 1º a 4º da nossa Carta, isto é, ao “regime” e “princípios” por ela adotados, além de guardarem a devida sintonia com os direitos fundamentais constantes do catálogo, aos quais podem ser equiparados.

Situação um pouco diversa se nos oferece com os direitos fundamentais consagrados em tratados internacionais firmados pelo Brasil, que não parecem ter sido abrangidos por esta restrição, ao menos de acordo com a expressão literal do texto (“decorrentes do regime e dos princípios.... ou dos tratados internacionais...”). Há que se ter em mente, contudo, que mesmo esses direitos de origem internacional – apesar de não serem propriamente direitos implícitos ou decorrentes – não podem conflitar diretamente com as normas constitucionais em geral, quanto mais com os princípios fundamentais dos artigos 1º a 4º ou com os direitos fundamentais do catálogo. Trata-se de relação diversa da outra categoria (direitos decorrentes do regime e princípios), mas que, igualmente, não pode ser negligenciada. A respeito da existência de direitos materialmente fundamentais oriundos de textos legais infraconstitucionais, há que se ter a devida cautela, eis que o texto do artigo 5º, parágrafo

²² Os Direitos Fundamentais “análogos”, mencionados no art. 17 da Constituição Portuguesa de 1976, referem-se tão somente aos Direitos, Liberdades e Garantias do Título II e não aos Direitos Sociais (Título III). Somente para o primeiro grupo (direitos análogos), aplica-se o regime específico e mais rigoroso dos Direitos, Liberdades e Garantias, como, por exemplo, o fato de constituírem limites materiais à revisão constitucional. Neste sentido, para efeitos de uma visão sintética e panorâmica sobre o assunto, J. Casalta Nabais, *BMJ*, n. 400, p. 21 e segs. Também J. Miranda, *RDP*, n. 82, p. 17 e segs.

2º, da CF, ao contrário do artigo 16º/1 da Constituição portuguesa, não utiliza a expressão “lei”. Nesse sentido, lembra Canotilho que Marnoco e Souza, relativamente ao artigo 4º da Constituição portuguesa de 1911, já havia tomado posição bastante cética a respeito, alertando para a falta de sentido de se cogitar de direitos fundamentais legais, que não poderiam simplesmente, como num “passe de mágica” (o termo é nosso), ser guindados ao mesmo patamar das garantias constitucionais.²³ O fato é que a legislação ordinária – e esta parece ser a interpretação mais razoável – cumpre o papel de concretizar, densificar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na Constituição, tornando-os (em se cuidando de normas de cunho programático ou de eficácia limitada) diretamente aplicáveis. Também a tradição (sem qualquer exceção) do nosso direito constitucional aponta para uma exclusão da legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente fundamentais, eis que nunca houve referência à lei nos dispositivos que consagraram a abertura de nosso catálogo de direitos.

Outro ponto de partida relevante para a construção de um conceito material de direitos fundamentais à luz da CF de 1988 é a circunstância (já devidamente explicitada no item b.1, *supra*) de que podemos encontrar tanto direitos materialmente fundamentais de cunho individual (direitos de liberdade, igualdade e as correspondentes garantias), quanto direitos sociais. Tal constatação é de suma relevância para a compreensão de que a nossa Constituição contempla um conceito unitário e abrangente de direitos fundamentais, englobando ambos os grupos de direitos nas suas mais variadas funções e sentidos.

Inobstante já tenhamos pinçado alguns parâmetros calcados na sistemática do texto constitucional positivo, ainda que de cunho bastante genérico, a matéria carece de algum desenvolvimento, de modo especial com o objetivo de alcançar critérios mais densos. Para tanto, até mesmo em face da carência de material nacional sobre esse aspecto do tema, buscamos algum reforço na valiosa literatura portuguesa sobre o assunto, o que se justifica ainda mais diante da similitude de ambas as ordens constitucionais. Uma formulação interessante foi tentada por José Carlos Vieira de Andrade, da Universidade de Coimbra,

²³ CANOTILHO, op. cit., p. 539/40.

que identifica os direitos fundamentais primordialmente pela existência de um “radical subjetivo”, na medida em que todos os direitos fundamentais se diferenciam das demais categorias por outorgarem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos certas posições subjetivas. Esta subjetividade se constitui em característica essencial e preponderante da estrutura normativa de todos os direitos fundamentais. Além disso, como segundo critério distintivo proposto pelo autor, todos os direitos fundamentais possuem uma função *protetiva* (ainda que de intensidade variável), eis que se dirigem à proteção de certos bens individuais ou coletivos. Por fim, na base de todos os direitos fundamentais, radica o princípio da dignidade da pessoa humana, que justamente é concretizado pelo reconhecimento e positivação de direitos e garantias.²⁴ Todos os três critérios, em seu conjunto, permitem (na acepção do citado publicista) definir a matéria dos direitos fundamentais no contexto de sua autonomia relativa na sistemática da Constituição e alcançar, de tal modo, a identificação de um conceito material de direitos fundamentais.

A tentativa levada a efeito por Vieira de Andrade foi criticada por parte da doutrina lusitana, de modo especial sob a acusação de não ser constitucionalmente adequada, censura esta que também deveria aplicar-se ao caso brasileiro, dada a similitude entre ambos os sistemas, particularmente pela acolhida de direitos fundamentais sociais nos respectivos textos. A crítica de Gomes Canotilho,²⁵ embora parcialmente procedente, não desqualifica por completo os critérios formulados, que, no entanto, devem ser complementados e devidamente adaptados no sentido de englobarem os direitos sociais e para encontrarem a devida inserção no contexto global do regime e dos princípios fundamentais dos artigos 1º a 4º da CF de 1988, além de guardarem relação com as normas contidas no

²⁴ ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987. p. 83 e segs, inobstante não nos pareça muito clara a expressão “radical subjetivo”.

²⁵ Segundo a lição de CANOTILHO, op. cit., p. 542 e 543, a proposta de Vieira de Andrade não corresponde à realidade constitucional portuguesa por negligenciar a abrangência do catálogo dos Direitos Fundamentais, que contempla expressamente os Direitos Sociais.

catálogo da Constituição (artigos 5º, 6º e 7º, especialmente). O respeito e a proteção da dignidade humana é, também para o Estado brasileiro, o valor fundamental subjacente e informativo de toda a ordem constitucional. Nesse sentido, não pode ser olvidado que, apesar da impossibilidade de se obter um critério universal unificado, geral e definitivo para um conceito material de direitos fundamentais, há que se considerar a existência de critérios distintivos e calcados de forma direta ou indireta na ordem constitucional positiva, os quais propiciam, no caso concreto, uma identificação constitucionalmente adequada e, portanto, relativamente segura dos direitos materialmente fundamentais.²⁶ Cuida-se, por certo, de atividade essencialmente cometida ao Poder Judiciário, tratando-se de uma espécie de criação jurisprudencial e tópica do direito, verdadeira *Rechtsfindung*,²⁷ embora possa militar grande divergência sobre seus limites. Os critérios, ora sucintamente esboçados e indiscutivelmente carecedores de aperfeiçoamento, servem, portanto, mais como instrumental auxiliar, como bússola sugerindo um caminho mais seguro, do que como normas absolutas de interpretação. Se puderem facilitar o trabalho no caso concreto, certamente já terão justificado sua existência.

4.2.3 Exemplos de direitos materialmente fundamentais

O enunciado deste item traduz, em verdade, mais uma interrogação do que uma afirmativa categórica, eis que a busca de exemplos concretos de direitos materialmente fundamentais (formalmente constitucionais ou não) pressupõe elevada dose de subjetividade, esbarrando, ainda, numa carência de exemplos no seio de nossa doutrina. Nesse particular, cumpre traçar uma linha divisória entre os direitos situados no texto constitucional e os exemplos encontrados nos tratados ou convenções internacionais. A distinção se faz necessária pela evidente diferença de tratamento jurídico que envolve cada uma das categorias. Fica, além disso, a advertência de que os dispositivos referidos não passam de sugestões, sujeitas individualmente a críticas e a análise mais aprofundadas.

²⁶ Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 125 e segs.

²⁷ Aqui cabe citar o entendimento de J.M.M. Cardoso da Costa. *BMJ*, n. 396, p. 13 e segs, 1990.

4.2.3.1. Direitos materialmente fundamentais fora do catálogo, mas com *status* constitucional formal

A mera posição constitucional dos direitos fundamentais fora do catálogo não facilita em muito a tarefa de sua correta identificação, inobstante a sua condição de direito constitucional no sentido formal possa diminuir os riscos de um equívoco. Os exemplos na nossa literatura são, também aqui, bastante escassos. Os poucos que localizamos encontram-se em manuais e comentários anteriores à vigência da atual Constituição, sendo que nesta passaram a ser expressamente consagrados, perdendo assim sua atualidade. Em parte, parece viável a utilização de exemplos garimpados na literatura constitucional portuguesa, cotejando-os com o texto da nossa Constituição e observando o regime e os princípios por ela consagrados. No mais, a pesquisa deverá enveredar pelo campo do direito constitucional positivo, igualmente respeitados os critérios distintivos já citados.

No campo dos direitos individuais de liberdade (de cunho negativo), a invulgar abrangência e casuística do catálogo do artigo 5º não deixa muito espaço para a revelação de outros direitos equivalentes. Fica ressalvado, nesse sentido, que a maioria dos direitos elencados no artigo 7º (direitos dos trabalhadores) são, por sua essência, direitos de liberdade e de igualdade. No mínimo, há que se reconhecer uma manifesta similitude quanto à sua estrutura normativa.²⁸ Todavia, devemos excluí-los de nossa análise, eis que já integrantes do catálogo. Podemos, no entanto, arriscar alguns exemplos. O direito de igual acesso aos cargos públicos (artigo 37, inciso I), também citado na doutrina germânica; os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (artigo 37, incisos VI e VII); a legitimação ativa para a iniciativa popular legislativa (artigo 61, parágrafo 2º), que pode ser considerada como direito de participação política; as limitações constitucionais ao poder de tributar (artigo 150,

²⁸ Por ocasião da primeira revisão da Constituição Portuguesa de 1976, levada a efeito em 1982, parte dos direitos dos trabalhadores, antes consagrados como Direitos Sociais (por exemplo, a liberdade de associação sindical), foram transferidos para o título dos “Direitos, Liberdades e Garantias”.

incisos I a VI);²⁹ o direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (artigo 220); o direito ao planejamento familiar (artigo 226, parágrafo 7º); a proteção da entidade familiar (artigo 226, parágrafo 3º) como espécie de garantia de instituto; e o direito dos filhos a tratamento igualitário e não-discriminatório (artigo 227, parágrafo 6º) são, sem dúvida, dispositivos formalmente constitucionais capazes de se caracterizarem como posições subjetivas e permanentes do indivíduo (isolada ou coletivamente), que, além disso, revelam nítida preocupação com a proteção da dignidade humana e da liberdade, constituindo-se, portanto, em direitos materialmente fundamentais ou passíveis de se enquadrarem nesta categoria.

Na esfera dos direitos sociais, considerados aqui na sua acepção mais ampla, também podemos garimpar alguns exemplos na CF de 1988. Relativamente problemática é, contudo, a interpretação que se pode conferir ao sentido e extensão dos artigos 6º e 7º, de vez que ambos os dispositivos exercem influência direta sobre a identificação de outros direitos fundamentais dentro ou fora da Constituição. O artigo 6º reza que

“são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Na medida em que a educação (também a cultura e o esporte), a saúde, a previdência social, a família (igualmente abrangida a proteção da infância e dos idosos) se encontram novamente previstas nos diversos capítulos do Título VIII (artigos 193 a 232), poder-se-ia especular a respeito da possibilidade da extensão da condição de materialmente fundamentais a todos os direitos aí considerados, eis que se trata de regras que dispõem especificamente sobre a concretização das categorias genéricas do artigo 6º. Esta concepção, contudo, não parece corresponder

²⁹ Com relação ao princípio da anterioridade (art. 150, inciso III, alínea *b*, da CF), mas também no que diz com as imunidades previstas no inciso VI, alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do mesmo dispositivo (eis que igualmente abrangidas pela decisão), cabe relembrar o já citado aresto do Supremo Tribunal Federal, proferido na ADIN Nº 939-7, que teve as limitações constitucionais ao poder de tributar como autênticos direitos e garantias fundamentais individuais do cidadão (item 2.1 “supra”).

aos objetivos do constituinte nem mesmo aos ditames do bom senso, pois, se assim fosse, teríamos de considerar como fundamentais quase todas as posições jurídicas consagradas nos cerca de 50 artigos, com exceção, talvez, das disposições relativas à comunicação social. Também a extensão do artigo 7º (...“além de outros que visem à melhoria de sua condição social”) se revela problemática, embora em menor grau, na medida em que relativo aos direitos dos trabalhadores, não se restringindo, todavia, ao contrário do que deflui do artigo 6º, ao texto constitucional. Ambos os dispositivos representam significativo exemplo dos problemas gerados com a formulação técnica do texto constitucional e que se fazem sentir com invulgar intensidade na nossa atual Carta.

Além dessas considerações, não deveria ser esquecido que no Título VII da CF de 1988, que dispõe sobre a ordem econômica e financeira (artigos 170 a 192), existem dispositivos que poderiam ser levados em conta como direitos fundamentais de cunho social. Por esses motivos, convém retomar os argumentos já desenvolvidos sobre os critérios materiais de identificação dos direitos fora do catálogo. Materialmente fundamentais (e sendo localizados em outras partes do texto constitucional também com *status* formal) são apenas aqueles dispositivos que se harmonizam com a especial relevância e valor dos direitos fundamentais no âmbito da Constituição e que conferem ao indivíduo (na sua dimensão individual e social), de forma permanente, certas posições jurídicas que servem à proteção da sua dignidade humana e que correspondem ao regime e princípios fundamentais de um Estado Social e Democrático de Direito. Nesse sentido, também na esfera dos direitos sociais, podem ser colacionados alguns dispositivos dispersos no texto constitucional, de modo particular no título relativo à ordem social, tais como o direito à utilização gratuita dos transportes públicos coletivos para pessoas com mais de 65 anos de idade (artigo 230, parágrafo 2º), o direito à proteção do meio ambiente (artigo 225),³⁰ o direito à assistência social (artigo 203), o qual, a despeito de constituir-se

³⁰ O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado integra, na realidade, o rol dos assim denominados direitos de “terceira geração”, cuidando-se de típico direito difuso, inobstante também tenha por objetivo o resguardo de um existência digna do ser humano, na sua dimensão individual e social.

em norma não auto-aplicável, já foi devidamente concretizado pelo legislador.³¹ Além disso, podem ser cogitadas algumas normas de cunho eminentemente programático, nomeadamente os artigos 196 (direito à saúde), 205 (educação), 208, inciso I (ensino fundamental obrigatório e gratuito), 215 (garantia do exercício dos direitos culturais), 217 (fomento do desporto), entre outros.

4.2.3.2. Direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento na Constituição formal)

Quanto à possibilidade de se considerarem como materialmente fundamentais direitos consagrados na legislação infraconstitucional, já firmamos posição no sentido da sua inadmissibilidade (ainda que a questão comporte alguma discussão) à luz da sistemática adotada por nossa Lei Maior. Já no que diz com as normas do direito internacional, a Constituição, de acordo com a redação do artigo 5º, parágrafo 2º, refere apenas os tratados internacionais, não mencionando as convenções ou outras espécies de regras internacionais. Nesse particular, o constituinte lusitano foi bem mais além ao dispor, no já referido artigo 16º/1, que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem outros constantes das leis e regras aplicáveis de direito internacional” (grifei), impedindo, de tal sorte, interpretação restritiva da qual poder-se-ia cogitar entre nós, em face da expressão literal do texto constitucional. Todavia, não pode prevalecer o entendimento de que o constituinte de 1988 tenha tido a intenção de excluir do âmbito de abertura material do catálogo dos direitos fundamentais consagrado no artigo 5º, parágrafo 2º, as regras de direito internacional geral e convencional.

Em primeiro lugar, há que se fazer a exegese do termo “tratados internacionais” de que se valeu o constituinte de 1988, investigando-se, ao menos sumariamente, quais as regras de direito internacional que se enquadram nesta categoria. Nesse particular, a despeito da falta de precisão terminológica e da diversidade de

expressões encontradas no direito constitucional positivo, onde não se vislumbra critério uniforme de distinção entre as diversas espécies de normas internacionais,³² existe uma certa unanimidade no seio da doutrina no sentido de que o termo “tratados internacionais” engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, tratando-se de gênero em relação ao qual as convenções e pactos (apenas para citar alguns dos mais importantes) são espécies, eis que, de acordo com o seu conteúdo concreto e sua finalidade, os tratados são rotulados diversamente, o que, aliás, ocorre da própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que considera “tratado” um termo genérico, “significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular.”³³ Na definição de José Francisco Rezek, em sua monumental obra sobre o Direito dos Tratados, “tratado é o acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos,”³⁴ não importando – para efeitos de sua caracterização – o rótulo utilizado, eis que, em sendo mero instrumento, deve ser identificado por seu processo de produção e pela forma final, não pelo seu conteúdo.³⁵ Assim, mesmo mediante uma interpretação estritamente literal (que considera as expressões tratados, convenções, pactos, etc. como sinônimas), já é possível

³² Neste sentido cabe citar os exemplos trazidos por A. Süsskind, *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo : Ltr, 1991. V. 2, p. 304/5, que apresenta a problemática à luz dos dispositivos da nossa Constituição vigente. A este respeito também a lição de J. F. Rezek, *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 83 e segs., que arrola as seguintes “espécies” (no sentido de terminologias utilizadas) de tratados: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, “modus vivendi”, pacto, protocolo e regulamento (op. cit., p. 86).

³³ Assim, dentre outros, o entendimento do renomado internacionalista A. A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília : Universidade de Brasília, 1981. p. 12; veja-se, por igual, o clássico H. Accioly, *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1980. p. 120. Dentre os constitucionalistas, tal circunstância foi referida por J. Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*. 1980. V. 2, p. 870, nas suas anotações ao art. 5º, parágrafo 2º, da CF.

³⁴ REZEK, op. cit. p. 21, nota 32.

³⁵ Ibidem, p. 83.

evitar-se consideravelmente uma diminuição do alcance da abertura material do catálogo relativamente aos direitos fundamentais oriundos do direito internacional.

Ainda que assim não fosse, deveríamos ter em mente que, por força de uma interpretação cingida à letra fria do texto, teriam de ser desconsiderados os direitos fundamentais previstos nos pactos internacionais da ONU sobre direitos civis e políticos e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da OEA (1969), apenas para citar os mais relevantes nesta matéria. Em suma, na medida em que os principais documentos internacionais consagradores dos direitos humanos não se enquadram na categoria jurídica dos tratados e em se considerando apenas estes como hábeis a servirem de fonte para direitos materialmente fundamentais, estar-se-ia restringindo gravemente (para não dizer completamente) o alcance do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição, que outra finalidade não possui senão a de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos. A finalidade precípua da consagração pela nossa Carta do princípio da não-tipicidade certamente não é a de restringir, mas, sim, a de ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional, solução que, aliás, corresponde às exigências de uma ordem internacional cada vez mais cunhada pela interdependência entre os Estados e pela superação da tradicional concepção da soberania estatal.

Mais delicada, contudo, a inclusão das regras de direito internacional comum no âmbito de abertura propiciado pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta. Nesse particular, resta evidente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, adotada na forma de uma resolução, não se enquadra na categoria dos tratados internacionais, ao menos não no sentido que lhes imprimiu a Convenção de Viena, consoante já frisado.³⁶ Ainda que existam documentos que – apesar de levarem o

³⁶ Assim o entendimento de C.D. de Albuquerque Mello. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1982. V. 1, p. 553. No mesmo sentido também J.F. Rezek. *Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 224.

rótulo de “Declarações” – são, na verdade, autênticos tratados,³⁷ o fato é que a Declaração de Direitos da ONU não possui estas características, salientando-se, ainda, que suas normas não são consideradas juridicamente vinculantes para os Estados da comunidade internacional.³⁸ Todavia, também aqui (ainda que em detrimento do sentido literal) deve, a toda evidência, prevalecer a interpretação sistemática, que, na primorosa definição recentemente dada pelo ilustre professor gaúcho Juarez Freitas, deve ser considerada como

“uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”.³⁹

Com efeito, considerando-se a *ratio* e o *telos* da norma contida no artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, não nos parece razoável excluírem-se – ao menos em princípio – os direitos fundamentais consagrados pela Declaração de Direitos da ONU, ainda mais em se levando em conta que a maior parte das Constituições que a sucederam no tempo nela se inspiraram quando

³⁷ Aqui também a lição de J.F. Rezek, op. cit. p. 97/8, nota 32, que, inclusive, aponta alguns exemplos de tratados denominados pelo termo declarações.

³⁸ A este respeito, A. A. Cançado Trindade, op. cit., p. 227. Para C.D. de Albuquerque Mello, op. cit. V. 1, p. 553, a Declaração de Direitos da ONU contém apenas normas de eficácia moral, estabelecendo diretrizes a serem seguidas pelos Estados.

³⁹ Cf. J. Freitas, op. cit., p. 54, de onde foi literalmente reproduzida a definição. Cuida-se de obra recente e indispensável para quem deseja obter uma visão atual e inovadora sobre o sentido e alcance de uma hermenêutica sistematizadora e hierarquizadora do direito, resultado de ampla pesquisa e reflexão e um diálogo com os mais importantes juristas do nosso e de todos os tempos que se debruçaram sobre a problemática da hermenêutica (e a listagem revela apenas uma amostragem da farta e importante bibliografia), desde os clássicos Aristóteles e Platão, passando por Pascal, Bacon, Kant e Hegel, até alcançar os modernos (mas não menos “clássicos”) Kelsen, Larenz, Bobbio, Canaris, Esser, Habermas, Rawls, Popper, sem olvidar os mais ilustres representantes da doutrina nacional, tais como Maximiliano, M. Reale, Pontes de Miranda, dentre outros tantos.

da elaboração de seu próprio “catálogo” de direitos fundamentais.

Outro problema que se apresenta e que merece particular atenção diz respeito à recepção das normas de direito internacional na ordem interna, bem como a sua posição hierárquica com relação ao direito nacional. No direito constitucional português, existe norma expressa disposta sobre a recepção automática das regras de direito internacional, com algumas restrições (artigo 8º, incisos I a III, da Constituição de 1976). A doutrina lusitana, por outro lado, é majoritária quanto à subordinação hierárquica destas normas ao direito constitucional interno, ressalvando-se, aqui, que não estamos a falar do dispositivo que impõe a interpretação e integração dos direitos fundamentais de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16º/2 da Constituição portuguesa).⁴⁰ No direito brasileiro, onde uma recepção automática, à míngua de dispositivo expresso na Constituição, mostra-se dificilmente justificável, apesar da existência de forte e respeitável (além de não isolada) posição contrária,⁴¹ as normas de direito internacional, como já visto, também foram incluídas no conceito material de direitos fundamentais, o que há de admitir-se após a sua incorporação formal ao direito interno, mediante o procedimento próprio. Remanesce, contudo, a questão relativa à posição hierárquica dessas normas. Em outras palavras, pergunta-se se um direito fundamental extraído de tratado ou convenção internacional possui idêntica força normativa aos direitos consagrados no catálogo ou, em sendo negativa a resposta, se é hierarquicamente superior (subordinado somente à Constituição) ou equiparado ao direito infraconstitucional.

Também a supremacia da nossa Constituição sobre o direito internacional, em se considerando a ordem jurídica interna, parece corresponder

⁴⁰ A respeito do art. 16º/2 da Constituição Portuguesa e sobre a recepção e o valor jurídico da Declaração Universal dos Direitos do Homem recomenda-se o recente artigo de J. Miranda. *RDA*, n. 199, p. 1 e segs.

⁴¹ C. R. Bastos e I. G. Martins, op. cit. V. 2, p. 395-396, advogam o ponto de vista segundo o qual a norma do art. 5º, parágrafo 2º, dispensaria a necessidade de qualquer procedimento formal regrido a recepção das normas internacionais, inobstante não tenham fundamentado mais especificamente seu entendimento.

à posição dominante na literatura.⁴² Já no que diz com a posição hierárquica do direito internacional com relação ao direito infraconstitucional interno, a doutrina encontra-se dividida. Ao passo que a corrente ainda minoritária sustenta a supremacia do direito internacional (que, a exemplo do constitucionalismo português, encontrar-se-ia somente sujeito à Constituição),⁴³ a posição majoritária consagra a teoria da paridade entre as normas internacionais e a legislação interna, sob o argumento de que, em face da ausência de uma disposição constitucional expressa que consagre a supremacia do direito internacional, deve prevalecer, no caso de conflito entre tratados internacionais e leis internas, o princípio do *lex posterior derogat priori*, ressalvada a possibilidade de responsabilização do Estado no plano internacional, o que inclusive vem sendo consagrado pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do RE nº 80.004, em 1977, apesar da opinião divergente de alguns de seus mais ilustres integrantes.⁴⁴

No que diz com a hipótese específica dos direitos fundamentais que, por via da abertura propiciada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta, passam a integrar o nosso catálogo (não importando aqui se de forma automática ou não), a solução não se revela tão singela ou, pelo menos, tão adequada. Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – inobstante não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – aglutinam-se à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo um *status* equivalente. Caso contrário, a regra do artigo 5º, parágrafo 2º, também neste ponto teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre

⁴² Dentre tantos, J.F. Rezek, op. cit. p. 103/4, nota 36, que inclusive aponta para a competência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de aferir a inconstitucionalidade de um tratado internacional perante a Constituição Federal.

⁴³ Esta a posição de A. Süsskind, op. cit., p. 309 e segs.

⁴⁴ Neste sentido a lição de J.F. Rezek, op. cit., p. 463 e segs., nota 32, que também reproduz o ponto de vista dos que propugnam a supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação interna. O mesmo autor manteve sua posição sob a égide da atual Constituição (*Direito Internacional Público*, 1994, p. 105 e segs.).

qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais. Apenas para citar um exemplo, um dispositivo de um tratado internacional qualquer (por que não o acordo do GATT?) poderia, em tese, ter o mesmo valor hierárquico de um direito fundamental reconhecido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A esse respeito, cabe citar novamente a polêmica decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal proferida na ADIN nº 939-7, na qual restou estreme de dúvidas de que o princípio da anterioridade, como autêntico direito e garantia individual do cidadão (por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF), também encontra-se protegido pelas assim denominadas “cláusulas pétreas” do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da nossa Carta.⁴⁵ Em outras palavras, foi decidido pelo intérprete maior de nossa Constituição que um direito fundamental individual, ainda que localizado fora do catálogo, não pode ser objeto de esvaziamento nem pelo poder constituinte derivado, de modo que consagrado o argumento da equivalência hierárquica. Inobstante a decisão de nossa Corte Constitucional não tenha versado sobre direito fundamental de “origem internacional”, não há dúvidas de que, na pior das hipóteses, ela vem a reforçar o raciocínio acima desenvolvido. No mínimo, contudo, para preservar sua condição específica de direitos fundamentais, há que se admitir (a exemplo do que entende a doutrina majoritária em Portugal, inobstante sucumbente entre nós) sua supremacia com relação ao direito interno infraconstitucional.⁴⁶ Apenas os dispositivos internacionais compatíveis, no sentido de não contrários ou subversivos de um direito constitucional, podem ser objetos de cogitação.⁴⁷ Reafirme-se, nesse particular, que a abertura

⁴⁵ Cumpre salientar, que a decisão do Supremo Tribunal Federal não analisou a questão relativamente aos direitos fundamentais sociais, onde, em face da formulação do texto do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF, o problema se apresenta de solução controversa, o que, contudo, refoge aos objetivos do presente estudo, devendo ser objeto de investigação mais profunda em trabalho que discorra sobre o alcance das “cláusulas pétreas”.

⁴⁶ Dentre os autores portugueses cabe citar J.M.M. Cardoso da Costa. *BMJ*, n. 396, p. 21 e segs, 1990.

⁴⁷ Neste sentido, embora relativamente à Constituição Portuguesa, é de aproveitar-se a lição de J. Miranda. *RDA*, n. 199, p. 18, jan./mar. 1995.

propiciada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da CF de 1988 objetiva a complementação ou mesmo a eventual ampliação do catálogo dos direitos fundamentais. Eventuais (e até mesmo inevitáveis) colisões, a exemplo das que podem ocorrer inclusive entre os próprios direitos integrantes do catálogo, devem ser solucionadas pela aplicação das regras próprias.

No que diz com as restrições à recepção de direitos fundamentais oriundos de normas internacionais, ainda que não se cuide de matéria de cunho constitucional, poder-se-ia cogitar, ao menos em tese, da aplicação do disposto no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942), de acordo com o qual

“as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Aqui, inobstante não se trate de restrição efetuada pela Constituição à recepção de normas internacionais, cuida-se de limites expressos ao reconhecimento da eficácia interna de normas alienígenas no âmbito do direito positivo nacional. Todavia, há que se levar em conta algumas dúvidas que podem surgir quanto à real importância do citado preceito no caso específico da problemática que envolve a abrangência do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF. Em primeiro lugar, o artigo 17 da Lei de Introdução do Código Civil não menciona expressamente os tratados ou convenções internacionais, inobstante aqui uma exegese mais elástica, abrangendo as normas legais alienígenas em sentido amplo, como regras jurídicas não-nacionais, seja perfeitamente viável. De outra banda, poder-se-ia questionar se um tratado ou convenção firmado pelo Brasil (quanto mais se já tiver sido ratificado) ainda se enquadra no campo de abrangência do artigo 17, eis que, nesta segunda hipótese, já se trata de norma incorporada ao ordenamento interno. A barreira fixada pela Lei de Introdução, neste caso, poderia ser interpretada como obstáculo a ser considerado no próprio procedimento de recepção da norma internacional. Por outro lado, verifica-se, em tese, um possível conflito de hierarquia entre as normas. Em se considerando o tratado internacional, uma vez ratificado e transformado em lei interna, como norma de hierarquia superior aos atos legislativos infraconstitucionais, estaria ele sujeito às restrições previstas na Lei de

Introdução ao Código Civil? E em se tratando de direito fundamental reconhecido em documento legislativo internacional? São questões que, dentre outras, ora nos escapam, mas que indubitavelmente merecem uma análise mais detida e que refogem aos limites e objetivos do presente estudo. De qualquer modo, há como sustentar, no âmbito de uma interpretação mais elástica, que o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil justamente reforça o entendimento de que os direitos fundamentais no sentido meramente material não podem conflitar com os princípios fundamentais dos artigos 1º a 4º ou com os direitos expressamente consagrados no catálogo da Constituição.

A tarefa de identificação dos direitos fundamentais com fonte no direito internacional assume dimensão especialmente penosa, de modo especial em face do grande número de direitos contemplados pela nossa “Carta Magna” e pela necessidade de se pesquisar, nos textos internacionais firmados pelo Brasil e em toda a legislação, na busca de exemplos concretos. Tal tarefa, todavia, não se constitui no objeto precípuo deste estudo. Um dos direitos habitualmente referidos pela doutrina é o direito de resistência, inobstante tenha que se fazer a ressalva de que muitos autores, dentre os quais Pontes de Miranda, tenham-no garimpado no terreno do direito natural.⁴⁸ Um outro exemplo, que se revela especialmente útil para o presente estudo, é o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” tal como previsto no artigo 8º, item 1, letra *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, incorporado ao direito pátrio pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Este exemplo, todavia, será objeto de análise mais detida no decorrer do trabalho.

4.2.3.3. Direitos apenas formalmente fundamentais?

Na medida em que a CF de 1988 aderiu a um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, há que se cogitar, ao menos em tese, da existência de dispositivos que, apesar de contidos no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição, não são (por sua importância, natureza e substância) direitos fundamentais no sentido material, ressaltando-se a existência de

⁴⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987. V. 4, p. 625.

acirrada controvérsia a esse respeito (v. Capítulo IV, item 2, *supra*). Muito embora compartilhem da opinião de que todos os direitos do catálogo constitucional são ao mesmo tempo formal e materialmente fundamentais, há que se reconhecer que os adeptos da posição divergente, como é o caso de Vieira de Andrade, encontrariam na nossa Constituição um terreno fértil para a identificação de preceitos os quais se enquadram na categoria dos direitos apenas formalmente fundamentais, eis que, na verdade, constituem-se em normas de cunho organizatório ou mesmo regras que poderiam simplesmente constar da legislação infraconstitucional. O fato é que nosso constituinte optou por guindar à condição de direitos fundamentais certas situações (ou posições) que deveriam, na sua opinião, ser protegidas da ação do legislador ordinário.

Como exemplos poderíamos citar, para evitarmos maiores controvérsias, o artigo 14, parágrafos 1º a 11 (que dispõe sobre o alistamento eleitoral, inelegibilidades, etc), o artigo 16 (que determina a entrada em vigor da legislação que alterar o processo eleitoral somente um ano após a sua promulgação) e os diversos incisos e parágrafos que integram o artigo 17, com exceção, talvez, do parágrafo primeiro, que garante a autonomia aos partidos políticos. São dispositivos que, sem dúvida, não guardam relação direta com a proteção da dignidade humana ou que decorram de forma inequívoca dos princípios e do regime da nossa Constituição como posições essenciais do indivíduo na sua dimensão individual e social. Em suma, cuida-se de normas que não se enquadram nos parâmetros (reconhecidamente empíricos e elásticos) que foram traçados para a identificação dos direitos materialmente fundamentais (v. item 2.2 *supra*), muito embora não esteja em discussão a importância da matéria (ao menos no que diz com alguns dos dispositivos) e a pertinência de sua previsão na Constituição formal com o objetivo de evitar sua disponibilidade ampla por parte do legislador ordinário.

4.2.4. Limitações do conceito material de direitos fundamentais

Quanto mais se avança na análise do tema, mais se nos deparamos com uma variada gama de indagações e um não menos diversificado espectro de problemas. Um aspecto que merece, ao menos, uma menção tangencial é o que diz

respeito aos limites do conceito material de direitos fundamentais. A pergunta que se coloca é até onde vai a competência criativa do intérprete. Quanto à possibilidade de o poder constituinte derivado elevar determinadas posições jurídicas à categoria de direitos fundamentais, não se vislumbram problemas. Todavia, já no que diz com a atividade judiciária, que assume especial relevância ante a problemática apresentada neste estudo, a situação apresenta contornos nitidamente distintos. Sob um primeiro ângulo, podemos encontrar um evidente limite em considerando que a distribuição de competências inerente ao Estado Democrático de Direito, de modo especial na formulação do princípio da divisão de tarefas entre os diversos órgãos do poder estatal, não permite que o Judiciário substitua o legislador na sua tarefa precípua de criação do direito, quanto mais em se tratando de direito constitucional. É evidente que a linha divisória entre a atividade judicante e a legislativa não é muito precisa, o que se evidencia ainda com maior intensidade na seara constitucional, onde se multiplicam os exemplos de conceitos abertos e fluidos, carecendo de concretização pela via interpretativa. Por mais que se possa (e deva) colocar em discussão essa problemática, devemos ter em mente que a tarefa do Judiciário, no campo da identificação e localização dos direitos fundamentais situados fora do catálogo da Constituição, é, acima de tudo, a de identificar e revelar o que já existe, e não de criar novos direitos. Assim, em princípio, acreditamos que a busca de direitos fundamentais situados fora do catálogo deve ater-se à Constituição, bem como às regras de direito internacional (especialmente tratados). Do contrário, estar-se-ia correndo o sério risco de ferir não só o princípio da separação dos poderes (por mais que se proceda a uma interpretação elástica do mesmo), mas a própria noção do Estado de Direito, ainda que como tal não se considere um Estado da “Lei”. O tema, contudo, é fascinante e merece maior dedicação, ainda mais em face da existência de relevantes argumentos em ambos os sentidos. Outro aspecto a ser considerado, de modo especial no caso brasileiro, é a extensão do catálogo dos direitos fundamentais (individuais e sociais), que recomenda – para além dos motivos já ventilados – extrema cautela na busca de outros direitos substancialmente equivalentes, inclusive para evitar uma espécie de vulgarização da categoria dos direitos

fundamentais, que devem integrar o núcleo material da Constituição.

Diversa a situação em que se consideram abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental certas situações ou posições jurídicas que antes não eram consideradas como reguladas pela norma. Cuida-se aqui de método bastante utilizado pela doutrina e pela Corte Constitucional da Alemanha e que parece corresponder à noção de direitos fundamentais “implícitos” a que se refere José Afonso da Silva, no sentido de direitos que se encontram subentendidos nas garantias do catálogo.⁴⁹ Na categoria dos direitos fundamentais “implícitos” poderia ser perfeitamente enquadrada a situação acima referida. Implícito, no exato sentido terminológico que lhe atribui o dicionário Aurélio,⁵⁰ é o que está subentendido, o que está envolvido, mas não de modo claro. Assim, também (mas não só) pelo sentido literal do termo, a hipótese de se incluir certa posição no campo de abrangência de determinada norma de direito fundamental não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas, sim, a definir (ou redefinir) o campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição, ampliando o seu âmbito de proteção. Esta solução, salvo melhor juízo, harmoniza-se com a sistemática adotada pela nossa Carta, além de não conflitar necessariamente com as limitações traçadas pelos princípios da separação de poderes e do Estado de Direito.

Todavia, não há como deixar de considerar que a noção de direitos implícitos em sentido amplo inclui os direitos decorrentes do “regime” e dos “princípios” consagrados pela nossa Constituição. Aqui, conforme demonstrado alhures, exercendo plenamente sua competência criativa, o intérprete atua na “construção jurisprudencial do direito”, revelando os direitos fundamentais que se encontram em estado latente na nossa Carta e que podem ser deduzidos diretamente do regime (democracia social) nela consagrado e dos princípios fundamentais que informam a ordem constitucional (arts. 1º a 4º). Nessa esfera os limites são traçados pelo próprio alcance e significado do regime e dos princípios,

⁴⁹ A este respeito remetemos para o que já foi objeto de análise neste estudo (v. item 2.2 “supra”).

⁵⁰ FERREIRA, A. B. Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986. p. 923.

bem como pelos direitos fundamentais positivados na Constituição formal, eis que não há como admitir-se a hipótese de direito decorrente (implícito) contrário a direito fundamental expresso.

Outra limitação importante para a compreensão e aplicação “constitucionalmente adequada” (a expressão é da autoria do mestre lusitano Gomes Canotilho) do conceito material dos direitos fundamentais diz respeito à necessária harmonização entre os direitos “revelados” pelo intérprete e a sistemática da Constituição. Assim, deve-se atentar para a problemática que diz com a posição hierárquica dos direitos fundamentais de origem internacional (e até mesmo legal, para aqueles que os admitem), eis que os rumos a serem tomados dependem, em última análise, do posicionamento a esse respeito. Todavia, em se tratando da extensão do âmbito de proteção (ou dos direitos “implícitos”, se preferirmos fazer uso desta terminologia) e dos direitos “implícitos” em sentido amplo (decorrentes), parece inequívoco que as posições enquadradas nesta categoria se revestem da mesma força jurídica dos direitos fundamentais do catálogo da Constituição. Também as hipóteses de colisões entre direitos fundamentais, como já frisado, podem suscitar diversos problemas neste campo, onde assumem relevância princípios hermenêuticos como os da proporcionalidade, concordância prática, otimização dos valores constitucionais em jogo, entre outros que não cabe aqui aprofundar, mas que se impõe sejam mais explorados. O que devemos ter em mente é a existência de restrições insuperáveis impostas pela ordem constitucional ao conceito material de direitos fundamentais, de tal sorte que podemos perfeitamente falar de “limitações iminentes” também nesta seara.

4.2.5. Podemos falar de um direito (e garantia) fundamental do acesso ao duplo grau de jurisdição ou de recorrer para uma segunda instância?

Tomando como norte o que até agora foi exposto, podemos ensaiar uma resposta à questão inicialmente formulada. Se nos aferrarmos à idéia dominante no senso comum de que a possibilidade de ver submetida a decisão adversa a uma revisão por uma outra instância é um anseio inerente à personalidade humana, lograríamos até mesmo solucionar a questão à luz do direito natural. Desconhecidas

são (ao menos atualmente) as ordens jurídicas que não contemplam a possibilidade, ainda que por vezes limitada, de recorrer das decisões judiciais para uma instância diversa. Até mesmo sob a égide do regime feudal e do absolutismo, o apelo ao senhor ou monarca, numa derradeira tentativa de obter clemência (principalmente na esfera criminal), era de uso corrente. Assim, parece razoável que o direito de acesso a um segundo grau de jurisdição e, consideradas as diferenças já apontadas, o de recorrer das decisões judiciais para uma instância superior encontram-se fundados no valor maior da dignidade humana, além de guardarem sintonia com a sistemática da Constituição e do ordenamento jurídico. Para tanto, basta referir todas as normas relativas à competência dos tribunais, cuja existência encontra justificção fundamentalmente na sua tarefa de analisar os recursos interpostos contra as decisões das instâncias inferiores. Aliás, exatamente com base nesta argumentação, cumpre referir a posição do eminente Professor Nelson Nery Jr., que advoga a existência de uma previsão do princípio do duplo grau de jurisdição na atual Constituição, que decorreria implicitamente das normas que dispõem sobre a competência dos tribunais, mas que, segundo entendimento do próprio autor, não se constitui propriamente em garantia absoluta do acesso à segunda instância como ocorria na hipótese do art. 158 da Constituição de 1824.⁵¹ Contudo, ainda assim não parece ser lícito o entendimento de que o acesso ao duplo grau de jurisdição possa ser tido – ao menos com base nesses argumentos – como direito fundamental autônomo, mesmo de acordo com os parâmetros do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, eis que não se trata, neste caso, de direito fundamental implícito (*strictu sensu*), no sentido de subentendido nas normas de direitos fundamentais do catálogo ou decorrente do “regime” e dos “princípios”, pelo menos na acepção que emprestamos a estes termos. Pelos mesmos motivos, não há como falar de um direito fundamental autônomo de recorrer das decisões judiciais para uma instância superior. Assim, mesmo que nos inclinemos a compartilhar do duto entendimento citado, não o fazemos pelos mesmos fundamentos.

A matéria, por evidente, pode suscitar controvérsias, mas, pelo menos, há que se

⁵¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 152 e segs.

reconhecer que, neste particular, estamos nos movimentando justamente na fronteira movediça e perigosa que existe entre a atividade legislativa e judiciária, isto é, da criação do direito novo e da revelação ou explicitação do direito existente, mesmo que escondido entre os meandros do ordenamento. Consoante já restou esclarecido (a par das normas sobre a competência dos tribunais e os dispositivos acerca do recurso extraordinário e especial, entre outros), em nenhum dispositivo da Constituição encontramos consagrado, expressa e diretamente, um direito de acesso ao segundo grau de jurisdição ou direito de recurso para outra instância. Na legislação inferior, encontram-se regulamentadas as diferentes espécies de recursos, bem como seus procedimentos. Nesse sentido, também não parece razoável, até mesmo pela inviabilidade de se considerar a existência de “direitos fundamentais legais” na nossa sistemática, falar de um direito fundamental (no sentido material) de apelar, ou mesmo de um direito de interpor agravo de instrumento ou embargos infringentes, oriundo do direito positivo infraconstitucional.

Uma outra alternativa que se apresenta é a de considerar o direito ao duplo grau de jurisdição abrangido pelo âmbito de proteção do artigo 5º, inciso XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”), que garante a revisão pela Justiça dos atos de particulares e dos agentes públicos. Ora, na medida em que a lesão ou ameaça ao direito pode advir de ato do próprio Judiciário, tal garantia constitucional fundamental correria o risco de se tornar inoperante, caso não se viabilizasse de alguma forma a sua revisão. A doutrina e a jurisprudência da Corte Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), apenas para citar exemplo concreto de uma sólida ordem constitucional que igualmente não previu o acesso ao duplo grau de jurisdição como direito fundamental (ou garantia) autônomo, há muito tem outorgado interpretação bastante elástica ao artigo 19, inciso IV, da Lei Fundamental de 1949, localizado no título dos direitos fundamentais, que consagra o direito à proteção judiciária e ao acesso à Justiça. Nesse particular, o direito à proteção judiciária vem sendo aplicado também como abrangendo o direito à proteção efetiva e razoavelmente eficaz, considerando-o, todavia, como direito à proteção por meio do juiz, e não contra o juiz,

excluindo assim, do âmbito de proteção da norma, a garantia do acesso a uma segunda ou terceira instância.⁵² Todavia, em se optando pela primeira alternativa, não se estaria criando um novo direito fundamental, mas sim preenchendo o âmbito de proteção da norma de uma regra já existente, interpretando-a à luz do sistema constitucional positivo. No caso brasileiro, além da norma do artigo 5º, inciso XXXV, da CF de 1988, poderíamos cogitar de uma interpretação sistemática em conjunto com outros dispositivos contidos no mesmo artigo, nomeadamente os incisos LIV (devido processo legal) e LV (ampla defesa). De modo especial, este último já poderia isoladamente, quanto mais em conjugação com o inciso XXXV, abarcar a garantia da possibilidade (ao menos como regra geral) de acesso a uma segunda instância e de recorrer das decisões judiciais. Sem dúvida, há como sustentar o entendimento de que a possibilidade de se ter reexaminada uma decisão parcial ou totalmente desfavorável harmoniza-se com as exigências do princípio da ampla defesa, bem como com a eficácia (no sentido de maior certeza, confiabilidade e segurança) dos julgamentos e também do acesso à Justiça. Nesse contexto, cumpre fazer referência à experiência lusitana, eis que o Tribunal Constitucional de Portugal, através de autêntica construção jurisprudencial, reconheceu a existência de um direito de recurso ou de segundo grau de jurisdição.⁵³

Se, contudo, buscarmos o direito materialmente fundamental de recorrer das decisões judiciais no âmbito dos tratados e/ou convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, verificaremos que o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, incorporou ao direito positivo nacional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que, no seu artigo 8º, alínea *h*, reconhece, dentre as diversas garantias judiciais consagradas no texto, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Pela sua redação (“para juiz ou tribunal *superior*”), o dispositivo consagra, na realidade, o princípio do duplo grau de jurisdição. Aqui, sem dúvida, abre-se, ao menos em tese, uma porta para que, através do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, o princípio do duplo grau de jurisdição (e até mesmo o

⁵² Neste particular, dentre outros, a lição de B. Pieroth e B. Schlink, *Grundrechte : Staatsrecht II*. 6. ed. Heidelberg : Müller, 1990. p. 262 e segs.

⁵³ MIRANDA, op. cit. V. 4, p. 159, nota 11.

direito de recurso das decisões judiciais para uma instância superior) possa ser considerado, entre nós, verdadeiro direito fundamental, ainda que sob o ponto de vista meramente material, até mesmo em face de absoluta ausência de incompatibilidade com a atual sistemática da Constituição. O direito reconhecido no Pacto de São José é complementar às garantias do acesso à Justiça (ou inafastabilidade do controle judicial), da ampla defesa e do devido processo legal (artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV) consagradas na nossa Carta. Todavia, impende considerar a discussão em torno da posição hierárquica desses direitos fundamentais internacionais em relação ao direito interno (v. item 2.3.1 *supra*), questões estas que, salvo melhor juízo, não afastam a fundamentalidade material desse direito mesmo para a ordem jurídica interna. De qualquer modo, a recepção formal pelo ordenamento nacional desse direito fundamental consagrado em nível internacional, na pior das hipóteses, serve para imprimir-lhe força de lei e reforçar o entendimento de que, lançando mão de uma interpretação sistemática, devidamente valorizada pela incorporação da Convenção Americana dos Direitos Humanos ao direito interno, o princípio do duplo grau de jurisdição também pode ser enquadrado na categoria dos direitos fundamentais implícitos, isto mesmo em se considerando inviável a concepção ora defendida, que, à luz do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, reconhece-o como autêntico direito fundamental autônomo. Aliás, o *status* de direito fundamental implícito apresenta, inclusive, algumas vantagens, eis que restariam contornados os problemas relativos à hierarquia das normas de direitos fundamentais extraídas de documentos internacionais.

5. A constitucionalidade da fixação de um valor de alçada como limite ao direito (garantia) de acesso ao duplo grau de jurisdição e de recurso das decisões judiciais para uma instância superior

Ainda que não se tenha o acesso ao duplo grau de jurisdição como um direito fundamental material autônomo, mas na medida em que se o considera incluído no âmbito de proteção (*Schutzbereich*) de um determinado dispositivo consagrador de direito ou garantia fundamental, remanesce a questão inicialmente formulada a respeito da possibilidade de limitação ou mesmo da supressão parcial desse direito. Uma

restrição das possibilidades de uso da via recursal pode passar a ter o cunho de uma limitação ao próprio direito fundamental pelo qual se encontra abrangida, subentendido que efetivamente nos encontremos diante de uma hipótese de restrição. Aqui, igualmente, como frisado alhures, há que se distinguir as hipóteses de supressão (mesmo que em determinadas hipóteses) do acesso à segunda instância e a de recorrer para uma instância superior. Inobstante a problemática suscitada possa ter semelhanças, existe uma nítida distinção quanto à intensidade. Para podermos avançar na nossa análise, impõe-se que sejam tecidas algumas considerações preliminares a respeito dos rudimentos de uma teoria sobre as restrições aos direitos fundamentais.

O ponto de partida deverá ser a constatação de que nenhum direito fundamental consagrado na Constituição se encontra imune a restrições, mesmo que se trate de direito que não se encontra sob a reserva (simples ou qualificada) de lei, isto é, que não pode ser objeto de restrições pelo legislador ordinário. De acordo com a mais moderna doutrina, a noção de limites é inerente à natureza das liberdades, mesmo das consagradas e garantidas pelas normas de direitos fundamentais. Todo e qualquer direito fundamental contém limites denominados imanentes, decorrentes da ordem constitucional. Via de regra, são apontadas duas espécies de limites imanentes: a) a existência de uma colisão entre direitos fundamentais; ou b) entre estes e outros valores constitucionais.⁵⁴ No mais, nos casos em que incide a reserva legal, a restrição é viável apenas através de lei ou com base em lei. Em qualquer caso, vigora o princípio consagrado da proporcionalidade da restrição, segundo o qual a interferência limitadora no âmbito de proteção de um determinado direito fundamental deve obedecer a três requisitos: a) a necessidade da restrição, ou seja, a utilização do meio menos gravoso (aquele que menos limita a liberdade); b) a sua pertinência (adequação), no sentido da sua possibilidade de atingir o resultado almejado; e c) a proporcionalidade em sentido estrito, que outra coisa não quer dizer senão a observância do equilíbrio na relação entre o meio e o fim.

⁵⁴ Veja, neste sentido, W. Krebs, *JURA*, p. 617 e segs. 1988. Também B. Pieroth e B. Schlink, *Grundrechte : Staatsrecht II*, 1990. p. 67 e segs., que apresentam a clássica distinção entre os Direitos Fundamentais no que diz com a possibilidade de sua restrição.

Ademais, apenas uma finalidade constitucionalmente legítima autoriza uma restrição a um determinado direito fundamental.⁵⁵

Nos casos de uma colisão entre direitos ou entre valores constitucionais, ocasião na qual não se cogita necessariamente de restrição pelo legislador, o que se busca é a otimização entre os direitos e valores em jogo, no estabelecimento de uma concordância prática (*praktische Konkordanz*), utilizando a linguagem de Konrad Hesse, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou dos valores constitucionais restritivos.⁵⁶ Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.⁵⁷ De qualquer modo, esta atividade encontra, por sua vez, limite na preservação do núcleo essencial (*Wesensgehalt*) do direito fundamental, que não pode ser completamente sacrificado. Ao contrário da Constituição portuguesa de 1976 e da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, a CF de 1988 não contém regra expressa no campo das restrições aos direitos fundamentais, à exceção da norma do artigo 60, parágrafo 4º, que veda a abolição dos direitos e garantias individuais, constituindo limite material ao poder de reforma constitucional, que, por uma decorrência lógica, também vincula o legislador ordinário. A teoria dos limites imanentes e o princípio da proporcionalidade, contudo, igualmente já se encontram consagrados na nossa doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁵⁸

⁵⁵ Novamente W. Krebs, op. cit., p. 622. Entre nós, inobstante de forma ligeiramente diversa, veja-se a recente obra de Raquel Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 1995. p. 79 e segs.

⁵⁶ HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg : Müller, 1993. p. 129 e segs.

⁵⁷ Aqui, cabe lembrar a precisa lição de Gilmar F. Mendes, *RIL*, n. 122, p. 301, abr./jun. 1994, embasado em entendimento extraído da jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha (“*Bundesverfassungsgericht*”).

⁵⁸ Neste sentido, Gilmar F. Mendes, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 3, p. 24 e segs., 1993. que apresenta excelente sinopse jus-comparativa sobre o assunto.

Voltando ao caso concreto, inobstante a sumariedade inevitável das considerações genéricas tecidas, podemos, de antemão, ter como indiscutível a possibilidade de estabelecer limites, tanto para o acesso ao segundo grau de jurisdição quanto para o exercício de um direito de recorrer para uma superior instância. Nesse sentido – e aqui uma convergência de opiniões – já se havia manifestado, entre outros, o Professor Nelson Nery Jr., em seu trabalho citado,⁵⁹ salientando-se que seu posicionamento encontra-se fundado justamente na ausência de uma garantia constitucional absoluta do princípio do duplo grau de jurisdição. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, igualmente sustentou a constitucionalidade do artigo 34 da Lei nº 6.830/80, o que apenas vem reforçar esse entendimento.⁶⁰ Tal se revela ainda mais evidente em não se considerando a garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição como um direito fundamental autônomo. Mesmo nesse caso, seriam aplicáveis, no mínimo, os princípios relativos aos limites imanentes, ainda que se tivesse o respectivo direito fundamental como insuscetível de restrição pelo legislador ordinário. Tomando-se ambas as hipóteses em pauta como posições incluídas no âmbito de proteção do artigo 5º, incisos XXXV ou LV (ou ainda do inciso LIV?), todos da CF de 1988, mas não como direitos materialmente fundamentais independentes, há que se admitir, em princípio, a viabilidade de restrições legislativas. O que importa, neste momento, é a constatação de que em ambas as hipóteses o caminho para restrições se encontra aberto. A problemática reside especialmente na ponderação dos valores constitucionais em jogo e na proporcionalidade da restrição, que não poderia, em qualquer hipótese, fazer “tábula rasa” desses direitos. Aqui, cabe lembrar que a segurança jurídica, assim como a própria celeridade e eficiência da Justiça, constituem, sem sombra de dúvidas, a outra face da moeda dos direitos de ampla defesa e do acesso à Justiça. Mais do que isso, revelam-se condição importante para a consecução da finalidade da norma que garante o acesso à Justiça e à proteção judiciária. Relembremos, por conveniente, o alcance dado ao dispositivo

⁵⁹ NERY JÚNIOR, op. cit., p. 152 e segs.

⁶⁰ Acórdão proferido no Ag. 114.709-1, relatado pelo Min. Aldir Passarinho e publicado no *DJU* no dia 28.08.87 (citado por Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 22. ed. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 815).

similar pela doutrina alemã: a garantia da proteção judiciária (artigo 19, inciso IV, da Lei Fundamental) subentendendo proteção suficientemente célere e eficaz.

A fixação de um valor de alçada como fator de supressão do acesso ao segundo grau de jurisdição, de modo especial nas hipóteses envolvendo demandas de natureza pecuniária e de pequeno valor, parece, em princípio, corresponder aos ditames da proporcionalidade, respeitando, ainda, o núcleo essencial encoberto pelo âmbito de proteção das normas atingidas pela restrição, além de salvaguardar as exigências básicas da dignidade humana. Neste caso, ainda que o princípio do duplo grau de jurisdição estivesse plasmado expressamente na nossa Constituição, a sua supressão em algumas hipóteses – respeitados os limites da proporcionalidade e os critérios já citados – não teria, salvo melhor juízo, o condão de ferir de morte o seu núcleo essencial. Mais problemática, contudo, revela-se a situação em procedimentos cíveis envolvendo interesse público, direitos de menores, bem como na seara dos direitos difusos, apenas para citar alguns exemplos. Na esfera criminal, a questão assume relevo especialmente nos casos de penas privativas da liberdade. Aqui, poder-se-ia seriamente duvidar da constitucionalidade de uma supressão, ou mesmo de uma restrição substancial, ainda que não em todos os casos, do acesso ao duplo grau de jurisdição ou do direito de recurso para uma instância superior, principalmente por estarem sendo tangenciados direitos fundamentais (a liberdade, por exemplo) e valores inerentes ao princípio maior da dignidade humana.

Por outro lado, menos sujeita a obstáculos, sob todos os pontos de vista, há a colocação de restrições aos recursos de modo geral, especialmente com o objetivo de filtrar as demandas que aportam nos tribunais, principalmente nas Cortes Superiores. Aqui, já numa terceira (e até quarta) instância (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, etc), não se apresentam maiores impedimentos nem quanto à própria supressão eventual da instância. No que tange a esse aspecto, não nos parece procedente, salvo melhor juízo, o duto entendimento do Professor Nelson Nery Jr. que tem o cabimento dos recursos especial e extraordinário como insuscetíveis de qualquer tipo de restrição ou vedação pelo legislador ordinário.⁶¹ Ressalva deve ser feita aos casos

⁶¹ NERY JÚNIOR., op. cit., p. 154-155.

em que o tribunal superior exerce suas competências originariamente ou como segunda instância (aqui, sim, poderia, em tese, restar maculado o duplo grau de jurisdição), bem como às peculiaridades inerentes ao controle da constitucionalidade atribuído ao Supremo Tribunal Federal. A própria previsão de recurso para um órgão colegiado composto por juízes da mesma instância e até mesmo a possibilidade de se criar órgãos de segunda instância compostos por julgador singular não implicaria necessariamente, por si só, supressão do acesso ao duplo grau de jurisdição, nem feriria de morte o direito de recorrer para uma instância superior, como há quem assim entenda. A colocação, aqui formulada em tom de indagação, parece pertinente. Como se vê, as possibilidades de desdobramento do problema são múltiplas e sugerem, desde já, que se procure equacionar a questão topicamente, à luz do caso concreto, atentando-se para a correta ponderação dos valores em jogo.

Além disso, necessário que se tenha em vista que é o legislador ordinário quem irá implementar eventuais reformas (algumas já estão em andamento) que impliquem a supressão parcial do acesso ao duplo grau de jurisdição, seja estabelecendo um valor de alçada, seja por outro modo, ou no sentido de reduzir o número de recursos ou dificultando sua interposição. Ao Poder Judiciário, de modo particular através do exercício em última instância da jurisdição constitucional, fica cometida a ponderação dos valores em jogo e o controle da constitucionalidade das restrições, zelando pela salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais, pelo equilíbrio dos valores em pauta e pela preservação do princípio maior da dignidade humana.

6. Considerações finais

Mais do que conclusões, já que estas pressupõem um certo fechamento de questão sobre os aspectos abordados, acreditamos ser possível delinear algumas proposições que, no mais das vezes, assumem necessariamente a dimensão de verdadeiros questionamentos. Voltamos, assim, ao propósito enunciado na parte inaugural do trabalho, cujo objetivo precípua foi o de lançar um pouco de luz (no sentido de chamar a atenção para) sobre alguns tópicos, além de problematizar outros, salientando que todos os aspectos abordados carecem de análise mais acurada e merecem melhor tratamento.

Sintetizando retrospectivamente, podemos, portanto, formular as seguintes considerações:

a) A fixação de um valor de alçada para limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição é, sem sombra de dúvida, uma das diversas alternativas disponíveis para, em tese, alcançar o desafogamento parcial dos tribunais. A utilização desta ou de outras fórmulas deve passar por um juízo de conveniência e licitude, ressaltando-se a dimensão constitucional do problema, eis que podem vir a ser tangenciados valores fundamentais protegidos pela nossa Constituição.

b) A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, e na senda da Constituição portuguesa de 1976, consagra inequivocamente um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, que implica a existência de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional (direitos fundamentais no sentido material e formalmente constitucionais), bem como com origem no direito internacional (direitos fundamentais apenas no sentido material). Direitos fundamentais no sentido material são aqueles que, por sua substância e natureza, podem ser equiparados aos direitos fundamentais do catálogo. Além disso, segundo remansosa doutrina, a regra citada implica a impossibilidade de se aplicar o tradicional princípio hermenêutico do *inclusio unius alterius est exclusius* e autoriza a dedução, via interpretação, de direitos implícitos, no sentido de subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias da Constituição ou decorrentes do seu “regime” e/ou “princípios”.

c) O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais inclui também os direitos sociais, o que decorre da expressão literal do texto do artigo 5º, parágrafo 2º, da acolhida expressa dos direitos sociais pela nossa Carta (artigo 6º a 11), bem como pelo fato de ser a República brasileira um Estado Social e Democrático de Direito, a teor do que dispõe os artigos 1º a 4º da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) e demais disposições pertinentes.

d) A partir de formulação paradigmática da doutrina lusitana (v. IV, 2.2, *supra*), é possível traçar alguns delineamentos rudimentares dos critérios que podem nortear o intérprete na localização dos direitos materialmente fundamentais e que podem ser sintetizados da seguinte forma. Pela sua formulação, o artigo 5º, parágrafo 2º, da CF de 1988 revela, salvo

melhor juízo, que os direitos materialmente fundamentais individuais e sociais encontrados na Constituição (mas fora do catálogo) e em tratados internacionais devem guardar pertinência direta com os princípios fundamentais consagrados nos artigos 1º a 4º do Título I. Além disso, devem outorgar ao indivíduo, isolada ou coletivamente, certas posições subjetivas, protegendo determinados bens individuais, coletivos ou sociais, bem como estar voltados ao resguardo do valor maior da dignidade humana.

e) Como exemplos de posições jurídicas que possuem ao menos uma potencialidade de serem enquadrados num conceito material de direitos fundamentais, cabe citar os que seguem, remetendo, para a análise dos demais exemplos, ao capítulo IV, item 2.3, *supra*: art. 37, incisos I e VI, art. 61, parágrafo 2º, artigo 150, incisos I a VI, artigo 225, artigo 230, parágrafo 2º, e artigo 203, todos da Constituição Federal.

f) A localização dos direitos materialmente fundamentais suscita diversos problemas e encontra-se submetida a evidentes limites. Tratando-se a identificação e revelação desses direitos de tarefa eminentemente hermenêutica, cometida ao Poder Judiciário, há que se respeitar os incontornáveis limites à competência criativa do intérprete, traçados pela distinção entre a atividade legislativa e judiciária, sob pena de estar-se ferindo o princípio da separação dos poderes, bem como a noção de Estado de Direito. Esta avaliação, contudo, há que se realizar topicamente, à luz do caso concreto. Nesse contexto, coloca-se também a possibilidade de se considerarem abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental constante do catálogo certas posições ou situações que antes não eram tidas como incluídas pela norma, quando não for possível localizar-se um dispositivo pertinente no direito positivo, de acordo com a solução dada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da CF. Esta alternativa parece, salvo melhor juízo, corresponder à noção de “direitos fundamentais implícitos” no sentido estrito que lhe emprestou parte da doutrina.

g) A nossa Constituição não prevê expressamente a garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição, nem no catálogo dos direitos fundamentais, nem em outras partes do texto constitucional. Contudo, revela-se viável a utilização da alternativa oferecida pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta, em se

considerando o direito de “recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, tal como previsto no artigo 8º, alínea *h*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como autêntico direito fundamental no sentido material. Por outro lado, a simples previsão de instâncias recursais na parte organizatória da Constituição não autoriza a conclusão de que a nossa Carta garante, ao menos de forma absoluta, o princípio do duplo grau de jurisdição. De outra banda, poder-se-ia cogitar da inclusão, via hermenêutica, da garantia do acesso ao duplo grau de jurisdição e até mesmo o direito de recorrer das decisões judiciais para uma instância superior, no âmbito de proteção normativo dos incisos XXXV, LIV e LV, todos do já citado artigo 5º de nossa Lei Maior, de tal sorte que nos encontraríamos diante de direitos implícitos. A utilização, isolada ou cumulativa, de um, de dois e de todos os dispositivos merece, todavia, uma análise mais rigorosa.

h) A fixação de um valor de alçada ou qualquer outro meio de limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição ou mesmo a interposição de recursos para uma instância superior em geral não conduz necessariamente à inconstitucionalidade, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade, bem como resguardado o valor máximo da dignidade humana e o núcleo essencial dos direitos fundamentais em exame, considerados como autênticos direitos materialmente fundamentais, ou dos dispositivos em cujo âmbito de proteção forem tidos como incluídos, em se considerando o seu enquadramento na categoria dos “direitos implícitos”. Como noção subjacente, basta lembrar a circunstância de que a noção de limites é inerente à natureza das liberdades, inexistindo direito fundamental absoluto, no sentido de não-sujeito a qualquer tipo de restrição. Essas noções encontram aplicação não apenas no caso vertente, mas também nas inúmeras situações em que possam vir a ser comprometidos valores fundamentais da nossa Constituição.

i) Por derradeiro, cumpre reafirmar que o nosso propósito foi apenas de lançar alguns questionamentos, com o intento de demonstrar que as possibilidades de desenvolvimento, de modo especial no campo dos direitos fundamentais, são imensas, em se utilizando o instrumental teórico adequado, de modo particular, explorando-se o potencial de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, tal como consagrado pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição. Além

disso, e aqui ratificamos nossa proposta inicial, buscou-se a problematização do tema, tentando revelar que, de regra, há muito mais em jogo (a problemática específica escolhida é apenas um exemplo pinçado num universo ilimitado de possibilidades) do que uma simples reforma da legislação processual.

Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional*. 11.ed. São Paulo : Saraiva, 1980.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987.
- BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro : Litho-Typografia, 1902.
- BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro : Saraiva, 1934. V. 4.
- BASTOS, Celso R., MARTINS, Ives G. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1989. V. 2.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 939 -7. Relator: Min. Sydney Sanches. *LEX*, [Brasília], n. 186, p. 69, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitodireito*. São Paulo : Malheiros, 1995.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. ed. Heidelberg : C.F. Müller, 1993.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.
- JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- KREBS, Walter. *Freiheitschutz durch Grundrechte*. *JURA*, p. 617, 1988.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Commentários à Constituição brasileira*. Rio de Janeiro : Jacintho R. dos Santos, 1918.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1982. V. 1.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1986.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais : liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994.

- . A doutrina constitucional e o controle da constitucionalidade como garantia da cidadania : necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão; possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*, São Paulo, v. 1., n. 3, p. 21-43, abr./jun. 1993.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1993.
- . A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição portuguesa : um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional. *Revista de direito administrativo*, n. 199, p. 1-20, jan./mar. 1995.
- . Direitos Fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista de direito público*, v. 20, n. 82, p. 5-27, abr./jun. 1987.
- MIRANDA, Francisco Cavalcânti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987. V. 4.
- NABAIS, José Casalta. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 400, p. 15-39, nov. 1990.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual civil em vigor*. 22. ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte : Staatsrecht II*. 6. ed. Heidelberg : Müller, 1990.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- . *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. As normas internacionais em face da Constituição. In: *CURSO* de Direito Constitucional do Trabalho. São Paulo : Ltr, 1991. V. 2, p. 303-311.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília : Universidade de Brasília, 1981.

Um ensaio de sistematização do direito educacional

EDIVALDO M. BOAVENTURA

SUMÁRIO

1. As relações entre educação e direito. 1.1. Antecedentes e experiências. 1.2. Ciências da educação. 1.3. A contribuição do direito à educação. 1.4. Um olhar jurídico para a pedagogia. 1.5. O caminho da sistematização. 2. Noção de direito educacional. 2.1. Concepções. 2.2. Educação, direito público subjetivo. 2.3. Amplitude e o direito integral à educação. 2.4. Autonomia. 2.5. Divisão e seqüência de conteúdos. 2.6. Órgãos e fontes de estudo. 3. Antecedentes do direito educacional. 3.1. Evolução da legislação do ensino para o direito educacional. 3.2. Comparação com o direito do trabalho. 3.3. Denominações mais usadas. 3.4. A disciplina legislação do ensino. 3.5. Legislação como fonte do direito educacional. 3.6. Problemas e exigências do direito educacional. 3.7. Contribuição dos seminários de direito educacional. 3.8. Contribuição da doutrina. 3.9. Conclusão.

1. As relações entre educação e direito

A discussão sobre algumas relações entre educação e direito, com vistas ao ordenamento do direito educacional, para que supere a fase da legislação do ensino, é o objetivo deste trabalho. Pretende-se, ainda, além de cooperar para a sistematização daqueles dispositivos legais, definir a sua localização como disciplina jurídica na estrutura acadêmica.

Intenta-se, também, integrar o direito educacional na formação do educador, principalmente do administrador educacional, tanto quanto sensibilizar o jurista para a desafiante problemática pedagógica. Com referência a esta segunda intenção, tem-se a considerar que, muitas vezes, o profissional tem de atuar como advogado, juiz ou promotor no reconhecimento, na tutela e na defesa de algum direito educacional e, para tanto, precisa inserir-

Edivaldo M. Boaventura é Ph.D., professor da Faculdade de Educação da Universidade Federal da Bahia, membro do Conselho Estadual de Educação da Bahia e da Academia Brasileira de Educação, ex-secretário de Educação e Cultura da Bahia.

se na tipicidade da norma juspedagógica.

Tem-se em vista, conseqüentemente, a consolidação de um campo de definições, a explicitação de princípios e a comparação de sistemas jurídicos, em defesa das partes presentes no processo ensino-aprendizagem.

O interesse deste trabalho é essencialmente didático e profissional. Todavia, não abandona os aspectos epistemológicos por pretender abordar os elementos constitutivos desta disciplina jurídica. Os sistemas legais, muito pedagogicamente, não somente inspiram como também condicionam a própria metodologia do ensino jurídico.¹

Em um país de direito positivo e escrito, como é o Brasil, a principal fonte do direito é a lei. Seguindo este pressuposto, o direito educacional há de ser ministrado dedutivamente, partindo-se dos princípios e dos enunciados teóricos, para enquadrar o fato na norma. Na hipótese de uma nação adotar o *common law*, a situação é bem outra. O caminho é o raciocínio indutivo, empírico e experimental, acompanhando o precedente e retirando de casos julgados as suas aplicações, como magistralmente preleciona Benjamin Cardozo.² O ensino do direito educacional norte-americano, por exemplo, baseia-se no estudo do *case law*.

Em face dessas duas situações metodológicas, teórico-dedutiva e empírico-indutiva, que tanto diferenciam os dois modos de pensar, o presente trabalho deverá comportar certo enfoque comparativo entre os dois sistemas jurídicos citados. Certamente, isso ajudará a ressaltar as características emergentes do direito educacional brasileiro.

Enfim, pelas conexões entre direito e educação, questões e conflitos estão exigindo a participação mais viva e mais atuante do Poder Judiciário na arena educacional. Para tanto, é preciso armar as partes constitutivas do processo ensino-aprendizagem – professor, aluno, servidor, família e poder público – com instrumentos jurídicos mais eficientes, proporcionados que sejam pelo direito material quanto pelo processual. A conscientização dos direitos do aluno, do professor e da escola deve ser, aliás, um dos objetivos explícitos do ensino do direito educacional.

¹ MELO FILHO, Álvaro. *Metodologia do ensino jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979.

² THE NATURE of the judicial process. New Haven : Yale University Press, 1921.

1.1. Antecedentes e experiências

As cogitações entre direito e educação, como disciplinas acadêmicas convergentes para a formação do direito educacional, remontam à experiência de membro e presidente do Conselho Estadual de Educação da Bahia. Naquela singular situação de aprendizagem em serviço, houve oportunidades várias de deparar-me com o ilícito escolar em certificados e diplomas, a fraude estudantil, a regularização de vida escolar de alunos e, sobretudo, com inúmeros processos de autorização de funcionamento e de reconhecimento de cursos, escolas, colégios e faculdades estaduais.

À enriquecedora experiência de conselheiro de educação foi acoplado o conhecimento discursivo do direito educacional – *school law* ou *educational law* – durante o programa de doutorado em administração da educação, na The Pennsylvania State University, de 1978 a 1981. Em Penn State, encontramos toda uma área destinada à aprendizagem do *school law*, para a obtenção de créditos, ao lado da economia, da política, da pesquisa, da administração e da supervisão educacional, todas igualmente requeridas no currículo dos estudos pós-graduados e, especialmente, para a realização dos tormentosos exames compreensivos escritos e orais.

A motivação para o estudo do direito educacional tornou-se ainda maior pelo vivo interesse acerca do direito brasileiro por parte do Professor Patrick D. Lynch, orientador de tese. Particular motivação demonstrou ele pelo relacionamento entre os dois sistemas legais: o sistema jurídico brasileiro, caracterizado pelo direito escrito, o *civil law*, como é normalmente chamado, de origem romanística; e o sistema jurídico anglo-norte-americano, casuístico, baseado no precedente, o *common law*.

Em função das obrigações discentes, alguns *papers* foram escritos, dois deles vinculados à temática deste livro. O primeiro versou sobre a análise comparativa entre os sistemas brasileiro e norte-americano, do ponto de vista legal e histórico,³ enquanto o segundo tratou das

³ ANALYSIS of legal history or comparative legal aspects. Civil Law vs. Common Law. Some references, USA. and Brazil. Fall Term : The Pennsylvania State University, University Park, 1978. A term paper presented to Dr. Patrick Lynch in partial fulfillment of requirements of the Course Educational Administration 583.

relações federais em educação, baseadas no direito constitucional.⁴

Esses dois trabalhos escolares permitiram aprofundar, pela comparação, algumas características próprias aos dois sistemas, com vistas à educação. Do ponto de vista constitucional, por exemplo, é bem diversa a situação. Na Constituição Federal brasileira, há dispositivos que se referem à educação, tradição que remonta à Constituição Imperial de 1824. A Constituição americana nem uma única vez sequer tratou da educação, embora tenha possibilitado farta construção jurisprudencial a respeito.

Além desses dois trabalhos, a dissertação de mestrado em educação abordou o tema da estrutura legal da educação brasileira.⁵ Ainda se pôde identificar a influência do impacto do educational law na tese de Ph.D., defendida em 1981, que caracterizou-se como um estudo histórico-sistemático e avaliativo das funções atribuídas e decisões tomadas pelo Conselho de Educação da Bahia de 1963 a 1975.⁶

Com referência à aproximação jurídico-pedagógica, era quase impossível imaginar-se que uma formação em direito, no Brasil, pudesse ter sido tão positiva e tão útil num programa de doutorado em Educação no exterior. Houve, assim, a possibilidade de combinar direito e educação, concorrendo para essa fusão de conhecimentos o mecanismo de escolha de disciplinas e a valorização da experiência, que colocou à tona o conhecimento acumulado, conforme observação em publicação anterior.⁷ Enquanto se enriquecia o conheci-

mento, em Penn State, ao mesmo tempo, realizaram-se os seminários de direito educacional na Universidade de Campinas, em 1977 e 1978.

1.2. Ciências da educação

Em vista dessas relações, pôde-se constatar que todos aqueles que se envolveram nas interconexões entre educação e direito, especialmente administradores e conselheiros de educação, membros de outros colegiados normativos, procuradores de autarquias universitárias e educacionais, dirigentes de sindicatos de professores e das mantenedoras, advogados e assessores jurídicos especializados, sentem a necessidade dessa aproximação. A educação é um conhecimento aplicado, isto é, prático, como queria Aristóteles, que deve ser também cultivado entusiasticamente pelo direito. Como as demais ciências sociais aplicadas à educação – ou ciências da educação⁸ – que sucessivamente foram contribuindo para o desenvolvimento do processo educacional – psicologia, sociologia, antropologia, ciência política, administração e finanças –, o direito tem, da mesma forma, a sua parcela e o seu espaço a serem crescentemente conquistados e consolidados.

Essa interdisciplinaridade se harmoniza muito bem com a natureza da educação como conhecimento prático, aplicado a campos concretos. Na classificação organizada a partir das disciplinas existentes ou na classificação de acordo com a prática educativa, como propõe Gaston Mialaret,⁹ torna-se uma exigência científica. A compreensão das condições gerais e locais da educação tem sido possível muito tradicionalmente por meio da história, sociologia, antropologia, demografia, economia, administração da educação e educação comparada. Levem-se em consideração as ciências que estudam as situações e os fatos da educação pelas angulações da fisiologia, psicologia e psicossociologia, bem assim, a didática e a teoria dos currículos, as ciências dos métodos e das técnicas pedagógicas e a ciência da avaliação.

Sem discutir os problemas de filosofia e história da educação, na implementação de resultados, destaca-se a psicologia. A psicologia

⁴ FEDERAL relations of education based in the Constitutional Law and Judicial Branch, with some references to Brazilian Educational Law. Winter Term : The Pennsylvania State University, University Park, 1979. A term paper presented to Dr. Patrick Lynch in partial fulfillment of requirements of the Course Educational Administration 576.

⁵ THE LEGAL framework of Brazilian education : a tentative classification of School Law sources with some comparisons to American School Law, and its application to teaching educational administration in Brazil, master's paper in Educational Administration, Division of Education Policy Studies, the Pennsylvania State University, 1980.

⁶ A STUDY of the legal function and responsibilities of the State Council of Education of Bahia, Brazil, from 1963 to 1975. Dissertação (Mestrado em Administração Educacional) — The Pennsylvania State University, 1981.

⁷ A SEGUNDA casa. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984.

⁸ MIALARET, Gaston. *Les sciences de l'Éducation*. 6^o ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1993.

⁹ *Ibid.*, p. 44-94.

que elabora e aplica testes, medidas e escalas, contribuiu efetivamente para o conhecimento do comportamento do aluno dentro e fora da sala de aula. É significativa a apreciação do rendimento escolar do aluno pela psicologia com a ajuda da estatística. E, durante muito tempo, a pedagogia foi quase sinônimo de psicologia. Houve uma fase bem acentuada do chamado psicologismo na educação.

Por seu turno, a sociologia, vinculando a educação ao contexto social, bem assim à dialética das classes sociais, salientou a idéia da socialização do aluno.¹⁰ A educação foi até definida como herança social de gerações passadas, como a concebeu Émilie Durkheim. A abordagem sociológica é imprescindível para o entendimento da educação como reprodução¹¹ e vinculação às classes sociais, por exemplo, na compreensão de Fernando de Azevedo.¹²

Seguiu-se a economia, que privilegiou bastante a análise dos custos e despesas de ensino para a aplicação dos recursos financeiros e da sua alocação no orçamento como projetos e atividades educacionais. A bibliografia da economia da educação é significativa.¹³ A influência da economia é bastante destacada no planejamento educacional, entendido como a racionalização do crescimento dos sistemas de ensino, conforme Raymond Poignant¹⁴ e

¹⁰ LEONARD, Rudolf. *Sociologia educacional*. São Paulo : Pioneira, 1973.

¹¹ BOURDIEU, Pierre, PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução* : elementos para uma teoria do sistema de ensino. Tradução Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1975.

¹² SOCIOLOGIA educacional. 6. ed. São Paulo : Melhoramentos, 1964.

¹³ SCHULTZ, Theodore W. *O capital humano*: investimentos em educação e pesquisa. Tradução Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro : Zahar, 1973; BLAUG, Mark. *Introdução à economia da educação*. Tradução Leonel Vallandro e Volnei Alves Correa. Porto Alegre : Globo, 1975; VAIZEY, John. *Economia da educação*. Tradução José Reis. São Paulo : Instituto Brasileiro de Difusão Cultural, 1968; THOMAS, J. Alan. *The Productive School* : A Systems Analysis Approach to Educational Administration. [s.l.] : John Wiley, 1971.

¹⁴ POIGNANT, Raymond. *Curso de planejamento da educação*. Tradução Yvonne Felice Gonçalves e Nina Atuko Mabuchi. São Paulo : Saraiva, 1976.

o Instituto Internacional de Planificação da Educação.¹⁵

Em oposição ao racionalismo econômico, apelou-se, por sua vez, para a antropologia. Visualizando o processo educativo informal, na família, na igreja, na profissão, na tribo, na comunidade, a educação ficou cada vez mais presa à cultura. A antropologia da educação tem influído deveras nos enfoques qualitativos da pesquisa, metodologicamente pela observação participante.¹⁶

A educação, como praxis, tem aplicado os resultados dessas e outras ciências. É bem o exemplo da administração educacional, que acompanha as etapas da evolução da ciência administrativa: científica, relações humanas e ciências do comportamento.¹⁷ Bem próxima da administração encontra-se a política. Encara-se a escola como uma burocracia ou como um sistema social.¹⁸

1.3. A contribuição do direito à educação

É o momento de se indagar: e o direito, como tem visto e como tem contribuído para a educação? Certamente que o constitucionista responderá, direta e muito prontamente, que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família. E mais, a educação é um direito público subjetivo. A educação, como faculdade atribuída ao indivíduo, não há dúvida de que é um direito social. Exatamente nesse sentido, Cândido Mendes sentencia: “A Educação, direito de cada um”.

O problema é como ultrapassar a declaração constitucional, enfática e muitas das vezes bombástica, do direito à educação para o enfrentamento, efetivo e jurídico, do direito da educação. Com realismo, Renato Di Dio complementou: “Se o direito à escola permanece um direito subjetivo que não se

¹⁵ BOAVENTURA, Edivaldo. *L'enseignement supérieur à Bahia* : étude de la réforme, de l'évolution des effectifs et du financement de l'Université Fédérale de Bahia au Brésil. Paris : Unesco, 1972.

¹⁶ BARNHARDT, Ray et al. *Anthropology and Educational Administration*. Tucson : Sahuaro, 1979.

¹⁷ OWENS, Robert G. *Organizational Behavior in Schools*. Englewood Cliffs : Prentice-Hall, 1970.

¹⁸ BIDWELL, Charles E. The School as a Formal Organization. In: MARCH, G. James. *Handbook of Organizations*. Chicago : Rand McNally College Publishing, 1965. p. 972-1022.

chega a objetivar-se, é algo menos imputável à nossa índole do que à escassez de nossos recursos”.¹⁹

Problemas educacionais foram detectados como prementes e exigiram a interferência pronta do instrumental jurídico. Para o cumprimento da prestação educacional, tornou-se necessário o exercício da força coercitiva da norma de direito; uma vez que coube ao Estado a proteção dos direitos educacionais, como direitos sociais que são. E o direito realizou muito pela educação, no sentido de sua promoção, usando os meios para efetivar o proclamado direito à educação. Há país que vem promovendo a igualdade de educação entre pretos e brancos, pobres e ricos, católicos e evangélicos, democraticamente, por intermédio das garantias individuais, utilizando a cláusula *due process of law*, como os Estados Unidos da América. Mas não foi utilizando tão-somente legislação do ensino, que é apenas uma parte do direito, e sim os instrumentos e as garantias exercitadas pelo Poder Judiciário. Urge que se construa um corpo jurídico organizado, sistematizado de princípios e métodos para que se efetive a prestação educacional.

Esther de Figueiredo Ferraz expressou bem a qualidade dos sentimentos das relações jurídico-pedagógicas ao sugerir o cultivo da educação pelo direito:

“Na verdade, todos nós que colaboramos na área de educação e do direito, sentimos a necessidade de juntar esses dois elementos, porque percebemos perfeitamente que a educação é uma área que deve ser cultivada também pelo direito”.²⁰

Quase na mesma tecla é a sábia ponderação de Renato Di Dio ao exprimir a sensação de um jurista imerso nas questões educacionais. E, por acaso, o sentimento de educação não é uma legítima aspiração de justiça?

“Como quer que seja, somente um jurista inserido no contexto educacional poderá ter a sensibilidade para discernir o justo do injusto nas questões surgidas

¹⁹ CONTRIBUIÇÃO à sistematização do Direito Educacional. Taubaté: Ed. Universitária, 1982. p. 49.

²⁰ A importância do Direito Educacional. *Mensagem*, Fortaleza, n. 8, p. 17-43, 1982/1983. Número especial sobre Direito Educacional.

entre alunos, professores, administradores, técnicos, orientadores e psicólogos envolvidos no processo ensino-aprendizagem.”²¹

As citações trazidas à colação refletiram a experiência de profissionais do direito que, trabalhando em educação, exemplificaram aspectos dessas relações.

1.4. Um olhar jurídico para a pedagogia

No relacionamento da educação com o direito, uma visão jurídica pode comportar, pelo menos, três direções: faculdade atribuída ao educando, norma que regula comportamentos e ramo da ciência do direito.

Em primeiro lugar, a educação, como prerrogativa concedida ao aluno, tem sido freqüentemente proclamada como direito de todos. É nesse sentido que a conflitante Constituição Federal de 1988 afirmou: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (...)”. Reconheceu-se ao aluno as reais possibilidades de desenvolver suas potencialidades. Da educação como direito público subjetivo passa-se à educação como direito-norma.

A segunda direção do olhar jurídico alcança a educação como norma que rege e disciplina comportamentos. A educação tem sido enormemente encarada pela legislação. Assim se compreende a “pletora legislativa”, de onde se destaca o seu emprego na administração. Da ampla extensão da matéria legislativa sobre o ensino, daí, se chamar *Legislação do Ensino*, uma parte estrutura o funcionamento dos serviços educacionais e outra define os direitos e deveres do aluno e do professor, especialmente nos regimentos escolares e nos estatutos do magistério.

O estudo tanto dessas normas como dos direitos atribuídos ao aluno e ao professor constitui uma terceira acepção do direito. É o direito educacional, qualificado como direito especializado e com considerável amplitude de leis, decretos, portarias e institutos próprios, como a matrícula. Dessa maneira concebido, o direito educacional implica seu reconhecimento como ramo diversificado. Com o fenômeno educativo, configura-se uma das tendências do direito moderno para se espriar em subdivisões: direito agrário, direito previdenciário, direito naval, direito aeroespacial,

²¹ DI DIO, op. cit., p. 116.

direito ambiental, direito econômico, direito empresarial. É justamente nesta terceira concepção que o direito educacional é objeto deste trabalho.

A diferenciação da ordem jurídica em ramos não implica, como bem acentua Lafayette Pondé, divisões de compartimentos estanques. A especificação, como mais um desdobramento da ciência jurídica, atende a requisitos didáticos:

“É tão-só uma atitude na natureza didática, para o estudo e conhecimento mais aprofundados de seus institutos e conceitos. Neste sentido tem ela tomado por base não apenas a especialidade dos poderes e das situações a que estes poderes se exercem, mas também a conveniência da sistematização das normas e princípios que concorram para a regulação de determinados grupos de atividades.”²²

Especialmente quanto ao relacionamento entre direito e educação, continua Pondé:

“Tal é o que ocorre com o chamado Direito Educacional, considerado como um sistema regulador das atividades, do Poder Público ou dos particulares, concernentes ao ensino, isto é, um sistema de normas que dispõe especificamente sobre a validade legal dos estudos, assegurados pelo Estado.”

Dessa maneira concebido, o direito educacional implica seu reconhecimento como um ramo da ciência jurídica. A educação é essencialmente um problema do direito e não tão-somente da legislação. Essa é uma das teses centrais deste trabalho. É por isso que a questão não se limita apenas ao âmbito da legislação do ensino, que é uma parte do ordenamento jurídico educacional, mas à esfera do jurídico como um todo. Entenda-se, assim, o direito educacional como um instrumento capaz de levar a educação a todos. Isto é, sair do enunciado e da declaração, que “todos têm o direito à educação”, para a efetivação, individual e social, administrativa e judiciária da educação.

1.5. O caminho da sistematização Congregando todas essas vertentes,

²² SOBRE o Direito Educacional. Salvador : Universidade do Estado da Bahia, 1986. Comunicação ao I Seminário Baiano de Direito Educacional.

relacionamentos e manifestações, é possível enfeixar a matéria com o fim de melhor ordená-la para a sistematização do seu ensino e da sua aprendizagem, bem assim para a sua prática jurídica, especialmente nos tribunais.

Como disciplina, o direito educacional há de ser inicialmente conceituado como um conjunto de normas, princípios e doutrinas que disciplinam o comportamento das partes presentes no processo ensino-aprendizagem, quer dizer, alunos, professores, servidores, escolas, famílias e poderes públicos.

A tarefa seguinte é o problema da transição da legislação para o direito. É ainda com a designação de legislação do ensino que a disciplina é ministrada nas faculdades de educação e departamentos universitários. O problema é saber qual a melhor terminologia? Legislação do ensino, direito da educação ou direito educacional?

Fixada a transição histórica da legislação para o direito, é a vez de se buscar a lição comparativa. Focalizando a experiência americana do seu ensino, a perspectiva comparada revela o estágio do direito educacional. O direito educacional compõe uma das áreas para o doutorado em administração da educação, onde se percebe a intervenção dos tribunais nos conflitos educacionais, bem assim a consistência da estrutura legal como função do Estado-membro da Federação.

Com essas contribuições, chega-se à consideração das ciências da educação na formação do professor. O direito, na ampla perspectiva e funcionalidade anglo-saxônicas, colabora com a teoria da administração, pesquisa educacional, economia da educação, políticas educacionais, gerência e direção de escolas para qualificação do profissional em administração educacional.

Com base nas questões levantadas, tentou-se estabelecer o ordenamento jurídico-educacional. Houve esforço de classificar o cipoal de normas, leis, decretos, regulamentações, resoluções e pareceres, partindo-se das disposições constitucionais até às normas administrativas, conforme a tradição acadêmica das fontes do direito.

Dentre as normas hierárquicas que compõem o ordenamento, merecem destaque as disposições da Lei Maior que regulam a educação. É o direito de educar na Constituição e outras disposições que regulam institutos jus-pedagógicos, a exemplo da autonomia

universitária. Ressalta-se a consideração da educação como um direito público subjetivo e a inovação dos sistemas municipais de educação.

As normas educacionais que integram o ordenamento jurídico conduzem, segundo as esferas do poder, aos três sistemas – federal, estadual e municipal. Os sistemas de educação caracterizam a descentralização a partir da Constituição Federal de 1946 e com a abertura do ciclo das leis de diretrizes e bases da educação nacional, isto é, de 1934 até 1988.

Atentando-se para o exame das relações entre aluno, professor, supervisor, orientador, diretor e servidores no interior da unidade escolar, identificam-se processos, institutos e categorias típicas da tradição jurídico-administrativa brasileira. As principais etapas a serem caracterizadas são: a criação administrativa da escola, tanto pelo poder público como pela iniciativa particular; o processo de autorização de funcionamento temporário; o reconhecimento a termo de cursos e escolas e o credenciamento dos programas de pós-graduação. É típico da educação brasileira o processo de oficialização da escola, pela autorização de funcionamento e reconhecimento. Para tanto, concorrem órgãos executivos e normativos. Tudo isso vem a constituir a estrutura legal da escola.

Correlacionado com a autonomia dos sistemas e com a autorização e o reconhecimento, efetiva-se o trabalho dos conselhos de educação. Centenários organismos colegiados que são constantemente reformulados, mudam de nome, renascem sob diversas denominações, porém, cada vez mais, concorrem para a descentralização da educação brasileira.

Em suma, há uma variedade de questões específicas no relacionamento direito e educação que foram aventadas, a exemplo dos estudos de recuperação. Muitas outras poderiam ser relacionadas. Todavia, há aspectos que merecem destaques, como as decisões dos tribunais e dos conselhos sobre educação, a ação política e administrativa das secretarias de educação e o pleito dos direitos educacionais junto a outras instâncias protetoras dos direitos sociais e humanos.

2. Noção de direito educacional

Esta parte trata de elementos definidores, de cunho marcadamente metodológico, como é tradicional no ensino de uma disciplina jurídica dedutivamente estruturada. No esforço

de conceituação, a educação sobressai como um direito subjetivo, atribuído ao indivíduo e garantido pelo Estado, apelando-se, se preciso, para o Judiciário, a fim de efetivar a prestação educacional, pois, normalmente, o direito subjetivo corresponde a uma pretensão, unida à exigibilidade de um dever jurídico.

Ao conceituar o direito educacional, vai-se mais além, perquirindo o alcance e a natureza da educação, concebida como um direito social. Ocupa-se também esta parte da amplitude, autonomia, divisão e seqüência de conteúdos, órgãos e fontes de estudo mais vinculados ao direito educacional e suas respectivas publicações.

2.1. Concepções

Para efeito inicial de compreensão, compõe o direito educacional um conjunto de normas, princípios e doutrinas que disciplinam a proteção das relações entre alunos, professores, escolas, famílias e poderes públicos, numa situação formal de aprendizagem. Embora existam outros componentes da relação jurídico-pedagógica, esses enunciados são os mais importantes e os mais freqüentes.

Para a noção do direito educacional, alguns elementos são discutidos: o processo ensino-aprendizagem, o comportamento humano relacionado com a educação, a proteção do Estado à educação e o diversificado esforço de conceituação.

O processo ensino-aprendizagem, como núcleo das relações jurídico-educacionais, foi concebido por Renato Di Dio como: “o conjunto de normas, princípios, leis e regulamentos que versam sobre as relações de alunos, professores, administradores, especialistas e técnicos, enquanto envolvidos, mediata e imediatamente, no processo ensino-aprendizagem”.²³

Esta definição privilegia o processo ensino-aprendizagem como núcleo, central e gerador, das relações jus-educacionais. Dessa maneira, o processo ensino-aprendizagem está para o direito educacional como a relação de emprego caracteriza o direito do trabalho. No seu propósito de pensar juridicamente a educação, Di Dio estabelece as condições para a sua autonomia, relacionando-o com outros ramos da ciência jurídica.

Comportamento humano relacionado com a educação – Ainda com referência ao seu conceito, Álvaro Melo Filho enfatiza-o como a

²³ DI DIO, op. cit., p. 31.

disciplina do comportamento humano ligado à educação: “O direito educacional pode ser entendido como um conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados que objetivam disciplinar o comportamento humano relacionado à educação”.²⁴

Proteção do Estado à educação – O direito à educação encontra-se devidamente protegido pelos poderes públicos, assegurando ao aluno a tutela jurídica, bem assim ao professor e ao servidor.

Diversificado esforço de conceituação – Já José Augusto Peres empreende um diversificado esforço de conceituação do direito educacional, como norma, conjunto de leis, ramo da ciência jurídica, para, no final dessa cadeia de conceitos, colocar o seguinte:

“Na realidade, o que pode e deve ser ressaltado, ao se falar introdutoriamente do direito educacional, é que o mesmo é um ramo especial do direito; compreende um já alentado conjunto de normas de diferente hierarquia; diz respeito, bem proximamente, ao Estado, ao educador e ao educando; lida com o fato educacional e com os demais fatos a ele relacionados; rege as atividades no campo do ensino e/ou aprendizagem de particulares e no poder público, de pessoas físicas e jurídicas, de entidades públicas e privadas.”²⁵

Pelas posições referentes ao conceito de direito educacional, pode-se concluir que o direito à educação está inserido no conjunto de normas, princípios e doutrinas que disciplinam o comportamento das partes presentes no processo ensino-aprendizagem; processo ensino-aprendizagem composto de alunos, professores, servidores, escolas, famílias e poderes públicos, que se constitui no centro de interesse maior para o direito. Cabe ao Estado principalmente a proteção desse relacionamento.

2.2. Educação, direito público subjetivo

A Constituição Federal de 1988 foi preempatória ao definir o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo:

²⁴ Direito Educacional : aspectos teóricos e práticos. *Mensagem*, Fortaleza, n. 8, p. 54, 1982/1983.

²⁵ O DIREITO Educacional, de suas origens remotas a uma tentativa de sistematização. Salamanca : Universidad Pontificia de Salamanca, 1987. p. 100.

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante garantia de: (...)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”

Interpretando esses dispositivos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho fixa:

“O direito ao ensino obrigatório (1º grau) e gratuito é reconhecido como direito público subjetivo. Disto resulta que o titular desse direito poderá fazê-lo valer em juízo, contra o Estado, que deverá assegurar-lhe matrícula em escola pública, ou bolsa de estudos em escola particular (art. 213, § 1º) se houver falta de vagas nos cursos públicos.”²⁶

Ao lado do direito à educação deve estar a obrigação de educar, é a conclusão juridicamente plausível. Os dois são correlatos, são parceiros. De certa forma, foi o que fez a Constituição da República de 1988; definiu a educação como direito de todos e dever do Estado, no art. 205, e, no art. 208, enumerou as garantias, incluindo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo. E bem mais, o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou a sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (art. 208, § 2º).

Muito antes da legislação recepcionar a educação como um direito público subjetivo, como procedeu a Lei Fundamental, a doutrina brasileira já o discutia. Esther de Figueiredo Ferraz, por exemplo, em trabalho pioneiro, mostrou o alcance desse direito voltado para a educação:

“Eu começaria por uma afirmação, que quase seria senso comum. A de que o direito cada vez mais se inclina, atento e pressuroso, sob o fenômeno educacional, procurando enquadrá-lo na sua rede de preceitos, envolvendo-o no seu corpo de normas, de maneira a discipliná-lo, de tal forma que a educação não se desvie, antes se oriente em direção aos seus verdadeiros fins e produza aqueles resultados que se podem, legitimamente, dela esperar. Então, é um fato que, cada vez mais, o Direito está atento ao fenômeno educacional.”²⁷

²⁶ CURSO de Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1990. p. 312.

²⁷ FERRAZ, op. cit., p. 28-29.

Relacionada a educação com o direito, Ferraz enfatiza o direito à educação como: “direito fundamental, inalienável, de que é titular cada pessoa humana, independentemente de sua raça, origem, sexo, cor, convicções políticas, religiosas etc.”.²⁸

Para melhor entender este enunciado, no capítulo dos direitos subjetivos, Miguel Reale concebe o direito como “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”.²⁹ Há, pois, em todo direito subjetivo uma pretensão, que pressupõe a exigência de uma prestação ou um ato que é devido por outrem. No que tange ao direito público subjetivo, prende-se a uma “teoria fundamental, porquanto implica a afirmação de que o indivíduo possui uma esfera inviolável, em cujo âmbito o poder público não pode penetrar”.³⁰ No fundo, para Reale, todos os direitos públicos subjetivos pressupõem o direito fundamental de liberdade. Faz referência a Jellineck: “Os direitos públicos subjetivos existem na medida em que o Estado não pode deixar de traçar limites a si próprio, enquanto Estado de Direito”.³¹

Insiste Ferraz em que se considere a educação como um direito público subjetivo; porém, é preciso que haja a ação correspondente, que possa ser requerida pelo Estado. Conclui, então, pela existência do direito educacional:

“De maneira que existe o direito educacional no sentido objetivo, ou seja, no sentido de um conjunto, de um riquíssimo conjunto de normas e princípios jurídicos regulamentadores da atividade educacional, desenvolvidas pelo Estado e pelas pessoas e entidades particulares, por eles autorizadas e fiscalizadas.

Tais normas e princípios possuem uma suficiente especificidade para merecer um tratamento científico por parte de dogmática jurídica, sendo considerados uma categoria e um capítulo do direito administrativo, quando não numa linha mais ambiciosa, um ramo dessa disciplina, ou até mesmo,

uma disciplina autônoma, exatamente porque a matéria tratada por essas leis – a educação – é de uma tal especificidade, de uma tal dignidade, diz tão de perto o respeito ao maior interesse da criatura humana, que é a educação, que deveria ser regulada em capítulo à parte, para bem, até mesmo, do Poder Judiciário, na hora de aplicar a lei.”³²

Não obstante ter Ferraz reconhecido o direito educacional como um conjunto de normas e princípios regulamentadores da atividade educacional, vinculou-o, ao direito administrativo.

A chamada a Pontes de Miranda é de todo procedente no particular do direito público subjetivo. Tudo indica que foi um dos primeiros a definir a educação como um direito subjetivo público. Nos *Comentários à Constituição de 1946*, textualmente, assim expôs o juriconsulto:

“Não confundamos o direito à educação com as bolsas sob os Antoninos, em Roma, ou sob Carlos Magno, ou nos séculos do poder católico. Não se trata de ato voluntário, deixado ao arbítrio do Estado ou da Igreja, mas de direito perante o Estado, direito público subjetivo, ou, no Estado puramente socialista e igualitário, situação necessariamente criada, no plano objetivo, pela estrutura mesma do Estado. A própria estatização do ensino constitui, nos ciclos evolutivos, grau avançado de progresso. Foi o que se deu em Roma, na França. O que tem sido moroso é o processo de tal intervenção do Estado. Surgiu na Alemanha antes de surgir entre os franceses, porém lá mesmo estacou.”³³

Aprofunda mais ainda a questão quando observa que não se deve confundir a existência de escolas públicas com o direito à educação. O direito à escola surgiu, “mas sem a necessária subjetividade, sem a ação que o impusesse”. Assim complementou Pontes de Miranda:

“Também não confundamos a existência de escolas públicas com o direito à educação. Nos meados do século XVII, começaram as leis e regulamentos escolares a desligar-se do encaixe eclesiástico; todavia, foi assaz lento o

²⁸ *Ibid.*, p. 32.

²⁹ LIÇÕES preliminares de Direito. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 258.

³⁰ *Ibid.*, p. 269.

³¹ *Ibid.*, p. 26.

³² FERRAZ, op. cit., p. 53.

³³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1963. T. 4, p. 187.

processo. Nos estatutos político-jurídicos, o direito da escola espontou, mas sem a necessária subjetividade, sem a ação que o impusesse. Só a filosofia de Hegel conduziu à concepção nova.”³⁴

Depois de focalizar a educação nas constituições, ao iniciar o artigo que declara a educação como direito de todos, Pontes de Miranda é bastante enfático:

“A ingenuidade ou a indiferença ao conteúdo dos enunciados com que os legisladores constituintes lançam a regra ‘a educação é direito de todos’ lembra-nos aquela Constituição espanhola em que se decretava que todos ‘os espanhóis seriam’, desde aquele momento, ‘buenos’. A educação somente pode ser direito de todos se há escolas em número suficiente e se ninguém é excluído delas, portanto se há direito público subjetivo à educação, e o Estado pode e tem de entregar a prestação educacional. Fora daí, é iludir com artigos de Constituição ou de leis. Resolver o problema da educação não é fazer leis, ainda excelentes; é abrir escolas, tendo professores e admitindo os alunos.”³⁵

Na mesma direção, como direito subjetivo público, prossegue Lourival Vilanova, ao tratar do direito educacional como ramo da ciência jurídica. Retoma as noções do direito-objetivo e direito-ciência, isto é, o conhecimento sistematizado que este tenha daquele. A norma termina por reconhecer o direito subjetivo público à educação:

“Também, somente pela via de ‘qualificação do fático’ é que se reconhece ao indivíduo o direito subjetivo privado ou o direito subjetivo público à educação e, em contrapartida, o dever correlato de prestar a educação, seja por entidades particulares, ou entes públicos. O reconhecimento de subjetividade jurídica – a capacidade de ser sujeito ativo e sujeito passivo de relações jurídicas – aos entes coletivos provém do direito, ainda que pressupostos sociológicos, pedagógicos, econômicos não faltem como dados objetivos para o conferimento dessa personificação: a subjetividade (o ser sujeito de direito) é uma construção normativa com apoio em

dados de fato que o direito não produziu. Não é o direito que põe os conteúdos – a matéria das relações sociais: procedem elas das necessidades, dos interesses e das valorações efetivamente existentes na comunidade humana concreta.”³⁶

Tanto na doutrina, com Esther de Figueiredo Ferraz, Pontes de Miranda e Lourival Vilanova, como na legislação, especialmente na Constituição Federal de 1988, a educação é reconhecida como um direito subjetivo público.

2.3. Amplitude e o direito integral à educação

Reconhecida a educação como um direito público subjetivo, a matéria não se esgota na educação formal ou regular. Há uma relação jus-educacional quando houver alguém regularmente aprendendo e outro ensinando, devidamente protegida pelo Estado.

Presentes as partes constitutivas do processo educacional, o que interessa do ponto de vista educacional é essa vantagem, é esse avanço no potencial de educabilidade do indivíduo, na condição de aluno, é esse acréscimo aprendido e modificador do comportamento humano, com a cobertura do Estado. Até quando irá o direito na progressão da demanda social ou técnica por mais educação? Existe tão-somente o direito à educação fundamental? A educação, como direito subjetivo, restringe-se ao acesso do ensino obrigatório e gratuito? Ou esse direito se estende aos demais níveis e graus do ensino?

O reconhecimento do direito à educação implica aceitação da demanda do ensino, criando, ela própria, a educação, a sua dinâmica. Vem a propósito Philip H. Coombs:

“É verdade que, vistos retrospectivamente, muitos países apresentam um crescimento lento de seus índices de participação educacional. Nos últimos anos, contudo, a taxa de crescimento teve uma aceleração vertiginosa. Por quê? Uma razão crucial é que a demanda de ensino, alimentando-se de si mesma, cria sua própria dinâmica. Uma população que subitamente começa a obter mais ensino passa imediatamente a desejar ainda mais. Uma criança africana de pais analfabetos, que aprende a ler e contar na escola primária, deseja prosseguir na

³⁴ Ibid., p. 187.

³⁵ Ibid., p. 210.

³⁶ O Direito Educacional como possível ramo da Ciência Jurídica. In: SEMINÁRIO DE DIREITO EDUCACIONAL, 1, 1977. *Anais...* Campinas : Universidade Estadual de Campinas, CENTAU, 1977. p. 62-63.

escola secundária e desta quererá passar para a universidade, caso isso esteja a seu alcance. E, mesmo que não consiga ir além da escola primária, insistirá para que seus filhos tenham melhor sorte. Desta forma, a demanda social de ensino é inexoravelmente complexa, sem levar em consideração o que esteja acontecendo com a economia e quais os recursos disponíveis para o ensino. Este fenômeno não é específico dos países em desenvolvimento; manifestou-se de maneira marcante, durante os anos de pós-guerra, na Europa Ocidental e na América do Norte, no nível secundário e especialmente no nível superior.”³⁷

E como o direito irá acompanhar toda essa trajetória?

O enunciado do direito à educação não limita a extensão dessa faculdade atribuída ao indivíduo. O direito deve acompanhar a trajetória individual do aluno. Ora, em face da defesa da escola primária, universal, gratuita, pública e obrigatória, parece que o enunciado se restringiria à educação primária, entendida como a básica ou fundamental. Mais uma vez, Pontes de Miranda vai mais além para considerar o que ele denomina direito integral à educação: curso primário, profissional, secundário: “No Brasil, tivemos o ensino primário gratuito, mas sem qualquer generalização compulsória. Portanto, sem o direito público subjetivo”.³⁸

A compreensão do direito à educação não se deve limitar tão-somente aos níveis formais de ensino, mas deve atingir outras partes e relações, como os direitos e deveres dos professores, principais atores sociais da aprendizagem, dos servidores, técnicos e administrativos, atingindo o exame de suas vantagens, cargos e salários. Pelo menos, estes elementos devem ser considerados no relacionamento jurídico: alunos, professores, servidores, escolas, famílias e poderes públicos. Nessa compreensão, torna-se inevitável o encontro do direito educacional com o direito administrativo, do trabalho e civil. A explicitação do conteúdo jus-educacional só fará enriquecer e qualificar as relações estatutárias ou contratuais do ensino.

³⁷ A CRISE mundial da educação : uma análise de sistema. São Paulo : Perspectiva, 1976. p. 41.

³⁸ MIRANDA, op. cit., p. 199.

2.4. Autonomia

Considere-se a autonomia do direito educacional do ponto de vista metodológico. E razão assiste a Álvaro Melo Filho quando afirma que a autonomia de qualquer ramo do direito é sempre didática:

“Ainda nesse plano teórico, ao invés de questionar-se sobre as autonomias legislativa e científica do direito educacional, deve-se registrar que, pela simples razão de não poder existir uma jornada jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a autonomia de qualquer ramo do direito é sempre e unicamente didática, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de normas jurídicas, objetivando-se descobrir-se a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico.”³⁹

Em matéria de autonomia, é sempre oportuno recordar a lição de Alfredo Rocco. Ao prelecionar acerca da autonomia do direito do trabalho, Arnaldo Sussekind toma como referência a trilogia de elementos, admitida pelo citado jurista italiano. Para Rocco, uma disciplina jurídica pode ser considerada autônoma, mas não independente, nas seguintes condições:

“1) primeiramente, quando se apresenta suficientemente ampla com bastante extensão de matéria para que mereça um estudo adequado;

2) em segundo lugar, torna-se necessário que tenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais, comuns e distintos dos demais aplicados a outras disciplinas; e

3) por último, é preciso que possua métodos próprios, isto é, procedimentos especiais para a abordagem dos temas e problemas que constituem objeto das suas investigações.”⁴⁰

Em síntese, extensão da matéria, doutrinas homogêneas e métodos próprios são requisitos essenciais para a autonomia. Veja-se sua aplicação no direito educacional.

Ampla extensão da matéria – Observa-se,

³⁹ MELO FILHO, op. cit., p. 54.

⁴⁰ ROCCO *Apud* SUSSEKIND et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1957. p. 148.

de plano, que há copiosa e volumosa legislação educacional, desde o Império e que, a partir de 1930, cresce enormemente. Com o Ministério da Educação e com o surgimento das secretarias estaduais de educação, aumenta a quantidade de leis, decretos e portarias. O Conselho Nacional de Educação e os conselhos estaduais, confirmados pela Constituição de 1934, quantificaram mais ainda as normas. Na linha dos colegiados, a Constituição de 1946 estabeleceu que a União legislaria sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Surgiu a primeira lei de diretrizes e bases (Lei nº 4.024, de 1961) que disciplinou a recriação dos colegiados de educação, ficando mais definido o estabelecimento dos sistemas e suas competências. Assim, além das normas federais, expressas principalmente pelo ex-Conselho Federal, há a elaboração de normas educacionais pelos Estados-membros, manifestadas em resoluções, portarias e pareceres normativos. Trata-se da competência normativa dos conselhos de educação. Aumentam não somente leis e decretos, resoluções e portarias, no âmbito federal, como, também, na área de competência dos Estados federados, particularmente no que concerne ao ensino fundamental e médio. Aumentarão mais ainda com a autonomia dos sistemas municipais de ensino, definidos assim pela Constituição da República de 1988.

No que tange às escolas e colégios, há um ponto de encontro de toda essa legislação, que é o regimento escolar – a lei da escola.

Ademais, com a autonomia das universidades, reguladas pelos seus respectivos estatutos e regimentos, os conselhos superiores acadêmicos, assim como o de suas unidades – institutos, escolas, faculdades –, estão, a todo momento, regulando a vida universitária, por intermédio de resoluções e pareceres, produzindo, assim, cada vez mais, normas.

A extensão se avoluma mais ainda com os estatutos do magistério, planos de carreira e salário, atinentes ao pessoal docente, técnico e administrativo, julgados, decisões judiciais e administrativas, pareceres das procuradorias e assessorias. Tudo concorre para tornar realmente vasta, ampla e extensa a matéria educacional, de natureza normativa, exigindo um tratamento cada vez mais ordenado e sistemático que somente a ciência do direito poderá proporcionar.

Doutrinas homogêneas e peculiares à

educação – A extensão suficientemente ampla conduz à segunda condição da autonomia – a existência de doutrinas homogêneas e peculiares à educação.

Vários são os aspectos doutrinários próprios às ciências da educação. Alguns dos princípios doutrinários estão expressos na Constituição. No particular da doutrina, a educação é, como vimos, reconhecidamente um direito subjetivo público, com o correspondente dever do Estado.

As doutrinas educacionais, especialmente os resultados das pesquisas em psicologia e em sociologia, muito enriquecem a educação. Considere-se a relação doutrina, fundamental no sistema do *civil law*, com os resultados da pesquisa educacional. A investigação científica reforça a doutrina pela construção do conhecimento.

No que tange aos princípios peculiares à educação, é significativa a contribuição de Renato Di Dio, classificando-os em existenciais e lógicos.⁴¹ Quanto aos primeiros, a enumeração inclui:

- 1) educação universal;
- 2) desenvolvimento da potencialidade;
- 3) educação é irrenunciável;
- 4) educação é irreversível, isto é, uma vez absorvido o conhecimento, não pode ser anulado ou apagado, princípio doutrinário de aplicação nos casos de revalidação de estudos realizados;
- 5) educação é personalíssima.

Quanto aos princípios lógicos, destacam-se a liberdade acadêmica, igualdade de oportunidade, educação compulsória, educação gratuita, educação comum e *in loco parentis*.

Métodos para conhecimento do objeto – Doutrinas, princípios, normas, institutos estranhos àquele outros ramos do direito ordenam e informam a extensão ampla e volumosa das normas, pelos métodos próprios para conhecimento do objeto do direito educacional. O instrumental metodológico é o meio pelo qual o conhecimento da ciência do direito educacional cresce. No particular, educação, como disciplina, dispõe de uma série de métodos que são aplicados para o seu crescimento. É a função da pesquisa educacional.

No que concerne aos procedimentos condizentes com os problemas do direito educacional, foram se desenvolvendo padrões

⁴¹ DI DIO, op. cit., cap. 5.

de relacionamento professor-aluno e se estabelecendo interrelações pessoais dentro da escola e suas relações com a comunidade. Muito têm contribuído, metodologicamente, para o desenvolvimento das ciências da educação os resultados da pesquisa, particularmente no campo da análise do comportamento humano.

Em suma, todos os três requisitos para a autonomia estão sobejamente presentes no direito educacional.

2.5. Divisão e sequência de conteúdos

Como principais campos de atuação, visualizando, principalmente, o ensino e a aprendizagem do direito educacional, há algumas sugestões de divisão que conduzem à sequência de conteúdos programáticos.

Três partes básicas – Arval A. Morris opina que a universidade deve oferecer pelo menos três disciplinas sobre as interseções entre direito e educação:⁴²

As bases constitucionais da educação – A primeira, que é a fundamental, analisa a estrutura constitucional básica, onde direito e educação deveriam funcionar por meio de processos, através dos quais se exerceriam os controles dos vários aspectos da educação. Esta primeira disciplina versaria, portanto, sobre as disposições da Constituição Federal, que traçam as bases da educação.

A educação fundamental e média – Já a segunda disciplina localiza-se nas disposições referentes a administradores e docentes, segundo uma relação de tópicos, como contrato de professores e servidores, responsabilidade das unidades escolares, procedimentos dos conselhos de educação e da administração pública. Os focos dessa segunda parte deveriam ser a educação fundamental e média.

A educação superior – A terceira parte deve abranger a educação superior, pelos aspectos peculiares que esse nível de educação apresenta. Morris, que é um analista da Constituição americana em face da educação, parte do nível constitucional para os demais.

Destacam-se, portanto, três elementos de conteúdo para o ensino do direito educacional: as bases constitucionais, as relações contratuais privadas e públicas que afetam, principalmente, a educação fundamental e média e as peculiaridades da educação superior.

Substantivo e processual – A proposta de divisão de Di Dio⁴³ é mais abrangente e sistemática, como é, aliás, todo o seu livro. Concebe duas grandes áreas, seguindo a classificação tradicional do direito em substantivo e processual. Quanto ao direito educacional substantivo, distingue uma parte geral, que abrange vários títulos – definição, autonomia, relações com outros ramos do direito, institutos juspedagógicos, responsabilidade; e outra especial, que contém os dois sujeitos fundamentais da relação jurídico-educacional – alunos e professores, seus direitos e deveres. No que concerne ao direito educacional processual, o foco é a competência das instâncias administrativa e judiciária, bem assim, a hermenêutica, orientação normativa e jurisprudencial.

Conteúdos programáticos – Uma terceira sugestão de divisão é apresentada por Álvaro Melo Filho.⁴⁴ Caracteriza-se, por seu cunho didático, em dez enunciados de conteúdos programáticos:

- 1) direito educacional: autonomia e campo de atuação;
- 2) atribuições legais dos órgãos vinculados à educação;
- 3) ordenamento jurídico-educacional brasileiro;
- 4) ensino de primeiro grau: legislação federal e estadual;
- 5) ensino de 2º grau: legislação federal e estadual;
- 6) ensino supletivo: legislação federal e estadual;
- 7) ensino superior: Lei nº 5.540/68;
- 8) aspectos tributários do direito educacional;
- 9) aspectos trabalhistas do direito educacional;
- 10) jurisprudência judicial sobre a educação.

Direito educacional com vistas à administração – Levando-se em conta a estrutura da educação brasileira, a classificação e hierarquia das leis e os sistemas de educação e suas respectivas administrações, alguns conteúdos foram selecionados para o ensino. A proposta teve em vista o ensino do direito educacional na formação do administrador da educação, conforme consta da nossa dissertação de

⁴² THE CONSTITUTION and American Education. St. Paul : West Publishing, 1974. p. 15.

⁴³ DI DIO, op. cit., p. 37-40.

⁴⁴ MELO FILHO, op. cit., p. 55-57.

Mestrado em educação.⁴⁵ Os conteúdos podem ser resumidos em dez itens:

1) direito educacional no sistema jurídico brasileiro, suas relações com o direito constitucional, administrativo, civil e do trabalho; autonomia; a pesquisa legal;

2) a estrutura legal da educação brasileira, fontes do direito educacional, leis e normas administrativas, a legislação estadual;

3) o sistema federal de educação, a função de legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional; os princípios constitucionais e os padrões para a legislação educacional;

4) administração do sistema federal de educação, Ministério da Educação e Conselho de Educação. educação superior, autorização e reconhecimento de faculdades e universidades;

5) relações educacionais entre União e Estados, descentralização, assistência técnica federal, convênios;

6) o sistema estadual de educação, o significado da legislação estadual, o controle estadual sobre a educação primária e média;

7) administração do sistema estadual, Secretaria Estadual de Educação e Conselho Estadual de Educação;

8) relações educacionais entre o governo estadual e o municipal, escolas primárias e comunitárias;

9) alunos, direitos do estudante, educação e família; pais, representantes legais e associações de pais;

10) professores, estatuto do magistério, direitos e deveres, contratos e convenções coletivas, o enfoque do direito do trabalho.

Há outras possibilidades de se dividir o direito educacional e de selecionar os conteúdos para o seu ensino. Porém, as quatro apresentadas não somente integram as matérias como também atendem tanto à teoria como à prática do direito educacional. A quarta está nas origens deste trabalho, que adotou a seqüência de conteúdos.

2.6. Órgãos e fontes de estudo

O objetivo de tornar o direito educacional uma disciplina mais vinculada à dogmática jurídica e à prática processual conduz à identificação dos organismos mais afeitos à sua

problemática, com indicação de suas respectivas publicações.

Conselhos de Educação – Em primeiro lugar, sobressaem os conselhos de educação nacional (ex-federal), estaduais e municipais, como entidades elaboradoras de normas, resoluções, portarias e pareceres normativos. Ao ex-Conselho Federal de Educação (CFE) foi cometida, expressamente, a atribuição de intérprete da legislação educacional. No interior desses colegiados, atenção merecem as comissões ou câmaras de legislação e normas.

Procuradorias e assessorias jurídicas – Além dos conselhos, ainda na esfera do Poder Executivo, as procuradorias e assessorias jurídicas do Ministério da Educação, das secretarias estaduais e municipais de educação e das universidades são repartições que estão, a todo momento, dando pareceres, opinando e orientando as administrações no que tange à aplicação das leis e das normas, bem assim, dando respostas às solicitações e requerimentos dos alunos, professores, servidores e administradores. O Conselho dos Serviços Jurídicos das Instituições Oficiais de Ensino Brasileiras (COSJUB) congrega as procuradorias especializadas das universidades públicas.

Poder Judiciário – No âmbito do Poder Judiciário, as decisões dos tribunais devem merecer especial atenção pelas jurisprudências relacionadas com decisões educacionais, geralmente indexadas em “ensino” e “magistério”. As súmulas dos tribunais superiores têm trazido matéria judiciária sobre educação, resultante em grande parte de mandados de segurança.⁴⁶

Conselhos, procuradorias e tribunais não esgotam, apenas têm incidência maior sobre a vida educacional e nucleiam a cópia de legislação federal e estadual, via Legislativo e Judiciário.

Publicações – Quase todos os conselhos de educação possuem revistas especializadas, publicações outras que reúnem seus atos normativos, além de estudos e relatórios que são fontes inquestionáveis para o estudo do direito educacional. A começar pelo extinto Conselho Federal de Educação, com a revista *Documenta*, bem como os periódicos dos Conselhos Estaduais: São Paulo, *Acta*; Ceará, *Mensagem*; Bahia, *Redacta*; Espírito Santo, *Selecta*; Paraná, *Critéria*; Pernambuco,

⁴⁶ ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.

⁴⁵ *The Legal Framework of Brazilian Education*.

Arquivos; ex-Conselho Estadual de Educação da Guanabara, *Regesta*; Pará, *Roteiros*; Rio Grande do Sul, *Documentário*; Sergipe, *Coletânea*; Rio de Janeiro, *Rio Educação*; e a *Revista do Conselho Estadual de Educação de Minas Gerais*.

As coletâneas da legislação do ensino são muitas, destacando-se: a *Ordenação em texto único das leis de diretrizes e bases da Educação Nacional e legislação conexa*, edição conjunta do extinto Conselho Federal de Educação (CFE), Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP) e Câmara dos Deputados (1983); as publicações da Coordenadoria de Estudos e Normas Educacionais (CENP) da Secretaria de Estado de Educação de São Paulo (1983); o *Documentário de Ensino*, da Editora do Brasil (1987); o *Boletim de Direito Educacional*, da Consultoria de Assuntos Educacionais (CONSAE); e a *Revista do Direito Educacional*, da J.R. Alves Assessoria Educacional (1989-).

Quanto à literatura especializada, será, em parte, encontrada na bibliografia constante deste trabalho. Por fim, há o *Dicionário de legislação do ensino*, de Moacir Bretas Soares;⁴⁷ o *Encyclopedic Dictionary of School Law*, de Richard D. Gatti e Daniel J. Gatti,⁴⁸ e o *NOLPE School Law Reporter*, da Organização Nacional sobre Problemas Legais de Educação (NOLPE), de Topeka, USA.

O direito educacional, regulando as partes presentes no processo ensino-aprendizagem, disciplina o comportamento humano relacionado com a educação, seja de alunos e professores, pais e representantes legais, servidores técnicos e administrativos, seja de escolas, poderes públicos e famílias. Assim como a educação acompanha todo o evoluir humano, do mesmo modo se reconhece o direito a essa progressão educacional.

A ampla extensão da matéria legislativa, judiciária, doutrinária e administrativa sedimenta-se aos poucos em doutrinas, princípios e *standards*, através de métodos e procedimentos próprios. Para tanto, muito tem contribuído o desenvolvimento das ciências da educação com os resultados da pesquisa, especialmente a análise do comportamento.

⁴⁷ SOARES, M. B. *Dicionário de legislação do ensino*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1981.

⁴⁸ GATTI, R. D., GATTI, D. J. *Encyclopedic Dictionary of School Law*. New York : Parker Publishing, 1975.

Dentre as várias maneiras de se encarar a divisão do direito educacional, como substantivo e processual, diversificados são os conteúdos programáticos, enquanto a seqüência de temas privilegia problemas mais frequentes.

Nas revistas dos conselhos de educação, nas decisões e pareceres das procuradorias e assessorias jurídicas dos organismos educacionais e nos julgados dos tribunais, encontra-se farto material de estudo sobre o direito educacional.

3. Antecedentes do direito educacional

Com o impulso aos direitos educacionais, na Constituição Federal de 1988, ficou mais nítida a etapa evolutiva da legislação do ensino para o direito educacional, reconhecendo-se que há uma legislação, assistemática e dispersa, no interior do ordenamento jurídico.

Legislação do ensino ou direito educacional não é tão-somente um problema terminológico, mas uma fase que mostra as limitações da abordagem da educação apenas em termos de legislação, que não alcança toda a problemática jurídica. Problemas e exigências estão determinando o crescimento do direito educacional que cada vez mais se enriquece com as contribuições da doutrina e da jurisprudência. Algumas dessas posições do emergente direito educacional frente à tradicional legislação do ensino serão vistas agora; primeiramente, a evolução da legislação para o direito e, em seguida, aspectos dessa trajetória.

3.1. Evolução da legislação do ensino para o direito educacional

Direito ou legislação?

Como em outros ramos do direito, há também no educacional o problema terminológico. E, no caso, o terminológico implica histórico, isto é, da legislação em direção ao direito da educação. A diferença principal se encontra entre os dois termos “direito” e “legislação”. A escolha conduz ao posicionamento. Se aceito como “direito”, admite-se a autonomia do novo ramo da ciência jurídica que regula as relações jus-educacionais de proteção ao aluno, professor e escola. Se em lugar de “direito” a opção for pela “legislação”, aceita-se implicitamente que existe tão-somente um conjunto de leis.

3.2. Comparação com o direito do trabalho

Ao examinar o problema da terminologia mais apropriada ao direito do trabalho, se

“legislação” ou “direito”, Arnaldo Sussekind procede a algumas observações que são pertinentes também ao direito da educação. Para o jurista, as normas legais correspondentes ao trabalho eram denominadas de legislação industrial, legislação social, legislação trabalhista, legislação do trabalho. No que concerne à legislação industrial ou operária, comparativamente, a situação é bastante parecida com a legislação do ensino. Assim descreve Sussekind:

“Constituíam elas, então, apenas um conjunto empírico de disposições legais e regulamentares, integrantes dos corpos de leis civis e comerciais. Não possuindo a necessária autonomia entre os diversos ramos da enciclopédia jurídica; não representado um sistema orgânico com unidade doutrinária e princípios peculiares, é evidente que àquela coletânea de leis não se poderia dar o nome de Direito.”⁴⁹

Com base nessa argumentação, o direito educacional, como disciplina nova que é, não pode ser visto e estudado tão-somente dentro dos limites da legislação. Muito ao contrário, deve ser tratado à luz das diretrizes que lastreiam a educação e os princípios que informam todo o ordenamento jurídico. Tanto no caso das relações de trabalho como nos relacionamentos da educação, “legislação seria apenas um corpo sem alma”, continua Sussekind, “uma coleção de leis esparsas e não um sistema jurídico dotado de unidade doutrinária e precisos objetivos, o que contrariaria uma inquestionável realidade”.⁵⁰

Ainda no campo comparativo do direito do trabalho, semelhante pensamento é emitido por Orlando Gomes:

“Nesta série de denominações, nota-se, de logo, a divergência entre os que preferem designá-lo pela expressão Direito e os que insistem em chamá-lo Legislação. Tudo indica que estes reconhecem a autonomia do novo ramo da ciência jurídica. Porque, se há uma disciplina que ordena, sistematiza e explica as regras que informam a relação de trabalho, deve ser denominada Direito. Há alguma coisa além dessas regras. Não há, apenas, leis.”⁵¹

⁴⁹ SUSSEKIND, op. cit., p. 104.

⁵⁰ Ibid., p. 105.

⁵¹ DIREITO do Trabalho : estudos. Bahia, 1954. p. 31-32.

3.3. Denominações mais usadas

Essas referências conduzem, pelo cotejo, a se entender melhor as dificuldades e os óbices da passagem da fase de “legislação” para o “direito”. No direito positivo brasileiro, é usual e freqüente a expressão “legislação do ensino”. Além de inúmeras obras, a denominação é a preferida pelo legislador e pelos educadores e titula uma matéria pedagógica. A Constituição Federal de 1969 prescrevia textualmente que: “A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas” (art. 175, § 3º). A Constituição vigente omitiu a expressão, preferindo empregar apenas o verbo legislar: “Compete privativamente à União legislar sobre (...) diretrizes e bases da educação nacional” (art. 22, inciso XXIV).

Embora nacionalmente aceita a denominação “legislação do ensino”, há outras titulações que são também de uso comum, como “legislação educacional”, “legislação escolar”, não sendo estranhas para João Gualberto de Carvalho Meneses as expressões “direito escolar” e “direito educacional” ou “da educação”.⁵² Renato Di Dio no seu ensaio de sistematização, enumera “direito escolar”, “direito do ensino” e “direito educacional”.

Depois da denominação “legislação do ensino”, que titula, aliás, o *Dicionário de Legislação do Ensino*, de Moacir Bretas Soares, as duas designações mais divulgadas são “direito educacional” e “direito da educação”, empregadas não somente por estudiosos, como também por periódicos: *Mensagem* (nº 8, 1983), *Boletim de Direito Educacional* e a *Revista do Direito Educacional*.

No que concerne ao problema terminológico, indaga Renato Di Dio se não seria melhor “direito escolar” ou “direito do ensino” que “direito educacional”? Responde negativamente por serem titulações mais restritivas, optando como mais apropriada a expressão “direito educacional”, “direito da educação” ou “direito educativo”. Segundo o mesmo, os puristas prefeririam “direito educativo”, considerando que o adjetivo “educacional” é um galicismo. Acerca de “educativo”, o adjetivo fornece uma “conotação de algo que educa, ao passo que educacional seria o direito que trata da educação”. A escolha de Renato Di Dio foi por “direito educacional”, que assim denominou

⁵² Verbete, “Direito da Educação”. In: FRACA, L. Limongi (ed.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1979.

sua obra pioneira. A mesma denominação tem sido usada por outros autores, por exemplo, José Augusto Peres.⁵³ Muito pioneiramente, Oldegar Franco Vieira, focalizando juridicamente o problema pedagógico, propugnava pela formação de um “direito de educação”, como novo instituto.⁵⁴

No campo do direito comparado, no inglês norte-americano, a denominação mais corrente é *school law*, que aparece em inúmeras obras⁵⁵ e na publicação da National Organization on Legal Problems of Education (NOLPE), *School Law Reporter*. Além de *school law*, há também *educational law e education law*,⁵⁶ essa última denominação é mais rara.

Em suma, cada vez mais se consagra a expressão “direito educacional”, nacional e internacionalmente aceita.

3.4. A disciplina legislação do ensino

A legislação do ensino foi instituída academicamente como componente do currículo de pedagogia, prevista para a habilitação em inspeção escolar, dentre onze matérias, que se desdobram em dezessete para possibilitar as combinações necessárias conforme o parecer do ex-Conselho Federal de Educação nº 252/69.⁵⁷ Apesar de serem contempladas várias matérias, sociologia geral, sociologia da educação, psicologia da educação, história da educação, filosofia da educação, didática, a ciência política e o direito só compareceram nessa composição curricular como legislação do ensino. Como legislação, é

⁵³ DI DIO, op. cit.

⁵⁴ O ESTADO e a Educação. Salvador : Rosa dos Ventos, 1953; A CONSTITUIÇÃO de um Estado de direito e de cultura. 2. ed. Brasília : Câmara dos Deputados, 1986.

⁵⁵ ALEXANDER, Kern. *School Law*. St. Paul : West Publishing, 1980; HAZARD, William R. *Education and Law*. 2. ed. New York : Free Press, 1978; PETERSON, Le Roy J. et al. *The Law and Public School Operation*. 2. ed. New York : Harper & Row, 1978; GATTI, Richard D., GATTI, Daniel J., op. cit.; M. NOLTE, Chester, LINN, John Phillip. *School Law for Teachers*. Danville : Interstate Printers & Publisher, 1963.

⁵⁶ JOHNSON, Georges M. *Education Law*. East Lansing : Michigan State University, 1969.

⁵⁷ “Estudos pedagógicos e superiores – Mínimos do currículo e duração para o curso de graduação em Pedagogia”, Comissão Central de Revisão dos Currículos, aprovado em 11 de abril de 1969.

um conjunto de leis, decretos, resoluções, pareceres normativos, regulamentações administrativas, portarias etc. E, como conjunto, não chega a constituir um ramo do direito pela falta de unidade e objeto.⁵⁸

A legislação é “conjunto de normas jurídicas de caráter coercitivo sobre determinada matéria”.⁵⁹ É o conceito que interessa neste contexto; porém, há outras acepções, como “totalidade das leis de um Estado ou de determinado ramo do direito”; exemplos: legislação federal, legislação civil, legislação brasileira, legislação francesa, legislação internacional – do mesmo modo, legislação do ensino. Como é notório, uma legislação não chega a formar um corpo doutrinário de princípios jurídicos. No caso da legislação do ensino, há ampla e vasta matéria, mas carece de princípios e doutrinas homogêneas, bem assim de métodos adequados à investigação dos seus problemas, que são os três elementos propostos por Alfredo Rocco para a autonomia de um ramo da ciência jurídica. Além do mais, como legislação do ensino, *tout court*, não contempla a jurisprudência administrativa dos conselhos de educação e não considera os julgados dos tribunais, conforme o capítulo anterior.

Ao ter o ex-Conselho Federal de Educação colocado-a como matéria do currículo de pedagogia, não deixou de ser um passo positivo do ponto de vista didático. Não foi, contudo, pacífica essa decisão no Conselho pela confusão entre administração e aplicação da lei. João Gualberto de Carvalho Meneses comenta a discussão:

“Muitos chegam mesmo a confundir administração com aplicação de lei. Quanto à necessidade de seu estudo sistemático, nem todos concordam. Alguns pretendem que legislação de ensino fique adstrita a determinada disciplina como parte de seu conteúdo. É o caso de Nair Fortes Abu-Merhi, do Conselho Federal de Educação, que, em manifestação sobre a organização do curso de Pedagogia, expandiu a idéia de

⁵⁸ BOAVENTURA, Edivaldo. Da legislação do ensino ao Direito Educacional. *Fórum Educacional*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 3-9, jul./set. 1984.

⁵⁹ NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Paema, 1984.

que parece não se justificar a legislação de ensino como disciplina autônoma, pois não se compreende a legislação fora do conteúdo da administração, i. é., os atos legislativos – *lato sensu* – constituem o substrato da administração.⁶⁰

Argumenta Meneses que a legislação do ensino tem um papel mais amplo e que tanto a estrutura do sistema de ensino como as normas de funcionamento estão nela determinadas. Não tem apenas o sentido instrumental para o administrador, como supunha Lourenço Filho. A legislação do ensino deve ser encarada como base da administração educacional. Meneses salienta que é preciso formar o administrador para as funções e competências estabelecidas pela legislação descentralizadora do ensino – “preparação que orienta os diretores mais para a ação criadora que a prática rotineira de simples aplicação de dispositivos legais”.

Assim posto, aceita a sua identidade como uma matéria a ser organizada em disciplina, e, como base da administração educacional – conforme o ponto de vista de Meneses –, há de se destacar três problemas acadêmicos: em primeiro lugar, o seu conteúdo; em seguida, a sua presença em outras disciplinas; e, finalmente, a sua localização.

Conteúdo da disciplina – Geralmente se transmite, num programa de legislação do ensino, noções, introdutórias e básicas, do direito, como norma, lei, decreto, processo legislativo, hierarquia das leis, princípios e fundamentos legais do ensino de primeiro e segundo graus, conflito de leis no tempo e no espaço, revogação da norma, derrogação e abrogação de leis. Assim, parte-se para o estudo dos dispositivos da Constituição sobre educação, das diversas normas educacionais, legislativas e administrativas, até alcançar as indicações para a elaboração do regimento escolar.⁶¹

Acresce-se a circunstância de os livros sobre a matéria darem mais espaço à transcrição e comentário de textos legais do que às questões jurídicas. Lugar de destaque é reservado para as sucessivas leis de reforma do ensino sem referência às decisões de natureza jurisprudencial,

⁶⁰ MENESES, op. cit., p. 12-13.

⁶¹ RAMA, Leslie Maria José da Silva. *Legislação do ensino* : uma introdução ao seu estudo. São Paulo : EPU, 1987.

especialmente acerca do magistério e do ensino.⁶² Nota-se certa carência em perspectiva para o entendimento da educação como um problema do direito, como fizeram, já há algum tempo, juristas do porte de Pontes de Miranda⁶³ e Sampaio Dória.⁶⁴ Não houve ainda com o direito educacional o que ocorreu nas formulações dos economistas e educadores que souberam aplicar a economia da educação nas políticas educacionais e no planejamento.

Não obstante essas limitações, a legislação do ensino, didaticamente exposta em coletânea de normas e em manuais, tem se mostrado útil não somente na esfera acadêmica, como também no meio profissional de conselheiros de educação, assessores e procuradores.

Apesar do dominante aspecto de legislação, certos autores têm introduzido elementos para a compreensão do sistema educacional brasileiro com abrangência nacional, distinguindo a legislação federal da legislação do sistema estadual de uma determinada unidade federativa, como fez Francisco Victor Schuch.⁶⁵ Estudos mais recentes sobre legislação do ensino apresentam aspectos mais jurídicos, como o trabalho de Ricamar Maia e Iale Renan,⁶⁶ que vêem a educação pelo enfoque sistêmico, bem assim Leslie Rama,⁶⁷ que procura estabelecer os fundamentos legais e os princípios do ensino, dentre outros aspectos.

Lugar de destaque tem a *Ordenação em texto único das leis de diretrizes e bases da educação nacional e legislação conexa*, em dois volumes. Embora se restrinja à legislação federal, a *Ordenação em texto único* é um trabalho de compilação que se mostra útil a todos aqueles que precisam usar e consultar as leis expedidas pela União. O esforço de compilação faz sentir o caminho na direção não somente da ordenação, mas também da

⁶² ADAMATTI, Ivo, IOPPI, Maria do Carmo. *Coletânea de legislação do ensino de 1º e 2º graus*. Caxias do Sul : Universidade de Caxias do Sul, 1982.

⁶³ MIRANDA, op. cit.

⁶⁴ A Constituição e a legislação de ensino. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 47, p. 157-175, 1952.

⁶⁵ LEGISLAÇÃO mínima da Educação no Brasil : ensino de 1º e 2º graus. 7. ed. Porto Alegre : Saga, 1986.

⁶⁶ SISTEMA educacional brasileiro : legislação e estrutura. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1983.

⁶⁷ RAMA, op. cit.

integração legislativa. Na apresentação, é reconhecida a necessidade, “em que hoje nos encontramos, de um instrumento que agrupe, de forma coerente e articulada, as principais leis de educação do País”.⁶⁸ Reconhecem os organizadores que não se esgota nessa utilidade o alcance do empreendimento. A vontade, ao estabelecer o texto único, foi de fornecer a visão integrada da ordem vigente, na matéria, pela compilação:

“Sutil e inçada de percalços é a empresa de quem consolida. Sendo mais que a de compilar, não se pode exaurir na simples reunião dos textos pertinentes. Sendo, porém, menos que a de legislar, não pode ir ao ponto de dar-lhes articulação e forma que, posto desejáveis, não se possam reconhecer preexistentes. Em sentido escrito, o texto consolidado deve esgotar as possibilidades de manifestar as leis, sem, contudo, criá-las, extingui-las ou modificá-las. Isto é, constituir-se fonte de cognição e não fonte de produção do direito, segundo a clássica distinção da doutrina italiana.”⁶⁹

Legislação, estrutura do ensino e papel da doutrina – Elementos de legislação não somente compõem os programas da matéria legislação do ensino, como também da disciplina estrutura e funcionamento do ensino. Não se percebe, porém, o esforço de fundamentação na doutrina jurídica e nem tampouco o tratamento epistemológico que vinculam as questões legais ao mundo dos direitos e das garantias individuais, da educação como direito e como dever, para o cumprimento da prestação jus-educacional. Limita-se, como a própria denominação da disciplina induz, aos aspectos introdutórios do ensino e ao relacionamento das principais leis, conforme foi detectado anteriormente.

Sem a necessária base doutrinária que sirva de argamassa para interligar os dispersos elementos das copiosas leis, dando-lhe tratamento adequado e científico, continuar-se-á a ministrar apenas noções de legislação. Ora, o uso da doutrina é uma das características do direito continental escrito, conhecido como o sistema do direito civil (*the civil law system*).

⁶⁸ Brasília. Conselho Federal de Educação. Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais e Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados, 1983. V. 1, p. 12.

⁶⁹ *Ibid.*, v. 1, p. 19.

A legislação do ensino ficará cada vez mais pobre e insuficiente se não encarar e discutir os direitos e deveres do estudante e do professor, principais elementos do processo ensino-aprendizagem, discutidos criticamente em face não somente da lei como também da jurisprudência. Em outras palavras, é o reconhecimento pleno do exercício do direito à educação e das vantagens e incentivos ao magistério, dentre muitas outras questões, que devem ser ministradas. E, no momento em que a legislação do ensino recepcionar e enfatizar o lado jurídico das relações pedagógicas professor-aluno, Estado-escola, pais-direção do estabelecimento, estará já ingressando e dando lugar ao direito educacional. É por isso que se sustenta que a legislação do ensino, organizada em disciplina, é uma etapa evolutiva para o direito educacional.

Localização da disciplina – No que tange ainda à sua condição de disciplina acadêmica, a legislação do ensino não tem posição definida no ordenamento jurídico, como sucede com outros desdobramentos da ciência jurídica que têm desenvolvidos os seus conteúdos nas faculdades de direito, enriquecendo-se cada vez mais com a aproximação de outras matérias. A legislação do ensino, como disciplina essencialmente educacional, integra o currículo de pedagogia. Quando situada no Departamento de Educação, isola-se do contexto jurídico. O problema da sua localização, todavia – se permanece numa faculdade de Educação ou se situa numa faculdade de direito –, dependerá da organização universitária. Ainda quanto à localização, há um problema de fundo, de procedência e de desmembramento. Repetindo-se a questão colocada por Sérgio Guerra Duarte: “De que ramo do direito promana o direito educacional?” O direito educacional, tratando dos serviços públicos educacionais, provém do direito administrativo, ramo do direito público. Assim é o raciocínio formulado por Doracy Soares Conte, referenciado por Sérgio Duarte:

“Assim como o Direito Administrativo, tomando corpo próprio, separou-se do Direito Constitucional, tornando-se ramo autônomo do Direito Público, e como o Direito Público, e como o Direito Tributário tornou-se independente do Direito Administrativo, pode-se admitir que as normas de ensino venham um dia

a formar corpo próprio e constituir novo ramo do Direito Público.”⁷⁰

A conclusão que se pode tirar da legislação do ensino como disciplina é que os aspectos legais e até certo ponto jurídicos da educação estão ainda organizados como legislação. Esse enfoque também demonstra as suas limitações e, pelo visto, indica os prenúncios da superação da etapa e deixa aparecer uma maneira mais sistemática de organização dos problemas jurídicos da educação em termos do direito educacional.

3.5. Legislação como fonte do Direito Educacional

A legislação não é tão-somente uma disciplina, mas também deve ser encarada como parte constitutiva desse direito educacional, que emerge do conglomerado de leis e decretos, com doutrinas e princípios rumo à sistematização. Meneses percebeu bem a legislação como fonte do direito educacional ao observar:

“A introdução da legislação do ensino como disciplina autônoma permitirá seu enquadramento como parte do Direito Educacional. Isto é, além do texto de lei, em si, outros aspectos deverão ser estudados. Se compulsarmos a bibliografia nacional e estrangeira sobre o assunto, verificaremos que alguns esforços nesse sentido já vêm sendo realizados.”⁷¹

A legislação, como parte integrante do ordenamento jurídico, para Meneses, é de cunho mais pedagógico que jurídico. Se como legislação do ensino tem características mais pedagógicas do que jurídicas, a contrário senso, como direito da educação terá caráter mais jurídico do que de mero conjunto de leis. Como uma das fontes do direito educacional, Meneses procede ao devido encaixe na tela da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale – norma, fato e valor. “Legislação do ensino” ou “legislação escolar” não são expressões inadequadas “se queremos nos referir a uma apenas das três dimensões do direito, as regras de normas”.

Por seu turno, Álvaro Melo Filho identifica uma legislação no ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo contudo que “é

irrecusável que tal legislação possui uma parte dispersa, sem estrutura orgânica”.⁷² Privilegia, então, o papel do direito educacional na transformação dessa dispersão em algo cientificamente ordenado. Assim, o direito educacional terá a função de nuclear essa dispersa legislação:

“Se é um dado-de-fato que há uma legislação educacional no interior do ordenamento jurídico, também é inquestionável que tal legislação está dispersa, sem estruturação orgânica: existe assistematicamente”.

E Lourival Vilanova também identifica uma legislação educacional. Não só reconhece a sua dispersão, mas também sente a necessidade de sua sistematização via estabelecimento dos princípios gerais:

“É necessário reunir o disperso, verificar as interconexões de normas, suas implicações, seus desdobramentos, indo até os denominados princípios gerais: as normas cuja generalidade permite inter-relacionar um determinado subdomínio do Direito. Essa generalidade tem graus. Pode alcançar princípios gerais válidos para todo o ordenamento. A implicitude de tais princípios – nem sempre se descobrem, ou se ostentam limpidamente – não os torna menos positivos: são normas implícitas de direito positivo. Por outro lado, a sistematização dá forma harmônica ao todo, eliminando as contradições normativas (...) A sistematização normativa dá ao intérprete ou ao aplicador de norma os meios para preencher os vazios normativos.”⁷³

Para que se opere a sistematização do direito educacional, porém, é preciso que se proceda à consolidação, conforme as categorias, os métodos e os instrumentos da ciência do direito. Trata-se, portanto, de uma tarefa universitária, de investigação entre o jurídico e o educacional conjuntamente e interdisciplinarmente trabalhados. É assim que Vilanova preleciona:

“Ora, tudo isso se obtém, de uma parte, com esse mínimo de coordenação normativa que é a consolidação. Por outra parte, obtém-se com o auxílio da

⁷⁰ EDUCAÇÃO Brasileira : legislação e jurisprudência do pré-escolar à pós-graduação. Rio de Janeiro : Antares, 1984. p. 15.

⁷¹ Loc. cit.

⁷² DIREITO Educacional : ementário jurisprudencial. *Mensagem*, Fortaleza, n. 8, p. 53, 1982/1983.

⁷³ VILANOVA, op. cit., p. 89.

ciência do direito. É justamente a ciência jurídica que fornece os conceitos fundamentais para recolher o material disperso em classes, em tipos, em categorias. Com esses quadros-de-referência, podemos destacar, no subdomínio Legislação Educacional, se há ou não subjetividade de direito, fato jurídico, fonte normativa, normas de organização e normas de conduta, normas substantivas e normas processuais; se há relações jurídicas, quais os objetos das relações jurídicas, quais as normas sancionadoras, qual a hierarquia das normas e, correspectivamente, qual a hierarquia existente nos órgãos legislativos, nos órgãos administrativos, nos órgãos técnico-administrativos. Podemos, ainda, distinguir qual a porção de direito educacional estadual e municipal, como, enfim, se reportam as competências numa estrutura federativa, e que órgãos exercem as competências de ordem material, especial, funcional, pessoal.”⁷⁴

3.6. Problemas e exigências do direito educacional

Não obstante o reconhecimento do atraso do direito educacional brasileiro, problemas sérios estão surgindo e exigindo a sua interferência, não somente do ponto de vista substantivo, mas também do ângulo processual. Coloca-se, em primeiro lugar, o exercício de direitos educacionais pelo aluno, pelo professor e pelo servidor, considerando que cabe ao direito educacional, na expressão de Melo Filho, “disciplinar o comportamento humano relacionado à educação”.

Primeiramente, o direito à educação, como faculdade atribuída ao indivíduo de “aprender, ensinar, pesquisar, divulgar o pensamento, a arte e o saber” (Constituição Federal de 1988, art. 206, II), e mais, de desenvolver, permanentemente, o seu potencial, constitua-se em uma fonte de direito. E a principal fonte do direito educacional é o direito à educação. Somente se acionando o direito educacional, especialmente por meio dos instrumentos processuais, é que se conseguirá a efetivação do direito subjetivo à educação. É a força da coerção organizada e o poder da norma jurídica, aplicada e exigida, legalmente, que concretizará o direito como faculdade atribuída ao aluno:

⁷⁴ Ibid., p. 85-86.

criança, adolescente ou adulto. No particular, a Constituição criou uma série de direitos e de expectativas aplicáveis à educação (arts. 205 a 208).

Se os conflitos raciais e religiosos ainda não acarretaram maiores questões à educação brasileira, como acontece em outras nações, a demanda à escola para a efetivação da prestação educacional é seguramente uma possibilidade de intervenção do Judiciário no ensino, que de resto desempenha um papel muito reduzido na educação nacional. Para tanto, devem ser acionados os mecanismos das garantias fundamentais, como mandado de segurança e de injunção. O direito à educação foi até agora muito pouco exigido legal ou judiciariamente. Com a Constituição de 1988, houve reforço aos direitos educacionais, particularmente com a concepção de educação como direito público subjetivo.

Uma outra questão que diz respeito ao direito é a valorização do magistério. Atribuições de vantagens e de incentivos e outras pretensões estão cada vez mais apelando para o Judiciário. Essas são situações claramente atribuídas ao direito, como composição dos interesses em conflito, nas negociações ou nos conflitos e dissídios coletivos. No caso, o direito do trabalho combina-se com o direito educacional.

Além da proteção ao aluno e ao professor, controvérsias permanentes há na educação brasileira que deverão ser encaradas à luz do direito. É bem ilustrativa a dicotomia escola pública *versus* escola particular. É uma constante ideológica que vai e volta pendularmente em períodos mais ou menos críticos. A Constituição intermediou uma solução ao admitir o “pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino” (art. 206, III). Outras questões permanentes são a centralização *versus* descentralização, respectivamente em direção da União aos estados e municípios, assim, também, qualidade *versus* quantidade, terminalidade *versus* continuidade. Todas essas questões têm o seu lado jurídico ou legal a ser encarado.

Existem problemas outros que resultam do processo ensino-aprendizagem e que exigem uma tomada de conscientização. Ressalte-se o valor jurídico da educação. Os exemplos são múltiplos:

a) fraude escolar, que é evidentemente diferente da fraude penal;

b) direito tradicionalmente atribuído ao aluno-menor de requerer a revisão de provas sem a assistência dos pais ou de representantes legais;

c) certificados e diplomas expedidos por escolas não-autorizadas ou reconhecidas;

d) relações conflitantes entre pais e mestres;

e) processos vários de regularização da vida escolar de alunos e de revalidação de estudos realizados em face do princípio da irrenunciabilidade da educação.

Enfim, esses e outros casos indicam a solução administrativa ou judiciária, por intermédio respectivamente dos conselhos de educação, ou das procuradorias especializadas, ou mesmo do Judiciário.

Ao lado dessas exigências por uma maior presença do direito no encaminhamento de conflitos educacionais, esforços doutrinários têm sido empreendidos para se tentar algo mais ordenado e mais unitário com vistas a maior sistematização do direito educacional pela discussão em seminários de questões relevantes de sua autonomia e pela contribuição doutrinária de estudiosos.

3.7. Contribuição dos seminários de direito educacional

O histórico *1º Seminário de Direito Educacional* ocorreu na Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), em outubro de 1977, coordenado por Guido Ivan de Carvalho. Dentre os colaboradores e expositores, destacou-se Esther de Figueiredo Ferraz; em contribuição significativa e pioneira, discutiu o alcance da educação como direito público subjetivo. Concluiu que a sua existência implicaria a prestação a ser exigida do poder público através da ação intentada contra a União, estados e municípios. Além disso, reconheceu que já há uma matéria considerável “de modo a justificar a criação de um direito educacional”. No mesmo seminário, Lourival Vilanova tratou do direito educacional como ramo da ciência jurídica e destacou a classificação das normas educacionais em: constitucionais, legislativas, regulamentares, portarias, atos administrativos, resoluções e pareceres dos Conselhos Federal e Estaduais de Educação, admitindo também as fontes jurisprudenciais. Guido Ivan de Carvalho estudou o direito educacional na práxis do ensino. Do mesmo modo, Álvaro Álvares da Silva Campos apresentou duas comunicações, uma sobre o código vital e o direito educacional

e outra acerca do direito educacional na jurisprudência da consultoria jurídica do Ministério da Educação. O último trabalho é de especial importância na estruturação do conteúdo de direito educacional, em termos práticos, pela variedade de temas e problemas apresentados. Ainda José Alves de Oliveira se ocupou do tema da universidade como autarquia em regime especial.

Já o *2º Seminário de Direito Educacional*, realizado na mesma cidade e pelo mesmo grupo, em 1978, contou com a participação de Abdias de Oliveira, que tratou das entidades mantenedoras do ensino superior; de Álvaro de A. da S. Campos, que relacionou o direito e a administração da educação; de Dalva Assunção de Souto Mayor, que tratou da consolidação da legislação educacional como etapa de futuro código; de Wilson Chaves, que estudou o problema do magistério superior na Justiça do Trabalho, além de outros trabalhos.

Os seminários de direito educacional demonstraram a preocupação com problemas fundamentais, quais sejam, a controvérsia sobre a existência do direito público subjetivo da educação que a Constituição de 1988 dirimiu colocando como uma das garantias (art. 208, § 1º), ao lado de cogitações práticas e operativas que ensejam o ordenamento de normas.

Dando continuidade aos seminários, em setembro de 1982, efetivou-se a *Semana Nacional sobre a Pedagogia de Rui Barbosa*, em comemoração ao primeiro centenário dos pareceres sobre a reforma do ensino, funcionando conjuntamente o *3º Seminário de Direito Educacional*, promoção do Conselho Estadual de Educação da Bahia, com a participação de Guido Ivan de Carvalho, organizador dos dois seminários anteriores, na Universidade Estadual de Campinas. Na oportunidade, apresentamos uma comunicação sobre o direito educacional na perspectiva comparada.⁷⁵ O assunto teve a melhor acolhida entre os participantes. E, dentre estes, destacou-se a presença do Professor Renato Alberto Teodoro Di Dio, com a sua marcante *Contribuição à sistematização do direito educacional*.

A troca de idéias permitiu o aprofundamento do debate em torno do temário jurídico-pedagógico. Dentro dessa linha de aproximação,

⁷⁵ O DIREITO Educacional numa perspectiva comparada. *Diário Oficial do Estado da Bahia*, Salvador, 5 nov. 1982.

um outro seminário de direito educacional aconteceu em São Paulo, de 16 a 18 de novembro de 1983, promoção conjunta do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), de São Paulo, e do Conselho Estadual de Educação.⁷⁶ O ponto focal da comunicação sobre a história do direito educacional foi justamente a passagem da legislação do ensino, com todas as suas limitações, para o direito educacional.

De modo igual, em setembro de 1986, teve lugar o 1º *Seminário Baiano de Direito Educacional*, enfatizando a legislação do ensino superior. Uma mesa redonda discutiu o problema do alcance do direito educacional e suas limitações em face do direito administrativo.⁷⁷

Em setembro de 1988, foi a vez do Conselho dos Serviços Jurídicos das Instituições Oficiais de Ensino Brasileiras realizar o seu XIII Congresso Nacional, em Salvador. Na oportunidade, houve ensanchas para uma exposição acerca da interpretação do direito educacional, com ênfase na aplicação dos princípios da irrenunciabilidade e irreversibilidade da educação.⁷⁸ Por último, o II Seminário Brasileiro de Direito Educacional aconteceu, no Rio de Janeiro, numa promoção da J.R. Alves Assessoria Educacional (1990), seguido de outros encontros, em Brasília, e congressos em São Paulo (1992) e em Salvador (1993).

A relação de encontros demonstrou a preocupação com os problemas jurídicos que afetam a educação. No entanto, não têm aparecido tais questões nas reuniões de entidades universitárias, a exemplo da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação (ANPED). É certo que a cogitação dessas questões jurídicas vem ocupando bem mais os profissionais que trabalham diretamente com problemas práticos, como procuradores jurídicos e advogados de universidades, de órgãos executivos e de sindicatos. Em suma, ao longo dessa

⁷⁶ OS SISTEMAS legais e sua influência no Direito Educacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 21, n. 84, p. 215-220, out./dez. 1984.

⁷⁷ A CONTRIBUIÇÃO da revisão da literatura à sistematização do Direito Educacional. *Revista Brasileira de Administração Educacional*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 104-112, jan./jun. 1985.

⁷⁸ O DIREITO Educacional na formação do administrador. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 97, p. 293-300, jan./mar. 1988.

participação em seminários e simpósios, alguns artigos foram publicados.⁷⁹

Participação em seminários e publicações de artigos canalizaram-se para o ensino do direito educacional, na disciplina legislação do ensino, do currículo de pedagogia, em que tentou-se situá-la como uma etapa na evolução jurídica, de onde emergiu o próprio direito da educação. Ora, o ensino da legislação *tout court*, sem o apoio no direito, e mais, sem levar em conta a classificação das normas educacionais, o fundamento na doutrina e a experiência na jurisprudência, só pode ser considerado falho e ineficiente. Entre outras orientações, o direito educacional, na sua manifestação publicista, conduziu ao estudo das competências dos sistemas de educação e da descentralização do ensino em direção aos estados-membros e aos municípios. Com efeito, é na discussão crítica da legislação, da doutrina e da jurisprudência que melhor se percebeu a potencialidade do direito à educação, seja de crianças e adolescentes, seja de jovens e adultos, principalmente em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. De igual modo, o direito à educação tem abrangido as vantagens e incentivos à carreira do magistério e dos servidores da educação. Foram esses alguns dos objetivos da legislação do ensino em trânsito para o direito educacional, no nível de graduação. Na pós-graduação, houve também a possibilidade de introdução de elementos do direito educacional na análise dos sistemas educacionais, principalmente nos fundamentos legais e jurídicos que embasam as estruturas do ensino. Nesse nível dos estudos avançados, considerou-se bem adequada a discussão teórica e metodológica das relações entre educação e direito, particularmente da educação considerada como um direito público subjetivo, de acordo com a Constituição de 1988, conforme vem sendo discutido no curso de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação – mestrado e doutorado – da Universidade Federal da Bahia.

3.8. Contribuição da doutrina

Entre as contribuições de estudiosos, alguns trabalhos podem ser relacionados com o objetivo de estabelecer a bibliografia do direito educacional brasileiro. Preliminarmente, é preciso que seja assinalada a contribuição dos constitucionalistas. Dentre esses, sobressaiu-se

⁷⁹ Cf. notas 75, 58 e 76 a 78.

Pontes de Miranda, talvez um dos primeiros a discutir o direito à educação como um direito público subjetivo – “Não se trata de ato voluntário, deixado ao arbítrio do Estado ou da Igreja, mas de direito perante o Estado”.⁸⁰ A. Sampaio Dória, em memorável aula sobre a Constituição e a legislação do ensino, defendeu a autonomia do estado-federado para organizar o seu sistema de educação em todos os graus.⁸¹ Themístocles B. Cavalcanti tratou também da educação nos seus comentários à Constituição Federal de 1946.

Por sua vez, João Gualberto de Carvalho Meneses escreveu sobre o direito da educação para a Enciclopédia Saraiva do Direito, em que discutiu a nomenclatura, definiu-o como um ramo da ciência do direito, examinou fontes e estudos sobre a legislação do ensino. A contribuição de Meneses denota bem a transição da fase legalista para a jurídica.

Talvez o maior esforço teórico empreendido para a sistematização até o momento tenha sido de Renato Di Dio. O seu trabalho *Contribuição à sistematização do direito educacional*, como verdadeiro manual, é também uma das tentativas mais elaboradas à autonomia do direito educacional. Além de defini-lo, dividiu-o, estabeleceu as relações com outros ramos do direito, conceituou princípios e institutos. Concebendo a educação como uma função social com repercussões no direito público, examinou as competências da União e dos estados, a isenção tributária, a educação como direito de todos e dever do Estado. O direito educacional, para o autor, tem uma tipicidade muito própria, independente do direito administrativo, fundamentada no processo ensino-aprendizagem. Dentre os princípios que estabeleceu, atenção especial é dirigida para a igualdade de oportunidades educacionais, que tanta importância tomou no relatório Coleman.

Um dos aspectos mais inovadores da sua contribuição são os institutos pedagógicos, tratados de maneira ordenada. É inquestionavelmente a parte do direito educacional mais autêntica, sem maiores vinculações com o direito administrativo. Os institutos são notariais, como a matrícula, e docimológicos, cujos exemplos mais freqüentes são: avaliação, promoção, reprovação, recuperação, dependência e exames especiais. *A accountability*, isto é, a

responsabilidade e o dever de prestar contas quanto ao rendimento escolar, foi aplicada à educação, o que tem permitido ao aluno acionar juridicamente a escola porque “não se concebe que os profissionais da educação permaneçam impunes em casos de prejuízos à formação moral, intelectual e física de seus estudantes”.

Em suma, Renato Di Dio apresentou o direito como um *tertius* entre os métodos quantitativos e o pólo oposto dos humanistas, atuando como um mecanismo de proteção aos direitos educacionais. O seu trabalho é uma contribuição que possibilita um lugar preciso do direito educacional no contexto da ciência jurídica.

Um outro esforço que enriqueceu a bibliografia do direito educacional foi o de Álvaro de Melo Filho, editando um número especial da revista do Conselho Estadual de Educação do Ceará, *Mensagem*, dedicado inteiramente ao temário, retomando de certa forma as teses discutidas nos seminários da Unicamp e acrescentando novos estudos. Além da tarefa de coordenador da edição, apresentou duas contribuições, uma acerca de aspectos teóricos e práticos do direito educacional e outra sobre decisões jurisprudenciais atinentes à educação.

José Augusto Peres, da Universidade Federal da Paraíba, publicou parte de sua tese de doutorado, que se intitula *O direito educacional, de suas origens remotas a uma tentativa de sistematização*. Peres apresentou várias definições e chamou a atenção para a importância, autonomia, funções e fontes do direito educacional.

A primeira publicação em periódico que se conhece foi o *Boletim de direito educacional* (CONSAE, 1987). Com regularidade marcante, o Instituto de Pesquisas Avançadas em Educação, dirigido por João Roberto Moreira Alves (J.R. Alves Assessoria Educacional), vem realizando seminários e congressos nacionais, além de editar a *Revista do direito educacional*, com legislação, jurisprudência e doutrina, que representa uma significativa contribuição ao avanço do direito educacional. De igual modo tem sido o contributo de Paulo Nathanael Pereira de Souza, em publicações, conferências e apoios os mais diversos ao direito educacional.⁸² É de se registrar os estudos sobre Constituição

⁸⁰ MIRANDA, op. cit., p. 134.

⁸¹ DÓRIA, op. cit.

⁸² EDUCAÇÃO na Constituição e outros estudos. São Paulo : Pioneira, 1986.

e educação de João Baptista Herkenhoff.⁸³

É pelo trabalho de construção doutrinária, percebendo e expressando as modificações e inovações na vida educacional brasileira, relacionadas com o jurídico, que o direito educacional tende a se desenvolver e se firmar como novo ramo da ciência jurídica.

3.9. Conclusão

A discussão da terminologia serviu para mostrar a superação da legislação do ensino, como etapa na construção histórica e doutrinária do direito educacional. Comparativamente, a legislação do ensino tem semelhanças com a legislação trabalhista, anterior ao direito do trabalho. Uma coleção de leis não pode ser chamada de direito: “Há alguma coisa além dessas regras. Não há, apenas, leis”, no dizer de Orlando Gomes. Há princípios e doutrinas. Há, principalmente, atividade de investigação acadêmica e esforço de sistematização. E há, além de tudo, questões que estão mostrando a necessidade de formulação cada vez maior de princípios gerais que superam por completo a fase de legislação. Não obstante se continuar usando a denominação de legislação do ensino nas universidades, “o direito cada vez mais se inclina, atento e pressuroso, sobre o fenômeno educacional, procurando enquadrá-lo na sua rede de preceitos”, como bem observou Esther de Figueiredo Ferraz.⁸⁴

O problema não é tão-somente didático, acadêmico ou formal de denominação, mas de fundo jurídico, de entendimento pleno da educação como um direito a ser exercitado com todas as suas conseqüências. A legislação do ensino, mesmo quando bem ministrada, não alcança o nível desejado de eficácia jurídica na formação do educador. Atinge-se quando muito o objetivo da descrição da estrutura legal da educação, seus órgãos componentes, a sucessão de leis e as colocações das diretrizes e bases. Mas o reconhecimento dos direitos e garantias impostergáveis ao cidadão a legislação do ensino não pode alcançar. Há um problema de reconhecimento de direito, substantivo e formal, essencialmente jurídico. Enfim, somente o direito educacional, com todo o seu aparato de meios e processos, poderá exercitar o direito à educação.

⁸³ CONSTITUINTE e educação. Petrópolis : Vozes, 1987; DILEMAS da educação : dos apelos populares à Constituição. São Paulo : Cortez, 1989.

⁸⁴ ALTERNATIVAS da Educação. Rio de Janeiro : José Olympio, 1969. p. 19.

Bibliografia

- ADAMATTI, Ivo, IOPPI, Maria do Carmo. *Coletânea de legislação do ensino de 1º e 2º graus*. Caxias do Sul : Universidade de Caxias do Sul, 1982.
- ALEXANDER, Kern. *School Law*. St. Paul : West Publishing, 1980.
- AZEVEDO, Fernando de. *Sociologia educacional*. 6. ed. São Paulo : Melhoramentos, 1964.
- BARNHARDT, Ray, et al. *Anthropology and educational administration*. Tucson: Sahuaro, 1979.
- BIDWELL, Charles E. The School as a Formal Organization. In: MARCH, G. James. *Handbook of Organizations*. Chicago : Rand McNally College Publishing, 1965. p. 972-1022.
- BLAUG, Mark. *Introdução à economia da educação*. Tradução Leonel Vallandro e Volnei Alves Correa. Porto Alegre : Globo, 1975.
- BOAVENTURA, E.M. *L'enseignement supérieur à Bahia : étude de la réforme, de l'évolution des effectifs et du financement de l'Université Fédérale de Bahia au Brésil*. Paris : Unesco, 1972.
- . *Analysis of legal history or comparative legal aspects. Civil Law vs. Common Law. Some References, U.S.A. and Brazil*. Fall Term : The Pennsylvania State University, University Park, 1978. A term paper presented to Dr. Patrick Lynch in partial fulfillment of requirements of the Course Educational Administration 583.
- . *Federal relations of education based in the Constitutional Law and Judicial Branch, with some references to Brazilian Educational Law*. Winter Term : The Pennsylvania State University, University Park, 1979. A term paper presented to Dr. Patrick Lynch in partial fulfillment of requirements of the Course Educational Administration 576.
- . *The legal framework of brazilian education : a tentative classification of School Law Sources with some Comparisons to American School Law, and its application to teaching educational administration in Brazil*. Master's Paper in Educational Administration, Division of Education Policy Studies, The Pennsylvania State University, 1980.
- . *A study of the legal functions and responsibilities of the state council of education of Bahia, Brazil, from 1963 to 1975*. Dissertação (Doutorado em Administração Educacional) — The Pennsylvania State University, 1981.
- . O Direito Educacional numa perspectiva comparada. *Diário Oficial do Estado da Bahia*, Salvador, 5 nov. 1982. Comunicação na Semana Nacional sobre a Pedagogia de Rui Barbosa.

- . *A segunda casa*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984.
- . Da legislação do ensino ao Direito Educacional. *Fórum Educacional*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 3-9, jul./set. 1984.
- . Os sistemas legais e sua influência no Direito Educacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 21, n. 84, p. 215-220, out./dez. 1984.
- . A contribuição da revisão da literatura à sistematização do Direito Educacional. *Revista Brasileira de Administração Educacional*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 104-112, jan./jun. 1985.
- . O Direito Educacional na formação do administrador. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 97, p. 293-300, jan./mar. 1988.
- BOLETIM DE DIREITO EDUCACIONAL. Belo Horizonte : Edições Técnicas de Administração Universitária, 1987.
- BOURDIEU, Pierre, PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução : elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Tradução Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1975.
- ORDENAÇÃO em texto único das leis de diretrizes e bases da Educação nacional e legislação conexa. Brasília : Conselho Federal de Educação, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais e Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados, 1983. 2 v.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília : Centro Gráfico, 1988.
- CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven : Yale University Press, 1921.
- COOMBS, Philip H. *A crise mundial da educação : uma análise de sistema*. São Paulo : Perspectiva, 1976.
- DI DIO, Renato Alberto Teodoro. Contribuição à sistematização do Direito Educacional. Taubaté : Ed. Universitária, 1982.
- DOCUMENTÁRIO do ensino. São Paulo : Editora do Brasil, 1947.
- DÓRIA, A. de Sampaio. A Constituição e a legislação de ensino. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 47, p. 157-175, 1952.
- DUARTE, Sérgio Guerra. *Educação Brasileira : legislação e jurisprudência do pré-escolar à pós-graduação*. Rio de Janeiro : Antares, 1984.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. *Alternativas da educação*. Rio de Janeiro : J. Olympio, 1969.
- . A importância do direito educacional. *Mensagem*, Fortaleza, n. 8, p. 17-43, 1982-1983. Número especial sobre Direito Educacional.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1990.
- GATTI, Richard D., GATTI, Daniel J. *Encyclopedic Dictionary of School Law*. New York : Parker Publishing, 1975.
- GOMES, Orlando. *Direito do Trabalho : estudos*. [Salvador], 1954.
- HAZARD, William R. *Education and law*. 2. ed. New York : Free Press, 1978.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Constituinte e educação*. Petrópolis : Vozes, 1987.
- . *Dilemas da educação : dos apelos populares à Constituição*. São Paulo : Cortez, 1989.
- JOHNSON, Georges M. *Education Law*. East Lansing : Michigan State University, 1969.
- LEONARD, Rudolf. *Sociologia educacional*. São Paulo : Pioneira, 1973.
- MAIA, Ricamar P. de Brito Fernandes, RENAN, Iale. *Sistema educacional brasileiro : legislação e estrutura*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1983.
- MELO FILHO, Álvaro. *Metodologia do ensino jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- . Direito Educacional : aspectos teóricos e práticos. *Mensagem*, Fortaleza, n. 8, p. 47-74, 1982-1983. Número especial sobre Direito Educacional.
- . Direito Educacional : ementário jurisprudencial. *Mensagem*, Fortaleza, n. 8, p. 287-305, 1982-1983.
- MENESES, João Gualberto de C. Direito da Educação. In: FRACA, L. Limongi (ed.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1979.
- MIALARET, Gaston. *Les sciences de l'éducation*. 6. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1993.
- MORRIS, Arval A. *The Constitution and American Education*. St. Paul : West Publishing, 1974.
- NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Paema, 1984.
- NOLPE SCHOOL LAW REPORTER. *Topeka, national organization on legal problems of education*. 1982.
- NOLTE, M. Chester, LINN, John Phillip. *School Law for Teachers*. Danville : Interstate Printers & Publisher, 1963.
- OWENS, Robert G. *Organizational behavior in schools*. Englewood Cliffs : Prentice-Hall, 1970.
- PERES, José Augusto. *O Direito educacional, de suas origens remotas a uma tentativa de sistematização*. Salamanca : Universidad Pontificia de Salamanca, Facultad de Pedagogia, 1987.

- PETERSON, Le Roy J., et al. *The Law and Public School Operation*. 2. ed. New York : Harper & Row, 1978.
- POIGNANT, Raymond. *Curso de planejamento da educação*. Tradução Yvonne Felice Gonçalves e Nina Atuko Mabuchi. São Paulo : Saraiva, 1976.
- PONDÉ, Lafayette de Azevedo. *Sobre o Direito Educacional*. Salvador : UNEB, 1986. Comunicação ao I Seminário Baiano de Direito Educacional.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1963. T. 4.
- RAMA, Leslie Maria José da Silva. *Legislação do Ensino : uma introdução ao seu estudo*. São Paulo : EPU, 1987 (Col. Temas Básicos de Educação e Ensino).
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.
- REVISTA DO DIREITO EDUCACIONAL. Rio de Janeiro : J.R. Alves Assessoria Educacional, 1989.
- ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- SCHUCH, Francisco Victor (org.). *Legislação mínima da educação no Brasil : ensino de 1º e 2º graus*. 7. ed. Porto Alegre: Saga, 1986.
- SCHULTZ, Theodore W. *O capital humano : investimentos em Educação e Pesquisa*. Tradução Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro : Zahar, 1973.
- SEMINÁRIOS DE DIREITO EDUCACIONAL, 1, 1977, Campinas; 2, 1978, Campinas; 3, 1982, Salvador; 4, 1983, São Paulo.
- SOARES, Moacir Bretas. *Dicionário de legislação do ensino*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1981.
- SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de. *Educação na Constituição e outros estudos*. São Paulo : Pioneira, 1986.
- SUSSEKIND, Arnaldo, et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1957.
- THOMAS, J. Alan. *The productive school : a systems analysis approach to educational administration*. [s.l.] : John Wiley, 1971.
- VAIZEY, John. *Economia da educação*. Tradução José Reis. São Paulo : Instituto Brasileiro de Difusão Cultural, 1968.
- VIEIRA, Oldegar Franco. *O estado e a educação*. Salvador : Rosa dos Ventos, 1953.
- . *A constituição de um Estado de direito e de cultura*. 2. ed. Brasília : Câmara dos Deputados, 1986.
- VILANOVA, Lourival. O Direito Educacional como possível ramo da Ciência Jurídica. In: SEMINÁRIO DE DIREITO EDUCACIONAL, 1, 1977, Campinas. *Anais...* Campinas : Universidade Estadual de Campinas, CENTAU, 1977. p. 59-75.

A participação do Poder Legislativo na análise e aprovação do Orçamento

OSVALDO MALDONADO SANCHES

SUMÁRIO

1. O Poder Legislativo e a formulação de políticas públicas. 1.1. Singularidades do processo de formulação de políticas públicas. 1.2. Instrumentos de intervenção do Legislativo na formulação de políticas. 2. A apreciação dos planos e orçamentos pelo Legislativo. 2.1. Normas delimitadoras da atuação do Poder Legislativo. 2.2. Problemas e avanços na apreciação do Plano Plurianual. 2.3. Problemas e avanços na apreciação das LDOs. 2.4. A Resolução n° 2/95 (normatizadora da CMO). 2.5. O Parecer Preliminar da Comissão Mista. 3. Metodologia de apresentação de emendas à LOA. 3.1. A natureza do processo de apresentação de emendas. 3.2. Modalidades de emendas ao PLO, limites e tipos de autoria. 3.3. Sistema de formulação e formalização de emendas. 4. Metodologia de apreciação do Orçamento pela CMO. 4.1. Estruturas mobilizadas pelo Poder Legislativo. 4.2. Instrumentos de apoio à atuação da CMO e das relatorias. 4.3. Atuação das relatorias na correção de erros e omissões no PLO. 5. Problemas e perspectivas do processo orçamentário. 5.1. Deficiências derivadas da inexistência da lei complementar. 5.2. Precário relacionamento entre as equipes técnicas do Legislativo e do Executivo. 5.3. Outros problemas que comprometem a qualidade do processo orçamentário. 5.4. Perspectivas.

1. O Poder Legislativo e a formulação de políticas públicas

1.1. Singularidades do processo de formulação de políticas públicas

O processo de elaboração das leis orçamentárias do setor público ocorre hoje num contexto bem mais aberto e participativo do que o vigente no período 1964 a 1988. A principal determinante dessa nova situação foi a Constituição de 1988, que ampliou, em muito, o âmbito de

Oswaldo Maldonado Sanches é Mestre em Administração Pública pela FGV/RJ e pela State University of New York, Assessor de Orçamento da Câmara dos Deputados e ex-Diretor de Orçamento do Estado do Paraná (1975-80).

atuação do Poder Legislativo nos processos de formulação e implementação de políticas públicas, e, por consequência, a intervenção das instituições da sociedade – públicas e privadas – nos processos de planejamento governamental, de alocação de recursos e de avaliação do desempenho dos órgãos públicos.

A partir de 1988 o Congresso Nacional deixou de ser um mero espectador nos processos de articulação de políticas públicas, passando a intervir, concretamente, na formulação, implementação e avaliação destas. De um modo geral, devem ser entendidas como políticas públicas aquelas orientações básicas ou balizamentos fundamentais que são definidos pelo Estado (Executivo + Legislativo) com o propósito de parametrar a maneira pela qual as organizações públicas e privadas, de cada setor, devem atuar em relação a determinadas áreas de atuação, problemas ou conjunturas predefinidas. Segundo essa perspectiva, constituem exemplos típicos de políticas públicas:

- a integral retirada do Estado da área de produção siderúrgica;
- a prioridade para a recuperação das estradas federais existentes; e
- a destinação prioritária dos recursos para a conclusão de obras em andamento.

No âmbito de uma nação complexa, de um estado organizado ou mesmo de uma simples instituição, em que existam propósitos de desenvolvimento, a apropriada formulação de políticas públicas possui caráter angular. Isso ocorre porque elas constituem os elementos ordenadores e determinantes das feições que serão assumidas pelas várias dimensões da realidade: institucional, jurídica, programática, produtiva e locacional. Constituem, por assim dizer, o elemento nodal a partir do qual os agentes públicos articulam a ação do governo – por meio da definição de objetivos, programas, projetos e metas – e os agentes privados organizam os seus investimentos e os seus processos de produção e comercialização.

Embora seja desejável que as políticas públicas sejam claras e sincréticas – *visto que uma política bem definida é determinante do seu próprio sucesso* –, na realidade elas quase nunca possuem tais características por duas razões básicas:

1) a sua formulação resulta de um processo de composição e integração do qual participam muitos agentes (vários níveis de Governo,

poderes, órgãos e representantes do setor privado) com interesses quase sempre em conflito;

2) a sua implementação sofre os efeitos das outras políticas que vão sendo instituídas, uma vez que, não sendo as políticas estabelecidas ao mesmo tempo, cada política nova que é implementada interfere nas existentes e sofre os reflexos destas.

Isso fica bem evidente quando se considera, nos exemplos citados, que na segunda política a prioridade de determinados Estados pode ser para a construção de um determinado trecho alimentador ou para a duplicação de uma área crítica, tornando necessário relativizar a política. Por outro lado, embora a terceira política determine que as obras de construção em andamento tenham prosseguimento, uma destas pode servir diretamente a uma siderúrgica, o que contraria a primeira política, tornando necessário, também neste caso, a relativização da primeira e da terceira política.

O processo de determinação das políticas públicas vigentes numa determinada época é, quase sempre, uma operação bastante complexa. Isso ocorre, em primeiro lugar, porque a enunciação destas, pelos motivos já expostos, costuma não ser clara. Em segundo, porque ela deve ser realizada mais pela avaliação dos atos, decisões e omissões da administração do que pela interpretação do discurso oficial. Por exemplo, não importam muito as declarações do Governo sobre a sua política de reforma agrária; o que interessa, de fato, é avaliar o perfil dos encarregados de sua implementação, o montante de recursos que está sendo destinado a tal ação e os resultados concretos que já foram obtidos por meio das iniciativas estabelecidas. De igual modo, quando o Governo deixa de tomar iniciativa para a regulamentação da norma constitucional que limita os juros a 12% ao ano (art.192 da Constituição), ele sinaliza uma política de juros mais elevados, qualquer que seja seu discurso sobre esta matéria.

1.2. Instrumentos de intervenção do Legislativo na formulação de políticas

Um dos instrumentos básicos de sistematização das políticas públicas é o planejamento governamental, entendido aqui como o *conjunto de ações objetivas* – programáticas – *estabelecidas com vistas a ampliar o conhecimento sobre a realidade presente* – inclusive quanto aos recursos efetivamente disponíveis

e/ou mobilizáveis –, a delinear o futuro desejado (e factível) e a articular as providências que permitam passar da situação presente para a desejada. Nesse particular, a Constituição assegura relevante participação ao Legislativo, seja por meio da apreciação e aprovação do Plano Plurianual, da apreciação dos Planos Nacionais, Regionais ou Setoriais, e/ou da fixação de metas específicas por meio das Leis de Diretrizes Orçamentárias.

A alocação de recursos constitui outro dos instrumentos básicos de formulação e implementação de políticas públicas, visto que, sem esta contraparte, o planejamento assume um caráter meramente ficcional, sobretudo pelo fato de os nossos planos tenderem a ser tão abrangentes que qualquer ação pode ser relacionada às suas categorias estruturadoras. A alocação de recursos, na presente acepção, deve ser entendida não como uma atividade formal, mas como o pleno exercício da capacidade de estabelecer decisões e providências que viabilizem a prestação de serviços, a ampliação no nível de atendimento a determinadas clientela, a realização de empreendimentos e a solução de problemas, imediatos ou futuros, com grande efetividade na produção de resultados e na aplicação dos recursos públicos.

Com relação a esses dois importantes instrumentos de explicitação das políticas públicas, as maiores inovações da Constituição foram a Lei de Diretrizes Orçamentárias, o caráter estruturado dado à Lei Orçamentária Anual – desdobrada em três orçamentos –, a Comissão Mista de Orçamento (CMO)¹, e as normas básicas para a elaboração e modificação dos orçamentos (fixadas pelos arts. 165 a 167 da Lei Maior). São esses institutos que, em seu conjunto, propiciaram um grande avanço no sentido de assegurar ao Poder Legislativo uma participação relevante no processo de formulação e implementação de políticas públicas e, por conseqüência, de atuar para evitar grandes erros de alocação, freqüentes em estruturas decisórias em que o Executivo é prevalecente.

Além dos instrumentos já nominados, a Constituição de 1988 instituiu vários outros meios para a ampliação da co-participação do

¹ Formalmente designada “Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização” pelas Resoluções nºs 1, de 1991, e 2, de 1995, do Congresso Nacional, mas usualmente referida, simplesmente, como “Comissão Mista” ou “Comissão Mista de Orçamento”.

Poder Legislativo nos processos de formulação e avaliação de políticas públicas, dentre as quais merecem destaque:

- o poder de convocar autoridades, requisitar informação e realizar audiências públicas;
- os poderes especiais de investigação das comissões parlamentares de inquérito;
- as prerrogativas de acompanhamento e de fiscalização dos gastos públicos da CMO e das comissões permanentes das Casas do Congresso Nacional;
- a efetiva faculdade de emendar as proposições sobre planos e matérias orçamentárias, com a possibilidade de modificar, suprimir ou instituir programações específicas;
- o controle sobre certos atos do Executivo (tais como os empréstimos e os atos internacionais);
- a ampliação, como prerrogativa constitucional, do âmbito de atuação das Comissões.

É claro que a exploração de vários desses instrumentos ocorre ainda com problemas, interferindo e limitando a efetividade da participação do Legislativo nos processos de formulação de políticas públicas. Porém, cada um dos recursos acima indicados tem se evidenciado como de grande utilidade no aprimoramento das instituições do País, seja pela transparência peculiar às suas operações, seja pela sua orientação para o respeito aos genuínos interesses da sociedade brasileira, seja por abrir os processos para a participação das demais instituições da sociedade.

2. A apreciação dos planos e orçamentos pelo Legislativo

2.1. Normas delimitadoras da atuação do Poder Legislativo

Como já afirmamos, a Constituição de 1988 ampliou, em muito, a participação do Poder Legislativo na apreciação de planos e de matérias orçamentárias dentro da perspectiva de ação planejada do setor público definida pelos constituintes. Segundo os princípios, disposições e demais evidências contidas na Lei Maior, é fora de dúvida que os seus autores quiseram, de fato, que a lei orçamentária – com seu caráter periódico, abrangente e de múltiplos

efeitos – integrasse um instrumental articulado de planejamento governamental, constituído por intermédio de um conjunto de normas superordenadoras, sobrepostas, de forma encadeada, umas às outras.²

Nesse sentido, além de prever, no art. 165, o conteúdo básico do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), a Constituição previu a existência de planos nacionais, regionais e setoriais, e remeteu à lei complementar a normatização dos processos hoje regulados pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e dos novos instrumentos então criados. Caberia a tal lei: estabelecer limites mais precisos entre essas três peças (PPA, LDO e LOA); definir as categorias programáticas de interligação entre estas (indicando se esta deve dar-se em nível de programa, subprograma ou de algum outro); enunciar a estrutura básica do PPA; dispor sobre a sua atualização; indicar o processo de compatibilização dos planos regionais e setoriais com o PPA; e conceituar as expressões contidas no texto constitucional, tais como: projetos prioritários, diretrizes, objetivos e metas. Infelizmente essa lei ainda não foi produzida, tornando necessário que a elaboração das leis orçamentárias seja regida pela LDO – que passou a incluir conteúdos peculiares à lei complementar – e pela Lei nº 4.320/64, ainda atual em muitos dos seus conceitos e procedimentos, mas com várias deficiências em relação aos instrumentos criados pela Constituição de 1988.

Além do arcabouço estruturado pelas normas constitucionais relativas ao PPA e à LDO, das disposições desses instrumentos legais sobre a organização da receita e da despesa pública e da Lei nº 4.320/64 (que define a estrutura e os conceitos básicos do orçamento), a apreciação legislativa dos projetos de lei sobre matéria orçamentária e, mais especificamente,

² A Constituição, em seu art. 166, § 4º, atribui ao PPA um caráter superordenador em relação à LDO, estabelecendo: “As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.” De igual modo, esse caráter é atribuído à LDO em relação à Lei Orçamentária Anual, pelo art. 166, § 3º, onde se estabelece: “As emendas ao projeto de lei do orçamento anual... somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias”. Obviamente, a LOA deve se ajustar às disposições do PPA e da LDO.

do Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLO), acham-se regulados pelas normas dos seguintes instrumentos:

- a) Resolução nº 2, de 1995, do Congresso Nacional (normatizando o funcionamento da CMO e disciplinando a tramitação de projetos sobre matéria orçamentária);
- b) Parecer Preliminar (disciplinando a formalização de emendas e de atuação das relatorias); e
- c) normas técnicas para a apresentação de emendas (orientando sua formulação)

2.2. Problemas e avanços na apreciação do Plano Plurianual

Em nossa avaliação, o processo de produção dos Planos Plurianuais – no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo – tem ainda um longo caminho a percorrer antes de assumir o papel intencionado pela Constituinte. Isso ocorre não apenas por questões de forma, mas sobretudo pelas deficiências existentes no instrumental de planejamento do Governo, como tem sido ressaltado em abordagens recentes de vários autores. Dentre as deficiências dos primeiros PPAs (1990 e suas revisões de 1991 e 1992) podem ser destacadas: instituir regra de revisão anual (retirando a estabilidade necessária ao setor público e ao setor privado); apresentar excessivo detalhamento programático (tornando-se demasiado abrangente); estruturar-se em categorias de difícil compatibilização com a LDO e a LOA; utilizar linguagem de múltiplas conotações (mais de discurso político do que de planificação); não expressar os elementos de diagnóstico em que se basearam as ações propostas (essencial para que se possa avaliar a sua adequação); e basear a programação em estruturas de financiamento de duvidosa consistência (incluindo recursos privados e de estados sem a sua prévia anuência).

Existem diferentes interpretações sobre o papel do PPA e sobre o nível de detalhamento com que deve estruturar-se. A nossa avaliação, baseada na interpretação do texto constitucional e na integração deste com as demais disposições sobre matéria orçamentária, é de que cabe ao PPA servir como moldura institucional para a atuação da administração pública federal – mediante a enunciação das diretrizes, objetivos e metas da administração federal para as despesas de capital e para as relativas aos programas de duração continuada – e para a formulação dos planos nacionais, regionais e

setoriais. Em nosso entender, o detalhamento das ações, abrangendo inclusive a explicitação de valores, deve ficar a cargo de dois outros instrumentos: 1) da Lei de Diretrizes Orçamentárias; e 2) da Lei Orçamentária Anual e dos créditos adicionais. Sobre o que não existem divergências é quanto ao seu papel de instrumento normatizador do planejamento de curto e médio prazos, pela definição, para o horizonte temporal de um quadriênio, dos recursos disponíveis e das programações que devem ser contempladas com tais recursos.

Quanto ao nível de detalhamento programático do Plano, o texto da Constituição e das Disposições Transitórias (ADCT) sugerem que são típicos deste os *programas* (sobretudo os de duração continuada) e os *projetos* (sobretudo os prioritários), ou seja, níveis agregados que não engessem a ação futura do Poder Legislativo. Existem, entretanto, interpretações divergentes. A que presidiu a elaboração do Plano Plurianual vigente (Lei nº 9.276 de 9/5/96), por exemplo, preferiu adotar como tal os *subprogramas* (nomeando-os *ações*), explicitando seus objetivos e metas regionalizadas. Não obstante, o nosso entendimento é de que, enquanto não for produzida a lei complementar a que se refere a Constituição, a forma e o conteúdo do PPA devem ficar limitados ao que fixa o art. 165, § 1º, da Constituição, conjugado com as disposições do art. 35 do ADCT, ou seja:

a) ao estabelecimento, de forma regionalizada, das diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital, as despesas decorrentes das despesas de capital e para os programas de duração continuada (ações-fins); e

b) à referência dos projetos prioritários (art. 35 do ADCT).

No que se refere à atuação do Congresso Nacional no processo de formulação do PPA, embora bastante limitada ao princípio, vem se ampliando gradativamente. O primeiro PPA (Lei nº 8.173/91) foi aprovado na forma proposta pelo Poder Executivo, com apenas uma pequena modificação no texto das disposições normativas da lei, tornando obrigatória a sua revisão em 1992. Quando da apreciação dessa revisão do PPA, encaminhada ao Congresso em abril de 1992, a proposta do Poder Executivo foi objeto de várias modificações pelo Poder Legislativo no sentido de:

a) agregar o excessivo detalhamento da programação (por entender que esta antecipava,

em demasia, os conteúdos típicos da Lei Orçamentária Anual);

b) incluir, como prioridades do Governo, também as ações relativas à saúde, ao apoio à criança carente, à irrigação e à oferta de recursos hídricos (por entendê-las de grande relevância);

c) consolidar os gastos programados no triênio (por entender que o seu detalhamento em bases anuais engessaria a atuação posterior do Executivo e do Legislativo);

d) sistematizar a plano segundo a estrutura funcional da despesa (por programas), em substituição à institucional (por órgãos) proposta pelo Executivo (por acreditar que as ações devem ser planejadas em função dos resultados esperados e não dos órgãos que as executam).

Com relação ao Plano Plurianual vigente (Lei nº 9.276 de 1996), a apreciação Legislativa da proposta oriunda do Poder Executivo detectou uma série de problemas, dentre os quais cumpre ressaltar: a inexistência de dados sobre os custos associados aos empreendimentos, a insuficiente regionalização das programações e o detalhamento inadequado da programação, seja por utilizar categorias impróprias para a compatibilização entre o planejamento e o orçamento, seja por conter um excessivo detalhamento das “ações/projetos” (autênticos subprojetos/subatividades, engessando os orçamentos posteriores). Em consequência, o Parlamento atuou no sentido de sanar ou minimizar tais problemas, realizando uma série de aprimoramentos neste instrumento de política pública, dentre os quais:

a) a adoção do subprograma como categoria de agregação da ação governamental, a partir da estrutura oferecida pela classificação funcional-programática da despesa, em substituição às inespecíficas “áreas de ação” (desdobradas em “ações/projetos”) contidas na proposta;

b) a supressão de disposições e/ou conteúdos que agredissem a noção de federação, eliminando dispositivos ou conteúdos que unilateralmente representassem a vinculação de recursos de outros níveis de Governo (estados e municípios);

c) a regionalização das programações com opção preferencial pelas iniciativas que venham em benefício do desenvolvimento de regiões com bases econômicas frágeis, visando viabilizar a diretriz constitucional de redução

das disparidades regionais;

d) a obrigatoriedade do envio de relatório anual sobre a execução do Plano Plurianual ao Congresso Nacional, a fim de viabilizar o acompanhamento e a avaliação da ação do Governo pelos órgãos do Poder Legislativo e pelas instituições da sociedade;

e) a inclusão de investimentos com duração superior a um exercício que haviam sido incluídos na LOA₂ e que não se achavam contidos na proposta oriunda do Poder Executivo, relativos a programações entendidas prioritárias pelo Congresso Nacional;

f) a compatibilização das metas físicas do período abrangido pelo Plano com as metas do Orçamento de 1996, por exemplo: segundo a programação original, na ação “conservação de rodovias” a meta para o período era de 50.000 km, enquanto a meta para 1996 era de 40.552 km.

No processo de formulação e apreciação das emendas ao projeto de PPA, de que resultou a Lei nº 9.276/96, foram enfatizados três aspectos pelos relatores e assessorias envolvidas no processo:

a) que a administração pública não conta com recursos ilimitados, ao contrário, a perspectiva é de que os recursos se tornem cada vez mais escassos nos próximos anos em razão da elevação dos custos com pessoal, encargos da dívida e benefícios da previdência. Portanto, para se proporem novas programações é preciso indicar aquelas que devem ser canceladas ou reduzidas;

b) que devem ser tomadas com suspeição as previsões de contrapartidas de estados e municípios, sobretudo quando expressivas, dada a situação de penúria das finanças da maioria destes (custos fixos bem superiores às receitas próprias e transferências);

c) que investimentos com duração superior a um exercício precisam ter cobertura da programação do PPA para que possam ser posteriormente incluídos nos orçamentos em condições de serem executados, bastando, para tanto, que as metas da programação respectiva o possibilitem.

2.3. Problemas e avanços na apreciação das LDOs

Embora a LDO não tenha ainda assumido, completamente, o caráter de instrumento de planejamento pretendido pela Constituinte, isto

é, de elemento enunciador das políticas de gasto do Governo para um determinado exercício – prioridades e metas –, são evidentes os avanços obtidos nesse sentido. Com efeito, este instrumento vem se aprimorando, a cada ano, como elemento estruturador do planejamento de curto prazo – pelo detalhamento das prioridades e metas básicas da administração –, como elemento disciplinador da elaboração dos orçamentos da União – fiscal, seguridade e investimentos de estatais – e como veículo parametrador das alterações na legislação tributária e das políticas de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A LDO corresponde, sem dúvida, à maior conquista na área da orçamentação governamental que foi propiciada ao Legislativo pela nova Carta. Tal instrumento possui grande alcance na defesa da sociedade contra Governos autoritários e do próprio Governo contra a tecnocracia da máquina estatal, ainda que seu potencial não tenha sido inteiramente compreendido³ e que tal lei sofra algumas violações nos primeiros anos de sua utilização. Pelo seu caráter de documento de formulação de políticas públicas, a LDO se caracteriza como lei muito mais importante do que a orçamentária, à qual cabe apenas traduzir em valores e empreendimentos específicos as grandes opções de alocação de recursos definidas pela LDO ao estabelecer as prioridades e as metas setoriais para aquele exercício.

A partir do processo interativo de intervenção do Executivo e do Legislativo na formulação da LDO, essa lei assumiu uma estrutura básica que vem sendo mantida, desde 1993, com pequenas alterações. A LDO para 1997 (Lei nº 9.293 de 15/7/96) manteve essa

³ Em nosso entender, a LDO constitui o instrumento básico do poder público para a sistematização e explicitação das suas políticas e prioridades de curto prazo, isto é, para a indicação dos setores, programas e ações que irão receber ênfase no exercício de referência. Como tal, deveria ser seletiva ao invés de exaustiva – no elenco de metas explicitados nos últimos anos, cabem praticamente todas as ações típicas do setor público –, ser restritiva ao invés de permissiva – a norma do art. 2º da LDO/97 indica que as metas do anexo são meramente referenciais e não resultados a serem efetivamente atingidos – e ser macroalocativa ao invés de distributiva – concentrar recursos em ações estruturadoras do desenvolvimento econômico e social e não na suplementação dos recursos dos estados e municípios para ações típicas desses níveis de Governo.

orientação, estruturando-se em oito partes básicas, a saber:

a) Capítulo I - Prioridades e Metas da Administração Pública Federal;

b) Capítulo II - Organização e Estrutura dos Orçamentos;

c) Capítulo III - Diretrizes Gerais para a Elaboração dos Orçamentos e suas Alterações;

d) Capítulo IV - Disposições Relativas à Dívida Pública Federal;

e) Capítulo V - Disposições Relativas às Despesas com Pessoal e Encargos Sociais;

f) Capítulo VI - Política de Aplicação dos Recursos das Agências Oficiais de Fomento;

g) Capítulo VII - Disposições sobre Alterações na Legislação Tributária; e

h) Capítulo VIII - Disposições Finais.

Dentre os dispositivos introduzidos pelo Congresso Nacional nas últimas LDOs, com vistas a aperfeiçoar o processo de alocação dos recursos públicos, de dar maior transparência aos documentos orçamentários e de melhor fiscalizar a sua aplicação, devem ser destacados os que:

a) simplificam o conteúdo da LDO às normas sobre a estruturação dos orçamentos e alocação de recursos, suprimindo os dispositivos estranhos aos fins da LDO, como, por exemplo, aqueles relativos à política de preços de entidades da administração indireta;

b) definem a estrutura dos orçamentos e o conteúdo básico dos demonstrativos que devem integrá-los, distinguindo-os dos meramente informativos (vide arts. 3º e 6º da LDO/97);

c) identificam o responsável pela execução da programação, isto é, se governo federal, estadual, municipal ou se entidade comunitária (vide art. 7º da LDO/97);

d) estruturam orientações básicas para a programação da despesa (vide arts. 7º e 9º da LDO/97), com vistas à melhor ordenação da programação e ao claro delineamento da forma de execução;

e) proíbem a inclusão de subprojeto com a mesma finalidade em mais de um órgão, a destinação de recursos sem que estejam legalmente instituídas as unidades executoras, a transferência de recursos recebidos por transferência, a descaracterização de atividades pelo seu desdobramento por meio de subprojetos e a criação de subprojetos com abrangência sobre mais de um estado;

f) definem a preferência de alocação para

os subprojetos em andamento, entendidos como tais aqueles cuja execução seja superior a 20% do custo total estimado, e fixam limites para as obras de construção de rodovias;

g) propiciam a referência das prioridades e das metas (quantificadas, sempre que possível) da administração para o exercício seguinte;

h) articulam restrições à concessão de auxílios (para investimentos) e de subvenções (para custeios) para entidades privadas (vide arts. 16 e 17 da LDO/97);

i) instituem normas para a execução mais equilibrada da programação por parte do Governo (que, embora vetada, vem sendo repetida, todos anos, para sinalizar a posição do Congresso);

j) ampliam o âmbito de abrangência do orçamento de investimentos das estatais e suprimem as duplicidades derivadas da inclusão de empresas já constantes do orçamento fiscal;

k) aperfeiçoam os mecanismos de acompanhamento da execução da despesa pelo Governo, por meio do acesso amplo dos órgãos técnicos do Congresso Nacional aos sistemas de registro (SIAFI, SIDOR, etc.) e da publicação de demonstrativos que melhor evidenciem os gastos da administração nas categorias relevantes e em cada empreendimento em particular (vide art. 51 da LDO/97).

2.4. A Resolução nº 2/95 (normatizadora da CMO)

As resoluções do Congresso Nacional sobre matéria orçamentária são a maior evidência de que o Parlamento procurou ajustar-se, rapidamente, aos novos papéis que lhe foram deferidos pela Constituição de 1988. Nesse sentido merece particular destaque a edição da Resolução nº 1 de 17 de maio de 1991 – logo aperfeiçoada pela Resolução nº 1 de 1993 –, instituindo normas básicas de funcionamento da Comissão Mista de Orçamento (CMO), de articulação do padrão de parecer preliminar – mantido e aprimorado nos exercícios subsequentes (orientado para a transparência nos procedimentos, fixação de regras claras e mutuamente excludentes e para a limitação dos poderes dos relatores) – e o lançamento das bases para que as estruturas técnicas do Congresso Nacional pudessem “fechar” os orçamentos sem o concurso dos técnicos e estruturas do Poder Executivo.

Saliente-se que as resoluções do Congresso Nacional, tanto quanto as da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, constituem-se atos com força de lei quando relacionadas ao exercício das competências exclusivas dessas instituições. Tanto isso é verdade que a maior parte das competências privativas fixadas nos arts. 49, 51 e 52 da Constituição – entre as quais o controle sobre o endividamento da União, dos estados e dos municípios – são normatizadas ou formalizadas por meio desse instrumento legal ou dos decretos legislativos.

A Resolução nº 2 de 1995 do Congresso Nacional – que substitui a Resolução nº 1 de 1991 – possui grande importância na normatização do processo orçamentário no âmbito do Poder Legislativo. É esse ato, com força de lei, que dispõe sobre a estrutura, composição, direção e funcionamento da Comissão Mista permanente prevista pela Constituição; que define a forma de tramitação, os procedimentos e os prazos de apreciação dos projetos sobre matéria orçamentária; que interpreta os dispositivos constitucionais que fixam limites ao poder de emenda do Congresso com relação à lei orçamentária anual; e que disciplina a apresentação de emendas (qualificando suas autorias), o funcionamento das relatorias e as normas regimentais básicas.

Com relação à apreciação dos projetos de lei orçamentária anual, as normas da Resolução nº 2 de 1995 de maior alcance prático são:

a) as relativas à elaboração do Parecer Preliminar da Comissão Mista de Orçamento, destinado a sistematizar os parâmetros e critérios que deverão ser obedecidos pelos relatores setoriais e pelo relator-geral na apreciação do projeto de lei e das emendas. Tais parâmetros e critérios devem resultar da sistematização e integração dos seguintes elementos básicos:

1) dotações globais de cada função, órgão ou área temática, indicadas as reduções e acréscimos propostos;

2) condições, restrições e limites para o remanejamento e cancelamento de dotações, especialmente no que diz respeito aos subprojetos e subatividades que nominalmente identificam estado, Distrito Federal ou município;

3) limites de programação que contribuam para determinar a compo-

sição e a estrutura do orçamento, bem como os critérios para apreciação das emendas;

4) critérios de preferência para as emendas que contemplem ações definidas como prioritárias na Lei de Diretrizes Orçamentárias;

b) as normas que definem os quatro tipos básicos de autoria de emendas – Comissão Permanente, Bancada Regional, Bancada Estadual e Parlamentar –, seus limites quantitativos e as exigências básicas para sua formalização e aprovação;

c) as que definem que as emendas à despesa relativas ao Projeto de Lei Orçamentária Anual serão apresentadas em meio magnético, tendo a assinatura do autor substituída por autenticação eletrônica, segundo normas e procedimentos fixados pela Comissão;

d) as que definem a estrutura de relatorias da LOA, ou seja, que este será apreciado pelas relatorias setoriais correspondentes às sete subcomissões da CMO, votado nestas, sendo os relatórios respectivos sistematizados pelo relator-geral com o concurso de relatores adjuntos;

e) as que fixam as condições básicas para a aprovação de emendas ao PLO, isto é: que sejam compatíveis com o PPA e a LDO; que se ajustem às disposições do art. 166, § 3º, da Constituição; e que não contrariem as normas da Resolução e do Parecer Preliminar.

2.5. O Parecer Preliminar da Comissão Mista

O Parecer Preliminar, como já ficou ressaltado, tem por finalidade a sistematização dos parâmetros e critérios (gerais e específicos) que devem ser observados pelos parlamentares, bancadas e comissões na formalização de emendas e pelos relatores – geral, setoriais e adjuntos – na apreciação do projeto de lei e das emendas. Além de uma apreciação geral sobre a situação das finanças públicas em suas componentes mais relevantes e sobre o Projeto de Lei Orçamentária remetido pelo Executivo quanto à sua adequação ao PPA e à LDO, as disposições do Parecer Preliminar se referem:

a) à sistematização das normas constitucionais, da LDO e da Resolução nº 2/95 que limitam as situações em que as emendas podem ser aprovadas;

b) à fixação de condições, limites e

restrições para o remanejamento ou cancelamento de dotações com vistas à alocação de recursos em outros empreendimentos;

c) aos critérios de preferência para a apreciação das emendas;

d) às orientações e limitações para a atuação do relator-geral e dos relatores setoriais.

Assim, no formato atual, o Parecer Preliminar cumpre quatro papéis básicos: opera como instrumento de autolimitação do Congresso, delinea com maior clareza e/ou especificidade os conceitos básicos sobre os quais existam divergências de interpretação; preserva determinadas dotações e/ou fontes de cancelamentos arbitrários e delimita a atuação das relatorias.

No que se refere ao primeiro aspecto (instrumento de autolimitação), são bastante significativas as normas que proíbem cancelamentos nas contrapartidas de empréstimos, que limitam os cancelamentos e remanejamentos a um certo percentual do valor das programações sob a apreciação de cada relatoria (sempre inferior a 25% nas dotações da categoria Despesas de Capital e a 5% nas dotações da categoria Despesas Correntes), que restringem as reavaliações de receitas de entidades da administração indireta (tornando-os indisponíveis até que aprovados por deliberações plenárias) e as que vinculam os cancelamentos em subprojetos em andamento à alocação de tais recursos em outros subprojetos também em execução.

Em seu papel de dar clareza e especificidade a conceitos cuja redação se preste a diferentes interpretações, podem ser apontadas as disposições relativas aos “Subprojetos em Andamento”, que definem como tais os referenciados nas informações complementares do PLO, que indicam tais subprojetos como prioritários para a alocação de recursos e que estabelecem que estes podem receber cancelamentos apenas se comprovada a existência de erro ou omissão nas alocações originais.

Quanto à preservação de fontes de recursos e dotações, são vários os dispositivos do Parecer Preliminar. Dentre esses podem ser citados, a título de exemplo, os que proíbem ou apontam como não-recomendáveis os cancelamentos em dotações do Fundo de Amparo ao Trabalhador Rural, das transferências constitucionais, das reservas de contingência, de concessão e manutenção de benefícios previdenciários, de

empréstimos internacionais e de manutenção do SUS. Além desses, são relevantes os dispositivos que orientam no sentido de que o remanejamento de recursos de fontes vinculadas ou próprios de entidades só possa ocorrer na mesma unidade (fontes 150 e 250), ou na mesma esfera orçamentária (fontes 151 e 153), ou na mesma região (fonte 115), ou na mesma finalidade (fonte 112)⁴.

Em seu papel de limitador da atuação das relatorias, o Parecer Preliminar orienta no sentido de que cada relator formalize os critérios adotados para o acolhimento de emendas; sugere a observância dos padrões de custos médios para alocações em empreendimentos novos ou existentes; estabelece regras especiais para o detalhamento das programações de irrigação e de construção de rodovias; limita o acolhimento de emendas aos recursos colocados à disposição de cada relatoria; e restringe a formulação de emendas de relator à correção de erros e omissões, à agregação de emendas com propósitos similares e, excepcionalmente, à inclusão de novos subprojetos/subatividades.

No processo de elaboração (formulação e aprovação) do Parecer Preliminar tem se evidenciado, como de grande importância, o envolvimento das estruturas de assessoramento – inclusive por serem estas responsáveis pelo suporte técnico às relatorias e pela implementação das decisões aprovadas pelos Plenários –, a fim de propiciar a produção de normas claras, operacionalizáveis e articuladas em categorias mutuamente excluídas. Além disso, esta é uma maneira funcional de assegurar a inclusão dos aspectos de maior importância para o desenvolvimento de tais atividades, tais como: aqueles que viabilizem a utilização de recursos de informática para o tratamento dos dados e geração de relatórios com diferentes níveis de agregação, os que assegurem que os recursos destinados a contrapartidas e os derivados de operações de crédito terão tratamento apropriado, os que impedem que recursos próprios das entidades sejam

⁴ As fontes 150 e 250 se referem aos recursos diretamente arrecadados por fundos ou por entidades da administração indireta (autarquias, fundações e empresas públicas); as fontes 151 e 153 são vinculadas à seguridade social; a fonte 115 só pode ser aplicada nas regiões norte, nordeste e em parte da região norte do Estado de Minas Gerais; e a fonte 112 é vinculada a gastos específicos do setor educação (vedado seu emprego em desportos).

alocados fora de seu programa de trabalho, e os que conduzem a que modificações em certas programações tenham repercussão sobre aquelas que lhes são derivadas.

3. Metodologia de apresentação de emendas à LOA

3.1. A natureza do processo de apresentação de emendas

A apreciação do Projeto de Lei Orçamentária Anual é a atividade da CMO que tende a despertar maior atenção dos parlamentares e das bancadas. Isso ocorre em razão do seu caráter de oportunidade, em termos de possibilidade de obter alocações em benefício das suas localidades, estados ou regiões de origem. Embora essa atividade, na prática, tenha sido frustrante para a maioria dos parlamentares – dado que grande parte das suas emendas acabam sendo rejeitadas ou, quando acolhidas, são vetadas, incluídas nas programações contingenciadas pelo Executivo ou simplesmente não executadas –, é preciso ter presente que a apresentação de emendas ao orçamento (assim como a qualquer outra proposição) possui um conteúdo político que transcende à questão de sua aprovação ou rejeição.

Além do poder de iniciativa das leis, circunscrito pela Constituição a determinadas matérias, é por intermédio do poder de emendar que o Legislativo exercita suas prerrogativas mais típicas, que são as de limitar a ação do Estado sobre a sociedade; de orientar a direção, a forma e a intensidade da intervenção das entidades do setor público; e de estabelecer restrições básicas à atuação dos cidadãos e entidades do setor privado. Embora isso tenha sido pouco enfatizado em nossa cultura – sobretudo como conseqüência do Estado Novo, no período 1934 a 46, dos conturbados anos 50 e da Revolução, no período 1964 a 1984 –, a divisão de papéis nos regimes democráticos situa no Legislativo o *locus decidendi* e no Executivo o *locus faciendi*, pressupondo, naturalmente, cooperação entre ambos para que o primeiro não decida sem levar em conta as possibilidades da estrutura de execução do outro e que o segundo não se utilize de racionalidade limitada na interpretação das decisões do primeiro, distorcendo os propósitos e fundamentos da decisão.

Portanto, é preciso ter em mente que o

caráter político da formulação de emendas aos projetos sobre matéria orçamentária é algo perfeitamente natural, um procedimento que se reveste da maior legitimidade, inserindo-se no contexto dos papéis decisórios típicos do Legislativo. Embora a atividade seja, por vezes, contestada quanto à sua racionalidade, deve ser considerado que as ações legislativas fundam-se num tipo de racionalidade diferente da que preside as decisões dos técnicos, ou seja, a primeira é mais de natureza substancial, enquanto a última é mais de natureza objetiva. O que importa, de fato, é que, sendo os processos decisórios mais abertos no âmbito dos órgãos do Parlamento, o normal é que propiciem decisões mais ajustadas aos interesses das maiorias, embora mais no plano do satisfatório que no do ótimo. É por essa razão que, em relação aos processos de alocação de recursos, a atuação do Legislativo propicia não apenas a democratização do acesso às oportunidades, mas também uma fecunda oportunidade para a correção de erros e omissões, por ser mais amplo o número de agentes interessados na detecção de falhas e no aperfeiçoamento das decisões.

3.2. Modalidades de emendas ao PLO, limites e tipos de autoria

As normas que regem o processo de apreciação do PLO pelo Congresso Nacional prevêem vários tipos de emendas e de autoria. Os tipos de emendas têm sido mantidos quase inalterados no período 1991 a 1996⁵, compreendendo as modalidades “Emenda à Receita”, “Emenda à Despesa” e “Emenda ao Texto”.⁶ O mesmo não ocorreu com os tipos de autoria, que têm passado por várias modifi-

⁵ No Orçamento relativo ao exercício de 1993 existiram também as modalidades “Emenda a Investimento de Estatal” e “Emenda a Fonte de Recurso de Estatal”, as quais, entretanto, a partir do exercício seguinte, passaram a constituir apenas blocos complementares nas emendas à receita e à despesa.

⁶ Entende-se por “Emenda à Receita” a proposta de alteração do PLO que seja orientada para a realização de inclusão, exclusão ou modificação em rubrica de receita e/ou nos valores respectivos, independente de ser esta de arrecadação centralizada pelo Tesouro ou própria de entidade da administração indireta. Entende-se por “Emenda à Despesa” a proposta de alteração do PLO que seja orientada para a modificação nas alocações realizadas em favor de um determinado subprojeto ou subatividade ou

cações no decorrer desse período. Para os orçamentos de 1991 e 1992, apenas os parlamentares podiam ser autores de emendas; para 1993, além dos parlamentares, foram admitidas como autores também as Bancadas Estaduais e as Comissões Permanentes da Câmara, do Senado e do Congresso Nacional; para 1994 e 1995 foram definidos quatro tipos de autoria: Comissão Permanente, Partido Político, Bancada Estadual e Parlamentar. Finalmente, a partir de 1996, por força das alterações introduzidas pela Resolução nº 2 (de 1995-CN), os tipos de autoria passaram a ser: Comissão Permanente, Bancada Regional, Bancada Estadual e Parlamentar, integrando, as três primeiras, a categoria das emendas coletivas e prioritárias.

Pela sistemática atual, o tipo da autoria é fator determinante de algumas singularidades para a emenda. Segundo o que estabelece o art. 20 da Resolução nº 2 de 1995-CN, as emendas de comissão permanente (da Câmara e do Senado) devem ser afetas às matérias que lhes sejam afetas regimentalmente e devem vir acompanhadas da respectiva ata deliberativa; as emendas de bancada regional devem ser do interesse da respectiva região macroeconômica (segundo a classificação do IBGE) e aprovadas pela maioria absoluta dos deputados e senadores da região (sendo cada estado representado, no mínimo, por 20% de sua bancada); e as emendas de bancada estadual devem ser de interesse estadual e instruídas com ata da reunião (assinada por, no mínimo, 3/4 da bancada de Deputados e Senadores).

Embora o Parecer Preliminar indique que as emendas orientadas para a inclusão de subprojetos novos devem conter elementos sobre a respectiva viabilidade técnica, econômica e financeira e a Resolução nº 2/95-CN estabeleça que as emendas coletivas (de comissão ou de bancada) devem incluir elementos para subsidiar a avaliação de sua proposta – inclusive quanto à sua viabilidade econômico-social, relação de custo-benefí-

para a criação de um novo subprojeto ou subatividade. Entende-se por “Emenda ao Texto” a proposta de alteração que se refira a dispositivo do texto da lei (parte inicial do PLO) ou a texto de programação ou tabela, tais como: denominação de item de receita ou de despesa que se ache em desacordo com as normas vigentes, título ou descritor de projeto ou subprojeto, detalhamento de metas programáticas de projeto ou subprojeto, ou remanejamento de programação de uma unidade para outra.

cio, estágio de execução, fontes de financiamento e cronogramas de execução –, tais exigências, na prática, foram praticamente ignoradas pelos autores das emendas e pelas relatorias no processo relativo ao Orçamento de 1996. Essa conduta, compreensível no primeiro ano de vigência da norma⁷, não deverá se repetir nos próximos exercícios, dado o interesse que os membros do Congresso Nacional têm expressado no sentido de dar maior densidade técnica às suas intervenções em matéria orçamentária e da unanimidade que cercou a inclusão de tais exigências nas normas que disciplinam a apreciação de projetos sobre matéria orçamentária pela Comissão Mista de Orçamento.

Até 1993 não existiam limites ao número de emendas que cada parlamentar podia apresentar ao projeto da lei orçamentária anual (PLO). Em 1993, por meio da Resolução nº 1 de 2/6/93, as emendas individuais de cada parlamentar foram limitadas a cinquenta, podendo este, além disso, encabeçar (ser o primeiro subscritor) até três emendas da respectiva bancada estadual. A partir de 1995, pela sistemática instituída pela Resolução nº 2/95, os parlamentares passaram a poder subscrever até vinte emendas individuais ao PLO – não computadas entre estas as emendas ao texto da lei e as emendas de simples cancelamento; as Comissões Permanentes da Câmara e do Senado, até cinco emendas por comissão (sobre matérias que lhes sejam afetas regimentalmente); as Bancadas Regionais, até cinco emendas por bancada (sobre matérias de interesse da respectiva região macroeconômica); e as Bancadas Estaduais, até dez emendas por bancada (de interesse do respectivo estado). Em qualquer caso, as emendas coletivas devem vir acompanhadas de ata deliberativa e conter, em sua justificação, elementos suficientes para subsidiar a avaliação da ação proposta.

⁷ A Resolução nº 2/95-CN foi aprovada em 14/9/95, isto é, quando muitos parlamentares já haviam passado às suas assessorias as orientações para a elaboração de emendas, as quais se basearam nas práticas vigentes nos anos anteriores, em que se dava pouca atenção ao texto da justificação. Se os critérios definidos pela Resolução e pelo Parecer Preliminar tivessem sido aplicados com rigor, nada menos do que 90% das emendas teriam sido prejudicadas por insuficiência de elementos nas respectivas fundamentações.

3.3. Sistema de formulação e formalização de emendas

Se considerado que o Poder Legislativo só passou, de fato, a intervir no processo orçamentário a partir de 1989 (Constituição de 1988) e que a Comissão Mista de Orçamento só foi institucionalizada em 1991 (Resolução nº 1 de 17/5/91), pode-se dizer que os sistemas de formulação de emendas do Congresso Nacional têm evoluído rapidamente. Numa rápida retrospectiva, é possível observar que já em 1992 eram produzidas instruções e formulários enfatizando o conteúdo programático das emendas e que, em 1994, o processo foi modernizado de modo a possibilitar a elaboração destas por meio de recursos de microinformática, isto é, de sistemas de natureza conversacional operados por microcomputador, exigível deste um mínimo de recursos de *hardware* e *software*.⁸

O desenvolvimento do instrumental informatizado para a elaboração e formalização de emendas ao Projeto de Lei Orçamentária Anual deu-se com vistas à consecução de cinco objetivos básicos: permitir que o preenchimento das emendas observasse uma ordem lógica (na qual algumas escolhas básicas levam ao preenchimento automático de campos eminentemente técnicos); facilitar a realização da atividade por pessoas com limitado conhecimento técnico; dar maior consistência técnica às emendas propostas pelos parlamentares, bancadas e órgãos das Casas do Congresso Nacional; simplificar o processo de formalização das emendas; e minimizar a ocorrência de erros de preenchimento e digitação.

Seguindo a orientação adotada no desenvolvimento dos meios empregados no período 1992 a 1994 (formulários e instruções), o sistema foi montado de modo que a formulação de emendas siga uma ordem lógica, estruturada pelas seguintes questões:

a) quem assumirá a autoria da emenda (parlamentar, bancada ou comissão)?

b) o empreendimento consta do Projeto de

⁸ Para poder instalar e utilizar o sistema de elaboração de emendas desenvolvido para o Orçamento de 1996, o usuário precisa dispor de um microcomputador 386 ou superior com os seguintes recursos: mínimo de 4 Mb de memória RAM; unidade de disco rígido (HD) com pelo menos 8 Mb de área livre; unidade de disquete de 3 1/4" ou 5 1/4"; plataforma *Windows 3.1* ou *Workgroups 3.11*; *mouse* e dois disquetes.

Lei (PLO) ou constitui uma nova iniciativa?

c) se consta do PLO, qual o seu identificador (código sequencial)?

d) se constitui uma nova iniciativa, qual a sua caracterização básica?

1) sobre o que (tipo de realização) se irá fazer a emenda (estrada, escola, etc.)?

2) qual a intervenção pretendida (apoio, construção, melhoria, ampliação, etc.)?

3) em benefício de qual estado, região ou localidade?

4) a qual esfera orçamentária ele se vincula (fiscal, seguridade, investimento)?

5) qual o setor de governo e unidade orçamentária competente para executá-lo?

6) quem deverá executá-la (estado, município, entidade ou Governo Federal)?

e) que resultado (quantidade de meta) se pretende atingir no exercício?

f) em que tipo de despesa (GND) serão alocados recursos, e quanto?

g) onde serão feitas as deduções compensatórias?

h) qual a justificação para o empreendimento (qual o problema e a quem beneficia)?

Assim, no caso de emenda a empreendimento já constante do PLO, informado o código sequencial, o sistema preenche, automaticamente, os elementos indicados no item "d)", a funcional-programática, o título do subprojeto/subatividade e a principal meta deste para o exercício, bloqueando-os para modificações, exceto quanto ao campo do quantitativo da meta. No caso de emenda para a constituição de nova iniciativa, preenchidos os campos indicados no item "d)", o sistema preenche, a título de sugestão, a funcional-programática, a versão inicial do título do empreendimento e a meta típica deste, liberando todos estes campos para modificação por parte dos formuladores da emenda.

O sistema de apoio à elaboração de emendas ao PLO de 1996 (PL nº 35/95-CN) trouxe uma série de aprimoramentos em relação à sua primeira versão. Em primeiro lugar, foi dada uma maior abrangência, passando a incluir também os procedimentos para a

elaboração de emendas à receita e ao texto do projeto de lei. Em segundo, foi redefinido para operar sob a plataforma *Windows* – adotada como padrão pela Casas do Congresso Nacional – e de modo a reunir num só sistema os dois subsistemas utilizados em 1994 (SAFE e SPEED). Em terceiro, simplificou as rotinas de elaboração de propostas de emendas por meio de redefinição da tabela geratriz que alimenta o preenchimento automático de campos e dos procedimentos para a pesquisa de títulos existentes. Finalmente, avançou muito nas rotinas de segurança para a geração do disquete com as emendas e para sua recepção pela Comissão Mista de Orçamento, permitindo, inclusive pela substituição da assinatura dos autores por autenticação eletrônica, ganhos apreciáveis no tempo e na fidelidade do cadastramento das emendas em bases de dados e na geração dos documentos-fonte para fins de publicação oficial (geração dos “avulsos”⁹).

Como pode ser observado pela utilização do sistema, este possui procedimentos distintos para a elaboração de emendas à despesa, à receita e ao texto. Sua filosofia básica é a de facilitar a localização dos elementos necessários ao preenchimento das emendas, por múltipla escolha, abrindo, em cada bloco, tabelas de apoio de fácil acesso e pesquisa, de modo a dispensar consultas a tabelas impressas ou outros tipos de materiais. O acesso às tabelas se dá pelo posicionamento do ponteiro do *mouse* nas setas localizadas à direita do bloco de interesse, e seu acionamento pelo *mouse* (*click* ou duplo *click*). Aberta a tabela, à medida que a palavra de referência for sendo digitada, o cursor vai se posicionando na primeira opção da categoria que inclua o conjunto digitado. A partir daí, basta “navegar” na tabela (usar as setas para cima e para baixo) até localizar a categoria apropriada à emenda em elaboração.

⁹ Denomina-se “avulso”, no âmbito do Congresso Nacional, a publicação que consolida os documentos relativos a determinada proposição (projeto de lei, projeto de resolução, mensagem do Poder Executivo, etc.), relatório, parecer, fundamentação técnica, informação complementar, bem como aquela que sistematiza as emendas formuladas a determinada proposição ou mensagem. Os “avulsos” são produzidos com vistas a informar os parlamentares, a instruir votações e a dar ampla publicidade às matérias em apreciação, bem como do seu andamento, de modo a permitir que todos os interessados sejam conveniente e oportunamente informados, como convém a processos decisórios abertos e transparentes.

Quando esta for localizada, basta posicionar o cursor nesta e teclar *enter* que o sistema registrará a opção escolhida na emenda em elaboração, bem como preencherá, automaticamente, os campos relacionados a tal escolha.

Além dessas facilidades, as Assessorias de Orçamento da Câmara dos Deputados e do Senado Federal organizam seminários para esclarecimento de dúvidas dos assessores dos parlamentares, bancadas e comissões e organizam um sistema de plantão para atendimento aos usuários e interessados na atividade. Quanto ao suprimento de meios, tendo em vista que nem todos os Deputados dispõem de microcomputador em seus gabinetes, são instalados *pools* nas dependências da Câmara dos Deputados para o atendimento aos assessores destes ou às pessoas por estes credenciadas.

No decorrer dos seminários ou na mobilização dos plantões, os usuários do sistema têm sido alertados quanto às cautelas que devem ser observadas na formulação de emendas ao PLO, que compreendem, além da observância aos demais imperativos dos arts. 165 a 167, 198, 204 e 212 da Constituição e dos arts. 35 e 42 do ADCT, orientações como:

a) as emendas devem possuir estrita compatibilidade com o PPA e a LDO, visto que não poderão ser aprovadas se não preencherem esse atributo (art. 166, § 3º, I, da Constituição);

b) as emendas que objetivem investimentos que ultrapassem um exercício financeiro só têm sentido se estes puderem ser relacionados aos programas incluídos no PPA; em caso contrário, eles não poderão ser iniciados enquanto não for cumprida essa providência (art. 167, § 1º, da Constituição);

c) as emendas destacadas só podem ser aprovadas se contiverem todos os elementos que viabilizem a sua aprovação, ou seja, se indicarem cancelamentos válidos (vedados os que incidam sobre dotações de pessoal, serviços da dívida e transferências constitucionais);

d) as emendas não devem abranger várias ações, pois, consoante o que estabelece o art. 16, III, da Resolução nº 2/95, tais emendas não podem ser aprovadas;

e) as emendas para correção de erros ou omissões nas estimativas de receita devem ser propostas na etapa do Parecer Preliminar, consoante art. 17 da Resolução nº 2/95;

f) as emendas à despesa devem conter, em sua justificação, elementos objetivos que permitam avaliar o seu mérito e oportunidade, inclusive porque a escassez de recursos conduz

a uma competição cada vez mais acirrada entre as várias propostas de novas alocações.

4. Metodologia de apreciação do Orçamento pela CMO

4.1. Estruturas mobilizadas pelo Poder Legislativo

Encerrada a etapa de formulação de emendas, que se materializa com o término do prazo, a entrega dos disquetes à Comissão Mista de Orçamento e a publicação das emendas em “avulsos”, inicia-se a etapa de apreciação do Projeto de Lei Orçamentária Anual pelos órgãos do Congresso Nacional. Tal apreciação se inicia nas Subcomissões Permanentes da CMO (em número de sete), prossegue no Plenário da Comissão Mista e se encerra no Plenário do Congresso Nacional, envolvendo, em cada um destes níveis, etapa de discussão e decisão. As atividades que embasam essa apreciação, no entanto, iniciam-se muito antes, pela atuação das assessorias especializadas e de órgãos de apoio como a Secretaria da Comissão Mista e o Centro de Processamento de Dados do Senado Federal (Prodasen).

A fim de possibilitar a análise mais aprofundada das matérias, o projeto do Poder Executivo é desdobrado em sete partes, cada uma destas compreendendo os órgãos e unidades orçamentárias relacionadas com as áreas de competência de cada uma das subcomissões da CMO¹⁰. As emendas são também organizadas em conjuntos distintos, de acordo com as unidades orçamentárias a que se referam, com vistas a que sua apreciação seja realizada, inicialmente, no âmbito da subcomissão com competência sobre o respectivo objeto.

Em época oportuna (o mais cedo possível), são designados, pela Presidência da CMO, respeitadas as regras de representatividade e

¹⁰ São as seguintes as áreas de competência das Subcomissões da CMO: Subcomissão 1 - Poderes do Estado, Representação e Defesa; Subcomissão 2 - Agricultura, Fazenda, Indústria e Comércio; Subcomissão 3 - Infra-estrutura (Transportes, Energia e Comunicações); Subcomissão 4 - Educação, Cultura, Desporto, Ciência e Tecnologia; Subcomissão 5 - Saúde, Trabalho e Previdência; Subcomissão 6 - Meio Ambiente, Recursos Hídricos e Amazônia Legal; e Subcomissão 7 - Planejamento, Urbanismo e Integração Regional.

de proporcionalidade fixadas pela Resolução nº 2/95, os coordenadores das subcomissões e os relatores setoriais (um para cada subcomissão e até cinco adjuntos para cada um destes). De igual modo são designados o relator geral, que não pode pertencer à mesma Casa e Partido do Presidente da CMO, e seus adjuntos (até sete), escolhidos, neste caso, entre os membros das subcomissões (normalmente o relator setorial).

As assessorias especializadas da Câmara e Senado – AOFF/CD e CONOR/SF – são mobilizadas para apoiar os órgãos da CMO (Presidência e Coordenações), assessorar as relatorias constituídas e articularem-se com os órgãos de apoio do Congresso Nacional – Prodasen, Cegraf, Secretaria da Comissão Mista – e com as estruturas técnicas do Poder Executivo – SOF, STN, SRF e outros. Na prática são essas assessorias que se encarregam de planejar e executar as tarefas essenciais à estruturação de relatórios, produção de demonstrativos, desenvolvimento de sistemas, articulação de conceitos e taxionomias, organização de documentos para a geração de avulsos e estruturação de fundamentações técnicas. Realizam, igualmente, grande parte das articulações com os órgãos do Poder Executivo para a obtenção de elementos adicionais necessários à apreciação dos projetos de lei.

4.2. Instrumentos de apoio à atuação da CMO e das relatorias

Por meio da ação combinada das assessorias especializadas e das estruturas de processamento de dados (Prodasen e núcleos de informática das assessorias), são realizadas, a cada ano, um conjunto de avaliações sobre o PLO e sobre as emendas a este apresentadas. Tais avaliações se referem à adequação dos níveis de detalhamento dos programas de trabalho, à consistência geral das estruturas de receita e despesa da proposta e à determinação de erros e inadequações, à distinção entre o orçamento formal e o orçamento real, à sistematização das emendas por categorias relevantes e à validade técnica e legal de cada uma das emendas (cerca de 10.000 por ano).

Quanto ao nível de adequação dos detalhes da proposta do Poder Executivo, até o presente exercício, as avaliações têm identificado duas deficiências nos PLOs: precário detalhamento da regionalização dos gastos públicos – desagregando-os apenas ao nível de

estado/região e estruturando subatividades com impacto em várias unidades da federação – e utilização de categorias programáticas demasiado abrangentes – em que a funcional-programática não desce ao nível de detalhamento desejável ou em que se desrespeitam as normas que presidem a utilização dessa classificação, pela criação de subprojetos que abrangem ações relativas a vários subprogramas (por exemplo: habitação urbana e rural; ações de abastecimento de água, serviços de esgotos e coleta de lixo). Para suprir essas deficiências, a programação do PLO tem sido objeto de codificação complementar no âmbito do Poder Legislativo, classificando cada empreendimento segundo os Tipos de Realização – assim designadas as categorias de desdobramento da programação em níveis mais compatíveis com as necessidades do Legislativo¹¹ –, as localidades diretamente beneficiadas (desdobrando os subprojetos se necessário) e os níveis responsáveis pela execução do empreendimento ou ação (se estado, município, entidade ou outro definido pelo Governo Federal).

No que se refere à avaliação geral da proposta do Executivo, em termos de consistência das suas estruturas de receita e despesa, a prática dos últimos anos tem se encaminhado no sentido da produção de uma nota técnica pelas assessorias das Casas do Congresso Nacional, na qual são analisadas a Mensagem de encaminhamento do PLO (sobretudo no que se refere aos fundamentos macroeconômicos do projeto), a evolução das principais categorias da receita e da despesa, a adequação da proposta aos elementos estruturadores do PPA e da LDO, a consistência das previsões de receita, bem como avaliado o provável comportamento da

dívida no exercício seguinte. Nessa nota técnica são também colocados em evidência os erros, omissões e inadequações detectados ao longo da análise e indicadas as informações que devem ser solicitadas ao Executivo.

Com vistas a reduzir o orçamento da administração federal à sua real dimensão, inclusive para evitar o desenvolvimento de expectativas fora da realidade, os valores globais do PLO são desdobrados em suas componentes mais relevantes, sistematizando-os de modo a pôr em evidência as parcelas que não representam gastos efetivos da União – tais como a parcela da dívida interna que é rolada e as co-participações dos estados e municípios em receitas –, bem como aquelas que representam vinculações, compromissos ou recursos de terceiros (fundos constitucionais, sentenças judiciais e recursos do FAT). Para que se tenha uma idéia da importância desse trabalho, no PLO para 1996, após tais deduções, o montante da proposta caiu de R\$ 312 bilhões para R\$ 117 bilhões, o qual corresponde, de fato, aos recursos que integram a programação efetiva da administração federal. Se deduzidas deste último valor as parcelas comprometidas com o pagamento de pessoal e encargos sociais (cerca de R\$ 40,0 bilhões), com os benefícios previdenciários do INSS (cerca de R\$ 42,0 bilhões) e com os juros e encargos da dívida (cerca de R\$ 13,0 bilhões), fica evidente a limitada flexibilidade do orçamento federal, visto que os R\$ 22,0 bilhões restantes incluem várias vinculações e todos os custeios básicos da administração (material de expediente, serviços de limpeza e vigilância, passagens, energia elétrica, telefone, etc.).

As emendas apresentadas ao PLO são avaliadas quanto à sua concentração por unidades da federação, localidades, órgãos, unidades orçamentárias e tipos de realização. As emendas coletivas são sistematizadas, de modo a propiciar avaliações sobre a sua concentração setorial (por órgãos) e espacial (por estados e regiões), e avaliadas quanto à sua validade técnica e formal, isto é, se atendem os requisitos fixados pela LDO e pela Resolução nº 2/96. O mesmo processo é repetido, com algumas simplificações, em relação às emendas individuais, que, embora em maior volume, referem-se, no mais das vezes, a ações localizadas que envolvem valores pouco expressivos. Tais apreciações resultam em relatórios de sistematização e de análise. Os primeiros são colocados à disposição do público em geral, por meio da

¹¹ Para ilustrar a natureza desta classificação, tomemos como exemplo o caso do programa *Saneamento* que, na classificação funcional-programática é desdobrado apenas em três subprogramas, ou seja, Abastecimento de Água, Saneamento Geral e Sistemas de Esgoto. Na classificação por tipos de realização, acham-se disponíveis as seguintes categorias: Abastecimento de Água, Qualidade da Água, Infra-estrutura Hídrica, Adutoras para Abastecimento de Água, Poços Públicos/Comunitários, Saneamento Básico, Aterro Sanitário, Coleta e Disposição de Resíduos Sólidos, Canalização de Córregos, Drenagem e Urbanização, Macrossaneamento, Saneamento Ambiental, Esgotos Sanitários e Tratamento de Esgotos. Essa estrutura permite uma maior especificidade na agregação da programação governamental, bem como das emendas que visem a sua modificação.

Secretaria da Comissão Mista, enquanto os últimos são reservados ao uso restrito das relatorias e da Presidência da Comissão Mista de Orçamento.

Dentre os demais instrumentos de apoio à atuação da CMO e das relatorias podem ser apontados: as rotinas para consulta *on line* das emendas, os procedimentos para a elaboração e cadastramento das emendas de relator nas bases de dados, o sistema informatizado para a emissão de pareceres sobre as emendas, os sistemas de apoio à Relatoria-Geral (para o registro das prioridades indicadas à Relatoria e para o gerenciamento das disponibilidades do banco de fontes) e a disponibilidade de uma estrutura de assessoramento que se responsabilize pelas atividades que permitam a apropriada operação desses sistemas¹², pela realização de avaliações técnicas de situações determinadas e pelo auxílio às relatorias e Plenários na formalização de suas propostas e decisões.

4.3. Atuação das relatorias na correção de erros e omissões no PLO

Embora as referências mais usuais à participação do Legislativo no processo orçamentário sejam ao acolhimento dado às emendas dos parlamentares, essa faceta da intervenção do Parlamento nas matérias orçamentárias vem assumindo cada vez menos importância no âmbito do Congresso Nacional. Na realidade, os três pontos mais significativos das intervenções da Instituição nessas matérias são absolutamente institucionais, ou seja: para a correção de erros e omissões; para o equacionamento das necessidades setoriais, regionais e estaduais; e no sentido de assegurar que os grandes empreendimentos só serão iniciados depois de amplamente debatidos e de comprovados o seu mérito, a sua prioridade e a consistência de suas fontes de financiamento.

No que se refere à correção dos erros e

¹² Tais atividades incluem a revisão dos cadastros básicos (autores, localidades, órgãos, receita e despesa), a atualização das codificações técnicas (modalidade de intervenção, tipo de realização e geratriz), a definição de normas e procedimentos para a constituição do banco de fontes, a sistematização de normas sobre a estrutura e o conteúdo dos relatórios, a definição de procedimentos para implementação dos critérios de regionalização, a geração de relatórios e a montagem de símile do Autógrafo para votação nos Plenários da CMO e do Congresso.

omissões, as relatorias setoriais vêm-se orientando para constituir a primeira linha de atuação. No PLO para 1996 esses órgãos detectaram e estabeleceram medidas corretivas em relação às seguintes inadequações: omissão de unidades orçamentárias (fundos); impropriedade em estruturas programáticas (erros de classificação funcional e subprojetos demasiado abrangentes); desobediência à LDO (inclusão de subprojetos com a mesma finalidade em mais de um órgão); e gastos com irrigação em desacordo com o ADCT (desrespeito às alocações obrigatórias na Região Centro-Oeste) e subestimativa de receitas (no Fundo Agropecuário). No âmbito da Relatoria-Geral, foram corrigidos os erros não sanados pelas relatorias setoriais ou gerados pela atuação destas, abrangendo: funcionais erradas, alocações em unidades inapropriadas, uso indevido de fontes (PIN e Salário-Educação), alocações proibidas pela LDO (atividades tipicamente locais e auxílios para entidades privadas) e desrespeito a percentuais definidos por leis e pela Constituição (irrigação e construção de rodovias). Além disso, a Relatoria-Geral atuou na eliminação das duplicidades de títulos de subprojetos, na reunificação de subprojetos desdobrados, no fechamento dos demonstrativos de receita com os da despesa na administração indireta e na realização de adequações entre transferidoras/aplicadoras e participações societárias/investimentos das estatais.

Quanto à efetiva preocupação com as necessidades setoriais, regionais e estaduais, são evidenciadas, de um lado, pela caracterização que a Resolução nº 2/95 deu às emendas coletivas – exigindo que tais transcendam aos interesses localizados e apresentem evidências de viabilidade econômica e social – e, de outro, pela precedência conferida aos empreendimentos de interesse regional ou de natureza estruturadora no plano estadual, para fins de alocação dos recursos pelas relatorias, os quais absorveram mais de dois terços dos recursos remanejados pelo Congresso Nacional no decorrer do processo de apreciação do Orçamento de 1996.

Com relação ao zelo no sentido de que os grandes projetos só sejam incluídos na LOA depois de amplamente debatidos, com comprovação de sua viabilidade e da consistência de suas fontes de financiamento, são também evidentes os resultados obtidos com a atuação do Legislativo. Nos últimos anos, foram submetidos a esse processo, por iniciativa do

Parlamento, entre outros, os projetos de transposição das águas do São Francisco, do SIVAM e das obras da ferrovia Norte-Sul. Se os projetos da ferrovia do aço, das usinas nucleares e da rodovia transamazônica tivessem sido submetidos a esse processo, é provável que se tivesse evitado o desperdício de bilhões de dólares.

Outro aspecto a considerar em defesa da participação do Legislativo nos processos alocativos, além das vantagens assinaladas neste título, é que a aparente flexibilidade do Congresso Nacional em matéria de alocações orçamentárias na realidade é repleta de restrições. As limitações se iniciam com os preceitos restritivos fixados pelo Texto Constitucional – que proíbem cancelamentos em dotações relativas a pessoal e encargos, à amortização e encargos da dívida, e às transferências constitucionais –, são ampliadas pelas leis do PPA e LDO, desenvolvem-se com as vinculações legais de receitas e prosseguem com as limitações racionais derivadas de encargos como os benefícios da previdência, as sentenças judiciais, as obras financiadas com recursos externos e os custeios básicos das repartições. Finalmente, existem as restrições derivadas do desejo da Instituição de agir de modo responsável, o que a leva a prestigiar as obras em andamento e a evitar que se desfigurem ações tradicionais como as de pesquisa e as do SUS. Não é por outra razão que, nos últimos três anos, o Congresso Nacional não tem remanejado, em média, mais do que R\$ 3 bilhões em cada projeto de lei orçamentária.

5. Problemas e perspectivas do processo orçamentário

5.1. Deficiências derivadas da inexistência da lei complementar

Apesar dos grandes avanços obtidos nos últimos anos, o processo orçamentário federal se ressentia ainda de várias deficiências, maior parte das quais derivadas de não ter sido ainda elaborada a lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, da Constituição. Se essa lei tivesse sido produzida, já se poderia contar com uma melhor normatização da forma, estrutura e conteúdo do PPA, da LDO e da LOA e de como tais documentos legais se compatibilizam entre si. No que se refere à LOA, propiciaria definições legais sobre a forma de apresentação dos orçamentos fiscal, da seguridade e de

investimento, diretrizes claras, não-ambíguas, sobre os regimes de caixa de tais orçamentos, normas sobre a execução do orçamento de investimentos (hoje inexistentes), prazos improrrogáveis para a elaboração e apreciação do PLO (instituinto fórmulas de contingência no caso de esses serem desrespeitados), e com normas claras sobre os créditos adicionais (inclusive proibindo a edição de medidas provisórias sobre tal matéria).

A produção dessa lei teria sido um passo relevante também para o aprimoramento do processo de planejamento, pela possibilidade de definir, com clareza e permanência, a forma, o conteúdo e a abrangência do Plano Plurianual, bem como dos demais instrumentos de planejamento que lhe são relacionados (os planos nacionais, regionais e setoriais). Por meio de lei dessa natureza, seria possível dar-lhe caráter seletivo (restringindo a sua abrangência a um limitado número de programas e projetos prioritários), conferir-lhe objetividade (explicitando os resultados e efeitos pretendidos com cada uma das ações), revesti-lo de expressividade (pela apropriada quantificação dos resultados pretendidos), torná-lo setorializado (indicando os responsáveis pela implementação de cada programa) e dotá-lo de estabilidade (vedando as freqüentes revisões) e compatibilidade (pelo emprego de linguagem e categorias – programáticas, econômicas e institucionais – compatíveis com as das LDOs e LOAs).

5.2. Precário relacionamento entre as equipes técnicas do Legislativo e do Executivo

Embora essa questão tenha sido pouco endereçada nos últimos tempos, um dos problemas que comprometem o aprimoramento do processo orçamentário é o precário relacionamento entre as equipes técnicas dos Poderes Executivo e Legislativo. Estas pouco se relacionam e, quando isso ocorre, tal se processa num clima de maldisfarçada desconfiança. Não falamos aqui dos relacionamentos ocasionais para a solução de problemas concretos, tais como a correção de erros materiais ou a obtenção de informações demandadas pelas relatorias, mas sim da cooperação sistemática na construção de soluções técnicas que sirvam aos propósitos e necessidades de todos os órgãos envolvidos na elaboração, execução e controle dos orçamentos.

Os melhores exemplos disso são a inexistência, nos últimos seis anos, de esforços concretos na constituição de grupos de trabalho (com técnicos de orçamento de ambos os

Poderes) para a formulação de um anteprojeto da lei complementar (referida no art. 165, § 9º, da Constituição) que fosse considerado satisfatório para todos. Outro exemplo é a falta de diálogo e cooperação no sentido de ajustar a classificação funcional-programática à estrutura de ênfases articulada pela Constituição de 1988 e às necessidades operacionais do Poder Legislativo, que teve de suprir tal inconveniente por meio de taxionomias como as dos Tipos de Realização e das Modalidades de Intervenção.

Nestes novos tempos, em que a orçamentação incremental é coisa do passado – aqui e no resto do mundo – e em que as receitas são, quando muito, estáveis para atender encargos crescentes (tanto maiores quanto mais acentuados os problemas sociais), tornou-se imperativo que se busquem metodologias mais apropriadas para a elaboração do orçamento e para o acompanhamento da execução do gasto público. Isso não se poderá fazer sem o concurso das equipes técnicas dos Poderes Executivo e Legislativo, de sua experiência com os problemas concretos no respectivo âmbito de atividades, pois são elas que vivenciam, no dia-a-dia, o esgotamento do modelo articulado pela Lei nº 4.320/64, batizado de “Orçamento-Programa” em 1967 pelo Decreto-Lei 200, que, forjado sob o imperativo básico de escapar à orçamentação tradicional, não mais atende aos desafios do presente.

5.3. Outros problemas que comprometem a qualidade do processo orçamentário

Em nosso entender, além da inexistência da lei complementar, os problemas que mais comprometem a qualidade do processo orçamentário brasileiro e a participação do Legislativo na alocação e fiscalização dos recursos públicos são: a grande mobilidade das estruturas da administração pública, a precariedade dos processos de articulação intergovernamental, a flexibilidade conferida ao Executivo para propor modificações aos projetos orçamentários, o caráter meramente autorizativo do orçamento, a ineficácia do Plano Plurianual como ordenador da programação, a impropriedade do emprego de medidas provisórias para legislar sobre matéria orçamentária, a subutilização da lei de diretrizes orçamentárias como instrumento de formulação de políticas públicas, a precária separação entre os orçamentos fiscal e da segurança, as impropriedades do orçamento de investimento das

estatais, as normas e interpretações permissivas, as inadequações na estrutura e funcionamento da Comissão Mista de Orçamento, o distanciamento e a assistemática do assessoramento à Comissão Mista e as deficiências nos processos de acompanhamento dos planos e orçamentos.

Para uma apreciação mais aprofundada de tais problemas e de algumas das alternativas para sua solução, sugerimos a leitura do artigo “*Processo Orçamentário Federal: Problemas, Causas e Soluções*”, de nossa autoria, publicado na Revista de Informação Legislativa nº 126 (abr/jun 95), editada pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal e na Revista de Administração Pública nº 3 (jul/set 95), editada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ).

5.4. Perspectivas

Os problemas e inadequações assinaladas neste título se situam em três categorias: constitucionais, legais e administrativas. O seu enquadramento nessas categorias, entretanto, não é rígido nem mutuamente excluyente, uma vez que certos problemas requerem providências em vários destes planos. Mais importante do que tentar situá-los em tais categorias é enfatizar a necessidade do seu urgente equacionamento, dado que sua permanência acarreta sérios prejuízos ao Erário, ocasiona desgaste à imagem do Legislativo e da administração pública em geral, frustra as equipes técnicas, compromete a efetividade das estruturas de controle e desserve aos interesses da sociedade.

Nesse sentido, o Congresso Nacional vem adotando algumas providências, com diferentes graus de eficácia, com o propósito de sanar ou de minimizar os problemas aqui referenciados. Dentre essas merecem particular destaque:

a) a elaboração de anteprojeto de lei complementar sobre matéria orçamentária, por grupo constituído sob a direção da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara e da Comissão Mista de Orçamento. Disso resultou a produção de uma versão já bastante elaborada, que fundamentará a discussão da matéria com as representações dos vários níveis de Governo;

b) os esforços que vêm sendo estabelecidos pela Assessoria de Orçamento da Câmara no sentido de melhorar o relacionamento com a SOF e STN do Ministério do Planejamento. Disso tem resultado um maior intercâmbio sobre as posições técnicas de cada órgão e dos imperativos que as condicionam, levando à

compreensão de que não derivam de radicalismos ou impertinências;

c) a criação de Comissões Permanentes de Fiscalização e Controle na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sem prejuízo das ações de acompanhamento e avaliação das Subcomissões Permanentes da Comissão Mista. Isso tem conduzido à sistematização dos processos de avaliação dos gastos do setor público e à criação de mecanismos de investigação de anormalidades;

d) a formulação de proposta de criação de órgão técnico no Congresso Nacional para a realização de estudos aprofundados nas áreas de planejamento e orçamento. O projeto inicial, que segue, em linhas gerais, o modelo do CBO norte-americano, está sendo discutido seletivamente, para, a partir das críticas e sugestões, gerar proposição para subsidiar um debate mais amplo;

e) a introdução de norma na LDO para 1997 limitando a execução antecipada aos primeiros três meses do exercício. Embora não seja o ideal, é preciso reconhecer que constitui um avanço em relação às regras abertas que vigoraram nos exercícios anteriores;

f) as mobilizações de lideranças do Congresso Nacional no sentido de não aceitar o emprego de medidas provisórias em matéria orçamentária, de que resultaram várias proposições, ora em fase de sistematização por Comissão Especial do Senado Federal;

g) as iniciativas da Comissão Mista e de outros órgãos do Poder Legislativo no sentido de questionar os contingenciamentos impostos pela administração e de empreender um acompanhamento mais estrito sobre os convênios celebrados, levando a que a burocracia do Executivo se torne mais diligente no acatamento às normas e na busca de maior equidade no uso dos recursos;

h) as ações da Comissão Mista de Orçamento no sentido de inibir a alocação de recursos federais em empreendimentos tipicamente locais, seja por meio de normas da LDO, seja pela tomada de decisões que inibiram as relatorias de acolher emendas em favor de estradas vicinais, parques de exposições, mercados, matadouros e armazéns. Tais iniciativas têm resultado na destinação de volumes mais apreciáveis de recursos para as ações estruturadoras típicas da esfera federal.

Em termos gerais, a perspectiva do processo é para atuações cada vez menos contrapostas entre os Poderes Executivo e Legislativo, à medida que for se consolidando a compreensão dos órgãos superiores de cada um destes sobre as prerrogativas e necessidades do outro. Em breve deverão estar definitivamente sepultadas as deformações culturais que têm situado a participação dos Parlamentos no processo orçamentário como uma “indesejável interferência”, consolidando-se, em seu lugar, o entendimento de que esta não só é legítima, mas uma das determinantes históricas da existência dessa Instituição. Somos otimistas, igualmente, quanto à reinstitucionalização de práticas saudáveis na administração pública, especialmente do planejamento como processo sistêmico. Quanto à atuação do Congresso Nacional no campo dos planos e orçamentos, são evidentes as provas de ação amadurecida, não existindo razões para que se creia em retrocessos. O que não se pode esperar deste são condutas pragmáticas típicas dos sistemas em que a autoridade decisória é centralizada. Isso nem seria desejável, pois, se é verdade que os processos participativos são mais lentos, também o é que, na medida em que propiciam que os vários interesses e visões da realidade se digladiem entre si, estes tendem a propiciar decisões mais maduras, consolidadas e ajustadas às demandas da sociedade.

Pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso e acesso pleno à Justiça

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

SUMÁRIO

1. Introdução ao tema e seus objetivos. 2. Declaração de inconstitucionalidade por omissão no Brasil e em Portugal – dimensões institucionais. 3. Modalidades de omissões normativas e as técnicas de controle judicial. 4. Auto-aplicabilidade imperativa dos direitos e garantias fundamentais e a pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso. 5. Perplexidade ortodoxa da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal diante do fenômeno novo da inconstitucionalidade por omissão relativa no Brasil. 6. Crítica construtiva à postura jurisprudencial da Corte Suprema no precedente invocado. 7. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no sistema difuso-material de jurisdição constitucional. 8. A nova posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso. 9. Considerações finais.

1. Introdução ao tema e seus objetivos

Sem pretender, nas observações que se seguem, realizar trabalho científico com profundidade sobre o curioso fenômeno da inconstitucionalidade por omissão relativa ou parcial e as técnicas judiciais de controle de tais omissões, emitimos breves considerações sobre a presença desse fenômeno em nosso ordenamento jurídico e a possibilidade dos controles de que dispomos na seara judicial, a nos permitir uma melhor colheita dos frutos produzidos pela *Constituição cidadã*, que apregoa a todos a formação vivencial de um Estado democrático de direito, fulcrado nos valores fundamentais da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem ainda do pluralismo político,

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal, Titular da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Professor Titular da AEUDF.

conclamando, em nome do povo, que lhe deu alma e dela espera a vida, o atuar conjunto, independente e harmônico dos Poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), na tarefa fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando a pobreza e a marginalização, com a mecânica redutora das desigualdades sociais e regionais (CF, arts. 1º, 2º e 3º).

A omissão normativa de que ora se cuida e que agride estes objetivos, constitucionalmente protegidos, merece ser combatida através de mecanismos de controle que o nosso sistema jurídico nos possibilita, no exercício pleno da jurisdição constitucional, com destaque para o *controle difuso-material de constitucionalidade*, que a doutrina de Marshall nos ensinou e, historicamente, introduziu-se na consciência do juiz brasileiro, com a determinação de que ao aplicar as leis, na solução dos conflitos, o magistrado deve antes verificar se elas se harmonizam com a Constituição, porque, só assim, serão tidas como leis.

2. Declaração de inconstitucionalidade por omissão no Brasil e em Portugal – dimensões institucionais

Com inspiração advinda do modelo constitucional português (art. 283), a nossa Constituição Federal, de 5.10.88, em disposição mais generosa, determina que

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”(CF, art. 103, § 2º).

Enquanto a Constituição portuguesa restringe a legitimidade para requerer verificação da inconstitucionalidade por omissão ao Presidente da República e ao Provedor de Justiça, bem assim aos presidentes das assembleias legislativas regionais, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, perante o Tribunal Constitucional (órgão inexistente no Brasil), limitando-se essa fiscalização apenas às omissões legislativas, em sentido formal, com resultante cientificação ao órgão legislativo competente, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, o instituto

adquiriu força e eficácia sistêmica na pródiga instrumentalidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, revestida de auto-aplicabilidade protetora (CF, art. 5º, §§1º e 2º), com a garantia do amplo e irrestrito acesso à Justiça (CF, art. 5º, incisos XXXIV e XXXV).

Nesse contexto, respeitando as opiniões contrárias da doutrina nacional, entendo que o *controle de constitucionalidade por omissão, aqui, no Brasil, revela-se juridicamente possível pela via concentrada-formal*, mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, com legitimidade para propô-la o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, incisos I a IX), ou *pelo sistema difuso-material*, perante qualquer Juízo ou Tribunal, na afirmação das garantias fundamentais retrocitadas, a requerimento da parte interessada, no curso de qualquer processo, sem a exigência de uma declaração formal de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, como ocorre no fenômeno inconstitucional dos atos normativo-comissivos do Poder Público (CF, art. 97).

3. Modalidades de omissões normativas e as técnicas de controle judicial

Considerando que a *omissão inconstitucional* se caracteriza de *forma absoluta ou total* (silêncio agressor do órgão legiferante por não atuar o devido) e de *modo relativo ou material* (silêncio agressor por não atuar complementamente o devido)¹, há que se verificar, na sistemática de nossa Constituição, técnicas diferenciadas de combate ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão.

Se na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mediante *processo objetivo*, na Corte Suprema, busca-se, antes de tudo, a defesa da Constituição e, de modo reflexo, a proteção

¹ CANOTILHO apud CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 222.

dos interesses ou direitos subjetivos, na *pronúncia de inconstitucionalidade por omissão relativa pelo sistema difuso-material*, onde a proteção dos direitos da cidadania surge, em primeiro plano, não se afasta como consequência ontológica da *lide subjetiva, coletiva ou difusa*, a defesa da Lei Fundamental.

Penso, neste visor, que a declaração de inconstitucionalidade por omissão absoluta, ou relativa, não se realiza apenas através do processo objetivo da jurisdição constitucional, concentrada, perante o Supremo Tribunal Federal, com a tímida consequência de se dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (CF, art. 103, § 2º), mas admito, ainda que sem respaldo na doutrina e jurisprudência predicantes, que a pronúncia da inconstitucionalidade por omissão também se submete às técnicas da jurisdição ordinária, com eficácia imediata, pelo sistema difuso-material, consagrado na tradição da judicatura brasileira.

4. Auto-aplicabilidade imperativa dos direitos e garantias fundamentais e a pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso

Se a República Federativa do Brasil tem como *o primeiro de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (CF, art. 3º, I) e, para tanto, assegura a todos o pleno acesso à Justiça, na fala de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), impondo-se, no plano dirigente da legislação ordinária, o dever judicial de resolver a lide, criando a norma concreta diante da lacuna por omissão legislativa (LICC, art. 4º e CPC, art. 126) e velando para que a lei, na materialização da sentença, atenda aos fins sociais e superiores da Justiça (LICC, art. 5º), não devo admitir que direitos fundamentais do cidadão, amparados pela garantia constitucional da auto-aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º), tais como o consagrado no princípio substancial da igualdade, uma vez agredido pela omissão normativo-parcial que resulte especificamente na “exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”, possam restar sem a carga de eficácia que da

gênese constitucional receberam, a merecerem, tão-só, no raio de uma interpretação restritiva, a proteção formal e literalmente tímida e ineficaz da norma do art. 103, § 2º, da Carta Magna.

Não se invoque, aqui, como solução constitucional de eficácia plena, na espécie, a garantia instrumental do mandado de injunção, posto que se presta a assegurar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, definidos em *normas inexecutáveis por si mesmas ou dependentes de regulamentação* (CF, art. 5º, LXXI). O direito fundamental à isonomia é auto-aplicável (CF, art. 5º, § 1º) e se protege por cláusula constitucional de eternidade (CF, art. 60, § 4º, IV), podendo ser reconhecido e afirmado, de pronto, pelo administrador público ou pelo Juiz, na instrumentalidade efetiva do devido processo legal.

Nesse enfoque de preservação de garantias fundamentais do cidadão não se alberga o argumento de que haveria, no ponto, contrariedade às técnicas de conservação do regime democrático e do “Estado de Poderes divididos”², mas sim as marcas de afirmação do Estado democrático de direito, com independência e harmonia dos Poderes (CF, arts. 1º e 2º), na realização plena do compromisso constitucional pela cidadania.

5. Perplexidade ortodoxa da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal diante do fenômeno novo da inconstitucionalidade por omissão relativa no Brasil

A questão cresce em relevância e tem desafiado, com perplexidades, a inteligência da doutrina nacional e da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, de que são exemplos os tópicos do julgado seguinte:

“Põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não-deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle da constitucionalidade da lei pelo estalão do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.

Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação

² ZIPPELIUS apud CLÈVE, op. cit. p. 226.

de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da constrição discriminatória.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cruciante, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir entre os beneficiários.

É a hipótese, no quadro constitucional brasileiro, de lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dê alcance universal à revisão de vencimentos, contrariando o art. 37, inciso X, ou que, para cargos de atribuições iguais ou semelhantes, fixe vencimentos díspares, negando observância à imposição de tratamento igualitário do art. 39, § 1º, da Constituição.

A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva de norma concessiva do benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ser estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga (Canotilho. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1992, p. 333-339; *Direito constitucional*, 1986, p. 831; Gilmar F. Mendes. *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 60. Regina Ferrari. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 1990, p. 156; Carmen Lúcia Rocha. *O princípio constitucional da igualdade*, 1990, p. 42): “a censurabilidade do comportamento do legislador” – mostra Canotilho (op. cit., p. 334), a partir da caracterização material da omissão legislativa – “tanto pode residir no ato positivo – exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais – como no procedimento omissivo – emanção de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadãos, esquecendo outros”.

Se se adota a primeira solução – a declaração de inconstitucionalidade da lei por “não-favorecimento arbitrário” ou “exclusão inconstitucional de vantagem” – que é da nossa tradição (v.g. RE 102, 553, 21.8.86, RTJ 120/725) –, a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória postulada na ADIN 525: estaria prejudicado o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance.

A solução oposta – a da omissão parcial – seria satisfatória se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário – a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos.

A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa –, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente para que a supra.

De resto, como assinalam estudiosos de inegável autoridade (v.g. Mendes, op. cit. p. 70), o alvitre da inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva da isonomia – se pôde ser construída, a partir da Alemanha, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional – suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática se se cogita de transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na conveniência, no direito brasileiro, entre o método do controle direto e concentrado no Supremo Tribunal e o sistema difuso.

Ponderações que não seria oportuno expender aqui fazem, porém, com que não descarte de plano a aplicabilidade, no Brasil, da tese de inconstitucionalidade por omissão parcial. Ela, entretanto, não admite antecipação cautelar, sequer limitados efeitos de sua declaração no julgamento definitivo; muito menos para extensão do benefício aos excluídos, que nem na decisão final se poderia obter. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 529-4/ Distrito Federal. Rel. Min. Sepúlveda Pertence – STF/Pleno – Unânime – Julgado em 19.6.91. Publicado no DJU de 5.3.93, p. 2896).

A decisão em referência restou ementada, nestas letras:

“EMENTA: Inconstitucionalidade por omissão relativa: alegação contra a Medida Provisória 296/91: plausibilidade: denegação, porém, da liminar.

1. Ação direta contra a Medida Provisória

296/91 que – diversamente de outra, proposta contra o mesmo ato normativo (ADIN 525) – não postula a invalidade dos benefícios concedidos aos servidores federais nela contemplados, mas se funda, ao contrário, na alegada omissão do Presidente da República, na medida em que não os estendeu à totalidade do pessoal civil da União, como imposta pelas normas constitucionais invocadas (CF, arts. 37, X, e 39, § 1º): plausibilidade jurídica da alegação de mérito.

2. Considerações sobre o dilema – na hipótese de ofensa à isonomia pela norma legal que, concedendo vantagens a uns não as estende a outros, em situação idêntica – entre a declaração da inconstitucionalidade positiva da lei discriminatória ou da inconstitucionalidade da omissão relativa.

3. Inadmissibilidade, em princípio, da antecipação cautelar provisória da declaração de inconstitucionalidade por omissão (ADIN, 361, 5/10/90), agravada, na espécie, em que o ato normativo que traduziria a discriminação alegada é uma medida provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional e, portanto, ela mesma, com vigência provisória e resolúvel.”

6. Crítica construtiva à postura jurisprudencial da Corte Suprema no precedente invocado

A interpretação literal e restritiva que resulta da decisão supratranscrita à norma do parágrafo 2º do art. 103 da Constituição Federal não encontra (peço vênia) nenhum apoio na boa hermenêutica, que recomenda sempre, em casos que tais, desde as fontes romanas, a busca da alma normativa, pelo método sistêmico e finalístico, neste verbo: *Scire Leges, non hoc est verba earum tenere, sed vim, ac potestatem*.

O Supremo Tribunal Federal, na sua função precípua de guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*) tem o *poder-dever* de interpretar e aplicar as normas constitucionais, em consonância com a *alma do povo*, que clama por *justiça*, em todos os tempos.

Ainda que se admita, em tese, o efeito *erga omnes* das decisões da Suprema Corte no processo objetivo de declaração da inconstitucionalidade por omissão parcial que resulte no reconhecimento de *exclusão*

inconstitucional de vantagem legítima ou de *exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia, a simples ciência* ao Poder competente (*livre para continuar omissão e persistente em seu silêncio agressor*) para a adoção das providências necessárias não realiza, por si só, o compromisso constitucional do Judiciário, que é *distribuir justiça célere e eficaz*, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I).

Preocupado com a problemática da *utilidade das decisões* nos quadros da reforma do CPC, observa, com inteira razão, o Professor Cândido Rangel Dinamarco que

“inexiste tutela jurisdicional, enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes. Agora, tudo depende da tomada de consciência dos juízes e da energia com que venham a exercer esses poderes, a bem da efetividade da tutela jurisdicional e da própria respeitabilidade de sua função e dos seus comandos”³.

O direito fundamental à isonomia – impende repetir – reveste-se de auto-aplicabilidade protetora (CF, art. 5º, § 1º), que se impõe com força dirigente e vinculante ao administrador público, assim como ao juiz, na administração da Justiça.

E não se pode olvidar que, na *jurisdição constitucional*, sobretudo, a *justiça das decisões* compõe o *núcleo* da garantia fundamental do *acesso à Justiça*, fazendo com que todo juiz ou tribunal, neste país, realize somente o *processo justo*.

Neste passo, ainda peço vênia para divergir da autoridade do precedente jurisprudencial retrocitado por entender que, na espécie em comento, inexistente qualquer óbice que desautorize a *antecipação da tutela específica* (garantia maior que a simples medida cautelar), com o perfil que lhe dera a reforma de nossa legislação processual civil (CPC, art. 461), possibilitando, no plano dessa valiosa instrumentalidade de natureza executivo-mandamental, um controle constitucional das omissões normativas bem mais célere e eficaz, a garantir a auto-aplicabilidade imperativa dos direitos fundamentais.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14: Nasce um novo processo.

7. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no sistema difuso-material de jurisdição constitucional

Com essa compreensão, tenho decidido reiteradamente, no exercício da Magistratura Federal e em casos recentes, naquelas ações cuja pretensão é no sentido de que o índice de reajuste de 28,86%, concedidos aos militares pelas Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93, há de ser extensivo aos servidores civis em face da norma do art. 37, X, da Constituição Federal, que assegura tratamento igualitário na revisão geral da remuneração do funcionalismo.

Convencido do significado e da importância do fenômeno da *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* no processo objetivo de controle concentrado, com base na jurisprudência alemã do *Bundesverfassungsgericht*⁴, não vejo qualquer óbice ao transplante dessa técnica engenhosa para o controle de constitucionalidade pelo sistema difuso-material ou concentrado-abstrato aqui, no Brasil, quando se trata de inconstitucionalidade por omissão parcial, e, por isso, na espécie supracitada, venho decidindo, nestes termos:

A nossa Constituição Federal atrelou toda Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional à observância estrita dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (CF, art. 37, *caput*), para que possamos vivenciar o Estado democrático de direito, em plenitude (CF, art.1º, *caput*).

A norma do art. 37, inciso X, de nossa Lei Fundamental é bastante em si, *self executing*, de eficácia plena. Não depende, assim, de regulamentação. O comando ali contido é endereçado, expressamente, ao legislador ordinário, para cumpri-lo ao editar a lei de revisão geral da remuneração dos servidores públicos.

O renomado publicista José Afonso da Silva, em percuente exegese do dispositivo constitucional em referência, vem de afirmar que “quando a Constituição, no art. 37, X, declara que *a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e*

militares, far-se-á sempre na mesma data, usou intencionalmente o termo *remuneração* para abranger todos os valores integrantes da retribuição dos civis e militares, a fim de que nenhuma parcela fique fora da identidade de índices.⁵

Essa norma, sem dúvida, tem por objetivo evitar que a revisão geral da remuneração dos servidores públicos tenha data diversa, como tantas vezes ocorria, bem como impede que se aplique aos servidores militares índices diferentes do que for estabelecido para os civis, e vice-versa.

As Leis nº 8.622, de 1.1.93, e nº 8.627, de 19.2.93, ao beneficiarem somente os servidores militares federais com o percentual de 28,86% em suas remunerações, negaram vigência à norma do inciso X do art. 37 da Carta Magna, em comento, por estabelecer uma revisão geral da remuneração dos servidores públicos militares sem contemplarem os servidores civis com os mesmos índices daquela revisão.

A isonomia que resulta do comando constitucional em referência (art. 37, inciso X) afasta a orientação da Súmula nº 339/STF, na espécie, pois não se cuida aqui de *aumento de vencimentos* de servidores públicos sob o fundamento de isonomia pelo Poder Judiciário, que não tem função legislativa, mas de garantir aos iguais a vantagem dos vencimentos licitamente estabelecida em lei, cumprindo-se o direito fundamental à igualdade, portador de eficácia plena.

Tanto assim é que o próprio Supremo Tribunal, por decisão administrativa, determinou a extensão do aludido percentual de 28,86% às remunerações de seus juízes e dos demais servidores do seu quadro de pessoal, no que fora seguido pelos outros tribunais federais do país. De igual forma procedeu o Poder Legislativo Federal e o Ministério Público Federal.

Pretensões desse naipe vingam, assim, sob o impulso dirigente do princípio da igualdade, constitucionalmente

⁴MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo : Saraiva,1996. p. 309.

⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais. p. 573.

assegurado, sem distinção de qualquer natureza na espécie (CF, arts. 5º, *caput*, e 37, inciso X).

De ver-se, porém, que a *inconstitucionalidade por omissão*, resultante das malsinadas Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93, merece tratamento especial no *sistema difuso*, posto que “a disciplina legiferante, ao favorecer certos indivíduos esquecendo outros, conduz a que, em virtude da eficácia vinculativa do princípio da igualdade para todos os poderes estaduais, a jurisdição e a administração integrem a *lacuna legal*, estendendo a disciplina da lei a todos os *tatbestandes* substancialmente iguais aos regulados, pois a lei só deve ser declarada nula quando as vantagens legais não possam ser estendidas através da aplicação analógica aos “casos” ou “grupos” reconhecidos como preenchendo os mesmos pressupostos daqueles que foram contemplados pela regulamentação legal.”⁶

Nessa linha de pensar do constitucionalista lusitano, manifesta-se o nosso respeitável Professor José Afonso da Silva, na dicção de que “são inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional, é legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de

declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta.

A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupo de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade. Mas aqui, ao contrário, a solução de desigualdade de tratamento não está em estender a situação jurídica detrimtosa a todos, pois não é constitucionalmente admissível impor constrangimentos por essa via. Aqui a solução está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos o solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a ação direta de inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no art. 103”.⁷

A norma do artigo 169, parágrafo único, incisos I e II, da Constituição Federal não deve ser invocada, como óbice na espécie, posto que se acham vinculados à autorização orçamentária, que serve aos propósitos da Lei nº 8.622/93, com eficácia tributante ao princípio isonômico do pré-falado inciso X do artigo 37 constitucional.

O egrégio Tribunal Federal da 1ª Região, comungando desse nosso entendimento, vem confirmando as sentenças de nossa lavra, nesta matéria, através de suas colendas Primeira e Segunda Turmas, conforme revelam as ementas dos seguintes julgados:

a) “Constitucional e administrativo. Reajuste de 28,86% concedido aos militares. Leis nº 8.622 e nº 8.627/93: Inconstitucionalidade por omissão. Possibilidade de discussão pela via ordinária. Constituição Federal, art. 103, §§ 2º e 5º, inciso LV. Revisão geral de vencimentos. Impossibilidade de ser privilegiada determinada categoria (art. 37, X, da Carta de 1988).

I – Se a ação de inconstitucionalidade tem sua legitimidade ativa restrita aos titulares dos cargos e entidades taxativamente elencados nos incisos I e IX do art. 103 da Constituição Federal, o entendimento de que o servidor

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra Ed. 1992. p. 389.

⁷ SILVA, op. cit., p. 202-203.

lesado não poderia discutir a questão por outra via levaria, em caso de omissão daqueles, à injusta supressão do direito de recorrer ao Poder Judiciário, que é assegurado aos cidadãos, nos termos do art. 5º, LV, da mesma Carta da República. Cabimento, assim, do uso de ação própria para o reclamo da prestação jurisdicional perante a Justiça Federal.

II – Constituí orientação majoritária nesta Corte que o índice de reajuste de 28,86% concedido aos militares pelas Leis nº 8.622 e 8.627/93 é extensivo aos servidores civis em face do disposto no art. 37, inciso X, da Constituição, que assegura igualdade na revisão geral do funcionalismo.

III – Ressalva do ponto de vista do relator.

IV – Apelação e remessa oficial improvidas.”

(AC nº 94.01.24863-0 – DF. Rel. Juiz Aldir Passarinho Júnior – 1ª Turma/TRF/1ª Região – Unânime – Julgado em 30.5.95).

b) “Servidor público – remuneração geral de vencimentos e soldos pelas Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93 – reajuste de 28,86% concedido somente aos servidores militares – inconstitucionalidade por omissão – sentença que dispõe normativamente sobre a matéria, estendendo o reajuste aos servidores civis, para tornar efetivo o cumprimento do preceito constitucional sobre isonomia salarial até que a omissão seja suprida pelo legislador – legitimidade – Constituição Federal, art. 37, X.

I – Vedando o art. 37, X, da Constituição Federal, discriminação remunerativa entre servidores públicos, quando concedida revisão geral de vencimentos, lúdima a sentença que, reconhecendo omissão legislativa em relação aos servidores civis, disponha normativamente sobre a matéria, estendendo-lhes reajustes concedidos somente aos servidores militares, para tornar efetivo o cumprimento do preceito constitucional isonômico até que a omissão seja cumprida pelo legislador.

II – Apelação e remessa oficial denegadas.

III – Sentença confirmada.”

(AC nº 94.01.10227-9 – DF. Rel. Juiz Catão Alves – 1ª Turma/TRF/1ª Região – Julgado em 19.10.94).

c) “Administrativo. Servidores públicos. Aumento das Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93. Extensão a servidores civis do Poder Executivo. Súmula 339/STF.

I – Afastada a aplicação da Súmula pelo

próprio excelso pretório em decisão administrativa.

II – Estendido o aumento aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário.

III – Desvirtuada a finalidade da lei com a extensão aos servidores dos demais poderes, deve o benefício também ser outorgado aos servidores civis do Poder Executivo e de suas autarquias.”

(AMS nº 94.0129466-6 – Rel. P/ Acórdão Juiz Jirair Aram Megueriam – 2ª Turma/TRF/1ª Região – Maioria – Julgado em 26.9.95).

8. A nova posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso

Confirmando a tese aqui sustentada de que o nosso ordenamento jurídico-constitucional hospeda a possibilidade do controle difusomaterial de constitucionalidade, no fenômeno da omissão normativo-parcial, com segurança e eficácia plenas e imediatas na atividade jurisdicional diuturna dos juízes e tribunais do país, ao lado do controle concentrado, tímido e ineficaz da norma do parágrafo 2º do art. 103 da nossa Lei Fundamental, especialmente quando essa inconstitucionalidade se caracteriza pela omissão agressiva da cláusula do *não-favorecimento arbitrário* ou da *exclusão inconstitucional de vantagem lícita* ou da *exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia* a merecer, no ponto, declaração judicial da referida inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade da norma agressora, vem, agora, o Supremo Tribunal Federal, com o necessário senso de justiça, *reconhecendo*, pela *vias administrativa e jurisdicional-difusa*, a *auto-aplicabilidade imperativa*, com *eficácia imediata*, da norma constitucional asseguradora da revisão geral da remuneração de civis e militares, na mesma data, sem distinção de índice (CF, art. 37, X), como preordena o princípio da isonomia, no julgamento (ainda não concluído) do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22.307-7/DF, destacando-se do voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, o tópico seguinte:

“Dentre as garantias constitucionais figura, relativamente aos servidores, a de que a revisão geral da remuneração, sem distinção de índices entre servidores

públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data” (inciso X do artigo 37 da Constituição Federal).

Considerada a abrangência das Leis nº 8.622, de 19 de janeiro de 1993, e nº 8.627, de 19 de fevereiro de 1993, o Legislativo, o Judiciário Federal e o Ministério Público observaram, relativamente aos respectivos servidores, o índice de 28,86%. Teve-se como auto-aplicável, na espécie, a norma insculpida no referido inciso X, no que inegavelmente o é ao contemplar o fator temporal (data-base) e a obrigatoriedade da revisão geral em tal oportunidade. Quanto ao primeiro enfoque, decorre do fato de a Carta conter referência à mesma data, contemplando implicitamente o fator ano. Relativamente ao segundo, a doutrina, a jurisprudência e até mesmo o vernáculo indicam como revisão o ato pelo qual formaliza-se a reposição do poder aquisitivo dos vencimentos, por sinal expressamente referido na Carta de 1988 – inciso IV, do artigo 7º – patente assim a homenagem não ao valor nominal, mas sim real do que satisfeito como contraprestação do serviço prestado.

Eis as premissas que levaram este Tribunal, na 8ª Sessão Administrativa, realizada em 29 de abril de 1993, a assentar o direito à revisão de vencimentos com base naquele percentual:

“Examinado o processo nº 19.426-3 e considerando:

a) a inviabilidade de cogitar-se de aumento da remuneração dos servidores públicos sem que seja reposto o poder aquisitivo dos vencimentos;

b) a abrangência das Leis nº 8.622, de 19 de janeiro de 1993, e nº 8.627, de 19 de fevereiro de 1993, que beneficiaram a todos os servidores militares;

c) a auto-aplicabilidade e, portanto, imperatividade, com eficácia imediata, da norma constitucional asseguradora da revisão geral da remuneração de civis e militares na mesma data, sem distinção de índice – inciso X do artigo 37 –, respeitado inclusive o princípio da isonomia;

d) o fato de o soldo mais lato haver sido reajustado em 28,86%, além do reajuste previsto no artigo 1º da Lei nº 8.622/93;

e) a uniformidade de tratamento que deve haver quando em jogo a revisão remuneratória, a implicar reposição, ainda que parcial, do poder aquisitivo dos vencimentos;

f) a circunstância de os servidores da Câmara dos Deputados haverem sido contemplados com o percentual de 28,86% – Ato da Mesa nº 60, de 20 de janeiro de 1993; finalmente, a premissa segundo a qual ocorreu real revisão remuneratória, RESOLVEU, por maioria de votos, determinar a observância do acréscimo percentual de 28,86%, a partir de 1º de janeiro de 1993, às remunerações dos respectivos servidores (inclusive aposentados e pensionistas). Os Ministros Ilmar Galvão, Néri da Silveira, Moreira Alves e Sydney Sanches (presidente) votaram pela remessa de Projeto de Lei ao Congresso Nacional, para o reajuste pretendido (...) (folhas 47 e 48).

Constata-se, portanto, que, na espécie, entendeu-se como apropriada a conjugação das Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93 e da Carta Política da República, no que assegura a revisão geral. Caminhou-se – é certo, por maioria de votos, formando a corrente majoritária os Ministros Otávio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, eu mesmo e Francisco Rezek – para a conclusão de ser dispensável, na hipótese, lei específica, considerados cada um dos Poderes, mesmo porque, em se tratando de revisão geral, não seria pertinente tal legislação, sob pena de colocar-se em risco a almejada isonomia. O próprio Superior Tribunal de Justiça também assim decidiu (folha 49).

Senhor Presidente, sob pena de caminhar-se para verdadeiro paradoxo, fulminando-se princípio tão caro às sociedades que se dizem democráticas, como é o da isonomia, não vejo como adotar óptica diversa em relação ao pessoal civil do Executivo Federal, já que o militar foi contemplado. As premissas assentadas por esta Corte quando da deliberação administrativa continuam de pé e mostram-se adequadas no caso vertente. Houve revisão geral de

vencimentos, deixando-se de fora os servidores civis. Apanhada esta deficiência e em face da auto-aplicabilidade do preceito constitucional, Legislativo, Judiciário e Ministério Público determinaram a inclusão do reajuste nas folhas de pagamento, tendo como data-base janeiro de 1993. Nisso, deram fidedigna observância ao preceito constitucional que prevê a revisão a ser feita na mesma data sem distinção entre civis e militares. Assim, ato omissivo exsurge contrário à ordem jurídico-constitucional em vigor, valendo notar que de duas uma: ou Judiciário, Legislativo e Ministério Público agiram em homenagem à Carta da República, e então procede a irrisignação dos recorrentes, ou a vulneraram. Excluo esta última conclusão pelas razões acima lançadas.”

9. Considerações finais

De ver-se, por oportuno, que já administrativamente o Supremo Tribunal Federal, por expressiva maioria de seus membros, reconheceu a *auto-aplicabilidade imperativa, com eficácia imediata da norma constitucional asseguradora da revisão geral da remuneração de civis e militares* (CF, art. 37, X), respeitando-se, assim, a *imperatividade do princípio da isonomia* no corpo da aludida norma, que se apresenta, neste perfil, *protegida por cláusula de eternidade e imune*, em consequência, a *qualquer tentativa aniquiladora do jogo político do poder revisor* (CF, art. 60, § 4º, IV).

Nesta tarefa de realizar uma jurisdição constitucional efetiva e plenamente eficaz é que se encontra a *grande novidade*, antevista por Cappelletti, em sua excelente monografia sobre *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*,

“ou seja, na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva e dinâmica e permanente *concretização*, através da obra de um intérprete qualificado – o juiz, ou nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional. Aqui, verdadeiramente o gênio dos homens atingiu o seu vértice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre suprema utopia da humanidade, concretiza-se através do trabalho atuante do juiz. E também a mil vezes derrotada aspiração jusnaturalista encontra, assim, a sua própria dimensão real, o seu rosto humano; jusnaturalismo e positivismo reconciliam-se, fundem-se nesta certamente imperfeita, mas genial invenção do homem e do Direito”⁸.

Espera-se – como já ocorre no julgado em referência – que a Suprema Corte, no *uso da toga*, como *guardiã maior da alma do povo*, revelada na Constituição, mantenha-se coerente, por *dever de ofício*, na afirmação concreta dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Concluimos, assim, com a oportuna advertência de *Konrad Hesse*, na fala de que

“a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”⁹.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre : Fabris, 1984. p. 12.

⁹ HESSE apud CLÈVE, op. cit. p. 282.

Inconstitucionalidade das leis sobre concubinato

CARLOS ALBERTO BITTAR

SUMÁRIO

1. O Sistema constitucional de família. 2. A inconstitucionalidade das recentes leis sobre concubinato.

1. O sistema constitucional de família

A Constituição vigente promoveu modificações sensíveis na estrutura das relações familiares, que discutimos, em todos os seus meandros, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, com seletos grupos de estudiosos e de pesquisadores da matéria, e durante a própria e regular tramitação do processo de elaboração legislativa: daí se originou o livro *O Direito de Família e a Constituição de 1988* (Bittar, 1989), em que se plasmaram os respectivos resultados.

Acentuamos, então, com base nos estudos e nos debates havidos, que a nova disciplinação partia de certas premissas, que da evolução da vida em sociedade se podiam detectar, respeitadas, no entanto, as idéias centrais que da tradição romano-cristã defluem: a) a da família como base da sociedade e b) a do casamento como meio natural e legal para constituição de família (CF, art. 226 e §§ 1º e 2º).

Ora, são os seguintes os pressupostos em que se assentou o novo Direito de Família: a) o da igualdade entre os cônjuges, quanto ao exercício de direitos, nas relações desenvolvidas no seio familiar (art. 226, § 5º); o da paridade de direitos entre filhos, inclusive adotivos, vedando-se quaisquer designações discriminatórias (art. 227, § 6º); c) o da dissolubilidade do vínculo

Carlos Alberto Bittar é Professor Titular de Direito da Faculdade de Direito da USP e Juiz do 1º Tribunal de Alçada Civil

conjugal, em face do reconhecimento da natureza contratual do casamento, nas hipóteses e condições descritas em lei (art. 226, § 6º).

De outro lado, mais na defesa da mulher e da prole, reconheceu, para efeito de proteção do Estado, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º), bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º).

Salientamos, então – no que fomos, depois, acompanhados pela melhor doutrina –, que passaram a coexistir, juridicamente, dois regimes diversos: a) o da família e b) o da entidade familiar, ou a) o do casamento e b) o da união estável, o primeiro, com as solenidades e as garantias decorrentes da legislação própria e o segundo, apenas, para submissão do par ao denominado Direito Tutelar ou Assistencial.

Ora, persistem intactas as ponderações então feitas, não se justificando, em nosso entender, movimento, iniciado em alguns Estados, para a submissão de questões concubinárias à Justiça especializada em família, bem como para a atribuição de direitos aos companheiros, em nível legislativo, que, tradicionalmente, se reconhecem apenas a casados.

Com efeito, união estável ou concubinato sem impedimento forma entidade familiar (art. 226, § 3º) e não família (*caput*). O reconhecimento se prendeu à meta de sujeição do par ao sistema estatal de assistência e não ao Direito de Família, como se acha expresso na Carta (art. 226, § 3º). Essa é, aliás, a linha seguida por todos os países da Europa Ocidental, que fizeram reforma nesse campo (década de 70).

Não houve – e nem haverá – equiparação entre as duas noções, pois diversas, como das regras da hermenêutica jurídica se pode detectar: a) a primeira, de que não obriga a lei palavras inúteis (*ora, a Carta de 1988 usa “família”, no caput do art. 226, e entidade familiar, nos §§ 3º e 4º*); b) a segunda, de que a própria Constituição faculta, sob certas condições, a conversão da relação concubinária em casamento (§ 3º), e, portanto, a convalidação de “entidade familiar” em “família”.

Choca-se com a *mens legis* a referida diretriz, que, em verdade, almeja conferir tratamento igual a relações jurídicas absolutamente diversas, contrariando, assim, a própria natureza das coisas.

A união concubinária relaciona-se à postura de liberdade absoluta e egoística, que alguns

assumem, porque o par pode ser desfeito e refeito, a qualquer tempo, e sem qualquer obstáculo da legislação estatal própria. A vontade individual é levada ao extremo de sua potencialidade criadora de relações. As partes afastam-se, deliberadamente, do direito estatal, parecendo-nos, no fundo, que a própria submissão de questões à Justiça estatal se afigura, antes de tudo, como incoerente: mas, admitida, em face do comando constitucional geral, somente podem ser decididas pela Justiça comum. Como se justifica, pela lógica, a submissão à Justiça especializada de debate sobre relação que não é de uma família?

De outra parte, as relações originárias do casamento é que constituem matéria de Direito de Família: as partes cedem, reciprocamente, em sua liberdade; aceitam o Direito estatal; assumem, dentre outras, a relevantíssima função social de preservação da espécie, cumprindo-se, assim, as finalidades todas do instituto do casamento. Foi para a proteção de seus membros que se criou Justiça especializada, somente se explicando, assim, a distinção feita pela legislação de organização judiciária.

2. A inconstitucionalidade das recentes leis sobre concubinato

Isso não obstante, editaram-se duas leis, recentemente, sobre essa temática, ambas, pois, contaminadas pela eiva da inconstitucionalidade, como procuraremos evidenciar.

De início, a nova esquematização sujeita litígios sobre concubinato à Justiça especializada da Família em franca exorbitância legislativa, pois não é da União a competência para isso.

Nem se argumenta com proteção da pessoa, porque, se, espontaneamente, aceita a referida união, deve assumir todas as conseqüências que do sistema jurídico vigente decorrem, como, aliás, em qualquer regime de liberdade fundada em responsabilidade.

Não se pode, em verdade, através de técnicas oblíquas, atingir a célula básica da sociedade, ou seja, a família, alçando-se à mesma condição jurídica fenômenos que dela se distanciam, sob pena de tornar-se letra morta toda a multissecular formulação do Direito de Família.

Consideramos, assim, que as questões pessoais e patrimoniais entre concubinos devem ser resolvidas pela Justiça comum.

Por isso entendemos que é *inconstitucional*

a regra da submissão à Justiça da Família: a uma, porque contraria o espírito e a letra da Carta Magna uma tal diretriz; a duas, porque a matéria se insere no âmbito da competência do Estado, eis que respeita à organização judiciária (nesse sentido, aliás, tem-se ora por absolutamente inoperante a regra da legislação federal sobre falência, que submetia à Justiça penal o processamento de crimes falimentares, (art. 109); como se sabe, em São Paulo, a lei de organização judiciária determinou fossem no próprio Juízo Cível discutidas essas questões).

Aliás, as leis baixadas sobre proteção do concubinato se situam nesse diapasão de arrepio à Carta de 1988, por desconhecimento do real sentido da Lei Maior, do alcance das figuras envolvidas e da própria evolução dos institutos jurídicos referentes a essa temática. São, pois, integralmente inconstitucionais.

Procuraremos, em breves notas, evidenciar as falhas que entendemos haver, a par da já comentada, que, por evidente, deve, desde logo, ser exalçada.

Nessa tarefa, cumpre, de início, se fixem, com precisão, os conceitos básicos sobre o assunto.

Concubinato, ou união livre, é expressão que significa relacionamento entre homem e mulher, que se juntam para convivência sem impedimento e sem a celebração de casamento. É união sem casamento, ou seja, sem as formalidades do direito posto e, portanto, não submetida ao regramento estatal.

A noção é coerente com a origem da figura: já em Roma antiga, assim se entrelaçavam pessoas que não podiam, ou não queriam, adotar o regime jurídico das *justae nuptiae*. Nesse sentido, prosperou nos países civilizados, encontrando na melhor doutrina a formulação teórica.

Com a Carta de 1988, introduziu-se, no Brasil, nesse contexto, a idéia de união estável, para designar-se convivência em comum regular e consagrada por certo período de tempo.

Ora, que é união estável? É aquela consolidada pela convivência normal *more uxore*, pública e séria, entre pessoas de sexos diferentes.

Têm-se utilizado várias palavras para qualificação dos partícipes do instituto jurídico em causa: concubinos, companheiros, conviventes e equivalentes. Mas, todas têm o mesmo significado.

Apartaram-se, desse contexto, situações

outras de relacionamentos, fugazes ou mesmo duradouros, em que somente a busca do prazer, ou da satisfação pessoal, é o elemento comum. Não constituem concubinato, no sentido exato do termo.

Também não é de concubinato o relacionamento entre pessoas de sexo diverso, no qual haja impedimento matrimonial; alguns autores usam o termo “concubinato impuro” para essa modalidade. Mas, a rigor, não há a figura jurídica em questão, mesmo se a convivência for pública e duradoura.

Por isso, não pode ingressar no plano da união estável, cujos elementos realçamos em outro livro, *Direito de Família*, apresentando sugestões quanto aos requisitos para a conversão em casamento (p. 43 e seq.).

Nesse sentido, não há falar em união estável, ou concubinato, para a obtenção de favores legais para os respectivos integrantes.

Num tal posicionamento fere a Constituição, que declara, solenemente, a família como célula básica da sociedade e o casamento como seu único fato gerador (art. 226 e §§).

Em conseqüência, mostram-se incompatíveis com o nosso sistema constitucional e com o direito codificado (especialmente no que pertine à teoria dos impedimentos) quaisquer interpretações extensivas, que, a título de disciplinação da união estável, procuram abarcar, nesse contexto, até pessoas impedidas de casar.

Não se pode, em verdade, admitir que simples convivência venha a gerar, legitimamente, direitos, que são reconhecidos apenas às pessoas ligadas entre si por vínculos conjugais, ou de parentesco, tais como o de alimentos e o de sucessão.

Levando-se em conta que: inúmeras formalidades cercam o casamento, para a segurança da união; há toda uma gama de impedimentos para defesa de valores sociais e pessoais impostergáveis; existem direitos e deveres específicos quanto aos cônjuges, seus filhos e parentes; é absolutamente refratária à ordem posta a atribuição de privilégios do direito estatal a pessoas que a ele, voluntariamente, não obedeceram em sua conjugação de vida.

Entendemos, assim, que as disposições das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 sobre não solucionar adequadamente o problema das uniões livres se chocam, frontalmente, com o sistema jurídico vigente, devendo, ambas, ser revistas e ajustadas ao esquema legal próprio.

São insuscetíveis de invocação, em face das eivas apontadas. Têm vigência, mas não são – e não poderão ser – eficazes. O próprio Governo federal já reconheceu a ausência de compatibilização, tendo nomeado comissão especial para elaborar projeto, que virá substituir os textos citados.

Anote-se, aliás, que, a prosperar o regime por elas criado, teríamos a possibilidade de surgimento de situações esdrúxulas, como, por exemplo: as de sagração de uniões espíritas; a duplicidade de estatutos pessoais a um mesmo ser (como os de casado e de convivente); a fruição, por pessoa convivente, de direitos superiores àqueles reconhecidos a casados, e sem os ônus que do casamento defluem; a burla indireta às vedações do art. 183 do Código Civil, em face do instituto da conversão (que entendemos somente possa haver caso não existam impedimentos, embora os textos legais referidos silenciem a respeito).

Ora, com isso não pode sobreviver nenhum sistema jurídico que desrespeite os valores eleitos pela sociedade.

Não é admissível que um Estado, por meio de leis inadequadas e inconstitucionais, aceite o verdadeiro solapamento do regime do Direito de Família, edificado ao longo dos séculos sob a égide de sólidos e profundos valores da cristandade e da moral pública, a pretexto de proteção a conviventes.

Acolher-se a extensão que alguns sustentam é colaborar para a desestruturação social, que tem na família, regularmente formada, a sua base e a sua sustentação.

Lembre-se que impérios poderosos ruíram ante a quebra dos valores familiares e da dissolução de costumes!...

Que se outorguem certos direitos a conviventes, embora consideremos desnecessária a regulamentação, em face da legislação especial existente e da jurisprudência formada sobre essa temática. Mas, se a isso se chegar, devem ser: a) preservados os conceitos tradicionais; b) bem definidos os conceitos novos; c) observados a Constituição e o regime codificado; d) respeitados os direitos dos casados, como limite natural e necessário (pois se submeteram, espontaneamente, ao direito posto e com objetivos sociais e pessoais definidos *ab initio*).

Não se faz necessário esforço interpretativo para observar-se a incongruência das leis

referidas e o evidente conflito que há entre suas disposições.

Com efeito, enquanto a Lei nº 8.971/94 traça os limites da união, a Lei nº 9.278/96 traz conceito aberto sobre entidade familiar e, de outra parte, não contempla, nesse contexto, como o deveria, a situação da convivência entre genitor, ou genitora, e filho, ou filhos (CF, art. 226, § 4º).

Assim, a Lei nº 8.971/94 preserva, na delimitação do concubinato, de um lado, a teoria dos impedimentos, mas depois, com a admissão de direitos à concubina pela simples existência de prole, contrapõe-se a todo o sistema legal codificado.

Cria, então, regime em que põe por terra a idéia de parentesco como um dos pressupostos da obrigação alimentar (Código Civil, art. 396).

Depois, em uma penada, afronta a norma da ordem sucessória (art. 1.603), erigindo a companheira em componente da escala hereditária, com redação que sugere, inclusive, afastamento de eventual cônjuge.

Ora, enquanto não formalmente desfeito o casamento, sucederá o cônjuge, quando não existir descendentes ou ascendentes (art. 1.603, III).

Não há, pois, como se sustentar a postura referida, muito menos se admitir co-participação, que, em verdade, seria absolutamente incompatível com o regime de direito hereditário consagrado no mundo ocidental.

Bastava, a propósito, a sagração da jurisprudência, construída, ao longo do tempo, em defesa da mulher e da prole, pois nela o equilíbrio é a tônica das orientações traçadas.

Outrossim, mais falha ainda é a Lei nº 9.278/96, que, infeliz na qualificação de entidade familiar, evidencia que, em verdade, desconhece-se o significado de união estável, embora a melhor doutrina tenha delineado seus contornos (conforme anotamos em *Direito de Família*, p. 43 e seq. e p. 201 e seq.).

De fato, definir-se como tal “a convivência, pública e contínua, de um homem e uma mulher”, “estabelecida com objetivo de constituição de família”, é: a) de um lado, incorrer-se em contradição: ou se trata de família, ou se trata de entidade familiar, pois, como apontamos, são conceitos diversos; e b) de outro, aceitar-se, enfim, qualquer tipo de convivência entre pessoas de sexos diferentes, porque os qualificativos usados não permitem

a fixação dos exatos contornos da figura em tela. Com isso, chega-se à aberração de protegerem-se relacionamentos espúrios e incestuosos.

Anote-se, ainda, que a repulsa voluntária ao regime do casamento faz pressupor que não desejam os interessados viver como marido e mulher e ter uma família, pela própria ausência do compromisso público. A convivência pode ter reprováveis fins experimentais, ou mesmo a constituição de núcleo familiar, mas, por si só, não pode designar a estabilidade a que a Carta se refere. Os termos “duradoura”, “pública” e “contínua” não têm o alcance pretendido.

Realmente, quão desconhecida se mostra essa noção!...

Outra crítica que merece a lei em questão é a relativa ao condomínio instituído sobre bens adquiridos. O caráter genérico da redação cria, de início, dificuldades para a preservação das regras de exclusão dos regimes patrimoniais que nosso Código admite: daí, a situação de maior privilégio para a companheira, que acaba dispondo da plenitude da meação.

Mas, de outro lado, possibilita a lei em tela estipulação em contrário, que pode frustrar, na prática, o direito mencionado. Aqui também é justa e bem melhor a orientação jurisprudencial prevalecente.

É de perguntar-se, então, como ficam os credores eventuais de um ou de ambos os conviventes à ausência de regras sobre a questão patrimonial?

Com respeito ao desfazimento da união, a par de problema técnico de redação – uso da palavra “rescisão”, que tem conhecido sentido próprio e no direito contratual –, insiste a lei em falar em alimentos e institui o direito real de habitação sobre imóvel de residência, sem, no entanto, atentar para as exigências do Código quanto à constituição de um tal direito.

Pecado imperdoável, ainda, é o cometido quanto à conversão da união em casamento.

Desde logo, deve-se registrar que a possibilidade de conversão está a evidenciar a primazia que a Carta Maior confere ao casamento (art. 226, § 3º), pois o fenômeno em destaque importa em assunção de novo e mais qualificado *status*. Esse é, aliás, outro fator importante na distinção entre família e entidade familiar.

Ora, o legislador não só não definiu as condições para a conversão, embora delineadas no direito comparado, como também não especificou, como o deveria, o procedimento necessário.

Observa-se, portanto, que não é adequado à realidade jurídica e social brasileira o regime ora discutido, pois arrepia as tradições de nossa cultura e milenares conquistas da inteligência humana.

Não se podem, à guisa de inovação, desprezar, com penas nem sempre bem ponderadas, conquistas que resultaram de longa e tortuosa evolução da própria espécie humana em sua missão terrena!...

Costume constitucional

UADI LAMÉGO BULOS

SUMÁRIO

1. *O poder constituinte difuso e as práticas constitucionais.* 2. *Usos e costumes constitucionais.* 3. *Costume constitucional e mudança difusa da Constituição.*

1. O poder constituinte difuso e as práticas constitucionais

Há inegavelmente, na realidade constitucional dos Estados, um poder não menos real do que aquele que atua na etapa de criação e mudança formal da Constituição. A sua ação é permanente, e o seu procedimento não vem consagrado de modo expresso, embora atribua às constituições feições novas, outrora não-contempladas quando da feitura dos seus dispositivos.

Esse poder não possui as marcas da inicialidade, autonomia e incondicionalidade, nem tampouco os traços da secundariedade, limitabilidade e condicionalidade. Não está previsto pelos mecanismos instituídos na ordem jurídica e não advém da linguagem prescritiva do legislador constituinte.

Referimo-nos ao *poder constituinte difuso*, magistralmente estudado por Georges Burdeau¹. É adjetivado de *difuso* porque não vem insculpido nos textos constitucionais, mas, mesmo assim, está presente na vida dos diversos ordenamentos jurídicos. Apresenta-se em estado de latência, daí ser um poder invisível, aparecendo apenas quando necessário, para ser exercido pelos órgãos constitucionais, aos quais

Uadi Lamêgo Bulos é Advogado e Consultor Jurídico. Mestre e Doutorando em Direito do Estado (fase final de elaboração da tese do Doutorado) na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Constitucional da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Bahia. Ex-Professor concursado de Introdução ao Estudo do Direito da UFBA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados da Bahia.

¹ BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2. ed. Paris : L.G.D.J., 1969. V. 4, p. 247, 290 e segs.

competente aplicar a Constituição, interpretando-a, escandindo-a se preciso for, a fim de dar-lhe efetividade.

O poder constituinte difuso é sobremaneira notado naqueles casos relativos à incompletude do subsistema constitucional, é dizer, nas hipóteses de lacunas, onde os poderes públicos – destinatários imediatos das normas supremas do Estado² – têm a missão, senão o dever, de atuar a Constituição, a fim de solucionar possíveis vazios normativos.

É precisamente no poder constituinte difuso que as práticas constitucionais encontram esteio. São, em essência, fruto dessa manifestação invisível, latente, por meio da qual os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) continuam a obra do legislador constituinte originário, interpretando disposições vagas, ambíguas ou obscuras, bem como colmatando lacunas, preenchendo, assim, os espaços em branco do produto constitucional legislado.

O termo *prática constitucional* é amplo, compreendendo os usos e costumes que se formam à luz da Constituição. Encontra, também, outras figuras que lhe são afins, tais como as praxes, os precedentes e as convenções constitucionais.

² Encontramos, com frequência, nos jornais, boletins, revistas, livros, informativos etc., a afirmação de que as normas constitucionais são voltadas para o cidadão. Uma análise detida desta idéia leva-nos a outro pensamento. É que as normas da Constituição são dirigidas, *imediatamente* ou *diretamente*, aos poderes públicos. São estes que, ao aplicarem os dispositivos supremos do Estado, desempenhando a missão de interpretar a mensagem forjada pela linguagem prescritiva do legislador constituinte, decidem a respeito dos mesmos. Dentro deste raciocínio, as normas constitucionais não seriam voltadas, de imediato, para os cidadãos, mas aos poderes públicos que, ao interpretarem-nas, conferindo-lhes aplicabilidade, tornam-se seus destinatários diretos. Assim, os cidadãos são os destinatários *mediatos* ou *indiretos* das normas constitucionais. Para exemplificar, veja-se o art. 5º, III, da Constituição brasileira de 1988, o qual assegura que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Ora, se este preceito constitucional não passar pelo crivo da autoridade competente, cuja tarefa é aplicá-lo assegurando-lhe a efetividade, de nada adianta a proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes. Importa lembrar, todavia, que a questão relativa aos destinatários das normas constitucionais é complexa, agregando multipli-

As praxes são usos a que falta a certeza da sua obrigatoriedade (não possuem o elemento objetivo ou psicológico do costume), *e.g.*, as praxes parlamentares.

Já os precedentes (não-judiciais) consistem em decisões de índole política, mediante as quais os órgãos do poder manifestam o modo como assumem as respectivas competências em face de outros órgãos ou de outras entidades.

As convenções constitucionais, por fim, são mais difíceis de serem apuradas. “Nos sistemas de matriz francesa, as convenções não parece que sejam mais do que usos, embora (como o nome indica) revestindo a feição mais complexa de acordos ou consensos, explícitos ou implícitos, entre os protagonistas da vida político-constitucional”.³ Em Portugal, exemplificam-nas: a concessão anual de indultos pelo Presidente da República, a possibilidade do Governo, a solicitação ou não do Presidente da República, de retirar decretos submetidos à promulgação ou assinatura, a ratificação sempre pelo Presidente (sem recusa) de tratados internacionais devidamente aprovados, o papel determinante dos partidos no exercício do mandato parlamentar. Por outro lado, nos sistemas de matriz britânica e, porventura, no norte-americano, as convenções constitucionais situam-se em nível diferente: ou a meio caminho entre usos e costumes, ou como expressão de uma juridicidade não-formal e específica (sem justiciabilidade e sem outras sanções além das da responsabilidade política) ou como ordem normativa *sui generis*, irreduzível às categorias habitualmente estudadas.⁴

cidade de formulações a seu respeito. Basta compulsar Santi Romano para encontrarmos a advertência de que as normas jurídicas – dentre elas as constitucionais – não têm destinatário certo e único, porque o problema do destinatário das normas é um falso problema (cf. “Norme giuridiche destinati delle”), verbete em: Frammenti di un dizionario giuridico. Milano, 1983 (reimp.), p. 135 e segs.

³ MIRANDA, Jorge. *Manual Direito Constitucional*. T. 2, p.127.

⁴ Jorge Miranda lembra que o “costume distingue-se, naturalmente, das normas de cortesia constitucional, visto que estas não são senão o reflexo, no domínio das relações político-constitucionais, de uma ordem normativa diversa da ordem jurídica, essa bem caracterizada há muito – a das normas do trato social, de civilidade, cortesia ou correção. Lugar tradicional ocupam aqui as regras de protocolo e de cerimonial do Estado (algumas vertidas em textos legais)”. (Manual..., op. cit. T. 2, p. 127-128.)

Sendo assim, a terminologia *prática constitucional* agrega várias noções, as quais se lhe encontram, estreitamente, correlacionadas. Interessa-nos analisar, sem a pretensão de exaurir a matéria, os usos e os costumes constitucionais, haja vista que estas espécies do gênero *prática constitucional* promovem, freqüentemente, mudanças difusas no sentido, significado e alcance das normas da Constituição, sem que haja qualquer interferência dos processos formais de alteração da Carta Maior.

2. Usos e costumes constitucionais

Lembra Georges Rénard que o costume, em certos casos, é insubstituível pela lei.⁵ Quis dizer, com isso, que, por mais extensas que sejam as generalizações legais, desdobradas em artigos, parágrafos, incisos e alíneas, jamais conseguirão subsumir todas as situações da realidade circundante, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo.

Sem dúvida, os ordenamentos consagram, dentre as mais antigas formas de manifestação do direito, as práticas consuetudinárias, promanadas de um dado comportamento sob a convicção de o mesmo corresponder a uma necessidade jurídica. Surgem “pela prática dos interessados, pela prática judiciária e pela doutrina. Por exemplo, decorre da prática do interessado o costume sobre águas, na chapada do Araripe, no Ceará, pelo qual a cada lote de terra cabe, no mês, determinado número de dias, dois ou três para o uso de água, sendo que as terras se transmitem com esse direito. O costume pode derivar da prática judiciária, pois a atividade jurisprudencial, com decisões uniformes ou de vários tribunais sobre a mesma matéria, modifica incessantemente as normas. A doutrina decorrente de obra de juristas, por sua vez, também gera costume, já que, por exemplo, os civilistas exerceram influência sobre o Legislativo e o Judiciário ao traçarem novos rumos na responsabilidade civil, no tratamento da concubina e na revisão dos contratos por onerosidade excessiva. Deveras, é nos tratados que os juristas apresentam sua interpretação e soluções prováveis para casos não-contemplados por lei; logo, se suas idéias forem aceitas pelos seus contemporâneos, fixam-se em doutrina, que irá inspirar juízes de tribunais”.⁶

⁵ RÉNARD, Georges. *Le droit, l'ordre et la raison*. Paris : Sirey, 1927. p.11.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo :

Os costumes são, assim, a observância geral, constante e uniforme de uma conduta pelos membros do grupo social, sendo integrados por dois elementos: um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo, material, fático ou externo, revela-se pela repetição de um procedimento – seria o *usus*. Já o elemento subjetivo, psicológico ou interno, resulta da convicção generalizada de sua exigibilidade, da crença de que a obrigatoriedade da norma é indispensável – trata-se da *opinio juris et necessitatis*, que consiste na certeza de que a observância da norma consuetudinária equivale a uma aquiescência jurídica, disto resultando a sua obrigatoriedade. Esta última caracteriza-se, pois, como um elemento interno da norma jurídica consuetudinária, permitindo distingui-la de outras normas de conduta, também costumeiras, como as de natureza religiosa, social, moral, ou dos simples hábitos, de que podem, sem dúvida, resultar conseqüências jurídicas, embora não constituam normas de direito.⁷

O uso consiste, pois, no elemento objetivo do costume, devendo ser uniforme, constante, público e geral. *Uniforme* e constante, porque revela a atitude de se agir sempre do mesmo modo, sem qualquer interrupção. A uniformidade e a constância do uso não seriam possíveis sem o exercício, por período razoavelmente longo, capaz de autorizar a convicção da existência de uma norma estável (*diuturnitas temporis*); *público*, haja vista que deve obrigar a todos; e *geral*, porquanto colima alcançar todos os atos, pessoas e relações que realizam os pressupostos de sua incidência na norma consuetudinária. Na falta de prescrição legislativa para delimitar o tempo de duração do uso, como requisito para a sua validade,

“compete ao intérprete verificar, segundo os casos, se a norma, sujeita ao seu exame, reúne ou não, além deste, os seus demais elementos constitutivos, pois é cientificamente impossível predeterminar-se um período certo e rigoroso para a transformação de qualquer uso em costume, quando é certo que, ao lado de costumes de prática imemorial, outros existem de prática relativamente recente”⁸.

Saraiva, 199__ p. 116-117.

⁷ RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. São Paulo : M. Limonad, 1952. V. 1, p. 289.

⁸ Ibidem, p. 288-289.

O costume, não raro, constitui fonte supletiva para a colmatação de lacunas. Em todas as suas formas de exteriorização (prática dos interessados, doutrina, jurisprudência), servem a esta finalidade. Ademais, o magistrado, ao aplicá-lo para solucionar o caso *sub judice*, deverá levar em conta os fins sociais e as exigências do bem comum, *ex vi*, do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Neste último caso, o costume apresenta-se, perante a lei, de três formas diversas:

a) *secundum legem* – disciplinado na lei, porque a prática consuetudinária vem estatuída nela, que reconhece o dever de sua observância, v.g., arts. 588, § 2º, 1.192, II, 1.210, 1.218, 1.219, 1.242 e 1.569, I, do Código Civil brasileiro vigente;⁹

b) *praeter legem* – complementa a lei, donde surge o seu caráter, eminentemente, supletivo, nos casos não-disciplinados pelo legislador. Noutros termos, “são os que se desenvolvem nas lacunas do ordenamento jurídico, preenchendo-lhe, portanto, as falhas, as deficiências. Trata-se, pois, de matéria não-regulada em lei, e, no silêncio da mesma lei, incide a força normativa do costume. O costume introduz, aqui, direitos e deveres novos, não-escritos, nas brechas ou lacunas do ordenamento jurídico”.¹⁰ Para exemplificá-lo, basta vislumbrar o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil pátrio, diploma de aplicação, no tempo e no espaço, de todas as normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro;

c) *contra legem* – contrário à lei, manifestando-se por uma prática oposta à disposição normada (*consuetudo abrogatoria*), ou pelo seu desuso¹¹, tornando-a letra morta (*desuetudo*).

⁹ Exemplos retirados em Maria Helena Diniz, *op.cit.*, p.117.

¹⁰ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991. p. 30.

¹¹ Indaga Anna Candida da Cunha Ferraz, em *Processos informais de mudança da Constituição*. p.180 –181: “O costume *contra legem* abrangeria, na sua conceituação, não apenas o *usus* ou a *prática* contrários às leis, mas também o chamado *desuso*, ou seja, a inobservância uniforme, constante e prolongada do texto escrito? Nessa indagação a questão fundamental que se coloca a propósito do *desuso* é se ele importa *revogação* do texto escrito. Há divergências doutrinárias a respeito. Corrente mais cautelosa se pronuncia de que a não-aplicação prolongada de textos escritos não importa em *revogação* ou *ab-rogação* do mesmo, configurando,

São, portanto, “os costumes que se formam mediante comportamentos e práticas contrárias às normas legais, porque a lei está em contradição com os fatos, com a consciência coletiva, com as necessidades sociais e com os valores, concepções vigentes no meio social em causa”.¹² Lembra Maria Helena Diniz que, em alguns casos excepcionais de lacuna, é possível admitir-se eficácia do costume *contra legem* por meio da aplicação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, embora seja inadmissível a sua força ab-rogatória, revogando uma lei. Assim, em princípio, “o costume não pode contrariar a lei, pois esta só se modifica ou se revoga por outra da mesma hierarquia ou de hierarquia superior (LICC, art. 2º). Todavia, no direito brasileiro há casos em que os juízes aplicaram o costume *contra legem* (RT, 132:660-2; RTJ, 54:63), resolvendo, no caso *sub judice*, apenas, uma lacuna ontológica, por exemplo, sem que com isso haja alguma revogação legal”.¹³

Para nós, o costume contra a lei configura lícito atentado à ordem jurídica instituída, porque um comando legislado só pode ser revogado por outro. Qualquer prática afrontadora de normas jurídicas, venha de onde vier, deve ser repelida. O papel do intérprete é dar vida aos textos legais e não deteriorá-los, por meio de recursos antagônicos, homenageando expedientes contrários ao direito vigente. Certos autores, entretanto, aceitam o costume *contra legem*, a exemplo de Palma, para quem, quando a lei não corresponde ao desenvolvimento da consciência nacional, quando o dever não se exija, o público desobedece-a ou pede a sua revogação, e a lei perde, tacitamente, toda sua força obrigatória, é dizer, toda a sua eficácia social.¹⁴ Mesmo diante desses argumentos, somos de opinião diversa. Aliás, pelo art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, “a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. Em resumo, mesmo havendo

apenas, o *desuso* da norma que, todavia, vez que não foi revogada, poderá, a qualquer momento, ser aplicada; vozes discordantes, todavia, levantam-se no sentido de que ambos – contrariedade à lei e desuso – são aspectos de um mesmo fenômeno, pois nos dois casos se está defronte de uma norma consuetudinária formada ao arpejo da norma escrita”.

¹² TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Op. cit.*, p. 30.

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 119.

¹⁴ Palma *apud* José Horácio Meirelles Teixeira. *Op. cit.*, p. 30.

decisões jurisprudenciais que privilegiam costumes contrários à lei,¹⁵ bem como infundáveis exemplos de sua incidência,¹⁶ adotamos orientação diferente daquela preconizada por alguns, levando-nos a crer que os costumes *contra legem* agridem o ordenamento jurídico, mormente em países onde a fonte primária, imediata e primordial é a lei. Vale lembrar que, nas ordenações que seguem o *common law*, o costume *contra legem* também tem sido repellido.¹⁷

É indiscutível a utilidade do costume para a revelação do direito, sendo que podemos enumerar as suas funções principais:

a) *servir de substrato para a interpretação jurídica* – as práticas consuetudinárias são utilizadas para desentranhar o sentido, significado e alcance de dada prescrição normativa que se apresenta confusa, necessitando de aporte para determinar o exato sentido em que as expressões plasmadas pela linguagem prescritiva do legislador foram predispostas nos textos legais. Assim, o costume serve de base para o intérprete compreender normas, surgidas por uma manifestação legislativa recente – criadora de preceitos jurídicos novos. Daí Joseph Story ensinar que, no âmbito constitucional, a prática longa e uniformemente aceita pelo Legislativo ou pelo Executivo tem mais valor para o intérprete do que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados.¹⁸ Carmelo Carbone, a sua vez, ilustra a assertiva,

¹⁵ Destaca Maria Helena Diniz que, embora, “em regra, uma lei só possa ser modificada por outra da mesma hierarquia ou de hierarquia superior, há casos, no direito brasileiro, em que os juízes aplicaram o costume *contra legem*”. A autora exemplifica a sua afirmação, lembrando que o Tribunal de São Paulo, ao verificar a existência de um costume local contrário à lei escrita, passou a admiti-lo (*Lei de Introdução...*, p.120.)

¹⁶ VINAGRE, Marta. Costume : forma de expressão do direito positivo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 99, p. 125. jul./set. 1989 oferece exemplos a esse respeito, dentre os quais o não-uso de cinto de segurança ao dirigir veículos, mesmo havendo expressa determinação legal a propósito da matéria.

¹⁷ Por todos: Roscoe Pound. *El Espíritu del Common Law*. Trad. José Puig Brutau. Barcelona : Casa Ed. Bosch, 1954.

¹⁸ STORY, Joseph. *Commentarios à Constituição dos Estados Unidos*. Trad. e adap. à Constituição brasileira por Theophilo Ribeiro. Ouro Preto : Typographia Particular do Traductor, 1894. V. 1.

lembrando a interpretação dada ao Estatuto Albertino que prescrevia a forma de governo. Embora tal Estatuto disciplinasse um governo constitucional singular, devido a uma interpretação baseada nos costumes do sistemas belga e inglês, adotou-se, na Itália, a prática do governo de gabinete;¹⁹

b) *servir de fonte supletiva para a colmatção de lacunas* – os costumes desempenham relevante serviço naquelas hipóteses, em que a autoridade judicisprudencial não encontra norma para disciplinar o caso *sub judice*. Trata-se do árduo problema relacionado, intimamente, à incompleição do sistema jurídico²⁰, é dizer, das lacunas normativas. Nesse ínterim, o costume serve para preencher lacunas axiológicas e ontológicas. As primeiras ocorrem quando existe lei aplicável ao fato, “mas, ante a injustiça ou inconveniência que sua aplicação traria, deve ser afastada. Casos há, indubitavelmente, em que as normas escritas são preceitos incompatíveis com o estado social e as idéias ou valores sociais dominantes, não correspondendo às suas finalidades, apresentando-se como puras idéias, criações cerebrinas”.²¹ Destarte, para ajustá-las aos valores vigentes na sociedade, a aplicação do costume se faz presente. Já as segundas – as lacunas ontológicas – são detectadas “quando há desajustamento entre os fatos e as normas. Se a realidade define a situação de certo modo e a norma legal de outro, a doutrina e a jurisprudência são levadas, autorizadas pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, a concluir pela inaplicabilidade de tais normas, que estão em desuso, aplicando-se, então, na impossibilidade de analogia, um costume. Nesse caso, temos uma lacuna ontológica – que aparece devido a uma mutação social qualquer ou do subsistema fático que informa a norma jurídica, havendo uma incongruência que rompe a isomorfia entre os vários subsistemas do sistema jurídico – suprida pelo subsistema normativo consuetudinário”.²²

Na órbita constitucional, essas noções se ajustam plenamente. Logo, não há diferenças substanciais entre os usos e costumes, em geral,

¹⁹ CARBONE, Carmelo. *La consuetudine nel diritto costituzionale*. Padova : Cedam, 1948. p.70.

²⁰ Entenda-se *sistema jurídico* dentro da acepção que estamos empregando ao longo deste trabalho, isto é, com método de análise.

²¹ DINIZ, Maria Helena. Op.cit., p.119.

²² *Ibidem*, p. 119-120.

para as práticas formadas à luz das constituições.²³

Se, do ponto de vista material, as práticas consuetudinárias em comum se assemelham, integralmente, aos usos e costumes deflagrados em sede constitucional, o mesmo não se pode dizer numa análise formal.

É que, do ângulo formal, os costumes constitucionais – aqui entendidos como reitera-ções uniformes de comportamento que ensejam a obrigatoriedade da sua observância à luz do disposto nas constituições – revestem-se de caracteres próprios que os diversificam, na forma e no procedimento, do costume jurídico comum.

Anna Candida da Cunha Ferraz, embora não tivesse colocado o problema nesses termos, assinalou que

“o costume constitucional não adquire, em sua plenitude, a eficácia das normas constitucionais escritas. Assim, não goza do atributo formal de regra superior, de regra dotada da supremacia constitucional, inerente às normas escritas das Constituições rígidas e por essa razão preponderantes no confronto com normas infraconstitucionais”. “Não se lhe poderá reconhecer, pois, valor constitucional igual ou superior às normas constitucionais escritas. Deverá ser tido como norma não-escrita, materialmente constitucional, porque versando matéria constitucional, porém sem a eficácia ou o valor jurídico de norma constitucional escrita”. “Complexo, pois, o posicionamento jurídico do costume constitucional. Pela matéria, é constitucional porque preenche lacunas constitucionais; na hierarquia das normas, não tem a superioridade e a eficácia das normas constitucionais. Destarte, num confronto com normas constitucionais escritas, é sempre inferior; sofre controle de constitucionalidade em grau, natureza e profundidade maior que o incidente

²³ Em sentido contrário: Jorge Raúl Poviña, para quem os usos e costumes, no âmbito constitucional, possuem caracteres próprios e distintivos dos demais ramos do direito. A diferença surge pelo seu conteúdo, bem como os princípios que o originam e os elementos que o integram, os quais determinam a sua natureza específica (*Costumbres y usos constitucionales*. Tucuman : Instituto do Derecho Público, 1950. p. 7).

sobre a reforma constitucional, por exemplo.”²⁴

Todavia, na substância, os usos e costumes constitucionais coincidem com as práticas consuetudinárias em geral, posto que: a) configuram, de idêntico modo, observâncias gerais²⁵, uniformes e constantes, de condutas reiteradas ou não²⁶ pelos membros do grupo social, sendo integrados por dois elementos: um objetivo (*usus*) e outro subjetivo (*opinio juris et necessitatis*); b) desempenham as mesmas funções, servindo de substrato para a interpretação jurídica e de fonte supletiva para o preenchimento de lacunas.

A doutrina aponta certos aspectos delineadores dos costumes constitucionais²⁷, dentre os quais podemos apontar:

²⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Op.cit., p. 186.

²⁵ Maurice Hauriou posiciona-se diversamente. Assinala que os costumes constitucionais são particulares e não gerais. Não chegam a ser gerais porque se circunscrevem ao âmbito de competência dos funcionários públicos, que são os titulares dos poderes governamentais, dentro do campo de funcionamento das instituições do Estado, que não são abertas, por completo, ao grande público. Do caráter de especialidade ou particularidade dos costumes constitucionais resultam as seguintes conseqüências: 1) não são aplicados por juizes, porque os tribunais só aplicam de ofício as regras que têm a generalidade da lei e que se reputam consagradas pelo *usus communis*. Quanto aos países como a Inglaterra, os tribunais nada mais fazem do que aplicar o costume geral – o *common law*, e não os costumes particulares; 2) os costumes constitucionais são, sem embargo, regras de direito. Se não são sancionadas pelo juiz, “lo están, en cambio, y mui estrictamente, por la coacción de la opinión de los círculos competentes, es decir, de quienes participan en el juego constitucional”. (*Principios de Derecho Público y Constitucional...* Madrid : Reus, 1927. p. 296.)

²⁶ Ressalta Segundo V. Linares Quintana que no campo constitucional é menos estrita a exigência de repetição continuada, durante prolongado período de tempo, para que seja caracterizado o costume. Argumenta que: “En cambio, en el derecho constitucional, los actos de los funcionarios públicos destinados a transformarse en costumbres, no necesitan ni pueden obtener el asentimiento de personas o grupos ajenos a los órganos constitucionales cuyas relaciones y vinculaciones dan origen a aquéllas” (*Reglas para la interpretación constitucional*. Buenos Aires : Ed. Plus Ultra, 1987. p. 253.)

²⁷ Sobre costumes constitucionais: Anna Candida da Cunha Ferraz, op. cit., Claudio Pacheco, *Tratado*

a) *inferioridade em relação às normas constitucionais* – não se colocam em posição de superioridade, sendo, portanto, inferiores à Constituição. Limitam-se, pois, a ela. Em consequência, não reformam, nem revogam seus preceitos supremos. Nesse passo, salienta Georges Burdeau que a superioridade das normas constitucionais *escritas* sobre o costume constitucional não resulta apenas de significação formal, mas, sobretudo, do fato de a Carta Maior exprimir e tender a assegurar uma certa *idéia de direito*. Esta última expressão, segundo Burdeau, serviria para designar a manifestação do poder constituinte como reflexo da vontade popular. Para que se admita a renúncia do povo a esta idéia expressa, é necessário que o faça, inequivocadamente, obedecendo à convicção jurídica existente no grupo acerca da sua importância.²⁸ Já Carré de Malberg preconizou que a característica básica de uma constituição consiste em ser a lei com autoridade reforçada, não podendo ser modificada por uma lei ordinária, na medida em que limita a competência legislativa. O costume, portanto, não possui a força para revogar normas constitucionais, porque não se reveste dessa *potestade especial*;²⁹

b) *podem revogar, em certas hipóteses, leis infraconstitucionais* – como explicou Pontes de

das Constituições Brasileiras. Rio de Janeiro : F. Bastos, 1958. V. 1; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo : M. Limonad, 1953. V. 1; Jorge Miranda, op. cit., t. 2; José Horácio Meirelles Teixeira, op. cit.; Carmelo Carbone, *La consuetudine nel diritto costituzionale*. Padova : Cedan, 1948; Franco Pierandrei, *La Corte Costituzionale e le modificazione tacite delle costituzione*. In: *Scritti di Diritto Costituzionale*. Turim, 1965; Carlo Esposito, *Consuetudine (diritto costituzionale)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. 1961. T. 9; Jacques Chevalier, *La coutume et el droit constitutionnel français*. In: *Revue du Droit Public*, 1970; Humberto Quiroga Lavié, *Los cambios constitucionales...* In: *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México, 1977; Luis Sanchez Agesta, *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 1974; Marcel Bridel, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*. Lousanne, 1965; Jean-François Aubert, *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*. Neuchatel, 1967; K. Wheare, *Las Constituciones Modernas*. Barcelona, 1975; Hans Kelsen, *Teoria General del Derecho y del Estado*. México, 1958; Jorge Raúl Poviña. *Costumbres y usos constitucionales*. Tucuman : Instituto de Derecho Público, 1950.

²⁸ BURDEAU, Georges. Op. cit, p. 294.

²⁹ MALBERG, Carré de. *Contribution a la theorie...* V. 2, p. 582.

Miranda, uma norma não-escrita, em nível constitucional, pode cortar a legislação ordinária que dela discrepe, do mesmo modo que a cortaria uma norma escrita do direito constitucional, formado de preceitos escritos ou não-escritos, sem perder a sua homogeneidade³⁰. Demais disso, a prática evidencia que o controle de constitucionalidade “exercido sobre as leis pode, indiretamente, com base em norma constitucional costumeira, entender inconstitucional determinada lei ordinária”. “Se a lei ordinária intervém em campo que lhe é vedado, porque de natureza constitucional, a lei ordinária é inegavelmente *inconstitucional* e o costume constitucional que atue a mesma matéria prevalece diante de confronto constitucional. Se, todavia, a norma ordinária é o meio previsto constitucionalmente para a complementação de disposições constitucionais e atuação da norma constitucional – o que pode decorrer conforme o ordenamento jurídico considerado –, o costume constitucional poderá ceder diante dela”. “Assim, num confronto com normas ordinárias pode prevalecer ou não, o que significa dizer que pode, em determinadas circunstâncias e dentro de certos limites, ser afastado por elas. Exemplifique-se. Costume constitucional que preencha lacuna constitucional, à falta de lei complementar que o faça: a lei formal, quando advier, pode suprimir o costume. Outro exemplo: um costume constitucional que interprete norma constitucional imperfeita ou imprecisa, atribuindo-lhe um dos possíveis sentidos abrigados pela norma. Esse costume pode ser afastado ou por interpretação constitucional judicial ou interpretação constitucional legislativa. Na primeira hipótese, se a aplicação concreta do costume foi submetida aos tribunais e esses o entenderem inconstitucional. Na segunda, se a matéria versada puder ser integrada por lei. É o caso da *delegação legislativa* na Suíça, formada à base de *normas costumeiras*, sem previsão constitucional. Admitida como constitucional pelo Tribunal Federal, poderia, no mesmo passo, pelo mesmo órgão, ser declarada inconstitucional; por igual, o Poder Legislativo suíço poderia revogar tal delegação, sem afrontar a Constituição (Cf. Aubert, Jean-François, ob.cit.)³¹;

³⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. V. 1, p. 195-196.

³¹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Op. cit., p. 187.

c) *formam-se de modo espontâneo, voluntário, rápido e em breve lapso de tempo* – aparecem naturalmente, pela manifestação livre de vontade dos órgãos competentes para fazer atuar a Constituição. Estes, ao praticar atos independentes e autônomos, atuam de modo direto sobre as normas constitucionais. Por outro lado, nem sempre são necessários atos repetidos ou reiterados para configurá-los. Embora a repetição se faça presente na maioria dos casos, sendo um dos seus elementos característicos, de idêntico modo às práticas consuetudinárias comuns, a experiência comprova que os costumes constitucionais se formam rapidamente e em breve espaço de tempo. Daí ter notado Burdeau que não podemos generalizar, para a unanimidade dos casos, a repetição como atributo exclusivo e absoluto, pois existem hipóteses em que os costumes da Constituição surgem através do primeiro uso da norma não-escrita, como ocorreu em 1924, quando o Presidente Millerand foi afastado do poder por uma campanha da imprensa, inspirada por grupos de esquerda; quantas vezes seria necessária a renovação de caso semelhante para que se pudesse afirmar que uma norma constitucional costumeira havia estabelecido a responsabilidade política do Presidente da República? Deixando ao tempo a obra da decantação, o costume se instaurará quanto à sua autoridade e significação.³²

Questão tormentosa é a que diz respeito à compatibilidade dos costumes constitucionais com o corolário da rigidez das constituições. Assim, há que se perquerir se a noção de Constituição formal, escrita e rígida, é harmônica aos usos e costumes, formados em sede constitucional.

Para o enfrentamento do problema, temos de considerar, como o fez Jorge Miranda, duas ordens de obstáculos: os obstáculos gerais suscitados pela mentalidade positivista contra o costume e os obstáculos ligados a certo entendimento da Constituição formal como expressão de um poder constituinte soberano, que não poderia ser posto em causa por quaisquer atos desconformes com as suas estatuições ou por quaisquer fatores inorgânicos, vindos donde viessem.

³² BURDEAU, Georges. Op. cit., V. 4, p. 293. No mesmo sentido: Jacques Cadart. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. p. 708; Anna Candida da Cunha Ferraz. Op. cit., p. 187-188.

“A inadmissibilidade do costume derivaria tanto do princípio da soberania nacional como do conceito de Constituição formal. A vontade do povo só se manifestaria através da feitura da Constituição em assembleia constituinte (ou em órgão equivalente), não através de qualquer outra forma; e a superioridade da Constituição e a sua função própria seriam vulneradas se pudesse haver normas constitucionais à sua margem”.³³

Com efeito, boa parte dos professores de direito rechaça a existência dos costumes constitucionais diante de um Texto escrito, formal e rígido, dada a sua supremacia, não havendo espaço para as práticas consuetudinárias, venham de onde vierem, sejam de que natureza forem. Julien Laferrière opina nesse sentido, afirmando que a idéia de costume constitucional, no sentido próprio da palavra, isto é, de uma regra não-escrita, é, na realidade, incompatível com a noção de Constituição escrita e rígida.³⁴ Observando a concepção deste Professor da Faculdade de Direito de Paris, notou Linares Quintana que

“la idea de una Constitución rígida excluye la posibilidad de la existencia de reglas consuetudinarias con el mismo valor jurídico que aquélla. En definitiva, Laferrière limita el valor de la costumbre o la tradición como valiosos elementos a tener en cuenta en la interpretación de la Ley Fundamental”.³⁵

Por outro sítio, são inúmeros os autores que aceitam os costumes constitucionais como algo perfeitamente ajustável à rigidez de uma Constituição formal e escrita. Os argumentos variam, sendo que podem ser enumerados, a saber: a) o direito constitucional não se resume nas normas escritas, à “normalidade normada juridicamente”³⁶; b) os costumes constitucionais configuram a manifestação inerente ao exercício das funções próprias do regime político pelos órgãos do Estados³⁷; c) os costumes

³³ MIRANDA, Jorge. Op. cit., T. 2, p. 113.

³⁴ LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris : D. Montchrestien, 1947. p. 347-349.

³⁵ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. cit., p. 259.

³⁶ MIRANDA, Jorge. Op. cit., T. 2, p. 115.

³⁷ GONZALES POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Político*. Madrid, 1930. p. 93.

constitucionais contribuem no processo de mutação, eliminando os recursos formais de mudança das constituições; d) os costumes constitucionais surgem da própria rigidez³⁸, pois, na verdade, quanto mais difíceis são os óbices deparados pelo legislador reformador, no sentido de alterar a *Lex Legum*, mais freqüentes se tornam os processos informais de mudança da Constituição, que ocorrem, inclusive, pelas práticas consuetudinárias.

Certamente, afiguram-se como totalmente compatíveis as práticas constitucionais com os textos escritos, formais e rígidos. Se assim não fosse, como seria explicado o fato de os costumes exercerem as funções interpretativa e supletiva, admitidas, tacitamente, pelo legislador constituinte e, expressamente, pelo legislador ordinário, como, por exemplo, no art.4.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro?

Deveras, os costumes constitucionais demonstram a sua compatibilidade com as constituições formais, rígidas e escritas, precisamente porque, ao desempenharem função supletiva, preenchendo lacunas da Constituição, contribuem para a aplicação do texto judicioso ao fato social cambiante.

Nisso tudo, o costume constitucional revela a capacidade de atenuar ou minimizar a obscuridade da Constituição, que, não raro, abriga em seu articulado espaços em branco, verdadeiros vazios normativos, onde há uma carência legislativa de preceitos jurídicos, e aí então as práticas consuetudinárias servirão para suprir esta deficiência do produto legislado defeituoso. Logo, os costumes constitucionais possuem grande importância nos ordenamentos de Constituição escrita, formal e rígida, porque servem de apanágio para a colmatação de lacunas, suprindo as deficiências do ordenamento implantado pela manifestação constituinte inicial.

Cumprir notar que a ação dos poderes públicos, ao criarem o costume constitucional, é nitidamente limitada, donde insurgem duas observações: 1ª) o costume constitucional não substitui norma expressa na Constituição; 2ª) não é aceitável a formação do costume *contra constitutionem*, ou costume *contra legem*, muitas vezes promanado de órgão incompetente para aplicar a norma.

O costume constitucional não toma o lugar das normas prescritas na Carta Maior. Trata-se, conforme dissemos, logo no início deste capítulo, de uma manifestação do poder constituinte difuso, que não está previsto formalmente, a exemplo do instituído poder de reforma da Constituição, e, por isso, não possui a mesma força impositiva das normas constitucionais escritas, promanadas de um poder originário, de primeiro grau, cuja força se espalha sobre toda a ordenação jurídica, com foros de superioridade.

Nesse desiderato, as normas constitucionais superpõem-se aos costumes, ainda quando estes sirvam de mecanismos para a supleição daquelas, notadamente nos casos de lacunas constitucionais. Por isso, o costume logra posição secundária no domínio do direito constitucional, o que não retira a sua importância. Tanto é assim que a Constituição em sentido formal não o proíbe, nem o descarta, apenas o coloca em posição mediata, diante da totalidade das relações políticas, que procura disciplinar. Como nem sempre tais relações encontram respaldo normativo, aparecem os costumes para sanar as falhas do direito legislado, insurgindo daí a sua grande valia.

Outrossim, é inaceitável o costume *contra constitutionem*, ou costume *contra legem*, muitas vezes derivado de órgão incompetente para aplicar a norma. A própria força jurídica do *ser* Constituição formal execra-o,

“tanto mais que, destinando-se a Constituição a reger o processo político, ele haverá de nascer, quase sempre, da não-rigorosa observância pelos órgãos do poder das normas constitucionais escritas. O costume *contra legem* equivale à preterição da constitucionalidade”³⁹.

Daí Carmelo Carbone refutar o costume contrário à Constituição, reputando-o como ineficaz, por entender que, mesmo criado por órgãos constitucionais, ele não obriga o legislador, ainda mais que inexistente controle ou sanção expressa para a sua observância.⁴⁰

Porém, a realidade constitucional torna patente a incidência do costume *contra constitutionem* nos diversos ordenamentos jurídicos. Não podemos afirmar, pois, que ele inexistente,

³⁸ A afirmação provém de Marques Guedes, em *Introdução ao Estudo do Direito Político*. Lisboa, 1969. p. 350.

³⁹ MIRANDA, Jorge. Op. cit., T. 2, p. 121.

⁴⁰ CARBONE, Carmelo. *La consuetudine nel Diritto Costituzionale*. p.85.

porque há casos comprovados de sua formação⁴¹, principalmente nos casos que envolvem dúvidas de interpretação da Constituição. Carmelo Carbone, por exemplo, detectou a existência de práticas desse jaez, que fluíram durante os longos anos de vigência da Constituição dos Estados Unidos, que, segundo seu magistério, oferece vários exemplos de costumes firmados em sentido contrário à lei.⁴²

Por isso, o costume constitucional contra a lei pode irromper quando os preceitos se prestem em dois ou mais sentidos e algum ou alguns dos seus destinatários lhes dêem um entendimento discrepante do de outros ou do entendimento mais generalizado, apesar de tudo, na comunidade política. Também podem irromper naqueles sistemas em que não funciona uma fiscalização jurídica ou jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos demais atos do poder ou em que, funcionando, não consegue eliminar certas práticas inconstitucionais, de modo que, com o decurso do tempo, estas práticas se consolidam. Mas podem nascer ainda quando, existindo sistema de fiscalização de constitucionalidade, este não abarque todos os atos jurídico-públicos. Isso pode ocorrer com tanto maior frequência, quando é certo que a fiscalização da constitucionalidade tem sido principalmente pensada e organizada em vista de leis e de outros atos normativos, e não em vista de atos políticos ou de governo e de atos de conteúdo individual e concreto. Ora, tem sido sobretudo na esfera política que têm aparecido os costumes contrários às leis.⁴³

Os costumes *contra constitutionem* culminam naquele fenômeno denominado por Carl J. Friedrich de *perversão ou corrupção constitucional*, sendo previsto toda vez que uma ação seja tomada no sentido de destruir o trabalho do legislador constituinte originário.

“Tal perversión debe observarse, cuando lo consideremos, políticamente, en confrontación incorrecta o de una mala interpretación, sino a que tanto la perversión como la violación de una norma constituyen en desaffo a su

⁴¹ Jorge Miranda, demarca vários casos de costumes constitucionais, inclusive contrários à lei, no ordenamento constitucional português (Op. cit., T. 2, p. 124-126.).

⁴² CARBONE, Carmelo. Op. cit., p. 86.

⁴³ MIRANDA, Jorge. Op. cit., T. 2, p. 121-122.

pretendida universalidad, constituyen excepciones, y todas la excepciones debilitan a una norma”.⁴⁴

3. Costume constitucional e mudança difusa da Constituição

O costume constitucional, do mesmo modo que a interpretação e a construção judiciária, pode desencadear mudanças difusas na Constituição.

A experiência comprova que o costume constitucional, em suas três categorias, *secundum legem*, *praeter legem* ou *contra legem*, atua provocando alterações informais no sentido, significado e alcance dos preceitos constitucionais.

O costume *secundum legem* ou interpretativo se funda em uma cláusula expressa da Constituição, que precisa ser aclarada, atuando como valoroso instrumento de mutação constitucional. Observa Basavilbaso que esta espécie

“supone siempre la preexistencia de la ley, la complementa por la observancia de sus preceptos o por su interpretación si es dudosa. Es el mejor intérprete de las leyes, *optima enim est legem interpretis consuetudo*. Podría afirmarse que no es Derecho consuetudinario sino el Derecho escrito convertido en costumbre. Como decían los canonistas, la costumbre *secundum legem* no es propiamente derecho, *non est juris*, sino un hecho, *facti tantum*”.⁴⁵

Na sua modalidade *secundum legem*, o costume desencadeia alterações no conteúdo das normas constitucionais, valendo-se para tanto do artifício da interpretação. Karl Wheare enumerou um extenso rol de práticas que deram azo ao fenômeno, as quais revelaram normas costumeiras interpretativas. Analisando um caso ocorrido nos Estados Unidos, reconheceu, à luz da Constituição norte americana, que

“el presidente tiene un importante poder de designación de cargos. Este poder lo ejerce personalmente con respecto a los altos cargos, a diferencia del que posee un jefe de Estado en un sistema de

⁴⁴ FRIEDRICH, Carl J. *El hombre y el gobierno : una teoría empírica de la política*. p. 304.

⁴⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Tip. Ed. Argentina, 1949. V. 1, p. 318.

gabinete gubernamental. Pero en lo que respecta a la mayor parte de los demás cargos su poder se traspasa por la acción de una convención habitualmente llamada 'cortesía senatorial'. Hay un acuerdo tácito por el que los senadores del propio partido del presidente tienen el derecho de aconsejarle sobre el nombramiento de cargos federales que han quedado vacantes en su respectivo estado, y cuya designación por parte de los senadores, el presidente suele aceptar. Si en un estado particular no hay senadores del mismo partido del presidente, éste suele aceptar las designaciones de los representantes y dirigentes de su partido en el estado. Por este medio el poder presidencial de nombramiento de una amplia serie de cargos se traspasa desde el mismo presidente a los dirigentes del partido y especialmente a los senadores".⁴⁶

Enquanto instrumentos propiciadores de mutações, os costumes desempenham, assim, imperiosa importância, servindo para crescer, retirar, alterar ou influenciar a substância de uma Constituição. Variam ao ritmo das transformações e das necessidades diárias da vida, acoplando o Texto formal à realidade social cambiante.

Daí a modalidade do costume integrativo ou *praeter legem*, em cujo regaço desenvolvem-se aquelas práticas, que funcionam como veículos de mutação constitucional. Sobre esta espécie de costume constitucional, sentenciou Linares Quintana que a sua incidência é notada

"en el caso de silencio u omisión de la Constitución cubre la laguna constitucional, creando nuevas normas supletorias, actúa como real fuente del Derecho Constitucional. En este carácter, y como principio general, no corresponde ser admitida. Únicamente, como excepción, puede ser aceptada, con serias reservas y la más estricta prudencia, ante el silencio u omisión de la Constitución y cubriendo la laguna de ésta, si las reglas consuetudinarias mantienen lógica y perfecta armonía y concordancia con los principios y normas del sistema constitucional y, además y esencialmente, resultan indispensables para consolidar y hacer más efectivo el amparo de la

libertad y la dignidad del hombre, que es la finalidad suprema de la Constitución y del Derecho Constitucional".⁴⁷

Destarte, tais práticas são detectadas sempre quando houver uma complementação, um preenchimento de lacunas, criando-se normações para casos não-disciplinados, legislativamente, sanando, assim, omissões, descuidos, imanentes à atividade legiferante. Daí exemplificar Jellinek que

"tales mutaciones completan, a menudo, la función normal de los textos constitucionales. De manera muy asistemática, se han incluido algunas disposiciones sobre los procesos parlamentarios en muchas Constituciones. Además, muchos Estados cuentan con normas especiales sobre el reglamento. Ahora bien, las lagunas de la Constitución y de la ley se han colmado mediante preceptos parlamentarios. Las leyes constitucionales francesas carecen de prescripciones sobre el cumplimiento de las resoluciones de las Cámaras, a no ser que se trate de una revisión de la Constitución".⁴⁸

Intimamente ligado à questão da mutação constitucional, através dos costumes *praeter legem*, aparece, pois, o problema das lacunas constitucionais. Há

"ejemplos sobre la existencia de tales lagunas que no pueden negarse si se reconoce la relación fundamental del Estado con el Derecho y si se sabe que el Estado es, en primer lugar, un fenómeno social e histórico capaz de ordenar el Derecho, pero no de crearlo. Por otra parte, los acontecimientos históricos que viven los Estados solamente pueden ser previstos de modo imperfecto y, por lo tanto, es imposible que el Derecho, que quiera conscientemente operar en el futuro, pueda disponer de normas para regular todos los acontecimientos venideros imprevisibles. Por eso, también se desprende de la experiencia histórica, el hecho de que toda Constitución tiene lagunas que sólo se manifiestan, a menudo después de mucho tiempo y no pueden colmarse mediante los medios

⁴⁷ LINARES QUINTANA, Segundo V. Op. cit., p. 265.

⁴⁸ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la Constitucion*. p. 19.

⁴⁶ WHEARE, Karl. Op. cit., p. 135.

convencionales de la interpretación y de la analogía”.⁴⁹

Mas, uma análise arguta da vida constitucional dos Estados torna evidente que os costumes *contra legem* também mudam, difusamente, as normas da Constituição. Como exemplo bastante ilustrativo, entre nós, cita Meirelles Teixeira as práticas parlamentaristas do Segundo Império, inteiramente à margem e até mesmo contra dispositivos da Carta de 1824, que dava ao Imperador o poder de nomear e demitir livremente seus ministros, e nos Estados Unidos a prática das comissões parlamentares, por meio das quais se estabelecem relações muito estreitas, colaboração muito íntima entre o Presidente e o Congresso, não obstante a rigidez com que a Constituição proclama e aplica, na estrutura constitucional, o princípio da separação dos poderes.⁵⁰

Já vimos que os costumes *contra constitutionem* devem ser repelidos, independentemente das ocorrências dos mesmos no campo concreto dos fatos. Não é porque as práticas contrárias à lei existem que devemos acolhê-las sob o argumento da incidência das mesmas no plano da vida. Se em certos países, como na França, a prática tem consagrado muitos desses costumes, que autores de renome procuram justificar, criando-se um choque entre a realidade jurídica e a realidade fática, sendo impossível negar-se que os costumes *contra legem* mudam a Constituição, isto não é o suficiente para acolhermos e prestigiarmos tais práticas afrontadoras da manifestação constituinte originária, proclamada por um poder de maior força impositiva, que atua na etapa de criação constitucional.

Ainda quando alguns setores da doutrina procurem justificar que essas modificações costumeiras *contra legem* têm fundamento – desde que alicerçadas numa base psicológica séria, quando os órgãos do Estado, que as criam, o façam de boa-fé, acreditando conformarem-se com seus dispositivos, ou pensando preva-lecer seu espírito sobre sua letra –, consideramos, mesmo assim, as práticas contrárias à lei estupeficientes contra o pórtico da constitucionalidade. Há, inclusive, quem vá mais adiante, aduzindo, com razão, que os costumes contrários à Lei Magna “são *juridicamente inexistentes*, configurando apenas *estados de fato, situações inconstitucionais para as quais inexistente sanção*, e que,

por isso mesmo, e pela força das conjunturas políticas e sociais que lhes deram origem, conseguem manter-se indefinidamente, acabando, por vezes, consagrados pela prática constitucional. Irrelevantes, destarte, em teoria, *não é possível, todavia, desconhecer que produzem, na prática, efeitos jurídicos, e seria negar a evidência desconhecer-lhes a importância, por vezes fundamental, na vida política*”.⁵¹

Noutro lado, reputamos como plenamente admissível a evolução das Constituições pelos costumes. Para tanto, impende que atuem em harmonia com o princípio da legalidade, colimando adaptar as normas da Lei Máxima a novas necessidades e situações cotidianas. Incomensurável se apresenta, portanto, a missão dos poderes públicos – destinatários imediatos ou diretos dos preceptivos constitucionais – porque, se por um lado, devem primar pelo respeito à juridicidade da Constituição, por outro, têm a incumbência de procurar adaptá-la, ainda que por meios informais, à realidade circundante, pois uma Constituição, escrita ou não-escrita, nunca é uma obra perfeita e acabada, mas uma abertura de possibilidades para que os homens realizem sua convivência.⁵² Apesar da estrutura dinâmica, de *organismo vivo* que é, deve conservar a identidade, evitando violações sub-reptícias ou traumatizantes em sua letra.

Convém enfatizar que as mutações realizadas pelos usos e costumes não vão de encontro aos textos rígidos, formais e escritos, conforme foi dito alhures. Ambos em nada são incompatíveis. Urge, tão-somente, que sejam *constitucionais*, isto é, que estejam consoantes à manifestação constituinte originária e promanam de práticas condizentes com as expressas finalidades legais. Se admitíssemos o contrário, não poderíamos explicar o fato de os costumes exercerem as funções interpretativa e supletiva, admitidas, tacitamente, pelo legislador constituinte e, expressamente, pelo legislador ordinário, como ocorre, inclusive, na ordem jurídica brasileira (art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Nos Estados Unidos – país dotado de uma Constituição rígida, formal e escrita – os costumes e usos constitucionais desempenham

⁴⁹ Ibidem, p. 55-56.

⁵⁰ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Op. cit., p. 151.

⁵¹ Ibidem, p. 150.

⁵² GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. Madrid : Ed. Revista de Occidente, 1951.

papel de singular importância no desenvolvimento do direito constitucional. Nesse ínterim, asseverou Claudius Johnson que o Texto dos americanos é um instrumento vivo, adaptável às necessidades de gerações sucessivas, não somente pela responsabilidade de atos específicos, como aqueles encarregados da responsabilidade de governo, mas também pelo jogo de forças econômicas e sociais, na margem do tempo. Em conclusão, opina que os usos e costumes têm moderado o sistema constitucional norte-americano, numa intensidade dificilmente menor do que a das leis do Congresso e das decisões judiciais, sem falar que as palavras da Constituição escrita podem não prevalecer contra a tradição, o tempo e as práticas consuetudinárias.⁵³

Charles Warren também notou que grande parte do direito constitucional dos Estados Unidos é obra das práticas executivas e legislativas, e sustenta que o curso da história e da política norte-americana têm recebido marcante influência dos usos e costumes. O estudo da Carta dos americanos torna patente que existem dispositivos que só podem ser interpretados pelo conhecimento das práticas constitucionais executivas e legislativas, pois seus antecedentes históricos proporcionam uma visão adequada

dos mais diversos problemas. Lembra que os poderes conferidos pela Constituição ao Presidente foram estabelecidos por precedentes históricos e que existe uma larga lista de circunstâncias em que o Chefe do Executivo esteve obrigado a abrir mão de suas prerrogativas para evitar a intromissão legislativa por meio de declarações de independência dirigidas ao Congresso.⁵⁴

As práticas consuetudinárias suscitam profundas reflexões, no que tange ao estudo dos processos difusos de mudança do Texto Maior, principalmente diante do problema relativo à determinação do valor jurídico dos usos e costumes, enquanto fontes do direito constitucional.

Uma constatação, porém, parece não deixar dúvidas: as constituições não se encerram nos limites de suas normas. Estão em permanente progresso, em eterno *devenir*. Embora venham contidas num instrumento formal, jamais se imobilizam, não se estratificam. Evoluem no dia-a-dia, por meio dos costumes, das interpretações e decisões jurisprudenciais, nas lições dos professores de direito, nas argumentações dos advogados. O seu *ser* reside no estar-se realizando, porque não são documentos prontos e acabados. As constituições têm vida!

⁵³ JOHNSON, Claudius O. *Government in the United States*. Nova York, 1944. p. 19-20.

⁵⁴ WARREN, Charles. Political practice and the Constitution. *University of Pennsylvania Law review*, Filadélfia, v. 39, n. 8, p. 1003-1004, 1941.

A Constituição

Poder constituinte originário, poder constituinte derivado, direitos subjetivos, direitos adquiridos

LLEWELLYN DAVIES A. MEDINA

SUMÁRIO

1. Introdução: sobre a publicização dos direitos. 2. Estudo do vínculo intersubjetivo da relação jurídica: o direito reduzido à sua unidade. 3. Os chamados direitos adquiridos: uma espécie de direito subjetivo. 4. A legitimação e a supremacia da Constituição: fundamento dos direitos subjetivos. 5. O poder constituinte: originário e derivado. Sobre o fundamento da ordem jurídica. 6. Conclusões: sobre os direitos adquiridos contra a Constituição.

1. Introdução: sobre a publicização dos direitos

Os institutos de direito público vêm sendo delineados a partir de seu desmembramento do direito privado, sem dúvida a fonte primária de onde emanam.

No plano da teoria geral da relação jurídica, por exemplo, a referência ainda vem do direito privado, que teoriza em torno dos sujeitos da relação jurídica; da garantia estatal; do vínculo intersubjetivo que liga os referidos sujeitos da relação jurídica.

Daí se extraem os conceitos de direito subjetivo; de direito potestativo; de faculdade jurídica; de poder/dever jurídico¹.

A fundamentação privatística para a conceituação de institutos de direitos públicos é sobremaneira conhecida. Vide, por exemplo, as teorias contratualistas, que estão presentes em determinados estágios de quase todos os institutos de direito público. Clássica é a conceituação de Rousseau para justificar o vínculo que liga o cidadão ao Estado, quando a

¹ Para um estudo da Teoria Geral da Relação Jurídica, ver ANDRADE, Manuel A. D. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Livraria Almeida, 1974. 2 v.

sociedade passa do estado de natureza para o estado civil².

Assim é que, tendo em vista uma conceituação que o direito público apropriou do direito privado, interessa ao presente estudo a definição de direito subjetivo, que Ruggiero conceitua como sendo

“o poder da vontade do homem, de agir na perseguição de interesses próprios, de acordo com a norma jurídica”³.

O presente trabalho deixa de lado os chamados interesses difusos e coletivos, ainda objeto de construção doutrinária, a despeito de terem sido acolhidos no bojo da Constituição de 1988, que os refere ao disciplinar as atribuições institucionais do Ministério Público (art. 129, III).

Mas a passagem dos direitos da esfera privatística para a pública é tão evidente que não se pode deixar de referir estudo recente de Bobbio, estabelecendo três fases de desenvolvimento do direito do homem:

“os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os

quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado”⁴.

Como se vê, a teoria jurídica está ainda presa a conceitos formulados na órbita do direito privado, pelo que não se pode deixar de referir a teoria da relação jurídica e de sua insuficiência para o fim que será dado quanto aos chamados direitos adquiridos em face da Constituição.

2. Estudo do vínculo intersubjetivo da relação jurídica: o direito reduzido à sua unidade

O direito é relação essencialmente intersubjetiva, no sentido de que somente pode haver relação jurídica e, em consequência, direito onde haja, pelo menos, dois sujeitos que se relacionem reciprocamente. Por isso é que se diz que, enquanto Robinson Crusoe não encontrou Sexta-Feira, não havia a possibilidade da prática de relação jurídica na ilha onde o personagem de Daniel Defoe foi dar com o costado como naufrago^{5,6}.

Quando o direito romano definia a obrigação como sendo um vínculo jurídico *obligatio est iuris vinculum quo necessitate*

⁴ *A era do direito*. Ed. Campus, 1992. p. 32-33.

⁵ É criticável a posição de Orlando Gomes, em seu curso de Direito Civil, quando admite a possibilidade de relação jurídica entre pessoa e coisa. V. *Introdução ao Direito Civil*. Forense, 1974. p. 118.

⁶ Entretanto, Bobbio antevê a possibilidade de, no futuro, até mesmo os animais virem a ser sujeitos de direito, verbis: “Olhando para o futuro, já podemos antever a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos”. Op. cit. p. 63.

² A passagem do estado de natureza para o estado civil determina no homem uma mudança muito notável, substituindo na sua conduta o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhe faltava. É só então que, tomando a voz do dever o lugar do impulso físico, e o direito o lugar do apetite, o homem, até aí levando em consideração apenas sua pessoa, vê-se forçado a agir baseando-se em outros princípios e a consultar a razão antes de ouvir suas inclinações. Embora nesse estado se prive de muitas vantagens que frui da natureza, ganha outras de igual monta; que faculdades se exercem e se desenvolvem, suas idéias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda sua alma se eleva a tal ponto, que, se os abusos dessa nova não o degradassem freqüentemente a uma condição inferior àquela donde saiu, deveria sem cessar bendizer o instante feliz que dela o arrancou para sempre e fez de um animal estúpido e limitado, um ser inteligente e um homem... O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto a aventura pode alcançar. O que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui. (*Do contrato social*. Nova Cultura, 1991. p. 36.)

³ *Instituições do direito civil*. Saraiva, 1971. v. 10, p. 181.

adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura, ali já se falava de uma ligação entre os sujeitos de dada relação jurídica.

É a natureza do vínculo que fixa a natureza do direito; se subjetivo; se potestativo; se mera faculdade jurídica; se poder/dever jurídico.

Pode-se falar em direito potestativo quando o vínculo cria um poder para determinado sujeito da relação jurídica, que pode atuar livremente, enquanto ao outro sujeito cabe apenas esperar, suportar a ação do titular do direito potestativo. Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o prazo recursal. Quando um dos sujeitos da relação jurídica processual recebe a decisão que lhe é desfavorável, passa a ter o direito potestativo de, no prazo de tantos dias, recorrer daquela decisão. Ao mesmo tempo, a parte vencedora nada pode fazer, a não ser, passivamente, esperar que o prazo transcorra, aguardando assim que a parte perdedora recorra ou deixe de recorrer, exercitando o direito potestativo de que é titular.

Já a faculdade jurídica cria para o sujeito da relação jurídica uma mera opção, que pode ou não ser exercida, sem que na hipótese de omitir-se decorra qualquer consequência em seu desfavor. Tome-se por exemplo o art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual

“Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Como se vê, se qualquer do povo deixar de prender quem estiver em flagrante delito, nenhuma consequência advirá em seu desfavor, pois o mesmo está sujeito a mera faculdade jurídica, que pode ou não ser exercida, a seu próprio talante.

Adiante, vê-se ainda que o vínculo a ligar os sujeitos da relação jurídica pode ser de natureza tal que crie em favor do titular mais deveres do que direitos. É o que ocorre, por exemplo, com o pátrio poder. O titular o exerce não em seu próprio benefício, senão em favor do destinatário, sendo certo que o pátrio poder cria mais deveres, mais encargos do que benefícios para o titular.

Deixei para o fim a consideração em torno do direito subjetivo, embora dele já tenha dado acima a definição de Ruggiero. O direito subjetivo tem características tais que, ao tempo em que cria um poder de exigir por parte do titular, faz nascer um dever de prestar por parte

do outro sujeito da relação jurídica – o devedor. É o que se chama adequadamente de dever jurídico. Direito subjetivo e dever jurídico são como que as faces de uma mesma moeda, pelo que não se pode falar de um sem que ao outro se refira. Não pode existir o direito subjetivo sem o correspondente dever jurídico.

Deve-se fazer um parêntesis para referir-se a uma questão que é encontrada diariamente na doutrina e na jurisprudência e que, entretanto, muitas vezes, não é resolvida. Refiro-me à distinção entre prescrição e decadência, que confusamente é tratada. Assim é que, segundo boa doutrina, a prescrição dirá sempre sobre a perda de um direito subjetivo em razão do seu não-exercício em determinado prazo. A decadência dirá respeito sempre à perda de um direito potestativo em razão, igualmente, do seu não-exercício em determinado prazo. Ambos os institutos são de direito material e nada têm que ver com o exercício do direito de ação, como corriqueiramente se diz; a propósito, ver Moreira Pimentel⁷.

3. Os chamados direitos adquiridos: uma espécie de direito subjetivo

Visto o conceito de direito subjetivo, pode-se abordar o tema ora em estudo, qual seja, o da existência de direitos adquiridos (enquanto direitos subjetivos) em face da Constituição.

A questão tornou-se relevante, nos últimos dias, com a propalada reforma da Previdência, sendo certo que as notícias recebidas através dos meios de comunicação dizem, quase sempre, que tal reforma não respeitaria os direitos adquiridos, pois não há direitos adquiridos contra a Constituição.

A Constituição de 24.3.1824 nada disciplina sobre os chamados direitos adquiridos. Seu art. 179, III, ao elencar os então chamados “direitos civis”, limita-se a estabelecer que nenhuma lei terá efeito retroativo.

A Constituição da República Velha (24.2.91), na mesma ótica, estabelece que é vedado aos Estados, como à União, prescrever leis retroativas (art. 11 § 3º), nada dispondo sobre os chamados direitos adquiridos, sendo certo que na seção relativa à declaração de

⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais, 1979. v. 3, p. 221.

direitos (arts. 77 e seguintes) nenhum dispositivo veio regular a questão que ora se comenta.

Silenciou a Emenda Constitucional de 3.9.1926, a despeito de ter dado nova redação ao citado art. 72 da Constituição de 1891.

Pela primeira vez, ganha *status* constitucional a questão ora em exame, com o advento da Carta de 16.7.34, que dispõe, no art. 113, § 3º, que

“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Logo, entretanto, a Constituição de 11.11.1937 retirou da esfera constitucional tão importante garantia individual, seguindo o espírito ditatorial com que foi outorgada pelo então ditador Getúlio Vargas.

Cronologicamente, vem a *Lei de Introdução ao Código Civil* (Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.42) que, ainda na vigência da Constituição de 1937, revigora o princípio anteriormente recepcionado pela Constituição de 1934. Assim é que em seu art. 6º estatui que

“a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Segue-se a Constituição democrática de 14.9.46, que, em seu art. 141, § 3º, eleva para o foro constitucional tal direito individual ao dispor que

“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Tal redação, *ipsis litteris*, é repetida pela Constituição de 24.1.67 (vide art. 150, § 3º), dispositivo que foi mantido pela Emenda Constitucional nº 1/1969 (vide art. 153/3º).

Finalmente, a Constituição vigente, de 5.10.88, por sua vez, repete a redação que se tornou clássica:

“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art.5º, XXXVI).

Está, pois, firmemente, entranhado na cultura constitucional brasileira o princípio de que a lei não prejudicará o direito adquirido, subsistindo, entretanto, a indagação de se saber se a Constituição pode desconsiderar direitos adquiridos.

4. A legitimação e a supremacia da Constituição: fundamento dos direitos subjetivos

Considerando-se o aspecto merante normativo, vindo de Kelsen, legitima-se a Constitui-

ção porque não se funda em nenhuma outra norma. A Constituição é o vértice da pirâmide e legitima as demais normas jurídicas, que são infraconstitucionais. Por sua vez, a Constituição não necessita de outra norma para a legitimar, estando fora do sistema normativo, o que a fundamenta.

Considerando, entretanto, um aspecto de valor, a norma constitucional é hierarquicamente superior porque se funda no poder constituinte, que não é senão o estado de sociedade na linguagem de Rousseau.

O poder constituinte cria o estado de direito, legitima a Constituição e torna esta superior a todas as demais normas que integram dado ordenamento jurídico. É o poder constituinte, ainda, que cria nova ordem jurídica, estabelecendo direitos subjetivos novos e pressupondo, melhor, prevendo empiricamente novas situações fáticas que, se concretizadas (a concreção do suporte fático hipotético a que se refere Pontes de Miranda)⁸, darão surgimento a novas relações jurídicas e, daí, a novos direitos subjetivos.

A teoria do poder constituinte originou-se de Sieyès⁹, quando intuiu que o Terceiro Estado é tudo, ou seja, que todo o poder emana da sociedade civil quando funda uma nova ordem jurídica¹⁰.

Diz Canotilho que

“as constituições, quando emanadas de um poder constituinte legitimado, que intencionalmente manifesta a vontade de emanar um ato compreendido na esfera desse poder, de acordo com um procedimento específico, são consideradas como fonte formal do direito constitucional”¹¹.

E quando é o poder constituinte legitimado? Quando se reúne em observância às normas que o prevêm, que tratam de seu funcionamento e que disciplinam suas decisões. Ou quando resulta da ruptura da ordem jurídica anteriormente vigente, como a revolução, daí resultando uma nova ordem.

Ensina Loewenstein que

⁸ *Tratado. Revista dos Tribunais*. 1977. t. 1, parágrafos 22 e 23.

⁹ *Que é o terceiro estado?* Ed. Liber Juris, 1986.

¹⁰ *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almeida, 1993. p. 66.

¹¹ “Todo o poder emana do povo” (art.10, parágrafo único da Constituição de 1988).

“de acuerdo con las teorías soberanas del pueblo y del *pouvoir constituant* originario del pueblo soberano, se ha generalizado, y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y la adopción de la constitución escrita: una asamblea nacional o constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarefa específica. Con más frecuencia hoy que en tiempos pasados, se prescribe imperativamente la ratificación final por el pueblo soberano”¹².

Por isso é que se pode afirmar a impossibilidade de se constituir direito adquirido em face da Constituição. Se há uma nova ordem jurídica, resultante da vontade de todo o povo, como se sobrepor a esta um direito de um cidadão, ainda que legítimo fosse, mas diante da ordem jurídica anterior?

A questão não é assim facilmente respondida. Para que se tenha uma resposta adequada a pergunta inicial é preciso distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte derivado.

5. O poder constituinte: originário e derivado. Sobre o fundamento da ordem jurídica

Até aqui, enquanto se falou em poder constituinte, o objeto da análise sempre foi aquele que os tratadistas chamam de poder constituinte originário. É o referido por Sieyès, por Canotilho, por Loewenstein, acima. É o afirmado por Rousseau:

“A fim de ordenar o todo ou para dar a melhor forma possível à coisa pública, há várias relações a considerar. Primeiro, a ação do corpo inteiro agindo sobre si mesmo, isto é, a relação do todo com o todo, ou do soberano com o Estado... As leis que regulamentam essa relação recebem o nome de leis políticas e chamam-se também leis fundamentais...”¹³.

Esse poder supremo, essa ação do corpo inteiro da sociedade civil agindo sobre si mesma, é o poder constituinte originário, que, ao disciplinar as relações que regerão a sociedade, funda uma nova ordem, põe fim à ordem até então existente, extingue direitos e

faz surgir novos. É mais do que razoável concluir que, diante de tal poder constituinte originário, não pode o cidadão invocar direito adquirido de qualquer natureza.

O poder constituinte, entretanto, pode ser derivado e não resultar da ação do corpo inteiro agindo sobre si mesmo, mas senão da atuação de um dos poderes do Estado, especialmente o poder legislativo.

É que, diante da complexidade do Estado moderno e da necessidade da certeza das normas jurídicas, a disciplinarem hipotéticas situações de fato, e considerando a complexidade da convocação do poder constituinte originário, a todo o momento – mormente sabendo-se que o poder constituinte originário nada tem que ver com o poder legislativo –, houve por bem o titular da ordem constitucional prever determinadas hipóteses em que suas normas – observados procedimentos próprios – pudessem ser alteradas.

Aí surge o poder constituinte derivado, que é menos do que o poder constituinte originário, que é diferente do poder legislativo, que detém competência para criar normas constitucionais por delegação do poder constituinte originário.

E, diante da limitação com que atua o poder constituinte derivado, que pressupõe um poder constituinte originário, que pressupõe dada ordem jurídica legitimamente fundada, vê-se que há limites para a atuação do poder constituinte derivado. Se há limites para sua atuação – vide as chamadas cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º) –, é razoável concluir que o poder constituinte derivado não detém competência para dispor de forma tal que contrarie direitos subjetivos já constituídos e que são aqueles que integram o patrimônio de seus titulares.

Embora a Constituição não ressalve, no art. 60, § 4º, citado, os direitos adquiridos, e na verdade não poderia ressaltar, porque estão desde sua origem excluídos da competência do poder constituinte derivado, que não pode alterar os fundamentos da ordem jurídica instituída pelo poder constituinte originário, o sistema jurídico/político que vigora entre nós permite concluir que somente o poder constituinte originário, fundando nova ordem, pode dispor diversamente sobre direitos adquiridos, enquanto direitos subjetivos e que já integram o patrimônio do titular. É a lógica do sistema e resulta da natureza das coisas.

¹² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel, 1979, p. 162.

¹³ Op. cit. p. 68-69.

6. Conclusões: sobre os direitos adquiridos contra a Constituição

Na medida em que os direitos subjetivos surgem em determinada ordem jurídica, criada ou fundada pelo poder constituinte originário (ou pela revolução), não é dado ao poder constituinte derivado, que decorre do poder constituinte originário e que surge depois de constituídos os direitos subjetivos, desconhecer estes, subvertendo a ordem inaugurada pelo poder constituinte originário.

Admitir-se que o poder constituinte derivado possa atuar retroativamente, alterando relações jurídicas já constituídas e que integram

o patrimônio do sujeito de direito, seria contrariar a natureza das coisas, permitindo o surgimento da insegurança e da incerteza no comércio jurídico. Seria contrariar o fundamento e a razão do direito (que existe para assegurar a certeza e a segurança da ordem jurídica).

A conclusão é, pois, no sentido de que somente não há direito adquirido contra a Constituição que resulta da atuação do poder constituinte originário. Sempre que se tratar da atuação do poder constituinte derivado, forçoso é que este respeite e faça cumprir os direitos subjetivos que já integram o patrimônio de cada sujeito de direito – os direitos adquiridos.

Sistema de registro de preços: uma solução

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES

“...pode o misonéismo dificultar o surto de uma idéia nova compatível com o alvorecer da cultura científica posterior à promulgação de um Código”¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A necessidade de regulamentação 3. Como operacionalizar o sistema de registro de preços. 4. Vantagens do sistema. 5. Conclusão.

1. Introdução

Um dos mais festejados doutrinadores do Direito, há quase cinquenta anos, ensinava que a lei, com a promulgação, adquire vida própria, separando-se do legislador, podendo a ele se contrapor como um produto novo. Asseria ele, então, que o conteúdo “dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras”.

Esse magistério do festejado mestre Carlos Maximiliano autoriza a necessidade de nova reflexão sobre o *sistema de registro de preços*, que a Lei nº 8.666/93, repetindo a legislação precedente sobre licitação e contratos, fixou de permeio a uma centena de artigos, cuja utilidade prática, segundo uníssonos doutrina, teria apenas o condão de ser referência ao julgamento dos preços obtidos numa licitação.

Constituiria, então, mais um entrave burocrático: lançado o ato convocatório, recebidos os envelopes, julgada a habilitação, abertos os envelopes de preços, teria a Comissão que compará-los com o sistema de registro de preços para verificar se estão compatíveis.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Professor titular de Direito Administrativo da AEUDF e do Centro Brasileiro para Formação Política e Instrutor do Instituto Serzedello Corrêa do TCU.

¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense. p. 30.

Como mero referencial, em país amargurado pela permanente instabilidade de preços, cuja política econômica conduzida ao talante de imprevisíveis “bicos de pena” fustigados pelo isolamento, não seria motivador.

Mas é possível vislumbrar, no sistema de registro de preços, respeitada a precisa literalidade dos dispositivos legais, outro e largo alcance, que porá fim aos constantes e imprevistos procedimentos licitatórios para compras.

Em curso ministrado no Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná, trocando idéias sobre o fato de a Lei nº 8.666/93 ser um instrumento da eficácia das licitações, com o Dr. Helton José Sanches, ocorreu-nos uma nova possibilidade de interpretação sobre o alcance do art. 15, do precitado diploma, referentemente ao sistema de registro de preços.

Dispõe o art. 15, inciso II, que as compras, sempre que possível, deverão *ser processadas* através de sistema de registro de preços.

“Processar através de” tem um sentido, no Direito Administrativo, de realizar uma série ordenada de atos tendentes a um determinado fim.

Seria, portanto, possível efetivar as compras, tal como a literalidade recomenda, através do sistema de registro de preços, procedimento esse que guardaria algumas peculiaridades.

Literalmente, porém, esse dispositivo estabeleceu uma forma de processo singular, com várias peculiaridades, para realizar as compras, não autorizando, contudo, a dispensa de licitação.

Mais do que em qualquer outro dispositivo legal, ficou assegurado o interesse público e a efetivação do princípio da isonomia, pois jungiu a instituição do sistema de registro de preços à licitação, na modalidade de concorrência, conforme o art. 15, § 3º, inciso I.

Levado a efeito esse sistema, todas as compras seriam realizadas com uma só licitação, justificando, por esse motivo, o subtítulo da epígrafe.

2. A necessidade de regulamentação

A primeira questão que vem à baila consiste em verificar se o sistema poderia ser implementado de imediato, porque o art. 15, § 3º, faz referência à regulamentação por decreto.

Estaria, então, a eficácia do sistema

pendente de norma regulamentadora?

Há, sobre o assunto, o Decreto nº 449, de 17 de fevereiro de 1992, que, singela e laconicamente, dispõe no art. 3º que “fica instituído o SIREP” – sigla adotada para corresponder a sistema de registro de preços –, adiantando que o mesmo se destina a servir de orientação para a Administração. No art. 6º, o mesmo diploma, em norma censurável, acrescenta que, enquanto não for implementado dito sistema, serão necessárias duas propostas para verificação da compatibilidade do preço obtido na licitação com o de mercado.

Portanto, a rigor o sistema já foi criado, podendo as unidades implementá-lo.

Enquanto na Administração Pública sua cúpula preocupa-se em criticar a Lei nº 8.666/93, propalando inverdades, poder-se-ia devotar atenção em regulamentar esse dispositivo, de largo alcance para a eficácia da Administração.

Mesmo diante dessa omissão, sob o prisma jurídico, o Decreto nº 449/92 tem a utilidade de ser o instrumento que permite a satisfação da condição suspensiva e, portanto, a implementação imediata do sistema de registro de preços. Em verdade, mesmo anteriormente à Lei nº 8.666/93, o precitado normativo foi recepcionado, em sua força regulamentadora, pela norma revogadora do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, e nesse sentido, diante da inibição do poder regulamentador – fato diferente em origem e conseqüências da omissão –, fica aberta a perspectiva para a implementação.

Além desse aspecto, não se pode olvidar que os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas, nas três esferas administrativas (União, Estados/Distrito Federal e Municípios), foram expressamente autorizados a expedirem normas de caráter regulamentador pelo art. 117 da Lei nº 8.666/93, inexistindo, especialmente em relação a esses, qualquer óbice a que efetivem o sistema desde logo.

3. Como operacionalizar o sistema de registro de preços

De forma objetiva, e também exemplificativamente, sugere-se o seguinte procedimento:

a) promover o levantamento de todos os produtos que poderão ser adquiridos no exercício (material de expediente, peças para reposição em equipamentos, máquinas e

automóveis, produtos para limpeza e higiene, etc.);

b) estimar os quantitativos que serão adquiridos, note-se, mera estimativa, pois nesse caso, ao contrário do que ocorre ordinariamente nas licitações, a Administração não ficará vinculada;

c) em atendimento ao que preceitua o art. 15, § 1º, a Administração deverá proceder a ampla pesquisa de mercado dos itens a serem adquiridos. Essa pesquisa pode ser feita com alguma informalidade, por telefone ou telefax, anotando-se o nome do vendedor e o dia de contato, com respectivo preço;

d) em seguida realizar concorrência que deverá ter as seguintes características:

- em atendimento à Decisão nº 393/94 (DOU 29.6.94) do Colendo Tribunal de Contas da União, permitir a cotação por item, sempre que possível, visando efetivar o princípio do parcelamento prescrito no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ou seja, cada produto será um item e o licitante não é obrigado a cotar mais de um item;

- exigir a qualificação dos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93;

- informar no edital que o sistema de registro de preços não obriga à compra, nem mesmo nas quantidades indicadas, podendo a Administração promover a aquisição em unidades de acordo com suas necessidades;

- o preço cotado obrigará o licitante pelo prazo de validade da proposta. Pelas peculiaridades desse tipo de licitação, é conveniente dispensar a garantia do art. 31, § 2º, e permitir a desistência do licitante antes da realização do pedido, vedando-a, contudo, após a emissão da autorização de compras;

- a regularidade com as contribuições sociais será exigida no momento da licitação e, depois, só no ato da compra, em conformidade com a Decisão nº 705/94 do Colendo Tribunal de Contas da União;

- a cada sessenta dias, por exemplo, deverão os licitantes que superarem a fase de habilitação entregar apenas novas propostas, com igual prazo de validade nos termos do art. 64, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Tendo essa segurança, de que só fica vinculada por esse exíguo prazo, que permite inclusive ao licitante acomodar seus preços a inevitáveis variações de mercado, mesmo em épocas de inflação baixa, certamente

a Administração poderia contar com licitantes mais idôneos;

- também deverão constar as disposições do art. 15, § 2º, II, III, § 4º, § 6º, da Lei nº 8.666/93;

- é importante assinalar que, de acordo com o art. 34, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o sistema de registro de preços permanecerá permanentemente aberto aos interessados e, havendo o ingresso de novas empresas com suas necessárias habilitações, as respectivas propostas estarão incluídas para o próximo julgamento;²

e) promover o julgamento das propostas em conformidade com o art. 43 da Lei nº 8.666/93, com análise do envelope habilitação e proposta, e formando o quadro comparativo de preços dos habilitados;

f) repetir a cada sessenta dias o julgamento apenas das propostas de preços e formar novo quadro de preços devidamente atualizado.

A cada trimestre haverá obrigatoriedade de publicar os preços encontrados, o que poderá ser feito apenas com o item (nome do produto) e o registro do preço menor.

4. Vantagens do sistema

Evidentemente todo esse esforço de planejamento e julgamento periódico deve representar, e de fato representa, significativo resultado, podendo-se alinhar as seguintes vantagens:

a) proveito direto de se evitar a realização de licitações sobre diversas modalidades;

b) prontidão da aquisição de produtos, nem sempre possível pela liberação tardia de recursos e a necessidade de devolução no final do exercício;

c) contornar as dificuldades que se apresentam diante do inevitável risco de irregularidade decorrente do fracionamento de despesa;

d) estabelecimento de uma rotina aperfeiçoada da atividade licitatória com periodicidade pré-definida, evitando-se os atropelos do empirismo a que são condenados todos os que enfrentam a urgência do atendimento do interesse público com acentuada escassez de recursos.

A partir da primeira elaboração do sistema

² Obtempera, com propriedade nesse sentido, o precitado Dr. Helton José Sanches.

de registro de preços, o julgamento periódico das propostas seguintes constituirá rotina administrativa, onde até os valores encontrados terão como parâmetro a evolução do período.

5. Conclusão

Antes de incentivar a crítica à Lei de Licitações e Contratos, parece mais construtivo e oportuno esgotar as possibilidades de prestigiar o esforço legislativo, feito pelos legítimos representantes do povo, amparado em dezessete anos de história, num adequado curso evolutivo.

A implementação do sistema de registro de preços pode solucionar várias dificuldades, substituindo com significativas vantagens os infindáveis processos licitatórios, desenvolvidos em diversas modalidades, com proliferação de recursos administrativos e obstrutivas concessões de liminares.

O esforço da implementação será, certamente, recompensado amplamente com os resultados obtidos.

Anexo: Algumas singelas sugestões para o edital de licitação para sistema de registro de preços.

Edital de Concorrência para Sistema de Registro de Preços

Nº de ordem do edital em série anual

Compra de produtos diversos

Licitação do tipo menor preço

O (*Nome da repartição interessada*), por intermédio do (*Nome do setor responsável pela licitação*) promove a seguinte concorrência, do tipo menor preço, para compra de produtos especificados no anexo, através do sistema de registro de preços, regida pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883, de 6 de julho de 1994, e pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1994, e art. 3º do Decreto nº 449, de 17 de fevereiro de 1992, ficando desde logo estabelecidas as seguintes datas:

entrega das propostas: até o dia..., às...horas, no local;

abertura dos envelopes habilitação: dia, hora e local;

abertura dos envelopes proposta: dia, hora e local.

2. Objeto da licitação

2.1. A presente licitação tem por objetivo constituir o sistema de registro de preços dessa repartição e, segundo as conveniências da Administração, promover as compras dos licitantes vencedores da concorrência.

2.2. A Administração não se obriga adquirir dos licitantes vencedores, podendo realizar licitação específica para a aquisição de um ou mais itens, hipótese em que, em igualdade de

condições, o beneficiário do registro terá preferência, nos termos do art. 15, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

3. Validade da proposta de preços

3.1. As propostas de preços deverão ter validade de *60 (sessenta dias)* contados da data prevista para a entrega da proposta, ficando suspenso o prazo no caso de recurso administrativo ou judicial, *até o limite máximo de 30 (trinta dias)*.

3.2. Periodicamente, a Comissão de licitação convocará os registrados para que ofereçam novas propostas com igual prazo de validade.

Prazo e condições para assinatura do contrato

3.3. Para atender aos interesses da Administração, o licitante que tiver os preços registrados como mais vantajosos será convocado para assinar o contrato, no prazo de 48 horas, e entregar os produtos requeridos, no prazo de 3 (três) dias, após a publicação do resumo do contrato na imprensa oficial.

3.4. Observado o prazo de validade da proposta, a convocação será feita pessoalmente, mediante recibo do ato de entrega do pedido de fornecimento, por telefax, ou carta registrada com aviso de recebimento (AR).

3.5. Observados os critérios e condições estabelecidos neste Edital, em especial o subitem 6.5.1., a Administração poderá

contratar concomitantemente com dois ou mais fornecedores que tenham seus preços registrados.

4. Sanções para o caso de inadimplemento

4.1. A recusa injustificada à assinatura do contrato ou a receber o pedido de fornecimento no prazo assinalado caracteriza o descumprimento total da obrigação, nos termos do art. 81, da Lei nº 8.666/93, sujeitando o responsável às penalidades de multa de até 30% (trinta por cento) do valor estimado do contrato.

4.2. O descumprimento do prazo para entrega do produto previsto na cláusula anterior sujeitará o responsável às penalidades seguintes, na forma do art. 87 da Lei nº 8.666/93:

4.2.1. advertência, pelo descumprimento dos prazos de entrega do produto, e multa, diária, equivalente a 1% (um por cento) do valor da contratação;

4.2.2. suspensão temporária do direito de licitar ou contratar pelo prazo de até 2 (dois) anos, pelo descumprimento total da obrigação, ou cumprimento irregular;

4.2.3. declaração de inidoneidade, pelo descumprimento da obrigação, ou quando o cumprimento irregular trouxer prejuízo para a Administração.

4.3. O valor das multas poderá ser glosado no valor devido pelo fornecimento, a critério da Administração.

5. Condições para participar da licitação

³5.1. *Habilitação jurídica:*

5.1.1. cédula de identidade e registro comercial, no caso de empresa individual;

5.1.2. ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

5.1.3. inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de Diretoria em exercício;

5.1.4. decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em

³ Não deixe de consultar a Instrução Normativa nº 5 do Ministério de Administração e Reforma do Estado, de 21.7.95.

funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando o produto a ser adquirido assim o exigir.

5.2. *Regularidade fiscal:*

5.2.1. prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), no caso de empresa individual, ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), no caso de pessoas jurídicas;

5.2.2. prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

5.2.3. prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

5.2.4. prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

5.2.5. se for apresentada proposta de determinada filial, todos os documentos deverão referir-se à filial, ressalvado o caso de empresas que apresentem a contabilidade em balanço consolidado, hipótese em que serão válidas as certidões referentes a matriz ou qualquer filial;

5.2.6. a ausência de alguma informação em documento exigido poderá ser suprida pela própria Comissão de licitação, se os dados constarem em qualquer outro documento.

5.3. *Qualificação técnica:*

5.3.1. no caso de o licitante apresentar proposta referente a fornecimentos de bens com instalação e testes de operação, conforme previsto nos itens xx, yy, zz, deverá apresentar a qualificação profissional, com registro no respectivo CREA, da sede ou filial responsável pela proposta do licitante.

5.4. *Qualificação econômico-financeira:*

5.4.1. balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

5.4.2. para as empresas criadas recentemente que ainda não possuam balanços exigíveis é permitida a substituição por meio equivalente referente ao ato constitutivo;

5.4.3. certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

5.4.4. índices de demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir referente aos itens para os quais o licitante oferecerá proposta de preços nos termos do item 7 da Instrução Normativa nº 5 do MARE;

5.4.5. o capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido será de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, referente aos itens cotados pelo licitante, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

6. Critérios para julgamento

6.1. O julgamento será feito pela Comissão, com observância do art. 43, da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

6.1.1. abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes e sua apreciação.

6.1.1.1. A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público, na data assinalada no preâmbulo deste edital, da qual será lavrada ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

6.1.1.2. Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes que tiverem interesse e pela Comissão;

6.2. devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação.

6.2.1. Caso o licitante inabilitado não esteja presente, a Comissão manterá o envelope em sobrecarta lacrada nos autos;

6.3. abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

6.4. verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou constantes da planilha de custos anexa ao edital;

6.5. julgamento e classificação das propostas de acordo com o preço ofertado.

6.5.1. Poderão ser registrados vários preços para o mesmo objeto, em função da capacidade de fornecimento do licitante, quando essa for inferior ao limite máximo ou à média mensal, conforme o caso;

6.6. Deliberação da autoridade competente quanto à homologação da licitação.

6.7. É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, observado o disposto no art. 48, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Em caso de divergência de dados da proposta, prevalecerão os números assinalados por extenso sobre os algarismos, e os demais dados em que se caracterizar omissão poderão ser complementados pelos assinalados em outros documentos da proposta ou habilitação.

6.8. Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não caberá desclassificação por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

6.9. Após a fase de habilitação, cabe desistência de proposta, desde que não tenha sido expedida a autorização de compra ou a convocação para assinatura do contrato.

7. Fornecimento de informações sobre esta concorrência

7.1. Os licitantes interessados poderão obter informações por meio do telefax nº xxxxxxxxx, formulando suas dúvidas por escrito.

7.2. Para receber os esclarecimentos que a Comissão enviar aos outros licitantes, no ato de retirada do edital, ou posteriormente, deverá o licitante informar o meio pelo qual deverá ser contactado, ficando desde já entendido que a não-indicação corresponde a recusa do direito.

8. Licitante estrangeiro

8.1. Se licitante estrangeiro decidir apresentar proposta, deverá fazer incidir sobre o preço de sua proposta os acréscimos de todos os tributos e encargos legais pertinentes à entrega da mercadoria desembaraçada no local da sede da Administração.

9. Critério de aceitabilidade dos preços

9.1. Não serão aceitos preços inexeqüíveis ou superfaturados, assim entendidos os que:

9.1.1. inexeqüíveis, sejam inferiores ao custo de produção, acrescidos dos encargos legais, quando o licitante será convocado para demonstrar a exeqüibilidade do preço ofertado, e, se não comprovado, será desclassificado;

9.1.2. preços superfaturados, quando ultrapassarem o critério de razoabilidade fixado na segunda coluna da planilha de custos.

10. Reajuste de preços

10.1. O preço ofertado pelo licitante não será corrigido, durante o prazo de validade da proposta, mesmo que a retirada da autorização de compra, ou assinatura de contrato, ou a entrega ocorram após o prazo de validade referido.

11. Prazo para pagamento

11.1. Observado o disposto no art. 5º da Lei nº 8.666/93, o pagamento será efetuado após 10 (dez) dias do recebimento definitivo dos produtos.

11.2. Quando a aquisição for superior ao valor do convite, o recebimento será feito pela Comissão a ser instituída por Portaria própria.

12. Compensações financeiras por atraso e desconto por antecipações

12.1. O atraso será penalizado conforme

cláusula referente a sanções e não haverá desconto por antecipação.

13. Recursos e impugnações

13.1. Os recursos deverão ser protocolizados no setor *de comunicação do órgão situado no andar térreo do edifício sede, localizado no...*

13.2. A impugnação poderá ser feita por qualquer cidadão nos termos do art. 41, § 1º, e 15, § 6º, da Lei nº 8.666/93. Também poderá oferecer impugnação ao presente edital, nos termos do art. 41, § 2º, qualquer licitante, no prazo ali fixado.

14. Condições de recebimento do objeto

14.1. A comissão, se for o caso, conforme previsto na cláusula referente a prazo de pagamento, ou o almoxarifado verificarão se o objeto atende as condições do edital e da proposta, quando esta for mais vantajosa para a Administração.

15. Anexos:

15.1. Constituem anexo do presente edital, dele fazendo parte:

15.2. planilha de custos, com preço médio e máximo, unitário e no quantitativo estimado máximo;

15.3. três minutas-padrão de contrato, com indicação dos itens a que se aplicam.

O direito penal como instrumento inibidor da violência

IVAN LIRA DE CARVALHO

SUMÁRIO

1. Abordagem inicial sobre a violência. 2. A despenalização. 3. A macroadelinquência. 4. A demora do processo penal e outras violências similares. 5. Os juizados especiais. 6. Conclusões.

1. Abordagem inicial sobre a violência

Instado a discorrer sobre o tema-*mater* “O Direito Penal e a Criminalidade”, ao invés de apreender a sugestão original, não consegui deixar de vê-la sobreposta por outra legenda: “O Direito Penal e a Violência”. Sendo, como sou, um curioso dos rumos do direito penal moderno, ao mesmo tempo em que sou partícipe da sua aplicação, como magistrado e professor, não entendo possa a abordagem da criminalidade ser dissociada da violência, que é daquela o mais eficaz combustível e estimulador.

A violência pode ser conceituada como uma agressão, de ordem física ou moral, voluntária, desferida contra um indivíduo ou contra um grupo, podendo ser legítima ou ilegítima. Entretanto, como o que se persegue neste colóquio são soluções para a violência, prestadas ou prestáveis pelo direito penal, cuidaremos apenas da violência *ilegítima*.

A exteriorização da violência não reclama forma ou meio preestabelecidos. Tanto pode advir da brutalidade, da estupidez, como pode derivar de apurada dissimulação, assim como pode ser gerada pelo descaso ou pelo menoscabo. Assim, tanto é violenta a *ação* do ladrão, que não hesita em esfaquear a vítima, para desta subtrair um relógio, como é violenta a *inação* do Estado, conivente com a proliferação de favelas nas cercanias e no seio

das urbes, habitadas pela escória da cidadania, sem acesso à saúde, à educação e até mesmo à alimentação.

Violento é o homicida, que, num rasgo de primarismo, ceifa a vida do seu semelhante, às vezes por questões diminutas. Violento é também o governante inescrupuloso, que não tergiversa em lançar mão de recursos públicos, para ornar jardins suntuosos da sua propriedade privada, abarcando para si a verba que saciaria a fome de milhares de crianças carentes ou que retiraria dos corredores infectos dos hospitais os miseráveis que têm a desgraça de cair em doença.

E o salário mínimo, que melhor seria chamado de “salário insuficiente”, não é uma severa violência, que atenta contra o natural direito da sobrevivência humana?

Diante desse vastíssimo e triste cabedal de violências, o que fazer para debelá-las, ou pelo menos para minimizá-las?

O redirecionamento do Estado-administração é a primeira das sugestões razoáveis. A priorização das políticas de erradicação da miséria decerto atacaria a raiz da maioria dos problemas que deságuam na violência por todos nós repelida.

A contrapartida da sociedade, procurando soluções simples para os problemas tidos em primeiro olhar como incontornáveis, também não pode ser descartada. Assim, a família, as associações profissionais, os clubes de serviço, as universidades, o empresariado e todos os conglomerados que se disponham a dar a sua parcela de colaboração para a minimização da violência devem fazê-lo urgentemente. Não há tempo para a espera! De primeiro, devem atacar *as causas* da violência, velando a educação da infância e da juventude; prestando assistência social aos carentes; desenvolvendo campanhas de esclarecimento acerca da ética e da cidadania, que deverão ser bandeiras das pessoas na busca do bem-viver. Em seqüência, devem colaborar com o rebate *aos efeitos* da violência, em ações como, por exemplo, de recuperação de egressos penitenciários e de albergamento de apenados a prestação de serviços.

Mas, e o direito penal, onde entra para contribuir com a diminuição da violência?

2. A despenalização

A primeira das colaborações que pode ser emprestada na tentativa de encurtar o espectro

da violência, por paradoxal que possa parecer, reside na sua própria retração. É o caso de ser mais útil o direito penal estando ausente de certos fenômenos sociais e comportamentais do que efetivamente emprestando o seu concurso.

A perfeita sintonia que o direito, como um todo, deve guardar em relação aos anseios da sociedade não pode ficar indene ao direito penal. Ao discorrer sobre “Direito Penal e Mínimo Social”, João Mestieri pugnou exatamente por essa ausência salutar do direito penal, em searas que melhor seriam tratadas recebendo a atenção de outros ramos da ciência jurídica. Em suas conclusões, alinha o professor carioca:

“Portanto, ao lado dessas considerações, parece-nos útil ter em mente os seguintes pontos: (I) necessidade de um movimento intelectual firme e abrangente, no sentido de restabelecer o papel a ser realmente desempenhado pelo direito penal no concerto das medidas de controle social; (II) considerar o direito penal não como uma panacéia para a solução dos males sociais, mas como a *ultima ratio* no concerto das medidas de controle social, e apenas daí derivando-se as modernas considerações sobre a teoria da intervenção mínima e os trabalhos de despenalização, descriminalização e até mesmo de abolição penal; (III) repensar-se a ilicitude como ente indissociável da realidade social e não como algo abstrato, de mera contradição formal entre o dever-ser e o ser jurídicos; (IV) incorporar, a essa linha de investigação, considerações sociais essenciais para a compreensão abrangente da ilicitude como critério de reprovação social, tais como a criativa teoria do espaço social e a afirmação de Nilo Batista, muito rica em linhas de investigação, da co-culpabilidade do Estado ou do sistema (*Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1990. p. 105).”¹

A sociedade, destinatária final da ordem jurídica, tem a palavra, por suas caixas de ressonância, para dizer o que deseja que seja tido como crime. De nada adianta ao legislador tipificar essa ou aquela conduta, tisonando-a de criminosa, se o meio social, ainda que informalmente, acolhe com naturalidade o

¹ Livro de Estudos Jurídicos, n.8. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. p. 443.

infrator dessas normas. O exemplo mais gritante do divórcio entre as leis penais e os fatos está na criminalização dos chamados *jogos de azar*, ocorrida nos anos quarenta, para atender ao desejo da esposa do então Presidente da República, cuja formação católica censurava a riqueza advinda da álea. O “sabor do pecado” multiplicou os cassinos clandestinos, com a mais completa indulgência da sociedade, o que fez com que as autoridades enxergassem o fenômeno com banalidade. Destarte, desde que inteiramente dissociada de outras atividades nocivas (o tráfico de entorpecentes, por exemplo), a jogatina deita e rola “na mais perfeita ordem”. Ou alguém desconhece que até mesmo *alvarás de autorização* são expedidos pelo poder público para o funcionamento de casas de jogos?

Ainda que visto com reservas por parcela da população mais ligada à religião católica, o *auto-aborto* ou o *aborto consentido* já não provocam a mesma indignação na sociedade que provocavam há meio século, quando entrou em vigor o Código Penal. Valerá a pena o Estado-juiz remeter ao cárcere a jovem comerciária que, por incorreta avaliação do seu período fértil, engravidou do seu namorado, um balconista da loja da frente, e, porque ambos não têm a mínima condição de criar prole, resolveu interromper a gestação ainda no primeiro mês? Deve esse mesmo Estado, por seu braço legislativo, fazer ouvidos moucos aos movimentos de elevação da dignidade feminina, que, após ocuparem respeitáveis espaços na opinião pública nacional, conseguiram ressoar para o Universo, na 4ª Conferência da ONU sobre a Mulher, realizada em Pequim, neste mês de setembro, o desejo de liberdade para a disposição do próprio corpo, até mesmo em nome da saúde?

O que dizer do delito de *sedução*, perpetrado contra mulher menor de dezoito anos, lograda pelo agente na sua “inexperiência ou justificável confiança”? Será que a sociedade moderna ainda aceita, como há cinquenta anos, que uma mulher biológica e mentalmente normal se escude em “inexperiência ou justificável confiança” para se dizer vítima do crime de *sedução*?

E o *adultério*? Quando qualquer um de nós, detentores de intimidade com o direito, diz a um leigo que o adúltero pode ser condenado à pena de detenção, de até seis meses, a gargalhada é inevitável, como inevitável é o comentário acerca da feição medieval dessa norma.

Diferente não é a reação de uma pessoa alheia aos meandros da ciência jurídica ao ter a notícia de que, no Brasil, a *bigamia* é crime. Em geral, é aceito apenas o sancionamento civil do bigamo, com o desfazimento do casamento mais moderno.

Em outro escrito², tive a oportunidade de registrar a minha irrisignação contra a desnecessária criminalização de condutas que, ao meu ver, apenas configuravam *ilícito administrativo* ou, mais precisamente, *ilícito tributário*. Ali afirmou:

“1- 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. 2- 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). 3- A esse tipo de reação do Estado impotente os doutrinadores chamam de “Direito Penal do Terror”, denominação inaugurada por René Ariel Dotti³ e divulgada por João Gualberto Garcez Ramos⁴, 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. 4- Não é moderno esse entendimento do Estado, de achar que a panacéia para qualquer irregularidade comportamental advinda do particular somente pode ser corrigida com

² A CRIMINALIZAÇÃO de ilícitos praticados por particular contra a administração pública – o descaminho de mercadorias. *Revista do CEJ/RN*, Natal, v. 2, p. 170, 1995.

³ UM NOVO Direito Penal do terror. *Folha de S. Paulo*, 25 mar./1991. p. 3, c. 1.

⁴ A INCONSTITUCIONALIDADE do Direito Penal do terror. Curitiba : Juruá, 1991. p. 34.

a aplicação de penalidades deambulatorias. 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”. 5- 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. 6- É óbvio que não se prega aqui o absentismo 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 Diguít chamou de “Estado Bem-estar”.

A cansativa lista de situações atualmente tidas como delituosas, em descompasso com os anseios da sociedade, não tem outra finalidade que não a de mostrar que o direito penal está cuidando de assuntos que já deixaram de reclamar a sua tutela. Isso o torna “pesado”, lento e ineficaz, implicando a sua ausência em áreas onde não poderia faltar, advindo de tal omissão a inevitável violência, retratada na impunidade dos delinquentes; na falta de crédito nas instituições jurídicas; no estímulo à criminalidade e, sobretudo, pela ocupação, por grupos criminosos, de espaços que haviam sido reservados pela sociedade para a atuação do Estado, como tem ocorrido nos morros cariocas, onde os traficantes de entorpecentes assumem, debaixo de bala, o controle da saúde, da educação, da assistência social, do lazer e da segurança das populações carentes. Esta indevida inversão de atividades tem merecido as mais ácidas críticas de estudiosos de têmpera, como é o caso de José Augusto Delgado, em brilhante palestra proferida durante o I Ciclo de Estudos promovido pela Justiça Federal, Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

3. A macrodelinquência

É sobre o arcadismo de ponderável parte do direito penal que se instala, nos dias atuais, o que os segmentos especializados da imprensa chamam de *macrodelinquência* ou

de *macrocriminalidade*, expressões que se traduzem na prática de ilícitos penais, quase sempre de conteúdo patrimonial, cometidos na esteira do processo de globalização experimentado pela economia mundial, em particular a dos países sul-americanos componentes do Mercosul. São crimes timbrados pela sofisticação, perpetrados por especialistas detentores de amplo domínio tecnológico, e que, não raro, provocam danos de vasta extensão social. Mesmo assim, raramente são tipificados especificamente na legislação penal, circunstância que facilita a impunidade dos agentes, diante das dificuldades de subsunção do fato concreto a uma norma preexistente, mas bastante genérica.

O criminalista uruguaio Raúl Cervini, Secretário-Geral para a América Latina do *International Center of Economic Penal Studies* (ICEPS), analisa os efeitos da macrocriminalidade:

“É um tipo de delinquência de conseqüências sociais muito graves. Na Argentina, por exemplo, a falsificação de moeda e de títulos da dívida pública causou um prejuízo superior a US\$ 300 milhões nos últimos dez anos.”⁵

Ainda segundo Cervini, os delitos da ordem em comento não são exclusividade das economias desenvolvidas, pois estas, por terem mecanismos de controle mais eficientes, inibem esses tipos de delitos, diferentemente do que ocorre nos países mais frágeis, onde os criminosos organizados encontram espaço adequado para a empreitada ilícita, facilitada pelo controle estatal deficiente⁶.

Nos países integrantes do Mercosul, a macrodelinquência se pronuncia com maior destaque nas fraudes financeiras, ultimadas com o uso de cartões de crédito ou por intermédio de transferências bancárias “frias”. “O crime organizado tem encontrado formas de burlar o controle das transações econômicas. É o caso dos novos cartões de crédito internacionais com circuito individualizador incorporado (cartões auto-identificáveis), que se acreditava serem à prova de todo o tipo de fraudes”, conforme dá conta Raúl Cervini⁷, mas que tiveram o seu circuito individualizador decifrado por um aparelho desenvolvido pelos

⁵ Folha de São Paulo, 19 ago. 1995. p.2, c. 3.

⁶ Mesma fonte e página.

⁷ Op. cit., mesma página.

especialistas do crime, permitindo a sua perfeita reprodução em um cartão falsificado.

Por fim, reclama o criminalista uruguaio:

“Só o legislador com profundo conhecimento da realidade econômica pode prever as possíveis mutações de seus mecanismos. Senão combate apenas os sintomas e nunca chega a tipificar adequadamente os delitos.”⁸

Para ele, é imprescindível que o legislador defina tipos penais específicos e precisos, já que os tipos penais *abertos*, que permitem interpretações variadas, criam confusão e propiciam a impunidade dos agentes.

Deixando de considerar, com a atenção merecida, o nefasto fenômeno da macrocriminalidade, está o direito penal brasileiro escancarando as portas (máxime as fronteiras) à violência requintada dos falsários da era da eletrônica, estimulando as *nets* da delinquência.

4. A demora do processo penal e outras violências similares

Outra forma de violência que não pode escapar à análise agora desenvolvida é a que pode ser chamada de *violência de índole processual*, perpetrada, com especialidade, contra o réu pobre.

Beccaria, em seu célebre “Dos Delitos e das Penas”, já clamava por processos penais rápidos, até mesmo como forma de aproximar, no tempo, o crime e o castigo, emprestando a este maior eficácia⁹. Entretanto, com a estrutura forense e cartorária deficientes, aliada a um código processual burocratizante, não conseguimos ainda atender à sugestão-princípio do Marquês de Milão, mesmo que passados mais de dois séculos. Urge, pois, que tenha vigência a anunciada reforma do diploma processual penal brasileiro, tornando mais ágil o apuratório dos crimes e o conseqüente desfecho judicial. A adequação do aparato forense também servirá para que a violência em destaque seja banida (ou pelo menos minorada).

Noutro passo, a falta do efetivo funcionamento da Defensoria Pública implica violência contra o infrator penal de baixo poder aquisitivo, sempre à mercê dos préstimos de um *defensor dativo*, que, por maior senso ético

que possua, não pode descurar dos seus afazeres profissionais já contratados, para dar larga assistência ao réu miserável. E por falar em miserável, é assim que é classificada a simbólica remuneração oferecida na Justiça Federal ao defensor “dativo”: o equivalente a pouco mais de um salário mínimo, pelo acompanhamento de todo o processo, inclusive com a interposição de recursos. Na Justiça Estadual local o quadro é ainda mais desolador: seis (meia dúzia, mesmo) defensores públicos para todo o Rio Grande do Norte, e, como eles não têm o dom da ubiqüidade, são precariamente substituídos pelos dativos, que prestam o seu labor na mais exclusiva gratuidade, o que, é inescusável, compromete a qualidade da defesa.

Ney Magno Valadares, em ensaio intitulado “A questão da igualdade perante a lei”¹⁰, resume a desigualdade de tratamento conseguido, no processo penal, por um delinquente rico e por um infrator pobre:

“Admito que o grande investidor, que manipula o mercado de ações, e causa prejuízo a milhares de pequenos investidores, tem mais possibilidade de ser absolvido do que o punquista que assalta transeuntes incautos. ... Por que isso ocorre, se a lei assegura igualdade de tratamento para um e outro? ... Por causa das desigualdades naturais que a ficção legal não pode nivelar. ... Enquanto o grande investidor pode contratar os melhores juristas do país para defendê-lo, a sorte do punquista vai depender da boa vontade de um defensor dativo, nomeado pelo juiz e que, muitas vezes, apresenta uma defesa meramente formal.”

Penso que a sorte do punquista exemplificado por Ney Valadares espera por uma ação mais séria do Estado, que tem o dever constitucional de assegurar defesa eficaz aos seus súditos (CF, art. 5º, LV), para que se consiga a isonomia preconizada no *caput* do referido dispositivo.

5. Os juizados especiais

O assoberbamento dos juízos e dos juízes criminais, com feitos que se arrastam pelos meandros do anacronismo do processo penal brasileiro, por vezes à espera do julgamento de delitos de infundada ou de duvidosa tipificação, implica, como já foi alinhado

⁸ Ibidem.

⁹ Série Clássicos de Bolso. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro : Ediouro, 1995. p. 54.

¹⁰ DIREITO & Justiça, *Correio Brasiliense*, Brasília, n. 207, 3 jul. 1995.

acima, retardamento da prestação da tutela jurisdicional.

Uma das soluções para o entrave agora apontado está no efetivo funcionamento dos *juizados especiais criminais*, cuja gênese está na Constituição de 1988 (art. 98) e tem disciplinamento na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995¹¹. Toca a esses juizados o julgamento dos crimes de menor potencial lesivo, desafogando – e muito – os juízos convencionais, que assim terão mais tempo para distribuir justiça nos feitos que envolvem crimes mais complexos.

6. Conclusões

1ª) A violência pode ser física ou moral, dirigida ao indivíduo ou ao grupo social. Tanto pode ser perpetrada por uma pessoa física como por entes morais, inclusive de natureza pública.

2ª) O direito penal é – e deve cada vez mais ser – o instrumento idôneo para coartar a violência, inclusive a *violência institucional*.

3ª) No caso brasileiro, deve o Estado-administração priorizar as políticas de erradicação da miséria, atacando, assim, a maioria dos problemas que deságuam na violência por todos nós repelida.

4ª) É dever da sociedade oferecer contrapartida à ação do Estado-administração, procurando soluções simples para os problemas sociais tidos, em primeira vista, como incontornáveis. Deve colaborar no ataque às causas da violência (falta de escolas para a infância e para a adolescência; ausência de assistência social para os carentes; desinformação sobre rudimentos de cidadania etc.), não deve restar omissa em colaborar, também, com o rebote aos efeitos da violência, em ações como, por exemplo, de recuperação de egressos penitenciários e de albergamento de apenados a prestação de serviços.

5ª) A presença do direito penal deve ser restrita aos campos da atividade humana onde a tutela oferecida pelos outros segmentos da

ciência penal não tenha sido suficiente. Assim, o alentado número de tipos penais, disciplinando temas que seriam melhor albergados em outros ramos do direito, só implica hipertrofia do direito penal, tornando-o lento e ineficaz, o que provoca seu descrédito pela população.

6ª) A despenalização de condutas que não merecem uma recusa social mais severa é um dos passos para a restauração da mobilidade e da eficácia do direito penal.

7ª) Não pode o direito penal avançar em descompasso com as mudanças econômicas e sociais experimentadas pela sociedade neste final de século. Assim, não pode perder a corrida para a macrocriminalidade, que está armada das mais refinadas técnicas de delinquência, atuando, com destaque, com apoio na cibernética. Verdadeiras *nets* do crime já estão instaladas nos países do Mercosul, e o direito penal tem que progredir para ficar em compasso com o crime organizado, sob pena de não poder combatê-lo com eficiência.

8ª) O processo penal também tem que se modernizar, sob pena de submeter os acusados, principalmente os mais pobres, ao demorado pelourinho do *sub judice*. A demora no julgamento das lides penais bem pode configurar o que se chama de *violência de índole processual*, que é a pior de todas em comento, posto que angularizada, no pólo ativo, pelo próprio Estado-juiz.

9ª) É dever do Estado, por imperativo constitucional, assegurar defesa eficaz aos seus súditos (CF, art. 5º, LV), ofertando defensoria pública de boa qualidade, para que se consiga a isonomia preconizada no *caput* do referido dispositivo.

10ª) A instalação dos *juizados especiais criminais*, previstos no art. 98 da Constituição Federal e materializada a partir da Lei nº 9.099/95, em muito contribuirá para o desafogamento dos juizados penais convencionais, já que cuidará do julgamento das infrações de menor potencial lesivo, com rapidez e em processo célere.

¹¹ A respeito, cf. excelente artigo do Professor TEMER, Michel. Mais justiça para todos. *Folha de S. Paulo*, 9 set. 1995. C. Data Vênia.

Revolta da dignidade e a revolução ética

JOSÉ PITAS

Constata-se no espírito do povo assombrosa e persistente insatisfação.

O povo anda triste, cabisbaixo, pensativo, sem esperança.

O medo destronou a confiança nos valores fundamentais e governa o mundo. Deteriorou a alma e inflamou a violência. Matou os deuses. Dissolveu a esperança. Fez medrar a covardia e a injustiça. Da dignidade humana forjou o rastro instintivo de desprezo à razão.

Os líderes políticos estão desacreditados. A crise de consciência dissolveu a âncora psicológica que mantinha o povo unido numa concepção comum de respeito humano e de confiança na vida.

Em que pode se fundamentar o princípio de autoridade capaz de justificar a convivência fraterna e pacífica entre os homens?.

A Antropologia tem reconhecido a existência de entidade histórica a quem a consciência coletiva tem outorgado autoridade, legitimidade, poder para declarar e impor, coercivamente, uma reserva mínima de valores (mínimo ético) pelos quais a inteligência tem reconhecido a viabilidade de sobrevivência pacífica entre os componentes da comunidade: o juiz.

Entretanto, de onde o juiz pode extrair legitimidade senão da coragem, da abnegação, da perenidade da integridade ética: fonte da autoridade moral?

O poder sem armas, o espírito da magistratura, desafia a consciência através de postulados que vitalizam, energizam e propulsam a profissão de fé:

“Nada e ninguém tem poder ou autoridade para controlar a consciência

José Severino da Silva Pitas é Juiz do Trabalho Presidente da 2ª JCJ de Franca-SP e Professor da Universidade de Franca-SP.

jurídica no exercício da liberdade de pensar e de dizer o direito.”

“O Juiz em seu ofício não se sujeita a pressões de forças concretas ou ocultas, nem sucumbe ao próprio interesse.”

“O Juiz é o alicerce, o fundamento, o elemento catalisador, em quem a consciência histórica e coletiva do povo deposita esperança e legitimidade para afirmar o Direito, manter ardente a chama da solidariedade humana e dos valores eternos da Humanidade, realizar justiça social: instrumentalização dos anseios profundos identificados com a Democracia.”

O que revela a identidade do magistrado é sua opção pela coragem, pelo serviço público, pelo sacrifício, pelo atendimento à consciência coletiva e histórica de justiça.

Isto impõe a prática de responsabilidade pela consciência de que o que pensamos e fazemos constitui o legado construtor da consciência da nação, da alma da pátria.

É impossível eliminar o nexos entre causa e efeito, como entre nossa individualidade, o que sentimos, pensamos e fazemos e nossa atuação profissional.

Quando a nossa consciência, por prazer ou medo, cede à pressão por interesse pessoal ou alheio, deixamos de ser juízes. Traímos a toga. Traímos o povo. Traímos a humanidade. Traímos a Constituição (art. 5º, IV, VI, IX). Corrompemos o espírito.

Parafrazeando Von Ihering, “quando o silêncio faz periclitar um direito, não comprometemos apenas nossa pessoa, mas pomos em perigo toda a humanidade”.

Contudo, quando a consciência do espírito da magistratura nos desperta, a força, a coragem, a vontade de crescer ativa, ressuscita e revolta o sentimento de dignidade.

A coragem moral deve ser exercida segundo o espírito da magistratura.

O juiz de primeira instância constitui o mais lídimo e expressivo espírito de Justiça. É quem, na consciência coletiva e histórica, corresponde ao arquétipo de justiça e em quem o povo reconhece legitimidade, autoridade, para se dizer o direito.

Ao homem comum compreende-se a convivência com medo e conseqüentemente com algumas perversões íntimas do mundo pré-lógico ou irracional. Mas àquele que se propõe o título de servidor público exige-se encarnar

o espírito democrático, o discernimento, diante do qual a razão impõe a opção pelo exercício dos atributos superiores da inteligência, que o torna a chama viva e o guardião eterno dos valores que justificam a consciência de dignidade humana.

Impõe-se, também, a rejeição do elemento patológico que tem trazido tantos sofrimentos e humilhação à humanidade, a *Síndrome de Procusto*, a inclinação intolerante de sujeitar a liberdade de divergência dos outros ao padrão do Leito de Procusto (inclinação patológica para a intolerância e ao totalitarismo), cortando-lhe os pés, se maiores, esticando seu corpo, se menor.

Do magistrado, como do parlamentar, do chefe do Executivo e demais agentes políticos exige-se liberdade de consciência ante a responsabilidade fundamental pela transformação da sociedade.

Não se transformam sociedades, entretanto, por meio de derramamento de sangue – método procustiano impotente e perverso – e, sim, pela coragem de encarnar a consciência da “ética automotiva”, disposição pela qual se age pelo discernimento da liberdade e da justiça, por si, e não pela ética do prêmio e do castigo. A ética automotiva implica a consciência da inexistência de espaço entre verdade e ação e a constatação de que a sociedade é efeito do que o indivíduo sente, pensa e faz.

Em síntese, você, somente você, tem o poder da transformação da sociedade, pela única via de se tornar a chama viva, centro sensitivo, perceptivo e decisório da revolução ética. Você é a fonte de corrupção ou de regeneração, o centro gravitacional de energização do sistema social. Daí por que os crimes cometidos por juízes, parlamentares, chefes de executivo, militares, e demais agentes políticos devem ser qualificadamente punidos.

Você é a síntese de toda a humanidade. A sociedade é o prolongamento espetacular do que flui no seu espírito: célula causal.

Ao juiz, portanto, incumbe assumir o desafio imposto pelo espírito da magistratura, que é a coragem, a abnegação, de exercitar a liberdade, independentemente de pressão de forças concretas, ocultas, ou de seu próprio interesse pessoal.

Fora desse espírito tornamo-nos indignos.

É preciso inspirar fundo os novos ventos que sopram no limiar do terceiro milênio, a

Era da Liberdade, da destruição de todas as tiranias, desde as impostas pela força bruta até as criadas pelas ideologias.

Para isso, cumpre-nos ser fiéis, integralmente, à esperança que a consciência coletiva histórica do povo projetou no magistrado, reconhecendo-lhe autoridade moral.

Permitam-me refletir, sem a pretensão de ensinar.

Assim como a vida confia no poder criador da terra, assim como a vida confia no poder

renovador do útero, também confia no poder e na liberdade criadora do espírito humano, capaz de discernir e de decidir, e também, como o Rei Midas, de transformar adversidades em condições favoráveis, superar a causalidade corruptora e recriar o universo, a partir da coexistência pacífica, criativa e fraterna entre os homens, dignidade que explica a inteligência e justifica a existência.

Fora disso, qualquer idiota é capaz de reproduzir grandes ruídos, dominar e triunfar.

Ainda sobre o efeito vinculante

ELLEN GRACIE NORTHFLEET

Os Professores Arnoldo Wald e Ives Gandra da Silva Martins, na edição do *Estadão* de 15/4/96, desenvolveram, com absoluta clareza, as duas linhas de pensamento que se colocam, hoje, nos meios jurídicos, uma para defender, outra para antagonizar-se com a adoção de algum efeito vinculante para as decisões dos tribunais superiores. Alinho-me entre os que acreditam que a maior parte das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma. São causas que se contam aos milhares em todo o país e que dizem respeito a matérias exaustivamente discutidas e há muito pacificadas pela jurisprudência. Como exemplo, as devoluções de empréstimos compulsórios, as causas em que se busca a correção monetária dos salários de contribuição, para efeito de cálculo das aposentadorias, aquelas em que os depositantes reivindicam a aplicação de índices expurgados ao cálculo de seus saldos em cadernetas de poupança, entre inúmeras outras.

É impossível sustentar que processos dessa natureza devam prosseguir congestionando o Judiciário e percorrendo suas diversas instâncias na sucessão, quase interminável, dos recursos colocados à disposição das partes pela legislação processual. Nenhum progresso para a ciência jurídica resultará do julgamento desses feitos. Eles nada mais são que uma reprodução de peças padronizadas. Da petição inicial ao acórdão derradeiro, nada será acrescentado ao entendimento que já se cristalizou a respeito da matéria. É inútil e custoso manter a máquina judiciária ocupada com questões que já não oferecem relevo ou dificuldade. Mais que isso, tal atitude desvia atenção e recursos do

Judiciário, os quais deveriam estar melhor aplicados nas questões que têm maior atualidade e demandam reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados.

São ademais infundados os temores de que a adoção do efeito vinculante pudesse coarctar de alguma forma a independência dos juízes, essa garantia constitucional que não se erige em privilégio para uma categoria, mas em garantia para o cidadão. Em países de extensa tradição democrática, o sistema é utilizado sem qualquer arranhão ao devido processo legal e à garantia de um julgamento isento. Por isso, pareceu-me adequado trazer alguma informação suplementar sobre a forma como, no sistema anglo-saxão, se aplica a doutrina do *Stare Decisis*. Não se trata – como parece que alguns imaginam – de mera repetição acrítica de julgamentos anteriores. Ao contrário, na afirmação do Professor Brumbaugh, em seu livro *Legal Reasoning and Briefing*,

“os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior”.

Por isso mesmo, Benjamin Cardozo, em seu *The Nature of the Judicial Process*, adverte:

“Na aplicação de um precedente, o jurista precisa determinar a *autoridade* desse precedente. Será ele vinculativo ou meramente persuasivo? Se ele for vinculante, o princípio estabelecido no caso antecedente deve ser aplicado e define o julgamento do caso subsequente. Se for apenas persuasivo, uma variedade de fatores adicionais deve ser considerada para que se decida sobre sua aplicação e sobre a extensão e o grau desta aplicação.”

O exame dos fatos do caso-paradigma e daquele em julgamento definirá, em grande parte, a adequação ou não do precedente. Mas mesmo o fundamento de direito do precedente pode ser posto à prova. É o que afirma o Chanceler Kent em seus *Commentaries*:

“Uma decisão formal a respeito de uma questão de direito torna-se paradigma para caso semelhante, e os juízes devem acompanhar tal decisão enquanto ela não for superada, *a menos que possa ser demonstrado que a lei foi mal compreendida ou mal aplicada naquele caso específico*.”

Sem dúvida, o legislador brasileiro, quando cogitar da adoção de algum efeito vinculante para as decisões judiciais, levará em consideração todas as nuances que emprestam particular eficiência ao sistema tal como é adotado nos países do *common law*. Não seria razoável imaginar que, desde logo, garanta-se força de precedente a súmulas que não foram concebidas para terem tal extensão. Será necessário que os tribunais superiores revisem os enunciados já emitidos, para cancelá-los como precedentes, e redobrem suas cautelas ao editar novas formulações. Mais importante que tudo, porém, especialmente no que diz respeito às matérias da competência da Justiça Federal, é que a jurisprudência firmada seja considerada como a interpretação autorizada da lei do país e, como tal, vincule a administração pública.

Este detalhamento permitirá que se concretize o anseio manifestado pelos Professores Arnoldo Wald e Ives Gandra, ecoando, neste particular, as exigências da própria sociedade brasileira por “decisões céleres e justas, sem que o Direito deixe de evoluir de modo construtivo”.

Eleições sem tribunais eleitorais: o caso dos EUA

RICARDO JOSÉ PEREIRA RODRIGUES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Federalismo eleitoral e administração de eleições nos Estados Unidos. 2.1. Seleção de pessoal. 2.2. Administração do processo eleitoral. 3. O contencioso no sistema eleitoral norte-americano. 3.1. Resolução de contencioso por via judicial. 3.2. Resolução de contencioso por via política. 4. O papel da Comissão Federal de Eleições. 5. O combate a crimes eleitorais. 6. Conclusões.

1. Introdução

Envolvendo, muitas vezes, milhares de candidatos e milhões de eleitores, as eleições nos países democráticos somente são viabilizadas nos dias atuais devido à existência de sofisticados complexos administrativos e fiscalizadores. São esses complexos que garantem o desenrolar da eleição enquanto processo de múltiplas etapas, no qual se preserva a igualdade jurídica dos candidatos, bem como o direito dos eleitores a uma representação consoante a vontade popular.

Em muitas das democracias, cabe a um ramo específico do Poder Judiciário o encargo de dar corpo a tais complexos administrativos e fiscalizadores. Na acepção mais difundida do termo, Justiça Eleitoral

“alude aos diversos meios de controle para garantir a regularidade das eleições, com o fim de corrigir eventuais falhas e infrações eleitorais”¹.

¹ HENRIQUEZ, J. Jesús Orozco. Los sistemas de justicia electoral desde una perspectiva comparativa. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO ELECTORAL, 2, 1993, Mexico. *Tendencias contemporáneas del derecho electoral en el mundo*. Mexico : Universidade Nacional Autónoma de Mexico, 1993. p. 794.

Segundo Orozco Henríquez, sua maior contribuição é preservar

“a autenticidade, certeza, transparência, objetividade, imparcialidade, legalidade e justiça dos atos e procedimentos eleitorais”².

Os Estados Unidos constituem uma das raras exceções ao modelo de eleição, segundo o qual o processo eleitoral é supervisionado por um órgão judicial estabelecido especialmente para esse fim. Esse fato chega a ser paradoxal, já que a democracia norte-americana é tida por muitos especialistas como o mais “eleitoral” dos sistemas políticos vigentes no mundo³. Além dos cargos eletivos federais, estaduais, e municipais de praxe, tais como presidente e vice-presidente, deputados e senadores, governadores, prefeitos e vereadores, os norte-americanos elegem, em vários Estados, juízes, secretários estaduais e até superintendentes de distritos educacionais. Em algumas comunidades, a profusão de eleições é de tal dimensão que os eleitores são chamados até para eleger os “homens da carrocinha” (*dogcatchers*)⁴.

Apesar do elevado índice de realização de eleições, os Estados Unidos não fazem uso de um organismo específico de justiça eleitoral para supervisionar os pleitos e garantir a imparcialidade de seus resultados. Como, então, são organizadas e administradas as eleições naquele país? Como os norte-americanos impedem possíveis fraudes e violações da lei eleitoral? Como solucionam contenciosos eleitorais? O objetivo deste estudo é precisamente responder a tais questões, detalhando as peculiaridades, vicissitudes, imperfeições e virtudes do modo norte-americano de realizar eleições sem a mediação de tribunais eleitorais.

2. Federalismo eleitoral e administração de eleições nos Estados Unidos

A prática do federalismo é levada a sério pelos norte-americanos. Desde a fundação da república, há mais de duzentos anos, a autonomia dos Estados tem-se destacado como princípio fundamental de governo. Os

² Ibid.

³ EISEINGER, Peter, DRESAND, Dennis, FOWLER, Robert Booth et al. *American politics: the people and the polity*. Boston : Little, Brown and Company, 1982. p. 302.

⁴ Ibid.

fundadores repartiram a tutela do poder no país não apenas funcionalmente, mediante a instituição formal da separação dos três poderes, mas também geograficamente, através da autonomia dos Estados. A Décima Emenda da Constituição consolidou a importância da independência do Estado para a sociedade norte-americana, reservando aos Estados os poderes para resolver seus assuntos internos, além de todos aqueles não-delegados à União especificamente pela Constituição⁵.

Não abordada pela Carta Magna de forma explícita, a organização de eleições sempre foi considerada, nos Estados Unidos, um desses assuntos internos dos Estados não-delegados constitucionalmente à União. Assim, a responsabilidade pela organização, administração e fiscalização de eleições no país é assumida pelos Estados, mesmo nos pleitos para cargos federais. Excetuando-se a aplicação da lei de direitos do voto (*Voting Rights Act*), é secundário o papel desempenhado pelo Governo Federal norte-americano na administração de eleições no país⁶.

Cabe ao Poder Legislativo de cada Estado elaborar e adotar códigos eleitorais, criar departamentos, escritórios ou comissões para administrar as eleições, determinar as responsabilidades de autoridades eleitorais, bem como prescrever quaisquer alterações na legislação, nas instituições ou cargos dirigidos à administração de eleições nos respectivos Estados. Não se trata, contudo, de um modelo único, igual para todos os Estados da União. Há uma grande diversidade de abordagens que cada Estado dá ao processo eleitoral. Em algumas jurisdições, as Assembléias Legislativas são soberanas quanto às eleições, enquanto, em outras, o poder regulador sobre o processo eleitoral reside nos governos municipais⁷.

⁵ PADOVER, Saul K. *A constituição viva dos Estados Unidos*. São Paulo : Ibrasa, 1987. p. 74. Para comentários específicos sobre a Décima Emenda, ver SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 14-16.

⁶ DONSANTO, Craig, STEWART, Nancy S. *Federal prosecution of election offenses*. Washington : Department of Justice, Criminal Division, Public Integrity Section, 1995. p. 9.

⁷ FEIGENBAUM, Edward D., PALMER, James A., SKELTON, David T. *Election case law 93*. Washington : Federal Election Commission, National Clearinghouse on Election Administration, 1993. p. 7.

Levando-se em conta as restrições óbvias contidas na Constituição Federal, em alguns estatutos federais, e nas Constituições estaduais, o Legislativo de cada Estado norte-americano tem a liberdade de criar seu próprio sistema de administração de eleições. Segundo Feigenbaum *et al.*,

“os estatutos que governam a administração, o gerenciamento e a política de pessoal recrutado para trabalhar no processo de eleição de Estados diferentes possuem características semelhantes entre si, e, em conseqüência, muitas das decisões judiciais tomadas no âmbito de um Estado terminam por influenciar a administração de eleições em outros Estados cujos sistemas eleitorais se assemelham ao primeiro”⁸.

Haveria, pois, um potencial para se estabelecer um sistema único, federal, de administração de eleições nos Estados Unidos. O respeito ao federalismo e à soberania dos Estados, entretanto, fala mais alto.

A legislação eleitoral de cada Estado determina que um administrador-chefe das eleições seja designado, por meio de eleição ou nomeação. Em geral, esse encargo recai sobre o Secretário de Estado, como é o caso no Estado de Wyoming⁹. A estrutura típica da administração eleitoral é composta por conselhos de administração de diferentes níveis hierárquicos: estadual, municipais, de condados e de distritos. É no nível distrital que a mecânica da conduta das eleições toma forma.

Os códigos eleitorais elaborados pelos Estados geralmente determinam os métodos de nomeação, supervisão e remoção de autoridades e demais encarregados do trabalho eleitoral. Esses códigos também estabelecem o sistema de administração eleitoral que governará a elegibilidade de eleitores e candidatos, seu registro, os limites geográficos dos distritos eleitorais, a conduta das campanhas, o formato das cédulas, locais e horários de votação, métodos de contagem e tabulação de votos, encaminhamento e resolução de disputas e certificação de resultados¹⁰.

Na maioria dos casos, os sistemas de administração eleitoral criados pelos Estados

norte-americanos desempenham uma função dupla. Primeiro, viabilizam a seleção de pessoal para trabalhar durante as eleições e, segundo, possibilitam a aplicação dos códigos eleitorais.

2.1. Seleção de pessoal

Como quase tudo que diz respeito à legislação eleitoral nos Estados Unidos, a seleção de pessoal para trabalhar nas eleições (mesários, escrutinadores, etc.) é regida por lei estadual. Em todos os Estados, a lei não faz maiores exigências de qualificação desse pessoal, exceto a de que tenha, pelo menos, as mesmas qualificações dos eleitores.

Todos os sistemas estaduais de administração eleitoral nos Estados Unidos exigem, porém, que o pessoal seja nomeado de modo que se garanta à administração um caráter bipartidário. Segundo Feigenbaum *et al.*, essa exigência leva em conta a teoria de que a confrontação de oponentes, dentro da própria administração, assegurará a pureza do processo eleitoral¹¹. Curiosamente, tal exigência não implica a igualdade quantitativa de representantes de ambos os partidos nos vários locais de processamento das eleições¹².

No Estado de Wyoming, a legislação eleitoral aborda exemplarmente a questão do recrutamento e da conduta do pessoal que trabalha na realização de eleições. O Código Eleitoral daquele Estado dedica todo um capítulo, o oitavo, a esse assunto¹³. Em primeiro lugar, o Código estabelece que os Secretários de cada condado (county clerk) deverão notificar os partidos da região acerca do número de pessoas necessárias à realização das eleições em cada localidade. O Código fixa ainda os prazos para que tais notificações sejam feitas. A legislação estabelece que cada uma das pessoas a serem integradas à administração eleitoral deverá ficar à disposição do Estado, Município ou Condado por um período de dois anos.

Em segundo lugar, a lei prescreve a realização de um treinamento para as pessoas que assumirem funções eleitorais. O Código Eleitoral de Wyoming sublinha que os treinamentos são abertos ao público em geral e não se restringem às pessoas nomeadas para

⁸ Ibid.

⁹ 1994 WYOMING election code. Cheyenne : Office of the Secretary of State, 1994.

¹⁰ FEIGENBAUM *et al.* op. cit.

¹¹ Ibid. p. 8.

¹² Este entendimento ficou consagrado na jurisprudência sobre o assunto, em particular no caso *Vinston v. Anton*, de 1986.

¹³ WYOMING election code, op. cit. p. 41-44.

funções eleitorais. Em 1994, o Código Eleitoral do Estado de Wyoming estipulou em não menos de 5 dólares e não mais de 25 dólares o pagamento efetuado aos participantes pela frequência ao treinamento. O Estado também estabeleceu o pagamento de quilometragem gasta no deslocamento dos participantes para o mencionado treinamento.

Por fim, a legislação estabelece um pagamento pela prestação de serviços durante o período de eleições para todo o pessoal nomeado para funções eleitorais (mesários, escrutinadores, etc.). Segundo o art. 116 do Código Eleitoral, o Poder Legislativo do Condado deverá fixar o pagamento por hora para cada função, bem como notificar cada pessoa nomeada da sua respectiva taxa de pagamento.

“O pagamento/hora não poderá ser menor que o salário mínimo vigente no Estado. O pagamento deverá ter início uma hora antes do participante assumir suas funções”¹⁴.

O comportamento do pessoal nomeado para trabalhar durante as eleições nos Estados Unidos está sujeito à supervisão judicial do processo eleitoral como um todo. Essa supervisão tem por objetivo prevenir fraudes, remediar erros, punir crimes eleitorais e irregularidades¹⁵.

Em geral, a exoneração de uma pessoa nomeada para uma função eleitoral só poderá acontecer por justa causa. De acordo com Feigenbaum *et al.*

“a independência política e a neutralidade do pessoal selecionado para trabalhar nas eleições seria destruída caso essas pessoas ficassem à mercê de remoções arbitrárias”¹⁶.

2.2. Administração do processo eleitoral

Não há regras nacionais para a administração de eleições nos Estados Unidos. As diretrizes administrativas do processo eleitoral naquele país podem ser assimiladas a partir dos códigos eleitorais elaborados no âmbito estadual. São

¹⁴ *Ibid.* p. 44.

¹⁵ Toda autoridade eleitoral do Estado de Wyoming submete-se a um juramento oficial ao aceitar suas funções. Nesse juramento, “afirma que realizará suas funções imparcialmente e da melhor forma possível. Que se esforçará para prevenir fraudes, desonestidade e abuso na aplicação das leis eleitorais do Estado”.

¹⁶ FEIGENBAUM *et al.* op. cit. p. 8.

esses documentos legais que definem, caso a caso, todos os detalhes do gerenciamento da eleição, incluindo-se a forma de votação, a previsão de contencioso e as penalidades previstas para infrações e irregularidades.

Novamente, o Código Eleitoral do Estado de Wyoming apresenta-se como um exemplo do que ocorre nos demais Estados da federação no tocante à administração de eleições. Observa-se, por exemplo, que a operacionalização das eleições no Estado acontece no nível do Condado. Cabe ao Legislativo de cada Condado dividir seu território em no máximo trinta distritos eleitorais. Estes podem ainda ser subdivididos em *precincts* de votação, ou zonas eleitorais¹⁷.

Cada zona eleitoral é supervisionada por uma equipe de três mesários (*judges of election*). Um número adicional de mesários pode ser nomeado para a zona eleitoral se o Secretário do Condado determinar sua necessidade. Cabe aos mesários de cada zona eleger, entre seus pares, o presidente da mesa (*chief judge*)¹⁸.

São esses mesários que recebem o eleitor, dão instruções acerca da cédula, encaminham-no à cabine de votação e à urna, e certificam-se da selagem das urnas, uma vez encerrada a votação.

Cada Condado no Estado designa os locais apropriados na região para servir de centro de contagem de votos. Nesses centros trabalham no mínimo três escrutinadores (*members of counting boards*). As pessoas escolhidas para mesário não podem trabalhar como escrutinadores numa mesma eleição, a não ser quando o distrito eleitoral for tão pequeno que não necessite de um centro de contagem de votos. Nesse caso, os próprios mesários fazem a contagem dos votos ao final da votação. No caso de existir, no Condado, um sistema eletrônico de voto, haverá apenas um centro de contagem de votos para toda a região, com pelo menos sete escrutinadores. Desses, um deverá ser o próprio Secretário do Condado ou um Secretário adjunto por ele designado, mais três escrutinadores indicados por cada um dos partidos. Caso necessário, o Secretário poderá convocar mais escrutinadores¹⁹.

O Código Eleitoral define e estabelece todos os critérios para a feitura da cédula de votação. Além de citar as regras para os candidatos e os

¹⁷ 1994 WYOMING election code, op. cit. p. 40-41.

¹⁸ *Ibid.* p. 42.

¹⁹ *Ibid.* p. 43.

partidos acessarem a cédula oficial, o Código chega a detalhar o desenho que a sua impressão deverá ter. A legislação também prevê que cada zona eleitoral receberá tantas cédulas quantos forem os eleitores registrados mais cinco por cento²⁰.

Os capítulos do Código Eleitoral referentes às regras internas de cada zona eleitoral, antes, durante e depois do período de votação, são minuciosos e servem tanto ao eleitor, enquanto lista de seus direitos, quanto aos mesários, enquanto manual de instruções. O capítulo 12, por exemplo, trata de itens como formato e localização de cabines, material instrutivo para eleitores, distribuição de cópias do Código Eleitoral, suprimentos das máquinas de votação e instruções para o uso dessas máquinas.

O capítulo 13 aborda as regras admitidas para a zona eleitoral durante o horário de votação. O art. 104 desse capítulo, por exemplo, descreve meticulosamente os procedimentos que o mesário deverá realizar antes que a um eleitor seja permitido votar²¹. Entre esses procedimentos pode-se citar o que veda ao mesário deixar o recinto de votação até que as urnas estejam lacradas. O capítulo 14, por fim, rege os procedimentos a serem efetuados após o fechamento das urnas.

3. O contencioso no sistema eleitoral norte-americano

Em sua análise sobre o contencioso no processo eleitoral dos Estados Unidos, Orozco Henríquez define o caso norte-americano como o de um sistema misto de contencioso. Para ele, o país

“constitui um claro exemplo de sistema misto de contencioso e qualificação eleitorais, tanto no que diz respeito à intervenção sucessiva de um órgão jurisdicional e outro político para solucionar impugnações contra os resultados obtidos nas urnas, quanto no que trata da participação de certas autoridades administrativas e, finalmente, da participação de órgãos políticos nas eleições impugnadas”²².

²⁰ Ibid. p. 40.

²¹ Ibid. p. 59.

²² OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. Contenciosos electoral y calificación de las elecciones en los Estados Unidos de América. *Justicia Electoral*, v. 2, n. 2, p. 25, 1993.

O que Orozco Henríquez sublinha com esta definição é que o contencioso eleitoral nos Estados Unidos tem dupla abordagem, podendo sua resolução fundamentar-se em decisões dos tribunais comuns ou, no caso de eleições para cargos legislativos, ter uma resolução política, mediante deliberação do próprio corpo legislativo em questão. Cabe salientar, entretanto, que a definição de Orozco Henríquez não traduz plenamente a complexidade do processo de contencioso eleitoral norte-americano. Este apresenta uma incomum diversidade de leis e procedimentos que, por sua vez, variam muito segundo Estado, tipo de eleição, critério e procedimento empregados, e período histórico de sua vigência²³.

A complexidade do processo de contencioso eleitoral manifesta-se com maior clareza nas eleições para cargos federais. Em tais pleitos, os contenciosos tanto podem ser decididos com base nos códigos estaduais como podem ter sua resolução fundamentada em dispositivos da Constituição Federal.

De qualquer modo, os especialistas norte-americanos consideram contenciosos eleitorais no nível federal uma raridade no país. Segundo a Comissão Federal de Eleições, 99% das eleições para cargos federais são decididas nas urnas no dia da eleição.

“O 1% restante inclui, entretanto, a contestação de três eleições presidenciais, de mais de 500 pleitos (assentos) para a Câmara de Representantes e de aproximadamente duas dúzias de pleitos (assentos) para o Senado Federal”²⁴.

3.1. Resolução de contencioso por via judicial

No caso das eleições de abrangência estadual e municipal, os procedimentos para a contestação de resultados são delineados nos códigos eleitorais de cada Estado. Assim é que, em Wyoming, o Código Eleitoral prevê tanto a recountagem dos votos quanto a contestação do resultado em vários de seus dispositivos. O Capítulo 15, por exemplo, limita as bases para contestação de resultados a cinco casos específicos: 1) má conduta ou negligência

²³ CONTESTED elections and recounts : issues and options in resolving disputed federal elections. Washington : Federal Election Commission, 1990. p. iii.

²⁴ Ibid.

material de uma autoridade eleitoral que tenha afetado o resultado da eleição; 2) inelegibilidade do candidato; 3) corrupção de eleitor ou de autoridade eleitoral por parte de candidato; 4) fraude na contagem de votos; e 5) violação, pelo candidato, de vários dispositivos (listados) do Código Eleitoral²⁵.

A legislação eleitoral de Wyoming estabelece que o Tribunal de Justiça do Estado confirmará ou anulará o resultado contestado, menos nos casos envolvendo a eleição de membros do Poder Legislativo estadual, nos quais a solução do contencioso dar-se-á pela via política.

A seção 4^a do artigo 1^o da Constituição Federal, que reza que

“os tempos, lugares e formas de celebrar eleições para senadores e deputados federais deverão ser prescritas em *cada Estado* pelo respectivo Legislativo (meu grifo); mas o Congresso poderá, a qualquer tempo, e através de lei, alterar tais normas, exceto as relativas à escolha dos senadores”²⁶,

torna evidente a preponderância dos Estados na realização e supervisão das eleições federais. A jurisdição dos Estados sobre eleições federais foi ainda reiterada na Lei de Contestação de Eleições Federais (*Federal Contested Elections Act*) de 1969, que deu ampla margem aos Estados para legislar procedimentos a serem seguidos no caso da contestação de resultados em eleições federais. Porém, no que tange ao contencioso dessas eleições para cargos federais, a jurisdição estadual varia muito de Estado para Estado.

Os códigos eleitorais da maioria dos Estados dispõem sobre a apresentação de recursos contra pleitos federais perante tribunais locais. Contudo, em três Estados – Alabama, Illinois e Kentucky – a legislação eleitoral carece desse tipo de dispositivo, tendo os seus códigos estabelecido que os dispositivos previstos para determinar a resolução de contestações não se aplicam às eleições para cargos federais. Quatro Estados não contam com qualquer tipo de recontagem de votos em eleições federais, mas sua legislação prevê procedimentos de impugnação que freqüentemente estabelecem

a recontagem como solução. Cinco Estados não permitem impugnar qualquer eleição federal, embora prevejam a possibilidade de recontagem de votos para esse tipo de eleição. Em cinco outros Estados, os dispositivos acerca da contestação em eleições federais aplicam-se apenas à eleição de membros do colégio eleitoral que elege o Presidente da República, não se aplicando ao pleito de deputados e senadores²⁷.

Outros Estados decidiram aplicar os dispositivos de seus respectivos códigos eleitorais referentes à resolução de contenciosos estaduais e locais para resolver contenciosos federais, mesmo quando os códigos não especificam tal aplicação. Segundo a Comissão Federal de Eleições, ao se decidirem por esse tipo de aplicação da lei, os Estados antecipam a possibilidade de serem contestados por seus próprios tribunais estaduais²⁸.

Com respeito à iniciativa da contestação, os códigos eleitorais dos Estados apresentam grande diversidade relativa: 1) a quem pode encaminhar recurso; 2) às bases para o encaminhamento; 3) aos prazos para o encaminhamento; 4) à forma de encaminhar; e 5) à instituição para a qual deverá ser encaminhado o recurso. No que tange à deliberação sobre a impugnação de resultados, os códigos estaduais variam muito quanto: 1) ao fórum para solucionar a contestação; 2) aos procedimentos a serem seguidos, incluindo-se o escopo da revisão da documentação; 3) à avaliação dos custos associados ao processo; e 4) aos tipos de solução disponíveis.

Finalmente, cabe ressaltar que a legislação estadual voltada à contestação de eleições tem sido alterada substancialmente de tempos em tempos. De acordo com relatório da Comissão Federal de Eleições, os Estados freqüentemente revisam suas leis e procedimentos com base na experiência em solucionar contenciosos²⁹.

3.2. Resolução de contencioso por via política

A Constituição dos Estados Unidos não deixa pairar dúvidas sobre a preeminência da via política na resolução de impugnações e contestações em eleições para o Congresso Nacional. A seção 5^a do art. 1^o da Constituição reza que

²⁵ 1994 WYOWMING election code, op. cit. p. 73.

²⁶ ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). Washington : U.S. Government Printing Office, 1989. p. 3.

²⁷ CONTESTED elections and recounts, op. cit., p. 5.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

“cada Casa do Congresso deverá ser juiz da eleição e da elegibilidade de seus próprios membros”³⁰.

Embora, como vimos, os Estados tenham autoridade substancial para elaborar procedimentos a serem seguidos no caso de contestação em eleições federais, cabe ao Congresso atuar como última e conclusiva instância desse processo.

Para Orozco Henríquez, a competência das Câmaras do Congresso para julgar as eleições de seus membros geralmente se concentra em dois aspectos da contestação: as controvérsias sobre a qualificação e elegibilidade dos candidatos e as impugnações do procedimento eleitoral que deu motivo à contestação. Segundo ele,

“a sustentação de uma impugnação pode levar até dois anos, resultando na confirmação do vencedor da eleição, na alteração do resultado oficial, ou mesmo na anulação da eleição... O membro-eleito que estiver impedido de prestar juramento, devido a uma contestação, assim como o candidato recorrente, poderão se fazer presentes às sessões da Câmara ou do Senado enquanto permanecer pendente a resolução do caso”³¹.

Data de 1798 a primeira resolução promulgada pela Câmara de Representantes dos Estados Unidos para disciplinar o encaminhamento de contestações das eleições de seus membros. Esta lei vigorou até 1804, ficando o processo de contestação naquela Casa sem norma vigente até 1851, quando uma nova legislação sobre o assunto foi aprovada. A resolução de 1851 perdeu sua eficácia quando da aprovação da Lei de Contestação de Eleições Federais, em 1969³².

Atualmente, sob a vigência desta lei de 1969, a interposição de recurso perante a Câmara restringe-se ao candidato perdedor. As impugnações podem chegar à Câmara por outros três métodos, menos frequentes: 1) um protesto ou memorial interposto por um eleitor do distrito eleitoral envolvido; 2) um protesto ou memorial interposto por qualquer outra

³⁰ ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787), op. cit., p. 4.

³¹ OROZCO HENRÍQUEZ, op. cit., p. 30.

³² CONTESTED elections and recounts, op. cit., p. 12.

pessoa; ou 3) uma moção interposta por qualquer indivíduo. Por sua parte, o membro cuja eleição está sob investigação poderá interpor uma moção para que se rejeite a contestação³³.

Pela lei em vigor, o processo de impugnação de resultados para a Câmara Federal é primeiramente remetido para a Comissão de Administração Interna (*Committee on House Administration*), que tem a incumbência de ouvir as partes e investigar as acusações, para, então, relatar os resultados de sua investigação ao Plenário da Casa, onde as decisões finais sobre o assunto são tomadas. De acordo com Orozco Henríquez, a lei vigente determina que a

“Câmara poderá realizar audiências públicas, requerer expedientes, intimar testemunhas sob pena de desacato e receber testemunhos, sem restrições sobre os meios de prova admissíveis”³⁴.

Historicamente, a maioria dos membros-eleitos alvos de impugnação tiveram sua eleição confirmada pela Câmara. A maioria das impugnações foram consideradas infundadas após sua investigação, garantindo ao membro-eleito originalmente o restante de seu mandato.

Quanto ao contencioso de eleições no âmbito do Senado Federal, não há, segundo a Comissão Federal de Eleições,

“lei ou ato do Congresso que defina o processo pelo qual o Senado julga...as eleições, os escrutínios e a elegibilidade de seus próprios membros”.

O Senado tampouco adotou quaisquer regras ou procedimentos para lidar com casos de impugnação eleitoral na crença de que cada disputa constitui um caso único para ser resolvido³⁵.

Existem, contudo, precedentes e princípios gerais que brotaram da resolução de episódios específicos levados a Plenário desde 1793, e sobretudo a partir de 1913, quando os senadores norte-americanos passaram a ser eleitos pelo voto popular. Entre esses princípios, a Comissão Federal de Eleições destaca os seguintes:

•Uma petição para impugnar um candidato eleito poderá ser aceita se originária de um cidadão comum, uma associação privada ou pública, um órgão de governo;

³³ Ibid.

³⁴ OROZCO HENRÍQUEZ, op. cit.

³⁵ CONTESTED elections and recounts, p. 13.

•Inexistem prazos, formulários e demais detalhes para as petições. Tipicamente, as pessoas interessadas em contestar o resultado de uma eleição para o Senado ditam as bases para a contestação apresentando evidência para apoiar tais bases;

•Autoriza-se a instalação de uma comissão para investigar as acusações contra o candidato-eleito. Se a comissão decidir que a petição merece consideração, a investigação prossegue, mediante audiências públicas, testemunhos e recontagens de votos, se necessário;

•A comissão relata suas conclusões ao Plenário que tomará a decisão final³⁶.

Como acontece na Câmara, o Senado tem historicamente confirmado a eleição dos vencedores nos pleitos. Os anais daquela instituição registram um único caso de Senador destituído de seu cargo após impugnação de sua eleição, embora, em três ocasiões, processos de impugnação de eleitos tenham resultado na vacância do cargo e produzido nova eleição³⁷.

Em documento oficial que trata das impugnações de pleitos, a Comissão Federal de Eleições destaca também o caso de contestação de eleição de membro do Colégio Eleitoral que elege o Presidente e o Vice-presidente dos Estados Unidos. Este documento sublinha que a Constituição de 1787 deu ao Congresso o poder para contar os votos para Presidente no Colégio Eleitoral, mas não aprovou nenhuma legislação que regulamentasse a resolução de qualquer disputa que possa surgir de sua contagem³⁸. Isso só veio acontecer em 1887, após controvérsia envolvendo a eleição Hayes-Tilden, na qual três Estados encontraram dois conjuntos opostos de votos e os remeteram ao Congresso Nacional. O episódio motivou a promulgação da Lei de Contagem de Votos do Colégio Eleitoral (*Electoral Count Act*) que vigora até hoje.

A lei estabelece que o ônus da decisão sobre os votos no Colégio Eleitoral reside em cada um dos Estados da União e que a rejeição do resultado desses votos somente poderá ser decidida mediante maioria em ambas as Casas do Congresso. Em outras palavras, a lei deixou claro para os Estados que o Congresso não intencionava atribuir-se jurisdição original nas disputas eleitorais envolvendo membros do

Colégio Eleitoral, muito embora reservasse para si o direito de emitir um juízo final sobre o assunto³⁹.

O modelo de contestação de resultados em eleições federais é basicamente repetido em escala menor nos Estados da federação. O Código Eleitoral de Wyoming, por exemplo, prevê que, nos casos de eleição para o Poder Legislativo estadual, a última instância de decisão sobre resultados contestados é a própria Casa legislativa. Ademais,

“a determinação de qualquer das Casas do Poder Legislativo Estadual acerca do resultado de uma eleição contestada que afete um de seus membros será final e conclusiva, não sendo sujeita à revisão judicial”⁴⁰.

4. O papel da Comissão Federal de Eleições

A Comissão Federal de Eleições (FEC) é uma agência independente criada em 1974 pelas emendas à Lei sobre Campanhas Eleitorais Federais. “Sua missão é administrar as leis sobre financiamento de campanhas”, que regulamentam a forma como os candidatos a cargos eletivos federais e seus comitês eleitorais levantam recursos. Especificamente, o trabalho executado pela FEC abrange três áreas: o financiamento público de eleições presidenciais, as contribuições e despesas realizadas no âmbito das eleições federais, e a divulgação de informações sobre financiamento de campanhas relatadas pelos comitês eleitorais⁴¹.

A FEC é dirigida por seis comissários que são nomeados pelo Presidente da República e confirmados no cargo pelo Senado Federal. Os comissários servem um mandato de seis anos, sendo a composição da Comissão renovada por um terço a cada dois anos. Cada ano, os comissários elegem, entre si, um presidente e um vice-presidente, que servirão naquela função por um período de um ano. Os comissários são proibidos por lei de presidir a Comissão mais de uma vez durante seu mandato de seis anos⁴².

A Comissão foi concebida como um órgão

³⁹ Ibid.

⁴⁰ 1994 WYOWMING election code, op. cit.

⁴¹ THE FEDERAL election commission. *FED Journal*, p. 14, sum. 1989.

⁴² Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

bipartidário, de forma que não mais de três comissários podem pertencer ao mesmo partido, e são necessários um mínimo de quatro votos para que seja autorizada qualquer decisão de seu colegiado. Além dos comissários nomeados pelo Presidente, servem na Comissão dois membros *ex officio* sem poder de voto: o *clerk* da Câmara de Representantes e o Secretário do Senado.

A FEC conta com um orçamento anual de 15,4 milhões de dólares (dado de 1989) e com um corpo funcional de aproximadamente 250 pessoas⁴³.

Segundo Paul Davis, ao mesmo tempo que a Comissão tem o poder para enviar processos ao Departamento de Justiça (Ministério da Justiça) para que a lei seja aplicada a violadores, ela é autorizada por lei a

“iniciar, defender ou apelar qualquer ação civil no nome da Comissão com o propósito de aplicar os dispositivos da Lei”.

Entretanto, a Comissão é encorajada pela própria Lei a procurar a adesão às leis eleitorais por meios informais. Isto é, cabe à FEC promover o cumprimento voluntário das leis eleitorais do país, podendo, de acordo com Davis, “processar os violadores quando for necessário, exceto nos casos criminais”⁴⁴.

As possíveis violações às leis eleitorais são trazidas à atenção da Comissão por veículos internos, geralmente auditorias de relatórios das comissões eleitorais, ou por agentes externos, através de queixas registradas por membros do público ou por outras agências do Governo. Se, após uma investigação, a Comissão encontrar indícios de violação da Lei, ela tentará solucionar o caso informalmente mediante um acordo de conciliação, antes de abrir um processo de ação civil. A aplicação da Lei poderá levar a Comissão a processar os violadores ou enviar o caso para o Departamento de Justiça, que, por sua vez, abrirá processo criminal.

Através de seu *clearinghouse*, a FEC atua também como órgão difusor de informações sobre administração eleitoral no país. Autoridades eleitorais de todos os Estados da federação recorrem à FEC para receber assessoramento acerca de métodos de administração de eleições, para dirimir dúvidas sobre a aplicação da lei, e para instalar meios eletrônicos de votação.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ DAVID, Paul T. The federal election commission : origins and early activities. *National Civil Review*. v. 65, n. 6, p. 279, June, 1976.

A promulgação da Lei Nacional de Registro de Eleitores (*National Voter Registration Act*) em 1993 ampliou as responsabilidades da Comissão Federal de Eleições, oficializando seu papel no assessoramento das autoridades eleitorais dos Estados, atribuindo-lhe autoridade para monitorar o impacto da nova legislação no país e para sugerir alterações na lei que contribuam para aperfeiçoar a participação popular nas eleições⁴⁵.

5. O combate a crimes eleitorais

Apesar do cunho eminentemente descentralizado da administração de eleições nos Estados Unidos, a responsabilidade por combater os crimes eleitorais acaba incidindo na esfera federal, e mais precisamente no sistema de justiça do Governo Federal. Quando o indivíduo na cédula da eleição é um candidato a cargo federal, a jurisdição federal é uma obviedade. Nas eleições gerais, quando aparecem na cédula tanto candidatos a cargos federais como candidatos a outros cargos eletivos, a jurisdição federal se concretiza com base na presença de candidatos federais, cuja eleição poderia vir a ser prejudicada por fraudes e outros crimes.

O argumento para a manutenção de uma jurisdição federal em eleições sem candidatos a cargos federais já não é tão óbvio. Afinal, são os Estados que têm autoridade para assegurar que campanhas políticas sejam conduzidas honestamente, que apenas indivíduos qualificados registrem-se e votem, e que o processo de votação seja realizado de maneira ílibada.

Antes de 1987, as leis que reprimiam a fraude postal eram usadas para estabelecer a jurisdição federal sobre eleições sem candidatos a cargos federais. Acusavam-se os fraudadores de interferir no “direito intangível do público a eleições honestas”. Uma decisão da Suprema Corte em 1987 determinou que direitos intangíveis não poderiam ser protegidos pelos estatutos contra fraude postal⁴⁶.

O dispositivo legal contido no § 1.346 da Lei 18 U.S.C. foi promulgado com o objetivo

⁴⁵ THE IMPACT of the national voter registration act of 1993 on the administration of election for federal office 1993-1994. Washington : Federal Election Commission, 1994. p. 5-6.

⁴⁶ McNally v. United States, 483 U.S. 350 apud DONSANTO, STEWART, p. 8.

de restaurar a jurisdição federal aos parâmetros anteriores à decisão da Suprema Corte. Com a nova lei, pode-se instaurar um processo contra indivíduos que fraudem qualquer pessoa de seu direito intangível a “serviços honestos”⁴⁷.

Segundo Craig Donsanto, o papel do Ministério Público Federal em assuntos eleitorais centra-se na instauração de processos contra indivíduos que cometam crimes federais relacionados a uma eleição.

“A contenção de tais crimes no futuro é um importante e natural objetivo da instauração de processos federais. Entretanto, esta contenção deve ser obtida por meio do conhecimento generalizado do interesse do Ministério Público em combater a fraude eleitoral e da divulgação de condenações bem sucedidas daqueles que corrompem o processo eleitoral – não através da interferência no processo em si”⁴⁸.

Donsanto alerta para o fato de que a instauração de processo federal contra um possível crime eleitoral não constitui uma ação preventiva. Para ele, deve-se tomar todo o cuidado para que a investigação criminal não represente um fator relevante na eleição. As regras internas do Ministério Público prevêm, portanto, que nenhuma investigação pública e nenhuma entrevista com eleitores sejam realizadas até que a eleição suspeita de fraude esteja concluída⁴⁹.

Por outro lado, as leis norte-americanas deixam claro que o Ministério Público não tem autoridade para enviar agentes federais aos recintos de votação. Qualquer tentativa de enviar “homens armados” para locais próximos às urnas constitui um crime⁵⁰, de forma que até a vigilância policial realizada nas proximidades dos locais de votação deve ser aprovada e autorizada previamente pela Divisão Criminal do Ministério da Justiça⁵¹ (cabe informar que a função do Ministério Público Federal é cumprida, nos Estados Unidos, por um departamento do Ministério da Justiça).

Donsanto enxerga uma série de vantagens na atuação do Ministério Público Federal no combate aos crimes eleitorais em relação à

atuação de autoridades locais, sobretudo porque estes últimos frequentemente não são bem equipados para esse tipo de trabalho. Ele lista quatro características do sistema de justiça criminal federal que torna o Ministério Público Federal o melhor veículo para reprimir crimes eleitorais, apesar da inquestionável supremacia dos Estados na administração de eleições no país:

- O recrutamento de membros para júris federais, oriundos de áreas geográficas maiores, diminui o potencial de preconceitos ou favorecimentos locais;
- No nível federal, a proteção dada às testemunhas torna-as menos vulneráveis à manipulação e intimidação local;
- Há mais recursos para investigações aprofundadas;
- Os membros do Ministério Público Federal são, em geral, indiferentes às forças políticas e aos interesses locais.

6. Conclusões

Não cabe dúvidas de que o sistema de justiça eleitoral estabelecido nos Estados Unidos, sem tribunais específicos para regulamentar as eleições e punir crimes eleitorais, é um reflexo da própria cultura política daquele país. Privilegia-se o federalismo, a independência dos Estados. Descentraliza-se a administração, para dar autonomia às regiões e municipalidades onde as eleições, de fato, acontecem. Processam-se os violadores das leis eleitorais por intemédio da Justiça Comum.

Se essa é a melhor maneira de se abordar a administração de eleições, é difícil afirmar. O sistema norte-americano certamente não é à prova de fraude e corrupção, nem infalível. A história política dos Estados Unidos é repleta de episódios que realçam as imperfeições do sistema.

Até o final dos anos 40, as eleições no nível municipal eram dominadas por “máquinas políticas” e *bosses*. Para Michael Johnston, uma

“máquina política... consistia numa organização dentro da qual o poder era altamente centralizado e seus membros eram atraídos a ela por incentivos materiais, ao invés de ideologia ou objetivos de longo-prazo baseados em políticas públicas. Esses incentivos – dinheiro, presentes, empregos, contratos

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid, p. 9.

⁴⁹ Ibid, p. 10.

⁵⁰ 18 U.S.C § 592.

⁵¹ DONSANTO, STEWART, op. cit.

e favores – eram usados para construir uma organização que obtivesse votos em número suficiente para conquistar e manter o controle sobre a autoridade pública”⁵².

Segundo dados recentes obtidos por Raymond Wolfinger, tais “máquinas” ainda subsistem nos Estados Unidos, embora de forma reduzida⁵³.

Claro está que o sistema adotado pelos norte-americanos apresenta um elevado grau de adaptabilidade, podendo as autoridades do país alterar dispositivos legais com rapidez para reprimir ilícitos não-detectados anteriormente.

O sistema funciona aparentemente bem. A falta de centralização não constitui um

problema, sendo muitas vezes exaltada como uma virtude. Mas dificilmente este sistema funcionaria tão bem em outras sociedades.

Numa conversa informal com o diretor do *Clearinghouse* da Comissão Federal de Eleições, William Kimberly, em setembro de 1995, ele me confidenciou que os problemas de fraude e corrupção eleitoral nos Estados Unidos existem apenas em enclaves de baixíssima renda. Como a sociedade norte-americana é relativamente afluyente e são pouquíssimos os bolsões de pobreza dos níveis encontrados no terceiro mundo, não é surpresa que a corrupção eleitoral naquele país seja a exceção, e não a regra.

⁵² JOHNSTON, Michael. patrons and clients, jobs and machines : a case study of the uses of patronage. *The American Political Science Review*. v. 73, n. 1, p. 385, mar. 1979. Para uma análise comparada do assunto com referência ao Brasil, ver RODRIGUES, Ricardo. Abuso do poder político e manipulação da máquina administrativa com fins eleitorais. *Revista de Informação Legislativa*, a 32, n. 128, p. 139-148, out/dez. 1995.

⁵³ WOLFINGER apud RODRIGUES, p. 140.

Missão social dos juristas

Mensagem ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

LAFAYETTE PONDE

Disse Michel Foucault que as palavras têm a tarefa e o poder e representar o pensamento, não porém o de reproduzi-lo com exatidão. Eu, por mim, não sei como expressar a minha emoção pela homenagem que aqui hoje recebo, tanto mais honrosa quanto revestida do prestígio cultural deste Instituto de Juristas - fecundo centro de estudos votados para o aprimoramento de nossas instituições, na longa faixa da fronteira escorregadia entre o poder opressivo dos governadores e os direitos individuais a serem preservados.

O Direito Administrativo é, em grande parte, um direito não-escrito: desde sua origem, uma construção doutrinária fundada, não na igualdade das partes, como o Direito Civil, mas na desigualdade entre as prerrogativas das autoridades e a liberdade dos indivíduos. Sua composição, seus estudos terão sido, durante longo tempo, nos cursos acadêmicos, o desespero de numerosas gerações de estudantes “comme la matière la plus indigeste et la plus insupportable des programmes” (JEZE, G. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris, 1904). Conta-se, outrossim que, na França, em Toulouse, em 1888, quando foi criada a cadeira universitária do ensino de Direito Administrativo, nenhum dos antigos mestres aceitou regê-la. Maurice Hauriou, então jovem professor de Direito Romano, teve de assumi-la, a contragosto, “cette chaise ingrate de ce enseignement d’une science chaotique et inexistente” (SFEZ, L. *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*. Paris : L. G. de Droit et de Jurisprudence, 1966. p. 68). E, na primeira edição de seu “Précis” (1892), ele próprio rejubilou-se dos “progressos logrados na organização de um direito até então célebre por sua falta de coesão”. Desse

Lafayette Pondé é Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

direito, aliás, fez-se ele mestre de prestígio universal, ainda hoje assim consagrado, a tal ponto que dele disse J. Berthelemy: “posto não se possa admitir jamais que alguém tenha inventado o direito – produto natural das relações humanas – *d’Hauriou on peut dire qu’il a créé*” (SFEZ, p. 2).

Tal é a grande missão deste Instituto – cultivar essa doutrina, fonte primária de que se fazem a jurisprudência e as leis. A jurisprudência, entre nós, é flutuante, acervo de decisões esparsas, muita vez incoerentes, como o foi, aliás, outrora, nas questões de Direito Civil, quando este ainda não codificado (PEREIRA, Lafayette R. *Direito das Coisas*). As leis, estas se desdobram em um emanhado de decretos, regulamentos, posturas, resoluções. “Instruções normativas”... – a não-codificação é uma constante universal no Direito Administrativo (RIVERO). Sobre tudo isso, o redemoinho de “medidas provisórias, indefinidamente, até o simulacro de uma homologação simbólica, por um improvisado “voto de liderança”... – em um só ano, 435 (*Folha de São Paulo*, 9 jan. 1996), “uma orgia de medidas provisórias”, clama a Deputada Sandra Starling (*Folha de São Paulo*, 16 jul. 1996) – “medidas abusivas, centenas, editadas e reeditadas, muitas com alterações, mostram o grau de arbítrio com que tem sido usadas. São cerca de 1.500, entre emitidas e renovadas” (*A Tarde*, Bahia, 16 jun. 1996) – a que o emitente jurista Senador Josaphat Marinho quer opor um dique (*A Tarde*, Bahia, 16 jun. 1996).

Na verdade, a vigência incondicionada, imediata, dessa legislação assim emitida pela vontade unipessoal do Executivo desfigura por inteiro o conceito jurídico, de validade universal, consagrado há mais de um século, segundo o qual “a noção de lei é inseparável de um modo específico de sua elaboração pelo voto de uma assembléia representativa” – exigência esta que é “moins un critère externe qu’un élément intrinsèque”, em razão da qual a lei é tida como expressão da *vontade geral* (BURDEAU, G. In: ARCH. Phil. Dr.1963. p. 35).

Além desse torvelinho de leis, decretos, medidas provisórias, temos hoje ainda a constituição virada pelo avesso, retalhada de “emendas” tangidas em bloco, de improviso.

A ordem jurídica não consiste na só enumeração dos governos e seus poderes, mas também nos direitos individuais. Dentre estes há uns que preservam mais diretamente a

organização mesma do Estado e do seu Governo do que os interesses de natureza puramente pessoal: os de liberdade, por exemplo, os de educação e ensino (em que o beneficiário maior é antes a sociedade do que o aluno, ou seu professor), o da vitaliciedade dos juízes, a imunidade dos legisladores, a estabilidade dos funcionários...

Desta última – a estabilidade – diz-se que está em risco, nos debates a que foi chamado o Congresso Nacional – o risco de termos de volta as “derrubadas”, dos tempos do Império: pretende-se extingui-la pela só arguição de desídia, ou negligência, quando não por excesso de lotação dos quadros burocráticos.

Tamanha amplitude distendida sobre um preceito constitucional estará induzindo o legislador ordinário a desfazer por inteiro a garantia do funcionalismo. Nem se suponha que a dissimulação de um prévio processo de rito contraditório elidiria o arbítrio administrativo: a “ampla defesa” será válida somente na ordem processual, não quanto à *qualificação jurídica* dos fatos acaso imputados ao funcionário. A maior ou menor gravidade disciplinar da “desídia” ou “negligência” é conceito elástico, indeterminado, “medida de valor” deixada ao critério único da Administração. Em outros termos, seja quando se trate de lotação, seja quando se alegue desídia ou negligência, em nenhum caso a demissão será objetivo de controle judiciário: na lotação, por ser matéria da privativa competência do Governo (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 84, VI e XXV); no caso de falta disciplinar, embora sua punição seja exercício de *atividade vinculada*, a qualificação dos fatos puníveis constitui *mérito administrativo*, insusceptível de exame judicial “No interior de uma competência vinculada ‘existent des points pour lesquels l’administrateur dispose d’un pouvoir discretionnaire’” (LAUBADÈRE, A. de. In: MELANGES offerts a Marcel Waline. Par Georges Vedel. V. 2, p. 531; *Traité de Droit Administratif*. 1992. V. 1, p. 530; AUBY, Jean-Marie. *Droit Public*. Paris : Sirey, 1959.). Daí “a questão de saber se o funcionário serve bem ou mal é uma questão de fato e o juiz competente para aprecia-la é a própria Administração pública” (ac. STF. Arq. Jur., 29, 132) e, no mesmo rumo, “a alegação de injustiça na graduação da pena imposta, em desproporção com os atos praticados, é matéria que foge ao âmbito da competência do Judiciário” (STF. Rev. D.A., 183,94).

Imune assim ao controle de legalidade, a emenda constitucional estará ressuscitando o *spoils system*, a “derrubada”, o funcionalismo jogado na gangorra dos partidos políticos, entre a força dos poderosos e a falácia dos iluminados...

A “derrubada”, a demissão imotivada de funcionários foi a versão nacional do *spoils system* (“ao vencedor os despojos”), implantado em 1829, nos Estados Unidos, no Governo do Presidente Jackson, sistema que aí floresceu durante largo período de corrupção e caos, até que, por força de indignação pública, foi implantado o recrutamento mediante concurso, o “sistema do mérito”, a aferição objetiva dos títulos e habilitações dos candidatos, com o que se mudou substancialmente (“substantially”) o caráter da Administração norte-americana (WHITE, L. D. *Introduction to the study of public administration*. New York : Macmillan, 1926. p. 28-29; FERGUSON & McHENRY. *Elements of American Government*. New York : McGraw-Hill, 1950. p. 378-379; Idem. *The American Federal Government*. p. 400.).

A demissão administrativa pela só vontade do governante faz inócuo o concurso como processo de aferição do mérito e é incompatível com a organização do serviço ou carreira. Um tal regime somente pôde vingar, no passado, não obstante as censuras e protestos que levantou, porque as tarefas eram de nível simples – dir-se-iam quase primárias, ou de ordem meramente prática – para as quais seriam dispensados maiores conhecimentos, ou qualificações especializadas, não as de hoje, dificultadas pela variedade dos problemas sobre os quais devam incidir.

A abolição do regime da demissibilidade a arbítrio do Governo foi uma imposição da doutrina e da jurisprudência construtiva, fontes vitais do Direito Administrativo, em face dos males, contra os quais, desde 1862, dera Ribas seu grito de alerta: “o sistema da absoluta subordinação à política, entre outros males, traz a completa inversão no país oficial... As destituições em massa dos funcionários e empregados administrativos, além de afetar dolorosamente a sua sorte e a de sua família, são prejudiciais ao serviço público, que perde os seus mais experimentados agentes e passa a ser confiado a outros novatos, cujo título principal não é a aptidão profissional, e sim a opinião política... Assim, a administração, lançada como uma péla, de reação em reação, desnorteia-se,

desmoraliza-se, esquece as tradições oficiais, perde o fio dos negócios, bem como perde toda a ação e prestígio” (RIBAS, A. *Direito Administrativo Brasileiro*. 1862. p. 63-64).

A estabilidade é menos uma vantagem ou benefício de interesse pessoal do funcionário do que um requisito necessário para a continuidade do funcionamento e a subsistência mesma da estrutura da organização administrativa.

O Estado é uma composição jurídica: seus órgãos somente podem agir em razão das leis que os definam e lhes regulem por inteiro o funcionamento, suas relações, seus controles.

É certo que a Administração é instrumento do Governo. É um subsistema político do Estado. Em rigor, não existe linha de separação: se a política define o objetivo e os fins do Estado, a Administração é o processo de realização desses fins e os meios de sua consecução. Toda decisão política é necessariamente fundada nos dados ou informações de que se desincumbem os diferentes setores administrativos. É evidente pois e ininterrupta a interação entre a atividade de governo e a de administração, sempre indispensável que esta se subordine àquela. A Administração não é neutra, nem pode haver neutralidade entre dois componentes de um mesmo sistema. Não existe sequer uma dualidade de órgãos, e até alguns deles se desincumbem simultaneamente da função governamental, política, e da administrativa; seus atos são, por igual, “atos de governo” e “atos de administração” (Presidente da República, Ministros, Governadores – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 84, I, II etc.).

Nessa composição jurídica é que insere o “funcionário”. No Estado democrático essa inserção é fixada em dois conceitos básicos, assim enunciados por M. Weber: a) o cargo é uma profissão, para o exercício da qual se exige capacidade de trabalho durante um longo tempo, seu exercício dedicado a relações impessoais e funcionais; b) o funcionário não é servo pessoal do governante (WEBER, M. *Ensaio de Sociologia*. Trad. H. Berth e C. W. Mills; com revisão técnica de Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro : Zahar. p. 212; Idem. *Economia y Sociedad*. Trad. J. M. Echavarría. V. 4, p. 88).

Em uma obra de excepcional ressonância nos estudos jurídicos, o Professor G. Ripert assinalou como um dos fatores do “declínio do Direito” a *insegurança jurídica*, resultante da

desordenada multiplicidade das leis e do desrespeito aos direitos adquiridos – “pior do que a insegurança de fato, porque ela destrói a autoridade e insidiosamente conduz o país à anarquia” (RIPERT, G. *Le Déclin du Droit*. p. 155 e segs).

O Direito é maior do que a soma das leis – está acima de suas fontes formais (GENY, F. *Methodes d'interpretation et sources...* V. 1, p. 221; CARBONNIER, J. *Flexible droit*. p. 16). Aliás, não fora assim, seria inútil

ensinar O Direito (RIPERT). Daí a grande missão deste Instituto de Juristas – “les juristes occupent une place d'honneur” –, mais do que quaisquer outros profissionais ou homens de ciência: eles participam do Governo de seu país, na medida em que suas críticas e suas opiniões podem esclarecer os governantes... “ne laissent pas indifferents les gouvernants” (DAVID, R. *Ach. Phil du Droit*. 1963).

Está é a grande missão deste nosso Instituto.

A América Latina e o processo romano

RONALDO POLETTI

SUMÁRIO

1. Integração latino-americana e Direito Romano. 2. Povo e ordens jurídicas na direção da unidade. 3. A crise da justiça na América Latina e o processo romano. 4. Pluralismo e povos indígenas. 5. Fim do monopólio da jurisdição pelo Estado. 6. O "arbiter". 7. Direito Romano: a "actio". 8. Processo moderno e romano. 9. "Ubi praetor, ibi iusque actio"

1. Integração latino-americana e Direito Romano

Antes de mais nada, há de ser considerada a integração latino-americana e sua necessária relação com o Direito Romano.

A unidade jurídica da América Latina é, certamente, a mais fundamental, embora não venha sendo objeto de preocupações pelos representantes dos diversos governos latino-americanos, em suas reuniões, quase sempre, voltadas para aspectos econômicos.

No entanto, a integração tem maior possibilidade de realizar-se a partir dos elementos jurídicos do que de quaisquer outros, como se evidencia pela origem comum romanista do direito dos países latino-americanos.

Considerado esse elemento jusromanista, estranha-se que muita vez haja quem possa considerar o Direito Romano como um ser estranho à nossa realidade e insuficiente para realizar a justiça em nossas nacionalidades e comunidades.

Peço vênia para transcrever, com todo o respeito, o seguinte texto de ilustre antropólogo boliviano:

Ronaldo Rebello de Britto Poletti é Professor da Universidade de Brasília (UnB) e Diretor do seu Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos. Advogado. Antigo Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Ex-Consultor-Geral da República e Ex-Consultor Jurídico dos Ministérios da Justiça e da Aeronáutica.

“Cuando la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia estaba trabajando en su proyecto de Ley Agraria Fundamental, uno de los temas que surgió reiteradamente podría sintetizarse en la siguiente pregunta: ¿Por qué el Derecho Romano o el Napoleónico se adapta mejor a nuestra realidad que nuestra propia experiencia y tradición multicentenaria? Dentro de la necesaria conexión y flexibilidad para el diálogo entre esquemas normativos locales, estatales e internacionales, quiero llamar la atención a algunos puntos de la región rural andina, a partir del caso boliviano. La necesidad de introducir y/o mejorar las legislaciones sobre nacionalidades e incluso nacionalidades dentro de nuestros estados andinos es evidente, y para ello órganos como la Comisión Andina de Juristas pueden brindar un gran apoyo a la lucha de estos pueblos mayoritarios pero oprimidos.”¹

Desde já, três observações: primeira, a história tem demonstrado que nenhum sistema, ou direito, melhor se adapta a realidades diferentes, sem violentá-las ou oprimi-las, do que o Direito Romano, justamente porque as reconhece, e nelas e com elas progride e se constrói; segunda, o Direito Napoleônico, inobstante, como tudo, tenha sofrido a influência do jusromanismo, com ele não se confunde, exatamente porque o Código Napoleão é um direito nacional² e, como Ihering observou, o Direito Romano triunfa sobre o princípio das nacionalidades³, além

¹ ALBÓ, Xavier. Algunas pistas antropológicas para un orden jurídico andino. In: *Derechos humanos y servicios Legales en el campo*. Lima : García – Sayan, 1987. p. 55.

² Além disso, a codificação, inobstante da tradição romanista, nunca expressa toda a herança do direito romano, não a esgota, senão representa uma estabilização parcial e histórica (cf. SCHIPANI, Sandro. *Derecho Romano* : Codificación y unificación del derecho. Tradução Fernando Hinestrosa. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1983. p. 10).

³ “A importância e a missão de Roma na história universal se resumem em uma palavra. Roma representa o triunfo da idéia da universalidade sobre o princípio das nacionalidades. ... Jamais o Direito Romano penetrará na ciência pela porta do princípio

disso o citado código nasceu de uma revolução burguesa, que erigiu a propriedade como um valor absoluto, sendo mesmo cognominado, por isso, de Código da Propriedade, o que não caracteriza o sistema romanista; terceira, o Direito Romano, onde quer que ele se afirme ou se confunda com as realidades sociais, será sempre revolucionário ou, ao menos, o instrumento das transformações sociais através da mudança das instituições.

Na verdade, a integração pressupõe uma consciência latino-americana, integrada pela pluralidade étnica e multicultural de seus componentes, mas é, exatamente, esse pressuposto – o da integração cultural – que implica a presença do Direito Romano, o qual assimilou o Cristianismo e seus valores fundantes de uma nova visão do mundo e do homem. A revelação cristã representa uma possibilidade radical e arquetípica de um mundo divino e humano singular, originariamente hebraico, mas capaz de expressar-se em outras culturas, como evidenciam as suas formas greco-latinas, logo assumidas de igual maneira como as que assumiu depois, no mundo bárbaro franco-germânico.

Dessa maneira, a integração está inserida em um contexto cultural, o qual é impossível desconsiderar e onde o Direito Romano ocupa um papel necessário e fundamental.

2. Povo e ordens jurídicas na direção da unidade

O povo latino-americano, por sua vez, parece ser a favor da integração, como revelam as pesquisas publicadas por Franco Montoro.⁴

Não apenas o povo latino-americano dirige a sua vontade para a realização da unidade, mas os próprios ordenamentos jurídicos dos diversos países têm acenado para a integração.

“A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” (Constituição da República

da nacionalidade” (cf. Importancia del derecho romano por Rudolf Von Ihering, Introdução a Eugéne Petit, *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução José Ferrandez Gonzalez. Buenos Aires : Albatrós, 1985.)

⁴ MONTORO, André Franco. *Perspectivas de integração da América Latina*. 3. ed. São Paulo : ILAM, 1994.

Federativa do Brasil, art. 4º, parágrafo único)

“El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.” (Constituição do Peru, de 1979, art. 100)

“La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.” (Constituição do Uruguai, de 1971, Seção I, Cap. 4, art. 6)

“El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del parlamento andino y del parlamento latinoamericano.” (Constituição da Colômbia, de 1991, art. 227)

3. A crise da justiça na América Latina e o processo romano

Partindo da identidade jurídica romanista latino-americana, impõe-se tecer considerações a respeito do processo romano e a contribuição dele para a nossa realidade plurinacional.

Tenhamos presente a crise da justiça. Por toda a parte surgem reclamações a respeito do funcionamento do aparelho judiciário, as quais refletem as mais variadas causas.

Não deixa de ser paradoxal que tais críticas surjam justamente quando a idéia do precedente, isto é, a característica do *common law* parece triunfar em todos os lugares. A regra do *stare decisis* aplicada operaria teoricamente a favor do desaforo ou da celeridade ou da pronta prestação jurisdicional. E no entanto nunca o funcionamento do Judiciário foi tão lento, tão problemático, tão criticado do ponto de vista da realização da justiça, além de outras críticas de natureza política, como a da

instrumentalização do aparelho judiciário a favor do domínio das oligarquias poderosas e a dependência necessária de advogados, além de outras despesas, o que torna muito onerosa a defesa em Juízo dos menos favorecidos. Numa palavra, o Estado vem sendo acoimado, não sem razão, de descumpridor de uma de suas funções fundamentais, que é o exercício da jurisdição.

A idéia do precedente pressupõe uma autoridade judicante atrelada ao poder estatal.

A situação suscita dois temas: o da incapacidade do Estado em cumprir com a sua obrigação jurisdicional, em face de sua própria condição; e o da negação do mais elementar dos direitos de cidadania, que é o direito de ação.

Por toda a parte se ouve falar em formas alternativas para a solução de conflitos, dentre outras a da arbitragem.

Essa temática pode ensejar alguma discussão a respeito do monopólio da jurisdição pelo Estado e a eventual contribuição romanista para o estudo do problema, tendo em vista o fato de o Direito Romano ter-se desenvolvido em um universo político, onde inexistia o Estado Moderno, i. é, o Estado Nacional, Territorial, Soberano. Além disso, essas formas alternativas não deixam de nos lembrar a ordem privada no exercício da jurisdição e as figuras do pretor e do *arbiter* ou *iudex* nas fases do processo formular, máxime se considerarmos a realidade pluralista da América Latina e o esvaimento do Estado, como condição para a construção fraternal de uma unidade política entre os povos latino-americanos, a qual somente pode começar por uma unidade do direito.

Assim, a par da contribuição que o processo romano tem dado à teoria geral do processo e mesmo idéias para uma melhor distribuição da justiça e demais realizações do direito, anuncia-se uma nova possibilidade de inspiração romanista.

4. Pluralismo e povos indígenas

A América assumiu, por uma contingência histórica, a forma de vários Estados nacionais.

Esse pluralismo, no entanto, não é apenas um pluralismo estatal, porque dentro desses Estados há, também, um número plural de povos. A realidade latino-americana demonstra esse caráter plurinacional e pluriétnico dentro do território de cada um dos Estados.

Vivemos, assim, em um grande pluralismo nacional, a exigir uma organização supranacional, semelhante ao Império Romano, bem como soluções de caráter jurídico que sejam comuns aos Estados, enquanto existirem, como também aos povos neles inseridos.

Nesse pluralismo sul-americano, avulta o exemplo dos povos indígenas.

Quanto a eles, por exemplo, está escrito na Constituição brasileira:

“São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” (art. 231, *caput*)

“Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

A antiga Constituição do Peru:

“Art. 161. Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.

El Estado respeta y protege las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes.

Art. 162. El Estado promueve el desarrollo integral de las comunidades campesinas nativas. Fomenta las empresas comunales y cooperativas.”

A Constituição da Colômbia (1991), em seu art. 10, proclama o castelhano como idioma oficial, acrescentando que as línguas e dialetos dos grupos étnicos são também oficiais em seus territórios. O ensino que se promover nas comunidades lingüísticas próprias será bilíngüe; e estabelece, ainda:

“Art. 7º O Estado reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação colombiana.”

“Art. 246. As autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, de conformidade com suas

próprias normas e procedimentos e sempre que não sejam contrários à Constituição e leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional.”⁵

A Constituição do Equador (1984):

“Art. 1.... La soberanía radica en el pueblo, que lo ejerce por los órganos del poder público. El idioma oficial es el castellano. El quichua y las demás lenguas aborígenas forman parte de la cultura nacional...”

A Constituição da Venezuela (1961):

“Art. 77. El Estado propenderá a mejorar las condiciones de vida de la población campesina. La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación.”

Considere-se, ainda, o Pacto Internacional dos direitos civis e políticos da ONU, que garante às minorias étnicas, religiosas e lingüísticas o direito a ter sua própria vida cultural (art. 27), e o Convênio 107 da OIT relativo à proteção e integração das populações indígenas e tribais, o qual aconselha que se deve tomar em consideração seu direito consuetudinário, garantindo-lhes a manutenção de suas instituições, incluindo os métodos de controle social, sempre que possível e, quando não, as autoridades e tribunais chamados a pronunciar-se deverão levar em conta os costumes de tais populações em matéria penal. No Brasil, a Lei nº 6.001, de 19.12.73, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, resguarda os usos, costumes e tradições indígenas.

Diante do pluralismo, impossível a plena unidade jurídica através do ordenamento estatal positivado. Os ordenamentos podem reciprocamente aproximar-se ou ajudarem a unidade, de acordo com os seus conteúdos, v. g. os Códigos de origem romanista dos países latino-americanos, porém nunca consubstanciarão uma

⁵ A respeito da Constituição colombiana, neste ponto, v. François Correa Dubio “Lo ‘Indígena’ ante el Estado colombiano”; Adolfo Triana Antorveza, “Grupos Étnicos. Nueva Constitución en Colombia” (os trabalhos in *Antropología Jurídica. Normas Formales – Costumbres Legales*. Esther Sanches Botero. Ed. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica. Bogotá, 1992.

unidade, pelo simples aspecto de que indicam ordenamentos nacionais diferentes. A verdadeira e possível unidade jurídica decorre dos princípios comuns inspirados pelo Direito Romano, dentre outros o do reconhecimento dos costumes como fonte do direito, sua institucionalização e valorização.

Tenha-se, aqui, como noutros pontos, a circunstância de que o Direito Romano adaptado aos tempos diferentes da sua existência como fato histórico será sempre, como já afirmamos, um direito revolucionário.

Um fenômeno interessante e que pode nos servir de objeto para reflexão reside nas Rondas Campesinas do Peru, no âmbito das comunidades campesinas, definidas estas como organizações tradicionais e estáveis de interesse público (art. 134 do Código Civil, Decreto Legislativo nº 295). Elas aparecem como uma resposta organizada e eficaz para combater o roubo e o abigeato e para proteger as pessoas e seus bens. Há uma espécie de substituição ao Estado, como sintoma da ineficiência deste último. As Rondas estabelecem um controle dos estranhos, pedindo documentos pessoais e das mercadorias, realizam interrogatórios em assembléias públicas, controlam as situações que, eventualmente, venham a atentar, segundo o juízo da coletividade, contra a ordem, a tranqüilidade e a moral.⁶

Outro exemplo pode ser colhido na comunidade de Calahuyo, que possui seus órgãos de solução de conflitos e um sistema judicial.⁷

E, ainda, os dos Aguaruna, que habitam a Amazônia Peruana (margem do rio Alto Marañon), onde se criou a Organização Central de Comunidades Aguarunas, em 1975, e se mantiveram os costumes e suas formas

⁶ cf. FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Rondando el Derecho. In : *Taller nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos*, 1, 1992. *Material de lectura*. Obispado de Cajamarca : Comisión Episcopal de Acción Social, Comisión Andina de Juristas, 1992. p. 37.

⁷ cf. PEÑA JUMPA, Antonio. Justicia Comunal en Alahuyo. Sus órganos de resolución de conflictos. In : *Taller Nacional sobre Justicia y Derechos Humanos*, 6, 1992. Comisión Episcopal de Acción Social, 1992, p. 365-395. Verifique-se, igualmente, os índios Yukuna e Tanimuka da Amazônia Colombiana, no trabalho de REICHEL, Elizabeth. La Ecológica en conceptos indígenas de territorio en la Amazonia Colombiana. In : *Antropología Jurídica*, op. cit.

tradicionais de solução de conflitos.⁸ O exemplo dos Aguarunas serve para demonstrar a existência de um direito indígena, suscetível de enquadrar-se dentro da teoria jurídica ocidental. Os povos indígenas têm, assim, um sistema de direito, pleno e cabal, dentro dos atuais Estados nacionais.⁹

Os povos indígenas podem oferecer interessantes contribuições para a resolução dos conflitos. Assinala um antropólogo brasileiro:

“Malgrado a existência de um ou mais chefes e também, às vezes, de um conselho, nem todas as questões são resolvidas com facilidade. Cremos que em assuntos tais como as atividades a serem realizadas em determinado dia, a data de início de um rito, é muito mais fácil conseguir acordo dos membros do conselho e do chefe, do que em outros assuntos como um litígio entre dois indivíduos ou a punição de alguém culpado de algum crime. As tribos indígenas são sociedades de um número reduzido de membros, em que os laços de parentesco se estendem de modo a ligar entre si quase todos eles e que muitas vezes estão divididos em segmentos de certo modo rivais. Acontece, freqüentemente, que, dando-se um homicídio ou surgindo uma disputa na aldeia, o chefe e cada membro do conselho se vêem cada qual colocado como defensor do agressor ou da vítima, como partidário de um ou de outro dos litigantes. Em resumo, em qualquer disputa o indivíduo se vê apoiado por seus parentes, ou sua linhagem, ou sua facção. Por isso, um homicídio, um roubo, um caso de feitiçaria, não são problemas que envolvem apenas uns poucos indivíduos, mas toda a comunidade, e sua solução depende do equilíbrio entre os grupos de expressão

⁸ cf. VILLA VICENCIO, Sissi. Los Aguaruna : un Sistema Especial para la Solución de los Conflictos. Ibidem.

⁹ BALLÓN AGUIRRE, Francisco. Sistema Jurídico Aguaruna e Positivismo. In : *Qual direito?* Rio de Janeiro, Instituto Apoio Jurídico Popular, 1991. Neste trabalho são examinados alguns mecanismos para a solução definitiva de conflitos na vida aguaruna, bem como os procedimentos judiciais e a escolha do juiz nativo.

política: deixam de ser crimes comuns para se tornarem questões políticas.”¹⁰

Toda a concepção processual indígena leva em consideração um elemento, tipicamente republicano, de não permitir o enfraquecimento da comunidade em face de eventual sanção imposta por um grupo mais forte, sendo que essa circunstância é levada em consideração pelos chefes e conselhos tribais.

“Nas tribos indígenas não existem, por conseguinte, juízes que, em nome da sociedade, imponham determinadas penas aos indivíduos acusados de transgredirem suas regras ou violarem o direito dos demais. A sociedade como um todo só pode punir um de seus membros, quando ele é abandonado pelo seu próprio grupo de parentes ou segmento social.”¹¹

As Rondas Campesinas expressam uma demanda de justiça, como uma reação diante do aparato estatal e das agências da Administração da Justiça. Propõem uma necessidade de mecanismos internos legítimos e eficazes de resolução de conflitos e regulação da vida social, que respondam a interesses da comunidade.

Segundo uma *Asamblea* Geral dos Ronderos:

“La Ronda cumpre funções de criação de normas e resolução de conflitos (funções legislativas e jurisdicionais), assim como aplica sanções”.

Há, assim, visível tensão entre o direito oficial do Estado e o direito das comunidades várias existentes na América-Latina, como indicam os próprios ordenamentos estatais e os estudos de antropologia jurídica.

“Na Colômbia, por exemplo, existem mais de oitenta grupos étnicos diferentes, que apresentam graus distintos de relação com a sociedade colombiana e são resultado de processos históricos variáveis. Falar de wayú, paéz, tukano, pasto ou arbuaco, por si só, gera um problema complexo, pois cada uma dessas etnias possui sistemas jurídicos, formas de controle social, sistemas familiares, mecanismo de resolução de conflitos internos e externos, costumes,

práticas jurídicas e tradições próprias. O conceito, portanto, do direito dos grupos étnicos remete às decisões dos recursos jurídicos próprios de cada um destes grupos para regular sua convivência interna e externa com outros grupos étnicos e com a sociedade nacional, atinentes às normas, costumes, sanções, obrigações, direitos, processos judiciais, formas de distribuir justiça, noções de delito, penas, etc...”¹²

Não basta ao ordenamento estatal reconhecer a existência do direito interno dos grupos étnicos (v. transcrição *supra* do art. 246 da Constituição da Colômbia), é preciso reconhecer um sistema capaz de harmonizar aqueles direitos e os próprios direitos estatais, de maneira a possibilitar-lhes pleno desenvolvimento e aplicação. Esse sistema somente pode ser o Direito Romano.

5. Fim do monopólio da jurisdição pelo Estado

O enfraquecimento do Estado nacional não decorre simplesmente da chamada globalização econômica. O Estado moderno nasceu absoluto e, à medida que se foram colocando limites ao governo dos homens para criar-se o governo das leis, o principal atributo desse Estado, que é a soberania, passou a enfraquecer-se de tal maneira que hoje se anuncia o próprio fim dessa peculiar, porém passageira, forma de sociedade política. As fronteiras começam a cair. Se de um lado há o terrível risco das hegemonias de nações em relação às outras, nasce em contrapartida a possibilidade real de uma fraternidade universal. Por todos os lugares, anunciam-se as organizações supranacionais.

A hora e a vez do Direito Romano novamente surgem na história.

Um exemplo vivo do nascimento do Estado nacional e, agora, de seu anunciado enfraquecimento tem uma referência obrigatória à América Latina e seus indígenas. Os espaços políticos reivindicados pelos povos indígenas para garantir a sua sobrevivência implicam uma nova conceitação política, a partir de um fato incontestável que é o desenvolvimento do Estado-Nação com base na dominação e na

¹⁰ MELATTI, Júlio César. *Índios do Brasil*. Brasília : Coordenada, 1970. p. 110.

¹¹ *Ibidem*.

¹² ZAMBRANO, Carlos Vladimir. Aproximaciones teórico-metodológicas de la antropología jurídica. In : *Antropología Jurídica*, op. cit.

violência. Esse Estado nasceu também da revolução burguesa e foi o modelo vitorioso na América Latina, exigindo-se uma irreal unidade cultural. A própria definição das fronteiras estatais foi arbitrária, tendo como consequência a divisão de uma mesma etnia entre dois ou mais Estados nacionais.¹³

Nenhuma novidade nisso, pois as instituições estatais, políticas e policiais modernas tiveram origens populares e foram apropriadas pelo Estado (pela classe industrial e de proprietários), como uma atribuição monopolista.¹⁴

Nunca é demais lembrar que o *ius publicum* desenvolveu-se em uma situação que nada tem que ver com a realidade do modelo estatal moderno: o Estado territorial, nacional e soberano.

Não se pode falar em Estado na época de Roma.¹⁵

A idéia de soberania começa a ter um valor meramente retórico, salvo para os Estados que dispõem ainda de força militar incontestável.

Consideremos esse fenômeno do enfraquecimento do Estado como um dado favorável para a América Latina, cuja vocação em nenhum momento foi a de realidades estatais isoladas, mas a de um consenso em torno da idéia de unidade.

Interessante anotar que não raro se verifica no debate contemporâneo a menção da globalização econômica e da revolução tecnológica como causa do enfraquecimento do Estado nacional e, conseqüentemente, de seus pilares (soberania, constitucionalismo e separação de poderes). Aqueles fatores estariam gerando a erosão da efetividade e da autoridade do Estado contemporâneo com inúmeras rupturas, incluindo a “expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (lex mercatoria), como decorrência

¹³ SANTOS, Sívio Coelho dos. *Os Povos Indígenas e a Constituinte*. Florianópolis, Ed. da Universidade de Santa Catarina, 1989, p. 58, onde se lê “Esses são os casos dos Miskitos, divididos entre a Nicarágua e Honduras; dos Yanomami, divididos entre o Brasil e a Venezuela; dos Guarani, divididos entre o Paraguai, Argentina e Brasil; dos Tukuna, divididos entre Peru e Brasil, entre outros.”

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. México, 1983.

¹⁵ A respeito v. SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba : Livro é Cultura, 1990, p. 14

da proliferação dos foros de negociações descentralizados estabelecidos pelos grandes grupos empresariais”.¹⁶ No entanto, quase nunca há referências aos aspectos culturais recorrentes após alguns séculos de dominação estatal que, agora, ressurgem, rompendo os laços artificiais do Estado-Nação e proporcionando a recuperação de uma unidade na diversidade, como fruto de idéias e interesses comuns e não, simplesmente, de associação entre aqueles entes estatais, nem de dominação de um deles sobre os outros. Se, de um lado, o Estado perde sua pretensão na detenção do monopólio de promulgar regras e, mesmo, da exclusividade jurisdicional, por força do chamado direito internacional, forma que adquire o direito nacional, é mister lembrar que, sob outro ângulo, o pluralismo e a diversidade dentro do território estatal passam a concorrer com a própria soberania jurisdicional do Estado, através de suas próprias fontes normativas e de seus mecanismos de composição de interesses e de solução de conflitos.

O enfraquecimento estatal combinado com o pluralismo nacional acarreta o fim do seu monopólio para o exercício da função jurisdicional, cujo desempenho, aliás, tem sido sofrível, como já assinalamos.

Essa quebra do monopólio estatal da iurisdictio não apenas abre a possibilidade de seu exercício às diversas comunidades, povos e nações inseridas no território do Estado, as quais com ele repartem o poder, como indica uma superação da fase da cognitio extraordinaria, em que o processo se desenvolve perante um funcionário público, fundindo-se nele a iurisdictio e a iudicatio, separadas à época das ações da lei e do processo formular.

Nos dois primeiros períodos da história do processo romano, o das legis actiones e o formular, vivia-se a ordo iudiciorum privatorum, separadas a iurisdictio e a iudicatio, a cargo de pessoas diferentes, respectivamente, o pretor e o iudex ou arbiter, em duas fases também distintas, a in iure e a apud iudicem.

Todas as formas alternativas de distribuição de justiça, que passam pela conquista ao Estado de um espaço em nome do pluralismo, suscitam a figura do juiz leigo, do árbitro, do conciliador, de quem, afinal, decida as questões segundo o direito, porém não necessariamente um técnico jurídico ou um funcionário estatal.

¹⁶ FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica : implicações e perspectivas*. São Paulo : Malheiros, 1996. Introdução.

6. O "arbiter"

Na ordo iudiciarum privatorum, a segunda fase do processo, dita apud iudicem, desenvolve-se perante o iudex privatus ou arbiter. Trata-se de um cidadão designado pelo pretor, após concordância ou não das partes, que vai julgar a causa, portanto exercer a iudicatio, em nome do povo romano, porém sem qualquer vínculo de subordinação ao pretor.

O iudex podia ser iudex unus ou vários e constitui uma nota característica dos iudicia, instaurados de acordo com os costumes e as leis de Roma. O pretor podia, ainda, instaurar os iudicia como decorrência do seu imperio continetur e remetidos a um colégio de recuperadores, os quais eram instituídos para julgar questões entre estrangeiros ou fora de Roma. Esses juízes exerciam as suas funções livremente sem qualquer ingerência do magistrado.¹⁷

Gaio, Institutas, 4, 103. *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continetur. 104. Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarum inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipitur;...105. Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quandiu is qui ea praecepit imperium habebit.* (103. Todos os juízos, todavia, ou se fundam no direito legítimo ou se conectam com o império. 104. Legítimos são os juízos, que são aceitos na cidade de Roma, ou na primeira milha dela, entre cidadãos romanos sob um único juiz;....105. Conexos com o império são os juízos dos recuperadores e aqueles aceitos sob um único juiz, intervindo, porém, um estrangeiro como juiz ou como litigante. Compreendem-se neles aqueles aceitos em Roma ou na primeira milha dela desenvolvidos por cidadãos romanos ou por estrangeiros. São chamados de juízos inerentes ao império porque valem até onde aquele que os haja ordenado tenha império.)

A arbitragem aparece na maioria das propostas de uma alternativa para a solução dos problemas da justiça.¹⁸ No entanto, a mentalidade estatalista e o espírito corporativista

dos juízes-funcionários nunca permitem que se desenvolvam as idéias de um árbitro leigo ou, ao menos particular, sempre atrelando-o ao aparelho do Estado e inviabilizando a jurisdição plural, que é consequência natural do pluralismo.

O Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, disciplina o juízo arbitral (arts. 1.072 e segts.), criando a figura do árbitro como juiz de fato e de direito, que não tem qualquer poder, condicionando a lei os efeitos, entre as partes, do laudo arbitral à sua homologação pelo juiz a que originariamente tocar o julgamento da causa (arts. 1.096-1.097).

Dessa homologação, ou não, cabe recurso a um tribunal (arts. 1.101 e 1.102), que poderá anular o laudo ou determinar que outro seja proferido.

Assim sendo, o juízo arbitral brasileiro, que pode ser colegial e admitir recurso na sua própria sede, visando resolver pendências judiciais ou extrajudiciais concernentes a direitos suscetíveis de transação (art. 1.072), não passa de uma mera tentativa de conciliação, sob o controle judicial, representando, na melhor das hipóteses, um degrau sempre possível de ensejar toda a ciranda de recursos e de influências a que se sujeitam os processos. Na verdade, o sistema do Código de Processo Civil brasileiro decorre do princípio da jurisdição única adotado pela Constituição: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV). Estamos, portanto, exatamente nas malhas do Estado e do Estado liberal, debaixo do dogma da tripartição dos poderes, pois, quando se pensa em uma alternativa para o princípio mencionado, logo se acena com a idéia da jurisdição administrativa, para transferir para um outro Poder, o Executivo, parte do contencioso administrativo, porém jamais para admitir seja a jurisdição exercida pelas comunidades ou pelos povos, ou a judicatura pelos leigos.¹⁹

Não deixa de ser curioso o dispositivo legal no citado código que permite constar do compromisso arbitral "a autorização para árbitros julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito" (art. 1.075, IV). Regras e

¹⁷ SURGIK, op. cit. p. 21 e 68.

¹⁸ GOZAÍNI, Osvaldo A. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires : Depalma, 1995.

¹⁹ A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, chamados juizados de pequenas causas, criou, no cível, os conciliadores e juizes leigos, como auxiliares da Justiça.

formas de que direito? Somente pode ser do direito estatal. Que equidade é esta que está fora do direito? As leis do Estado contrariam o binômio *bonum et aequum*, frustrando, assim, a oração de Celso: *ius est ars boni et aequi*.

Os dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro (1973) são, praticamente, a reprodução dos artigos do Código Civil (1916) a respeito do compromisso, com exceção de uma maior participação estatal referente à possibilidade de recursos, mesmo quando não previstos no acordo entre as partes, e no tocante à competência para a homologação da sentença arbitral, que a lei processual fixou no juiz competente para julgar a causa e não qualquer juiz. Além disso, o Código de Processo Civil afastou a hipótese, prevista na lei civil, de um juiz de primeira ou segunda instância ser nomeado árbitro pelas partes.

Os dispositivos do Código Civil tiveram evidente inspiração romanista. Clóvis Bevilacqua faz, em seus comentários, expressa referência ao Título IV do Livro 4 do “Digesto”, *De receptis, qui arbitrum receperunt, ut sententiam dicant*. O grande jurista brasileiro, a propósito, observa:

“Compromisso é o ato jurídico pelo qual as partes, em vez de recorrerem ao Poder Judiciário, escolhem juízes árabitos, para decidirem as suas questões. É um instituto que se aproxima da transação, a cujos princípios se submete (art. 1.048), embora dela se distinga sob pontos de vista essenciais. Seu fim é, também, extinguir obrigações, o que obtém pela sentença arbitral. *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur: et ad finendas lites pertinet* (D. 4.8.1).”²⁰

Ainda que, pelo que evidencia o texto latino supratranscrito, o árbitro, digamos judicial, não possa confundir-se com esse escolhido pelas partes para a solução de suas controvérsias, a idéia da escolha de um cidadão pelas partes ou pelo pretor para a solução de conflitos pode indicar novos caminhos para o processo.

7. Direito Romano: a “actio”

O Estado, que não é certamente o ambiente ou a organização política onde Roma desenvolveu a sua genialidade jurídica,

parece incapaz de garantir um dos principais, senão o principal, direitos da cidadania, o qual se confunde com o próprio *ius* de cada um (D. 1.1.10 pr – *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*), frase de Ulpiano e exatamente a que inicia o texto das *Institutas*.

Como dar a cada um o seu *ius*, sem a garantia da *actio*. Na verdade, no Direito Romano o *ius = actio*, consoante a definição de Celso: *Nihil est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi* (D. 44. 7. 51)

Superest ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur (Institutas 4. 6.).

Tal definição de Celso é autêntica e completa porque se refere tanto às *actiones in rem* como às *in personam*, entendidas como um poder, ou um *ius*, que permitia ao autor a atuação, através do processo, de uma sanção executiva em relação ao autor de um ato ilícito.²¹

A palavra *actio* parece designar, desde os tempos mais antigos, os atos singulares de defesa privada, como a *vindicatio* e a *manus iniectio*, como também o conjunto de palavras e de gestos indispensáveis para a satisfação de um interesse através do processo ou, ainda, um modelo previsto pelos *mores* ao qual os particulares poderiam recorrer. Em seguida, essa *actio* confundiu-se com o próprio *ius*, isto é, com a própria *facultas* ou *potestas agendi*. Diversas leis republicanas usaram o binômio *ius potestasque esto*. *Ius* é sinônimo de poder, o que pode explicar a distinção entre as *personae sui iuris* e *personae alieno iuris*, uma vez que as *sui iuris*, por que não submetidas ao *pater familias*, tornavam-se titulares de um poder ou *ius* que as legitimava a buscar as formas tradicionais e processuais.

Tais observações devem ser consideradas em relação às diversas comunidades indígenas e campesinas que integram o mundo latino-americano compreendidas pelas diversas organizações ditas estatais: os povos devem valer-se desse *ius-actio-potestas* para realizar os seus direitos através do processo, fundados mesmo nos seus próprios costumes (*mores*), quer para resolverem os conflitos internos como os eventualmente existentes em relação aos outros povos e mesmo em oposição aos Estados.

²⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1934. v. 4. p. 198-9

²¹ PROVERA, Giuseppe. *A noção romana de actio*. In : *Seminários de Direito Romano*, Brasília : UnB, 1984.

Nunca é demais lembrar a relevância dos costumes para os romanos para concluir que essa importância, certamente, não era desconsiderada em relação aos outros povos que se romanizaram. Para todos vale a sentença *Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus* (Tit. ex. corp. Ulpiani 1, 4) e o famoso texto de Juliano no D. 1. 3. 32. 1, sobre a equivalência entre a lei votada pelo povo e o costume revelado pelo povo, a ponto de o segundo gerar a derrogação da primeira pelo desuso.²²

Deixemos de lado a discussão dos processualistas modernos, os quais, a partir mais uma vez de uma abstração atinente ao direito subjetivo, vinculando o surgimento da ação à violação de um direito, lograram distinguir a chamada ação dos civilistas (substancial) da ação formal, objeto da ciência do processo, na verdade cindindo os conceitos de direito e de ação. Esse caminho, inaugurado – tudo indica – pela Escola Histórica e desenvolvido pela Pandectística, acabou por vincular o conceito de ação ao Estado, que hoje exerce o monopólio da jurisdição, inobstante o seu significativo fracasso, neste como em outros pontos.

O Código Civil brasileiro, o de Clóvis Bevilacqua, registra em seu art. 75: “A todo direito corresponde uma ação que o assegura”.

Que interesse têm as declarações de direitos, sem a ação que os assegure? Serão meras frases? Um exercício de retórica? Uma fantasia?

Um cidadão, um homem somente tem assegurado o seu *ius* se tiver a sua *actio*, se puder agir.

Diga-se o mesmo dos povos e das comunidades em geral.

Essa virtude – a de identificar o *ius* com a *actio* – tem o Direito Romano.

Giuseppe Provera assinala que,
“na mais antiga experiência jurídica

²² Iulianus libro XCIV. Digestorum. Inveterata consuetudo pro legem no immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

romana, *ius* e *actio* apareciam como duas faces de uma mesma medalha, como dois aspectos de uma única realidade normativa. A essa perspectiva mantiveram-se ligados os jurisconsultos das épocas sucessivas, e, se não apenas, certamente também em virtude do seu inato tradicionalismo”²³

A estrutura das *Institutas* de Gaio (*Commentarius Primus*, 8), o qual dedica o famoso último livro ao estado das ações, e a das de Justiniano (1. 2, 12) indicam logo a relevância das ações: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.* (v. tb. D. 5. 1.)

Há o registro a respeito da origem do direito e de todos os magistrados e da sucessão dos prudentes, logo após a notícia da edição da Lei das XII Tábuas, D. 1. 2. 6. – *Pomponius libro singulari enchiridii* –, *Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, ide est legitimaes actiones. et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt.* (Depois, quase ao mesmo tempo se formaram dessas leis as ações, pelas quais os homens litigassem entre si; essas ações, para que o povo não as instituisse de forma arbitrária, desejaram que fossem certas e solenes; e a essa parte do direito chama-se de ações da lei, isto é, ações legítimas. Desse modo, quase a um só tempo, nasceram estes três direitos: a Lei das XII Tábuas; delas começou a derivar-se o *ius civile*; delas se formaram as ações da lei.)

No Direito Romano não havia, como hoje, um conceito abstrato e genérico do direito de ação. As ações eram típicas. A cada direito correspondia uma ação específica. Daí o romanista brasileiro Moreira Alves asseverar como correta

“...a afirmação de que, em Roma, não se conheceu a *actio* (ação), mas, sim, as *actiones* (ações). Por outro lado, os romanos, ao contrário do que sucede com os modernos, encaravam os direitos antes pelo seu aspecto processual do que pelo lado material. Em virtude disso, é comum dizer-se que o Direito Romano

²³ PROVERA, op. cit. p. 36.

era antes um sistema de ações do que um sistema de direitos subjetivos.”²⁴

8. Processo moderno e romano

O pai do Direito Processual Moderno, Giuseppe Chiovenda, proclamou:

“A idéia romana é a alma e a vida do processo civil moderno, pois a história do processo entre os povos civilizados modernos se resume em um lento retorno à idéia romana.”²⁵

O processo moderno nasce da fusão do processo romano com o dos povos bárbaros.

Valhamo-nos do ensinamento de Chiovenda:

“Os processos civis modernos da maioria das nações européias representam os diversos resultados finais da fusão de elementos em parte comuns, especialmente do elemento romano e do elemento germânico.

Os dois elementos surgiram na Itália na alta Idade Média, quando, com as invasões dos bárbaros, leis germânicas se sobrepuseram à lei romana.”²⁶

Assim sendo, a história da legislação processual moderna teve como ponto de partida o processo romano, isto é,

“processo de uma civilização ampliada ao máximo grau de desenvolvimento, processo que gradualmente, sob os influxos de uma elaboração profunda, devida a gerações de juristas (jurisconsultos, magistrados, legisladores), em quem a finura lógica corria paradas com o extraordinário senso prático, veio-se adaptando às mais delicadas exigências daquela comunhão social.”²⁷

A questão, portanto, que se coloca em relação à realidade latino-americana consiste em saber se igual fenômeno, o de forjar um novo processo com elementos romanos e nativos daquela realidade pluralista, tanto do ponto de vista étnico, como do aspecto político,

²⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro : Forense, 1995, v. 1. p. 182.

²⁵ CHIOVENDA, *apud* CUENCA, Humberto. *Processo civil romano*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. Introducción, 35.

²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 1, p. 104.

²⁷ *Ibidem*, p. 118.

não deveria repetir-se como uma expressão dos arquétipos culturais e jurídicos romanos. Afinal, o ambiente onde se formou o processo romano se identifica muito mais com a realidade latino-americana, de caráter multinacional e de enfraquecimento do Estado moderno, do que com a da Europa do fim da Idade Média, onde o Estado e o Capitalismo estavam surgindo, com todas as suas conseqüências.

Tenhamos presente que, em matéria processual, como nas outras de natureza jurídica, a incapacidade romana de formulações abstratas, necessárias para a elaboração de uma ciência processual, como os modernos o fizeram, não deve ser vista como um defeito, porém como uma virtude. Sem dúvida, foi essa virtude que pôde servir aos novos tempos da América Latina, a de transformar o processo em um efetivo meio de satisfação de justiça, meio concreto e prático ao alcance de todos e de todas as comunidades, sem obviamente a exclusão dos próprios ordenamentos estatais, enquanto existirem, como uma exigência da vida em todo o seu esplendor.

Não se trata de afastar os ordenamentos existentes, mas de possibilitar um espaço neles para novas jurisdições, o que não parece contrariar o espírito jusromanista. O estudo do processo romano deve, ainda, muito ajudar nas inovações dos ordenamentos estatais, confirmando a visão de Chiovenda desse lento retorno às fontes romanas. Essa palingenesia prevista pelo grande mestre italiano parece estar presente nas formulações da ação como um direito concreto a uma sentença favorável, ou como um direito potestativo, que também a identifica com o poder. O eterno retorno a Roma faz-se, no entanto, sem qualquer prejuízo à idéia de progresso, sempre presente na construção jusromanista, onde e quando ela tem se verificado.

Outro exemplo de imediata repercussão no direito contemporâneo reside na expansão e no aprimoramento da ação popular, instituto tipicamente romano (D. 47. 23. Paulo. 1. dizemos ação popular aquela que tutela o direito do povo), pronto a ser o instrumento do povo contra o Estado.

Esse progresso do direito processual moderno, como um retorno a Roma, aliás, indica certa impossibilidade de buscarmos, desde agora, as rimas necessárias entre os

ordenamentos processuais latino-americanos e o processo romano, justamente porque, mesmo “cientificamente” adiantados, esses ordenamentos indicam, por isso, uma influência científica, pandectística, iluminista, racionalista, estatalista, etc, onde o Direito Romano está, obviamente, presente, porém já defasado de sua força originária.

Penso que essa ruptura entre o *ius* e a *actio*, possibilitando uma ciência processual moderna à medida que se distancia a influência romanista, foi bem explicada por Biscardi. Ele assinala que a concepção unitária do fenômeno processual é, do prisma da especulação dogmática, uma conquista bem recente. Representa o produto mais significativo da autonomia dos estudos processuais, cujos institutos processuais, por uma tradição doutrinária, sempre estiveram ligados a uma exposição sistemática do direito privado, também de origem pandectística. Foram as categorias de direito subjetivo e direito objetivo [categorias modernas] e, por consequência lógica, as idéias de Estado e indivíduo que ensinaram, entre elas próprias, a citada ruptura que veio a gerar uma disciplina nova e autônoma, a Ciência do Direito Processual.²⁸

Assim, ainda que possível realizar uma pesquisa no direito processual latino-americano para verificar, nos ordenamentos jurídicos estatais, os elementos romanistas, certamente existentes, não parece ser esse o caminho correto para uma real influência romanista no continente americano.

Além disso, a unidade latino-americana não poderá ser alcançada através dos ordenamentos estatais, senão através de um sistema (princípios doutrinários comuns). Essa observação serve também para demonstrar que nenhuma unidade é possível sem o verdadeiro *ius praetorium*, vale dizer que a eventual busca de uniformidade nas decisões judiciais, sujeitas à imprevisibilidade das situações e das circunstâncias, sem qualquer referência à doutrina, o que nós lograríamos seria cada vez mais a fragmentação desordenada, o afastamento da integração, a ausência do ponto comum. Nesse sentido, o desenvolvimento do processo no ambiente latino-americano somente pode ocorrer na direção da unidade, através de um fundamento comum romanista,

²⁸ BISCARDI, Arnaldo. *Lezioni sul processo romano antico e classico*. Torino : G. Giappichelli, 1968. p. 356 e seg.

jamais pelo critério do *judge makes law*, no sentido anglo-saxônico, ou do *case method* ou direito judicial. O juiz, nesse sentido, será sempre uma autoridade do Estado, não uma pessoa fora dele, autorizada pelo pretor para resolver uma demanda, segundo o bem de vida não mais sujeito à contestabilidade.

É preciso assinalar, ainda, que o sistema romanista latino-americano, identificado por Clóvis Bevilacqua como um grupo singular de legislações porque provenientes de fontes européias (Portugal e Espanha), sofreu modificações decorrentes de um ambiente e de condições diferentes, facilmente identificáveis em razão do impacto da realidade indígena.²⁹

9. “Ubi praetor, ibi iusque actio”

Já vimos acima, a respeito do *arbitrator* e dos *recuperatores*, que os *iudicia* decorrentes do *imperio contineri* são assim chamados porque valem até onde aquele que os haja ordenado tenha império, isto é, até onde o pretor tenha império.

A presença do pretor indica a presença do direito. O jurista Paulo, ao escrever sobre os diversos significados da palavra direito, assinala: *...alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.* (D. 1. 1. 11) (Em uma outra significação, chama-se direito ao lugar onde ele é administrado, aplicando-se o nome do que se faz ao lugar onde se faz. Este lugar pode ser determinado da seguinte maneira: onde quer que o pretor, conforme a majestade do seu império e os costumes dos antepassados, disser o direito, esse lugar é chamado, com razão, de *ius*.)

D. 44. 7. 25. 2. *Ulpianus Regulae*. “Todas as ações são civis ou honorárias.”

Ou são do *ius civile*, vale dizer, do direito dos romanos, dos cidadãos romanos e depois da Constituição de Caracala, 212 d. C., de todos os habitantes do orbe romano, ou são do pretor.

Parece pertinente lembrar os conceitos

²⁹ BEVILAGUA, Clóvis. *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*. 2. ed. Bahia, 1897; CATALANO, Pierangelo. *Sistema Jurídico Latino-Americano*. In : *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 69.

tradicionais desse direito criado pelo pretor, nascido para complementar o direito dos cidadãos romanos, na frase de Papiniano *adiuvandi vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia* (D. 1.1.7.1). O direito honorário, assim chamado em honra aos pretores (D. 1.1.7.1) e que, segundo Marciano, *viva vox est iuris civilis* (D. 1. 1. 8).

A criação do pretor peregrino ao lado do pretor urbano tem grande significado, pois implicou a aplicação de leis dos outros povos e até a influência em relação ao próprio Direito Romano, com notáveis repercussões no *ius gentium*.

A propósito, merece transcrito o seguinte texto do ilustre jurista venezuelano Professor Humberto Cuenca:

“Pocas referencias se encontrarán en materia de derecho procesal civil romano al derecho de gentes por las circunstancias siguientes. Celosa de su derecho como de un fuero, en la época en que la ciudadanía fué un privilegio exclusivo de los romanos, se creó en el año 242 a.C. un pretor peregrino (*praetor peregrinus*) para resolver los conflictos que surgían entre los extranjeros, llamados peregrinos y el cual tenía por misión aplicar el derecho privativo de las partes, leyes griegas, egipcias, púnicas, etruscas, etc.

Sin embargo, con el tiempo las costumbres y los derechos de los extranjeros fueron influyendo lenta y sucesivamente en el derecho romano (civil y pretorio) al punto de que cuando Caracalla amplió el derecho de ciudadanía a todos los habitantes del Imperio (año 212), los extranjeros encontraron en Roma la aplicación de gran parte de sus derechos. Por otra parte, el derecho pretorio influyó poderosamente en el derecho peregrino o derecho de gentes, hasta el extremo de que Cicerón dice que entre los edictos del pretor urbano y del pretor peregrino existía una gran semejanza. Ya veremos que una de las hipótesis acerca del origen histórico del sistema formulario encuentra su base en el hecho de que el pretor peregrino acostumbraba asesorar al jurado en la difícil aplicación del sistema de acciones de la ley a los extranjeros, y que la abolición de las fórmulas, vino también invasivamente

desde las provincias, donde los gobernadores acostumbraban conocer y sentenciar por sí mismos los litigios sin elección de jueces, origen histórico del procedimiento extraordinario.

Así, pues, se compenetraron profundamente el derecho pretorio y el derecho de gentes hasta que con la constitución de Caracalla la distinción se hizo innecesaria, de manera que, más tarde, la reminiscencia del derecho de gentes en la legislación justiniana non tiene sino un mero valor histórico y filosófico. Las Instituciones dicen que el derecho de gentes es común al género humano, pues las naciones establecieron par sí ciertas leyes que exigieron el uso y las necesidades humanas (1, 2, 2) ...Cómo pudo Roma aplicar lenta e gradualmente, pero al mismo tiempo, el derecho romano a los ciudadanos romanos y, al mismo tiempo, sus propios derechos nacionales a los peregrinos? Esto es lo que Pacchioni llama “el secreto del derecho romano” y explica que para hacer esto, Roma supo negarse a sí misma un poco cada día e inspirar su Derecho en el Derecho de los demás pueblos, para así, entregándose a éstos un poco, someterlos con mayor seguridad en el porvenir.”³⁰

A expansão de Roma, desde os primórdios, não se caracterizou, apenas, pela cidadania crescente, isto é, pela universalização da cidadania romana, invenção que fundamentou o império, mas igualmente pela maneira diversificada com que tratou os povos em relação aos quais se impôs. A expansão romana valeu-se dos tratados (*foedera*), da criação de municípios, da fundação de colônias e da organização das províncias.

Esse processo não foi uniforme, nem quanto à prioridade de qualquer daqueles meios, nem no significado das autonomias reconhecidas ou concedidas ou no sentido da preservação das instituições locais. Assim houve, por exemplo, após um período de guerras entre Roma e as cidades latinas, em 493 a.C., o *foedus Cassianum*, onde romanos e latinos aparecem com paridade de direitos dentro de uma idéia, digamos na falta de outra palavra, federalista.³¹ Este exemplo é de *foedus aequum*, pois colocava

³⁰ CUENCA, op. cit p. 35-7.

³¹ TORRENT, Armando. *Derecho público romano y sistemas de fuentes*. Zaragoza : Mira, 1991. p. 293.

em posição paritária as partes compactuadas as quais deveriam dividir pelo meio as presas de guerras comuns; obrigava a ajudas recíprocas entre os aliados; proibia ajudar ao inimigo de um aliado; impunha um exército comum e obrigava a que as controvérsias entre as partes se resolvessem no prazo de dez dias. Tal tratado foi uma antecipação dos futuros pactos. Assim, como os *foedera aequa*, cada cidade conservava sua autonomia interna, sua própria organização política e seu próprio direito. Nem sempre, todavia, a igualdade foi preservada integralmente. Inobstante a preservação da forma, o *foedus* era *iniquum*, as limitações impostas por Roma aumentavam, embora as cidades conservassem sua autonomia, tinham seus próprios órgãos, jurisdição, censo, moeda. A política, no entanto, era a de Roma e sua hegemonia afluía na obrigação do novo “Estado” federado de *servare maiestatem populi Romani*.³²

Em relação aos municípios, os exemplos são igualmente significativos, porque Roma atraía novas comunidades para a sua órbita, concedendo-lhes a dignidade da *civitas*. Esses municípios também recebiam tratamento diverso, desde a concessão de *civitas sine suffragio* até o da *civitas optimo iure*. Para o caso dessas últimas, o *foedus* ou a *lex* institutiva concedia plena cidadania e as comunidades gozavam de larga autonomia, conservando seus próprios magistrados, certa jurisdição e suas próprias leis. Aulo Gélíio, nas *Noctes Atticae* (XVI, 13, 6), escreveu: *Municipes ergo sunt cives Romani ex municipiis legibus suis et suo iure utentes*.

Transcrevo, porque muito elucidativo, Armand Torrent, em desdobramento da afirmação supratranscrita:

“Está claro que en esta última afirmación está subyacente la idea de la Ciudad-Estado; Roma reconoce una *Respublica* con grand autonomía local que llega incluso a una cierta soberanía legislativa en materias de Derecho interno, principio muy elocuente de la sabiduría política romana y de su respeto por las autonomías locales, intransigente sin embargo en todo lo que se refiriera a cualquier atentado contra la *maiestas populi Romani*.”³³

³² Ibidem, p. 301 e D. 49. 15. 7. 1.

³³ Ibidem, p. 307.

A jurisdição enquanto expressão do império correspondia ao magistrado romano, ao pretor. Alguns municípios, porém, gozavam de maior autonomia e conservavam em seus próprios magistrados uma jurisdição dentro de certos limites, e a esse propósito se aperfeiçoou uma distinção cujos limites oscilavam entre a jurisdição do *praetor urbanus* e a dos magistrados municipais, *quattuorviri* ou *duoviri*. A jurisdição desses era autônoma, no sentido de plenamente livre.

Igual mecanismo, oferecendo maior ou menor autonomia, ocorreu em relação às colônias e às províncias, mudando-se o que deve ser mudado.

Não será estranho, certamente, visualizar na América Latina a criação de um processo fundado nas raízes romanistas para as experiências plurais dos povos que aqui habitam.

A política de Roma em relação aos povos do Império envolveu a convivência com os direitos e os costumes locais. Roma não foi assim uma hegemonia, nem uma opressão, nem um domínio.

Nos dias de hoje, como sempre, Roma é uma idéia. A idéia do direito primitivo, que evoluiu modificado pelo Cristianismo e transformou-se em uma catolicidade, uma unidade na diversidade, uma base que não muda nunca sobre a qual se permitem todas as adaptações.

Onde estiver o pretor estará o direito.

Não precisamos visualizar o pretor como um funcionário, um magistrado, um homem, senão como uma idéia. A idéia de Roma que se confunde com a idéia do Direito. Onde ela estiver estará o Direito, o qual permitirá que os homens situados em suas comunidades e elas próprias exerçam os seus direitos através do poder identificado com o direito de ação.

Bibliografia

- AGUIRRE, Francisco Ballón. Sistema Jurídico Aguaruna e Positivismo. *Qual direito?* Rio, Instituto Apoio Jurídico Popular, 1991.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro : Forense, 1995. v. 1.
- ANTORVEZA, Adolfo Triana. Grupos Étnicos. Nueva Constitución en Colombia. In: *Antropología Jurídica. Normas Formales – Costumbres Legales*. Bogotá, Esther Sanches Botero Ed. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica, 1992.

- BISCARDI, Arnaldo. *Lezioni sul Processo Romano Antico e Classico*. Torino : G. Giappichelli, 1968.
- CATALANO, Pierangelo. Sistema Jurídico Latino-Americano. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 69.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 1.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1934. v. 4.
- *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*. 2. ed. Bahia, 1897.
- CUENCA, Humberto. *Processo Civil Romano*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-America, 1957.
- DUBIO, François Correa. Lo 'Indígena' ante el Estado Colombiano. In: *Antropología Jurídica. Normas Formales – Costumbres Legales*. Bogotá, Esther Sanches Botero. Ed. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica, 1992.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Rondando el Derecho. In: *Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos*. 1, 1992. Material de lectura. Obispado de Cajamarca, Comisión Episcopal de Acción Social, Comisión Andina de Juristas, 1992.
- FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: Implicações e perspectivas*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- GOZAÍNI, Osvaldo A. *Formas Alternativas para la Resolución De Conflictos*. Buenos Aires : Depalma, 1995.
- PEÑA JUMPA, Antonio. Justicia Comunal en Alahuyo. Sus órganos de resolución de conflictos. In: *Taller Nacional sobre Justicia y Derechos Humanos*, 6, 1992. Comisión Episcopal de Acción Social, 1992, p. 365-395.
- MELATTI, Júlio Cezar. *Índios do Brasil*. Brasília : Coordenada, 1970.
- MONTORO, André Franco. *Perspectivas de integração da América Latina*. 3. ed. São Paulo : ILAM, 1994.
- PETIT, Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução José Ferrandez Gonzalez. Buenos Aires : Albatros, 1985.
- PROVERA, Giuseppe. A Noção Romana de Actio. *Seminários de Direito Romano*, Brasília : UnB, 1984.
- REICHEL, Elizabeth. La Ecolítica en conceptos indígenas de territorio en la Amazonia Colombiana. In: *Antropología Jurídica: Normas Formales: Costumbres Legales*. Bogotá : Esther Sanches Botero. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica, 1992.
- SANTOS, Sílvio Coelho dos. *Os Povos Indígenas e a Constituinte*. Florianópolis : Ed. da Universidade de Santa Catarina, 1989.
- SCHIPANI, Sandro. *Derecho Romano : Codificación y Unificación del Derecho*. Tradução Fernando Hinestroza. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1983.
- SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do Processo Civil Romano*. Curitiba : Livro é Cultura, 1990.
- TORRENT, Armando. *Derecho Público Romano y Sistemas de Fuentes*. Zaragoza : Mira, 1991.
- VICENCIO, Sissi Villa. Los Aguaruna : un Sistema Especial para la Solución de los Conflictos. In : *Antropología Jurídica : Normas Formales : Costumbres Legales*. Bogotá : Esther Sanches Botero. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica, 1992.
- ALBÓ, Xavier. Algunas pistas antropológicas para un orden jurídico andino. *Derechos humanos y servicios legales en el campo*. Lima : García – Sayan, 1987.
- ZAMBRANO, Carlos Vladimir. Aproximaciones teórico-metodológicas de la antropología jurídica. In : *Antropología jurídica : normas formales : costumbres legales*. Bogotá : Esther Sanches Botero. Memorias del Simposio de Antropología Jurídica, 1992.

Competência comum, concorrente e supletiva em matéria de meio ambiente

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Uma nova concepção de federalismo. 3. A norma geral como limite da legislação federal ambiental. 4. Competência suplementar dos Estados e dos Municípios em matéria ambiental. 5. A competência comum na Constituição Federal de 1988 – a implementação da legislação. 6. Licenciamento ambiental e instituição da licença e da autorização. 7. Licenciamento ambiental e o Ibama. 7.1. Quadro do licenciamento obrigatório pelo Ibama. 7.2. Licenciamento ambiental supletivo pelo Ibama. 7.3. Licenciamento ambiental pelo Ibama e interesse nacional e regional. 8. Conselho Nacional do Meio Ambiente e o licenciamento. 9. O estabelecimento de normas de cooperação institucional. 10. Mercosul e reengenharia da cooperação ambiental.

1. Introdução

A Constituição de 1988, pela primeira vez no Brasil, insere o tema “meio ambiente” em sua concepção unitária. Não foi a primeira Constituição da América Latina a fazê-lo, tendo sido precedida pelas Constituições do Equador e do Peru de 1979, Chile e Guiana de 1980, Honduras de 1982, Panamá de 1983, Guatemala de 1985, Haiti e Nicarágua de 1987. Nossos ancestrais na Europa – Portugal e Espanha – inovaram em 1976 e 1978, introduzindo o tema nas constituições.

A Constituição brasileira garante o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. Além disso, conceitua o meio ambiente como “bem de uso comum do povo” e que, dessa forma, não pode ser apropriado e é extracomércio. Voltamos, assim, o nosso olhar para o Direito Romano, base de nossa legislação.

Paulo Affonso Leme Machado é Professor na UNESP–Universidade Estadual Paulista, IB, Rio Claro, SP, Prêmio Internacional de Direito Ambiental “Elizabeth Haub” (1985). Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente. Advogado.

Palestra para a Câmara Jurídica do Conama em 27.6.96, Maceió, AL.

2. Uma nova concepção de federalismo

O meio ambiente – assim especificamente denominado pela Constituição – está previsto como sendo de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, de forma concorrente (art. 24). Como competência comum para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios está prevista a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em quaisquer de suas formas (art. 23).

O uso do termo ou da noção de competência concorrente já fora utilizado na Constituição de 1934 (art. 10). A concorrência enseja a possibilidade de iniciativa na área da legislação ambiental para os Estados e para o Distrito Federal se a União se mantiver inerte. A competência concorrente poderá exercer-se não só quanto à elaboração de leis, mas de decretos, resoluções e portarias.

Para atender às peculiaridades próprias, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena, desde que não exista “lei federal sobre normas gerais”(art. 24, § 3º). Essa competência chamada “plena”, entretanto, sofre dupla limitação – qualitativa e temporal: a norma estadual não pode exorbitar da peculiaridade ou do interesse próprio do Estado e terá de se ajustar ao disposto em norma federal ambiental superveniente.

No Direito Comparado, vemos que a Alemanha passou a prever, em 1972, na reforma da Constituição de 1949, a competência concorrente no concernente à poluição do ar e do ruído e no referente à eliminação de rejeitos (art. 74, nº 24).

3. A norma geral como limite da legislação federal ambiental

As Constituições brasileiras de 1946 (art.5º, XV) e de 1967 (art.8º, XVII) previram o estabelecimento de “normas gerais pela União” sobre determinadas matérias. Assim, também, a Emenda Constitucional nº 1/69 (art.8º, XVII). Não previam, contudo, normas gerais sobre meio ambiente, pois o tema nelas não estava incluído especificamente com essa nomenclatura.

A expressão “norma geral” foi também utilizada pela Constituição da Alemanha de 1949 no sentido de que poderia ser editada pela Federação para a “caça, proteção de sítios naturais e de paisagens, regime de águas”(art.75).

A lei italiana nº 394, de 8 de julho de 1986,

prevê, dentro das competências do Ministério do Meio Ambiente, propor ao Conselho de Ministros “norma geral de direção e de coordenação para a gestão das áreas protegidas de caráter geral e local”(art.5º,3).

A Constituição da Espanha de 1978 traça a repartição de competências entre o Estado (poder central) e as Comunidades Autônomas nos arts.148 e 149, especialmente. O art.149 – 1 diz:

“O Estado tem competência exclusiva sobre as seguintes matérias: 23a. Legislação básica sobre proteção do meio ambiente, sem prejuízo das Comunidades Autônomas de estabelecer normas adicionais de proteção”.

O Professor Tomás-Ramon Fernandez Rodrigues afirma que os princípios gerais

“a serviço dos interesses superiores da Nação inteira, desempenham o papel de um comum denominador normativo, um *minimum* de uniformidade de cada regulamentação, a partir do qual o poder legislativo territorial poderá procurar a via que julgue a mais correta, levadas em conta circunstâncias especiais de seu território regional e singularidades e especificidades dos seus problemas particulares”¹.

A Constituição brasileira não conceitua norma geral. Resta à doutrina e à jurisprudência essa tarefa. A norma geral visa a aplicação da mesma regra em determinado espaço territorial. A norma geral federal ambiental, ou em outra matéria de competência concorrente, não precisa necessariamente abranger todo o território brasileiro. Uma norma geral ambiental federal poderá dispor, por exemplo, sobre as áreas previstas no art. 225, § 4º – Floresta Amazônica Brasileira, Serra do Mar, Mata Atlântica, Pantanal e Zona Costeira. A norma geral pode abranger somente um ecossistema, uma bacia hidrográfica ou somente uma espécie vegetal ou animal.

A União está obrigada a inserir na norma geral o conteúdo dos acordos, tratados ou convenções internacionais já ratificados, depositados e promulgados pelo Brasil, como evidentemente guardar fidelidade à Constituição em vigor.

¹ Environnement dans la Constitution espagnole et dans la doctrine du Tribunal Constitutionnel. *Revue Juridique de l' Environnement*. n. 3, p. 187-95.

Na Alemanha, a regra constitucional difere quanto à forma de alteração da concorrência legislativa dos Estados (*Länder*).

No sistema alemão, a Federação pode legislar no domínio da competência concorrente, “quando aparece a necessidade de regulamentação legislativa federal:

1. porque uma questão não pode ser regulamentada eficazmente pela legislação nos diferentes Estados (*Länder*);

2. porque a regulamentação de uma questão por uma lei de um Estado (*Land*) poderia afetar os interesses de outros Estados (*Länder*) ou da coletividade;

3. porque a proteção da unidade jurídica ou econômica e especialmente a manutenção da homogeneidade das condições de vida além das fronteiras de um Estado (*Land*) exigem tal medida”.

Assim, na Alemanha, em matéria de combate à poluição do ar e do ruído, como em matéria relativa à eliminação de rejeitos (matérias de competência concorrente), se ocorrem uma das três hipóteses mencionadas, a federação alemã pode editar uma regra ambiental sobre normas gerais.

4. Competência suplementar dos Estados e dos Municípios em matéria ambiental

Diz o art.24, § 2º, da Constituição Federal :

“A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

O art. 30 da Constituição Federal preceitua:

“Compete aos Municípios (...) II – suplementar a legislação federal e estadual no que couber”.

Suplemento é o que supre, a

“parte que se junta a um todo para ampliá-lo ou para aperfeiçoá-lo. O que serve para suprir qualquer falta”².

Assim, não se suplementa a legislação que não exista. Portanto, quando a competência da pessoa de direito público interno for somente suplementar à legislação de outro ente, se inexistirem normas, não existirá o poder

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira. 1.ed. 7. impressão. (s.d.), 1.499 p..

supletório. Não se suplementa uma regra jurídica simplesmente pela vontade de os Estados inovarem diante da legislação federal. A capacidade suplementária está condicionada à necessidade de aperfeiçoar a legislação federal, ou diante da constatação de lacunas, ou de imperfeições da norma geral federal.

Nossas Constituições anteriores mostram essa tradição jurídica. A Constituição de 1934 dizia:

“as leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta”(art.5º, § 3º).

A Constituição de 1937 é no mesmo sentido em seu art.18.

A Constituição de 1967, ao prever a competência dos Estados para legislar supletivamente, indica que a lei federal deve ser respeitada (art.8º, § 2º). A Emenda Constitucional nº 1/69 é no mesmo sentido em seu art. 8º, parágrafo único.

Ressalte-se que não se pode suplementar um texto legal para descumprí-lo, ou para deturpar sua intenção, isto é, para desviar-se da *mens legis* ambiental federal.

5. A competência comum na Constituição Federal de 1988 – a implementação da legislação ambiental

A Constituição Federal de 1988 inovou na técnica legislativa, tratando em artigos diferentes a competência para legislar e a competência para administrar.

Vejamos as matérias incluídas no campo ambiental pelo artigo 23:

“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:...III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;...VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;.....XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e

exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”.

No artigo 23, a Constituição Federal faz uma lista de atividades que devem merecer a atenção do Poder Público. O modo como cada entidade vai efetivamente atuar em cada matéria dependerá da organização administrativa de cada órgão público federal, estadual e municipal. O artigo 23 merece ser colocado em prática em concordância com o art.18 da mesma Constituição, que determina:

“A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

A autonomia não significa desunião dos entes federados. Também, não deve produzir conflito e dispersão de esforços. Mas, a autonomia deve ensejar que o Município tenha, ou possa ter, sistemas de atuação administrativa não semelhantes ou desiguais aos vigentes nos Estados. Os Estados, por sua vez, poderão ter, também, sua organização administrativa ambiental diferente do governo federal. Assim, as normas gerais federais ambientais não podem ferir a autonomia dos Estados e dos Municípios, exigindo dos mesmos uma estrutura administrativa ambiental idêntica à praticada no âmbito federal.

A competência dos Estados para legislar, quando a União já editou uma norma geral, pressupõe uma obediência à norma federal, se editada de acordo com a Constituição Federal. Situa-se no campo da hierarquia das normas e faz parte de um sistema chamado de “fidelidade federal”. Não é a mesma situação perante a implementação administrativa da lei (art. 23, CF), onde não há hierarquia na atuação das diferentes administrações públicas. A administração pública federal ambiental não está num plano hierárquico superior ao da administração pública ambiental estadual, nem esta situa-se em plano superior ao da administração pública ambiental municipal.

As atribuições e obrigações dos Estados e dos Municípios só a Constituição Federal pode estabelecer. Leis infraconstitucionais não podem repartir ou atribuir competências, a não ser que a própria Constituição Federal tenha previsto essa situação, como o fez explicitamente no art. 22, parágrafo único.

Os Estados, ao implementar a sua própria legislação ambiental, ou quando executam as

normas gerais da União, não estão sujeitos ao poder revisional ou homologatório da União. Esse controle só pode ser feito pela União através de ação judicial, procurando anular o ato administrativo estadual acusado de invasão da competência federal ou descumprimento das normas gerais federais. Não se pode negar que o controle efetivo da implementação das normas gerais federais pelos Estados é uma tarefa difícil, dado o número de questões abrangidas e a vastidão do território nacional.

6. Licenciamento ambiental e instituição da licença e da autorização

O exercício das atividades econômicas no Brasil é livre, isto é, independe de prévia intervenção do Poder Público. Esse é o sistema que rege a matéria consoante a Constituição Federal de 1988.

Diz o art. 170, parágrafo único, da Constituição mencionada:

“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Não há, portanto, presunção de que o Poder Público deva intervir.

A autorização, a licença, a permissão e a aprovação prévia só podem existir se previstos em lei. A Constituição ao dizer “salvo nos casos previstos em lei” obriga a utilização da lei no seu sentido restrito. “Previsão em lei” e “na forma da lei” têm acepções diferentes. A primeira deve ser entendida conforme sua dimensão estrita e a segunda merece ser interpretada consoante seu sentido lato.

Razoável, portanto, concluir-se que as licenças, autorizações, aprovações prévias e permissões só possam ser criadas por lei e não por decreto do Presidente da República, do Governador do Estado ou do Prefeito Municipal. Da mesma forma, não podem ser instituídas por portaria do IBAMA – Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis – ou dos órgãos públicos ambientais dos Estados e dos Municípios.

7. O licenciamento ambiental e o Ibama

7.1. Quadro do licenciamento obrigatório pelo Ibama

Menciono algumas intervenções – através

de licenças e de autorizações – na área federal : 1. Licença para uso da configuração de veículos ou de motor (Lei nº 8.723/93); 2. autorização para entrada no país de qualquer produto contendo OGM – organismo geneticamente modificado ou dele derivado (Lei nº 8.974/95); 3. autorização para funcionamento de empresas que desenvolvam atividades ligadas a OGM – organismo geneticamente modificado (Lei nº 8.974/95); 4. registro de produtos contendo OGM – organismo geneticamente modificado (Lei nº 8.974/95); 5. registro de agrotóxicos e seus componentes (Lei nº 7.802/89).

As licenças e autorizações mencionadas não são exclusivas ou privativas do Ibama ou de outro órgão federal, podendo os Estados, também, criar seus sistemas administrativos de autorizações, de licenças e de registros. Nos casos apontados, a intervenção do órgão federal é obrigatória em razão da legislação citada, mesmo que os Estados venham a elaborar uma legislação nesse sentido. A duplicidade de autorizações, de licenças e de registros poderá existir, desde que amparada em lei.

7.2. Licenciamento ambiental supletivo pelo Ibama

O art. 10, *caput*, da Lei nº 6.938/81 prevê que o Ibama licenciará em caráter supletivo em relação ao órgão estadual ambiental.

A atuação supletiva do Ibama, inobstante a lei não indicar os parâmetros dessa atuação, deverá ocorrer, principalmente, em duas situações: se o órgão estadual ambiental for inepto ou se o órgão permanecer inerte ou omissivo.

A ação supletória do Ibama, como do órgão existente ao tempo da elaboração da Lei nº 6.938/81 – a Sema – Secretaria Especial do Meio Ambiente –, justifica-se pela inexistência de quadros funcionais e para possibilitar que os Estados tomem a frente da gestão ambiental.

Essa possibilidade de intervenção do Ibama no licenciamento, diante de seu caráter incerto e subjetivo, não está sendo eficaz para a proteção do meio ambiente.

7.3. Licenciamento ambiental pelo Ibama e interesse nacional e regional

Na alteração da Lei nº 6.938/81, efetuada pela Lei nº 7.804/89, introduziu-se o § 4º no art. 10 do seguinte teor:

“Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis – IBAMA o licenciamento previsto no *caput* deste artigo, no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional.”

Procurou-se dar um novo aspecto da presença federal no meio ambiente, deixando o caráter geral de supletividade da atuação do Ibama. Não se está eliminando a intervenção dos Estados e dos Municípios nos licenciamentos de atividades com impacto ambiental de âmbito nacional e regional. A modificação feita pela Lei nº 7.804/89 respeitou a autonomia dos entes federados, pois, do contrário, seria inconstitucional. Assim, existirão atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados, e, nesse caso, poderá haver duplicidade de licenciamento. O deferimento ou indeferimento do licenciamento deverá ser respeitado, aplicando-se, inclusive, as sanções de cada legislação – federal, estadual ou municipal – em caso de desobediência.

A amplitude dos conceitos “nacional” e “regional”, contudo, tem deixado incerta a atividade licenciadora do Ibama.

O interesse nacional está claramente delineado nas atividades e obras que sejam levadas a efeito nas áreas do patrimônio nacional enumeradas pela Constituição Federal no art. 225, § 4º – “a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-grossense e a Zona Costeira”.

O interesse regional é encontrado quando o impacto ambiental do projeto possa atingir mais de um Estado ou uma região geográfica.

Além dos espaços “nacional” e “regional”, os impactos ambientais transfronteiriços precisam ser objeto da atuação do Ibama, mas a lei é omissa nesse sentido.

8. O Conselho Nacional do Meio Ambiente e o licenciamento

A criação das licenças e das autorizações, como já se afirmou, deve ter sua origem na lei. Contudo, não é necessário que essa lei dê todos os contornos e detalhes das licenças e das autorizações.

Conforme a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81 – o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente pode

“estabelecer, mediante proposta do Ibama, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras...(art.8º,I).”

É uma competência condicionada desse colegiado. O Conama precisa aguardar a proposição do Ibama. Não pode o próprio conselho tomar a iniciativa do projeto de resolução. Evidentemente, após a apresentação do projeto pelo Ibama, o Conama pode emendá-lo, como, também, aprová-lo ou rejeitá-lo total ou parcialmente.

“Estabelecer normas e critérios para o licenciamento” não significa criar o licenciamento. O Conama não tem, pela legislação em vigor, poder de expedir licenças e autorizações. Sendo um órgão do Poder Executivo, o Presidente da República pode acrescentar suas atribuições, além das que a lei lhe conferiu. Dessa forma, no futuro, se for conveniente para o interesse público, o Conama poderá ser dotado do poder de licenciar. Pondere-se, contudo, que as licenças e autorizações devem continuar a ter sua origem na lei, como manda a Constituição Federal.

O estabelecimento de normas e critérios para o licenciamento poderá ter dois objetivos: o primeiro – estabelecer normas e critérios, visando a utilização dos recursos ambientais a respeito dos quais a União tem competência privativa (art. 22 da CF); e o segundo objetivo – estipular normas para as matérias arroladas no artigo 24 da CF. Neste segundo objetivo, o Conama limitar-se-á a prever normas gerais, não podendo entrar nas peculiaridades de cada Estado (art. 24, § 1º, da CF).

9. Estabelecimento de normas de cooperação institucional

O artigo 23 da Constituição Federal, em seu parágrafo único, dispõe:

“Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

A lei complementar tem como característica necessária da aprovação da maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, conforme prevê o artigo 69 da Constituição Federal.

Visando a cooperação entre a União e os

Estados, a Constituição Federal de 1967 estabelecia:

“A União poderá celebrar convênios com os Estados para a execução, por funcionários estaduais, de suas leis, serviços ou decisões”(artigo 8º,§ 1º).

Cooperar significa “operar ou obrar simultaneamente; trabalhar em comum; colaborar. 2. ajudar, auxiliar, colaborar”³. “Cooperate: 1. to work together toward a common end or purpose. 2. To practice economic cooperation”⁴. “Coopérer – agir conjointement avec quelqu’ un”⁵.

A cooperação há de ter duas finalidades indeclináveis – o equilíbrio do desenvolvimento e o equilíbrio do bem-estar em âmbito nacional.

Portanto, é uma das tarefas da lei complementar criar instrumentos que evitem que um Estado da Federação ou um Município possa descumprir a legislação ambiental ao atrair investimentos, praticando um desenvolvimento não-sustentado.

O trabalho em comum no meio ambiente já vem sendo feito conjuntamente pelos órgãos federais e estaduais com a formulação do SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente, concebido pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente de 1981. O Conama, onde têm assento permanente todos os Estados da Federação, é um fórum de encontro quadrimestral de discussão da política de meio ambiente. Possivelmente, as reuniões desse colegiado merecessem ter maior duração para que a política regional de meio ambiente fosse discutida, como, também, se incluísse – na pauta de trabalhos – uma avaliação periódica e concreta dos resultados obtidos com a implementação das políticas públicas ambientais.

Na normatização das ações administrativas, a lei complementar poderia prever uma troca permanente e sistemática da informação ambiental. Esse intercâmbio de informações abrangeria os pedidos de licenciamento em tramitação em cada órgão, os estudos prévios de impacto ambiental em elaboração e a serem elaborados (inclusive as audiências públicas

³ FERREIRA, op. cit.

⁴ THE AMERICAN Heritage Dictionary of The English Language. New York : American Heritage Publishing, 1970. 1.550 p.

⁵ PETIT Larousse Illustré. Paris : Larousse, 1978. 1.793p.

realizadas e a serem realizadas), as auditorias ambientais realizadas e em processo de realização e as sanções administrativas aplicadas.

O fornecimento recíproco dessas informações tornaria realidade o artigo 9º da Lei nº 6.938/81 que, ao dispor sobre os instrumentos da política nacional do meio ambiente, afirma no inciso XI: “a garantia da prestação de informações relativas ao meio ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes.”

Essas informações corporificariam o Sisnima – Sistema Nacional de Informação Ambiental. A coleta, a organização e a transmissão dos informes ambientais necessitam de uma efetiva cooperação financeira da parte da União, para que possam abranger todo o território nacional.

Com a informação produzida, evitar-se-ia a duplicação ou a triplicação das ações administrativas em muitos licenciamentos administrativos, pelo desconhecimento recíproco das atividades dos órgãos ambientais. Note-se que a ignorância das múltiplas atividades dos órgãos ambientais dos entes federados age negativamente, provocando desesperança da coletividade e desconfiança nos próprios escalões administrativos.

Nas diretrizes para a elaboração da lei orçamentária para o exercício de 1997 (Lei nº 9.293 de 15.7.96) constam no anexo nº 08-Meio Ambiente como prioridades:

“aprimorar o sistema de informação ambiental, com a implantação de sistema de monitoramento e melhorar os níveis de eficiência dos órgãos federais, estaduais e municipais em gestão do meio ambiente”.⁶

A lei complementar, com base no artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal, deve ter como fundamento a mútua ajuda dos entes federados. Dessa forma, essa lei não visa, e não pode visar à diminuição da autonomia desses entes, despojando-os de prerrogativas e de iniciativas que constitucionalmente possuem, ainda que não as exerçam, por falta de meios ou de conscientização política. A lei complementar não pode, pois, especificar qual o tipo de licenças ambientais a serem fornecidas pelos Estados e pelos Municípios. Não é função da lei federal mencionada estabelecer prazos para os procedimentos administrativos estaduais e municipais, pois essa matéria integra a organização

administrativa autônoma desses entes.

Outra vertente do intercâmbio de informações está na cooperação dos órgãos financiadores oficiais com os órgãos ambientais. O artigo 12 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a que o “Protocolo Verde” deu ênfase, para operar com a eficiência desejada, necessita de sistemática troca de informações entre os órgãos de meio ambiente e os bancos. A implementação dessas medidas merece ser contemplada na lei complementar pretendida.

A União poderá limitar-se em sua atuação ao elaborar a lei complementar do art. 23 da CF, pois se trata de uma lei federal e, assim, decidirá em causa própria. Exemplifique-se com a norma contida no artigo 14, I, da Lei nº 6.938/81, vedando-se a cobrança de multa se a mesma já tiver sido aplicada pelos Estados, Distrito Federal ou pelos Municípios.

A Lei nº 7.779/89, que criou o Fundo Nacional de Meio Ambiente, já previu, como aplicações prioritárias dos recursos financeiros, os projetos das áreas de controle ambiental e desenvolvimento institucional (artigo 5º). Existem Estados na Federação brasileira que precisam, de forma quase permanente, de auxílio financeiro para a contratação de consultoria especializada para que possam bem examinar os estudos de impacto ambiental e fazer monitoramentos ambientais. Sem que se dispense a análise minuciosa da aplicação do dinheiro público, há necessidade de garantir-se um fluxo permanente de verbas para esses setores institucionais, sob pena de ficar paralisada a atividade administrativa essencial no meio ambiente dos Estados carentes.

A lei complementar precisa interessar-se em fornecer diretrizes sobre a forma de as empresas públicas e privadas retribuírem as atividades governamentais de fiscalização no setor ambiental.

O perigo da simultaneidade de competências para a implementação do controle ambiental é que todos os entes federados ficaram competentes, mas nenhum deles tem assumido especificamente a melhoria da qualidade das águas, do ar e do solo e nenhuma instância governamental se responsabiliza pela conservação das florestas e da fauna.

10. Mercosul e reengenharia da cooperação ambiental

A cooperação no Direito Internacional tem

⁶ Diário Oficial da União de 16 de julho de 1996, p. 13069.

sido apontada como sendo o início da solução de muitos problemas que assolam o planeta Terra. Percorrendo-se a Declaração Rio/92, constatam-se várias formas indicadas para a cooperação ambiental.

Na América do Sul, estamos vivendo o começo da estruturação do relacionamento integrado dos países do Cone Sul visando, preliminarmente, à integração econômica. A isenção de entraves alfandegários pressupõe uma evolução jurídica harmônica de diversas áreas, entre as quais, a do meio ambiente.

Devemos olhar os passos seguidos pela União Européia. Passaram-se quarenta anos e chegaram os países-membros a afirmar, no Tratado de Maastricht, que a melhoria do meio ambiente é prioridade e que os danos ambientais devem ser corrigidos na sua fonte geradora. A evolução do Direito Ambiental no Mercosul haverá de observar o quadro geral de instituições semelhantes, como a União Européia, apressando a implementação de soluções benéficas para a saúde do ambiente.

A experiência européia de união entre países com regime unitário e regime federativo desperta a atenção para a responsabilidade na elaboração da legislação ambiental. A Corte de Justiça de Luxemburgo – instância judiciária da União Européia – já decidiu que os efeitos das diretivas comunitárias atingem os Estados-membros em todas as entidades descentralizadas, sejam elas províncias ou municípios⁷.

No Mercosul, dois países têm regime federativo – o Brasil e a Argentina. O sistema brasileiro já foi aqui tratado.

A República Argentina reformou sua Constituição em 1994. O artigo 41, § 1º, diz:

“Todos los habitantes gozan del derecho de un ambiente sano, equilibrado, apto para ele desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes, sin comprometer las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

⁷ MACHADO, Paulo A. Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 5. ed. 1995. p. 696.

O § 3º desse artigo determina:

“Corresponde a la Nación de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.”

Há uma inovação na regra constitucional da Argentina que é preciso apontar – a possibilidade de o governo nacional elaborar normas fundamentais para o meio ambiente, o que antes era tarefa das províncias. Comenta o professor Jorge Atílio Franza, da Universidade de Buenos Aires:

“O Congresso da Nação tem a faculdade primitiva de estabelecer os pressupostos mínimos de proteção ambiental, o que implica que em todo o país haverá uma proteção ambiental mínima e em cada província uma igual ou maior. As Legislaturas provinciais poderão elevar os pressupostos mínimos de proteção, porém, não podem baixá-los”⁸.

Como se assinala, o poder legiferante ambiental, na Argentina, caminhou da periferia para o centro, dando-se espaço para que o poder central possa uniformizar as normas ambientais fundamentais.

No Mercosul, o Protocolo de Ouro Preto de 1994, que veio aperfeiçoar o Tratado de Assunção de 1991, afirma, em seu artigo 25, que o progresso da integração leva à harmonização das legislações dos países integrantes⁹.

Para que essa integração no plano jurídico-ambiental possa acontecer, não se impede que a descentralização administrativa aconteça e que a desconcentração de poder atue na implementação da legislação. Contudo, a procura da semelhança de institutos jurídicos está a indicar que as instâncias centrais ou federais de cada país têm um papel insubstituível na unificação das normas gerais ambientais. A omissão desses níveis de poder levaria a uma pulverização das normas, com a possibilidade de conflitos, o que dificultaria a integração pretendida no Mercado Comum do Sul.

⁸ FRANZA, Jorge A. *Manual de Derecho Ambiental*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas. 1995. v. 1, 203 p.

⁹ Protocolo de Ouro Preto – assinado em Ouro Preto, Brasil – 17/12/94. Promulgado pelo Decreto 1.901 de 09/05/96. Diário Oficial da União de 10/5/96.

A dimensão comunicativa da Suprema Corte

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS

“Laws are dead letters without courts to expound and define their true meaning and operation”

Alexander Hamilton em The Federalist n° 78.

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Por que as decisões da Corte Constitucional devem ser conhecidas? 2.1. O papel político da Corte Constitucional 2.2. O lado político do Ato Jurisdicional Constitucional 2.3. As funções da Corte Constitucional em um Estado democrático 2.4. O Supremo Tribunal como órgão de poder 3. Qual o destinatário das decisões constitucionais 4. A função pragmática das decisões judiciais constitucionais 4.1. Relevância do pragmatismo no discurso jurídico 4.2. O conteúdo pragmático da linguagem jurídica expresso pelo pensamento tópico 4.3. O aspecto pragmático da decisão constitucional ressalta a necessária busca de um consenso, imanente a abertura estrutural da Constituição 5. A teoria do agir comunicativo de Habermas evidencia que a tensão “eficácia-vigência” resolve-se com a aceitação da norma 5.1. A teoria consensual da verdade 5.2. A situação da comunicação ideal 5.3. O consenso como modo de resolução da tensão eficácia e vigência da norma.

1. Introdução

A politicidade é inerente ao poder, mesmo ao mais despolítico, como o poder de dizer o justo nas relações jurídicas contenciosas.¹

¹ Consoante ensinamento de MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*, p. 117: “sendo o poder judiciário o órgão encarregado e declarar o direito entre partes contendoras, deve ser-lhe, e nada mais razoável, vedada a entrada na região política, embora lhe esteja conferida a alta missão de declarar inconstitucionais as leis e os atos dos poderes legislativo e executivo”.

Assim, a função política do Supremo Tribunal Federal sempre foi destacada, não obstante o próprio STF, em inúmeras oportunidades, tenha procurado mitigá-la. Por outro lado, atualmente, já se nota um incipiente autoconhecimento de sua função política, em alguns julgados.²

Entretanto, ao lado dessa função ou, quiçá decorrente da função política, surge outra correlacionada: *a sua função comunicativa*, na medida em que lhe cabe a atribuição de tornar a Constituição algo compreensível para a população brasileira.

Num Estado Democrático de Direito, a esfera onde os tribunais atuam, não é um espaço privado, mas, sim, um espaço público, na medida em que suas decisões produzem reflexos na sociedade, no Estado que se quer democrático e na vida dos cidadãos. Tal ocorre porque, enquanto os Poderes Legislativo e Executivo buscam no voto popular sua legitimidade, o Poder Judiciário há de alcançá-la no exercício pleno das atribuições que lhe são conferidas pela soberania popular, somente podendo ser fiscalizada e controlada a correção desse exercício por meio da publicidade dos meios de tomada de decisões que defina a maneira com que se fez uma opção dentre as existentes.

A Corte Constitucional, ao expressar sua decisão sobre determinado caso, tem um importante papel a ser ressaltado: *a sua função comunicativa*. Essa função pedagógica da Corte tem aspectos bastante relevantes, que a doutrina brasileira pouco tem tratado. Muito se fala da eficácia e abrangência das decisões da Corte; entretanto, de forma explícita, pouco se comenta da relevância de sua função comunicativa em um Estado Democrático de Direito.

Em razão da necessidade de compreensão das decisões da Corte, escrevem-se longos tratados na doutrina estrangeira. Assim,

² Assim, no Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 203, o Ministro Celso de Mello esclarece na ementa que: “A ação direta de inconstitucionalidade configura meio de preservação da integridade da ordem jurídica plasmada na Constituição Vigente, atua como instrumento de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal e ensina a esta Corte, no controle em abstrato da norma jurídica, desempenho de típica função política ou de governo” (grifo nosso) *Diário da Justiça*, Brasília, p. 3048, 20 mar. 1990.

exemplificando, autores americanos contemporâneos consagrados como Alexander Bickel, Charles Black, John Ely, Lief Carter, dentre outros, escrevem inúmeros livros sobre temas relativos à interpretação da Constituição, com vista à busca de compreensão do *modus operandi* que ensejou determinada decisão. Infelizmente a doutrina pátria não tem uma maior preocupação com a *ratio* das decisões do Supremo Tribunal, praticamente inexistindo obras sobre as decisões proferidas.

Por outro lado, a doutrina constitucional, conforme exemplifica a experiência americana, busca fornecer subsídios para compreensão das ambigüidades e vagezas das decisões das Cortes Constitucionais. Uma, portanto, das razões ensejadoras desse trabalho decorre da necessidade de enfatizar-se clareza nas decisões constitucionais.

Outra, decorrente da primeira, refere-se a delegação dada, consciente ou inconscientemente, pela Corte aos profissionais de direito de completar as lacunas deixadas por pronunciamento não-conclusivo ou dúbio da Corte, esclarecendo o que é que a Corte realmente quis dizer, quando ela não se fez suficientemente clara para quem deveria ser o seu público-alvo: a nação.

Basicamente, o que se procura demonstrar nesse trabalho é que a *Corte Constitucional tem a obrigação institucional de discernir e articular as razões da sua decisão* de uma forma compreensível para o titular do poder constituinte.

Esse compromisso institucional da Corte e dos seus membros de proferir pronunciamentos simples, claros e inteligíveis decorre da essência da própria atividade jurisdicional. Assim, toda sentença, especialmente aquelas proferidas pela Suprema Corte, devem mostrar, de forma explícita, as razões do consenso ou dissenso sobre determinado tópico.

A importância da função comunicativa do Poder Judiciário, em geral, constitui preceito constitucional, na medida em que a fundamentação das decisões judiciais está expressamente prevista no art. 93, inciso IX, *verbis*:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes.” (grifo nosso.)

Embora essa função não tenha sido, até o presente, devidamente explicitada, observa-se que já foi fruto de inquietações, dentre outros, do consagrado Vitor Nunes Leal³, o qual já chama a atenção, de forma implícita, para esse problema ao assinalar que:

“A eficiente organização do trabalho do Supremo Tribunal é um problema que se desdobra em dois outros: o da relativa estabilidade da nossa jurisprudência e o do *imediato conhecimento das nossas decisões*.

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. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio-termo, para que o Supremo Tribunal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os seus dissídios da jurisprudência.

É sabido o fundamento doutrinário, porque não pode haver, num país de unidade jurídica, um direito positivo para cada um dos tribunais. Mas também há motivos pragmáticos de procedência incontestável. O direito é, em grande parte, uma criação da razão prática. Veja-se, por exemplo, o que se passa com a coisa julgada. Ela não poderia ser compreendida, ensina *Liebman*, sem a conveniência social de se pôr fim aos litígios forenses, pois, no plano puramente lógico, a Justiça deveria buscar, indefinidamente, a verdade jurídica. Do mesmo modo, razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança.

A primeira condição para que o Supremo Tribunal pudesse dar a

³ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Arquivos do Ministério e Negócios Internos*, v. 22, n. 92, Dez. 1964.

*desejável firmeza à sua jurisprudência haveria de ser, no entanto, o imediato conhecimento dos precedentes. Não me refiro somente às partes interessadas, mas também aos seus próprios juízes. Os repertórios disponíveis não atendem plenamente a esta exigência, apesar de serem de inestimável utilidade. Era natural, portanto, que o Supremo Tribunal, antes do mais, cuidasse desse aspecto básico.”*⁴ (grifo nosso.)

Dessa maneira, esse Ministro idealizador das súmulas⁵ do STF ressalta que havia necessidade de *dar imediato conhecimento das decisões ao Supremo*. Surge, em decorrência, a seguinte indagação:

- Qual a razão ensejadora de fazer-se conhecer as decisões a Suprema Corte?
- Qual são ou quais deveriam ser os destinatários dessas decisões?

Kelsen já afirmava que um tribunal, especialmente uma Corte de última instância, deve receber competência para criar não só normas individuais vinculantes no caso *sub judice*, mas também normas gerais.⁶

Nesse trecho em análise, observa-se que a

⁴ Antes das outras medidas, de que dá notícia esta palestra, o Supremo Tribunal dá especial atenção ao problema dos julgamentos de matéria constitucional, para que suas decisões expressem, realmente, o pensamento dos seus Ministros. Com esse objetivo, foram feitas várias alterações ao art. 87 do Regimento (Emendas de 27.7.62. DJ. 30.7.63. p. 1.973; de 11.3.63. DJ 12.3.63. P. 397; de 8.11.63 DJ. 11.11.63. p. 3.887). Ademais, importante ressaltar que Vitor Nunes Leal concebeu a súmula, possivelmente movido por preocupação decorrente da dificuldade de acesso, pelos profissionais, à jurisprudência desse Tribunal; nasceu ela, portanto, com motivação pragmática e não científica.

⁵ Conforme ensina ROCHA, Lincoln Magalhães da. *Jurisprudência, modelo da experiência jurídica*. São Paulo : Resenha Universitária, 1975. p. 141:

“A Súmula de jurisprudência predominante constitui no direito brasileiro a mais ousada forma de experiência jurisprudencial, não só pelo seu aparecimento autóctone como também em virtude de sua força vinculatória e *persuasiva*”. (grifo nosso)

Assim, a súmula representa, também, uma preocupação de cunho comunicacional, uma vez que busca tornar conhecido, em termos claros e concisos, um pronunciamento já pacificado na Corte.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. Coimbra : A. Amado, 1976.

resposta às indagações acima restringe-se à de que o imediato conhecimento das decisões do Supremo serviriam para informar as partes interessadas, bem como os próprios julgadores, da finalidade de “dar firmeza à sua jurisprudência”.

À época do artigo em comento, não podemos esquecer que ainda não existia, a não ser de forma incipiente pela representação interventiva, o controle de constitucionalidade concentrado, que só surgiu efetivamente com a *Emenda Constitucional nº 16 de 1965*⁷. Logo, as conclusões da época, no que se refere aos destinatários e à causa do imediato conhecimento das decisões do órgão máximo do Judiciário, seriam, certamente, distintas das atuais, conforme procuraremos demonstrar.⁸

A necessidade de uma efetiva comunicação entre a Corte e a sociedade encontra seu traço original no pensamento do filósofo Jürgen Habermas ao explicitar uma teoria do agir comunicativo, na qual o consenso torna-se possível na efetividade de um diálogo constitucional da Corte com a sociedade. Para esse consagrado filósofo da Escola de Frankfurt: “a idéia de verdade somente pode ser desenvolvida se pressupusermos o resgate discursivo de pretensões de validade.”⁹

A permeabilidade entre o direito e a sociedade encontra seu traço original no pensamento desse filósofo da atualidade ao

⁷ A arguição de inconstitucionalidade, que em sua origem alcançava apenas atos dos poderes estaduais e somente era prevista como pressuposto de intervenção federal (representação interventiva), ampliou-se, efetivamente com a Emenda nº 16 de 26 de novembro de 1965 à Constituição de 1946, a atos federais. Pela nova redação dada à alínea *k* do art. 101 da Constituição, competia ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento de: “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

⁸ Conforme ensina MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*, n. 126, abr/jun, 1995: “Constata-se tendência – ainda que fragmentária – à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade”. Tal constatação implica a necessidade de uma nova abordagem àquela já apresentada na introdução desse trabalho por Vitor Nunes Leal.

⁹ SIEBENEICHLER, Flávio Bueno. *Jürgen Habermas : razão comunicativa e emancipação*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989, p. 99.

assinalar que, no campo da fundamentação, normatividade e racionalidade se cruzam, e a teoria do agir comunicativo, por conseguinte, não contempla uma “tensão” entre fato e norma (eficácia e vigência).

Assim, surge a necessidade de determinar-se a verdade com relação à argumentação proferida. Nesse sentido, Lief Carter¹⁰, na obra *Derecho Constitucional Contemporâneo*, descreve uma preocupação estética das decisões constitucionais. Logo, a correção de uma decisão constitucional não está tanto na sua parte dispositiva, mas sim na argumentação que fundamenta a decisão.

Ressalta-se, pois, nessa concepção estética, que os atos da Corte são atos retóricos de comunicação política, na medida em que buscam convencer um público. Nesse diálogo, o público-alvo deverá ser mais amplo que a restrita comunidade dos profissionais do direito, uma vez que compete à Corte, e não aos bacharéis, dizer o que a Constituição realmente quer.

2. Por que as decisões da Corte Constitucional devem ser conhecidas?

2.1. O papel político da Corte Constitucional

A doutrina é unânime sobre a importância do elemento político na interpretação da Constituição e, conseqüentemente, no papel político da Corte Constitucional. Consoante assinala Lucas Verdú¹¹, a Constituição se destaca exatamente, no mundo jurídico, pela fórmula política que expressa.

Como sabemos, há fundamentalmente dois conceitos de Constituição: um formal e outro material. Dentro da primeira concepção, a conceituamos como sendo aquela norma fundamental que exige certos requisitos especiais para a sua criação e reforma, distinguindo-se das leis ordinárias. Já o conceito material refere-se àquelas normas definidoras da estrutura do Estado e dos direitos dos cidadãos.

Numa ou noutra perspectiva, não se deve perder de vista uma nota que lhe é característica:

¹⁰ CARTER, Lief. H. *Derecho constitucional contemporâneo*. Buenos Aires : Abeledo- Perrot, 1985.

¹¹ VERDÚ, Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid : Temes, 1977. V.2, p. 530.

a Constituição tem caráter essencialmente político. Uma Constituição conduz em si, necessariamente, uma ideologia que determina os critérios de organização sob os quais se manifesta a estrutura social.

Carl Schmitt¹² sustenta que a essência da Constituição é ser o conjunto de decisões políticas fundamentais do poder constituinte. Referindo-se à Constituição de Weimar, assinala, exemplificando, que ela constitui a decisão: em favor da democracia; de uma estrutura de forma federal; de direitos fundamentais e da divisão de poderes.

Ao se referir às correntes que estudam as Cortes Constitucionais como se fossem um órgão político, o constitucionalista americano Lief H. Carter¹³, defensor de uma *teoria estética interpretativa*, assinala:

“En las tres últimas décadas han aparecido otra clase de libros útiles que tampoco tratan de ‘relacionar todos los casos’. Esos trabajos de ‘jurisprudencia política’ describen a la Corte y sus sentencias en los mismos términos que los científicos políticos utilizan para describir y analizar otras instituciones políticas, como, por ejemplo, la Comisión de las Fuerzas Armadas de la Cámara de Diputados, la Oficina de Administración y presupuesto y las legislaturas estatales. El interrogante común a todas las políticas pregunta a como la gente adopta decisiones en los grupos, cuáles han sido o podrían ser las consecuencias de esas decisiones etcétera”.

A corrente filosófica de Bentham, o utilitarismo, sustenta, aproveitando-se da Teoria Contratualista de Locke, que o Governo cumpre o “contrato”, na medida em que suas políticas procurem alcançar o bem-comum para o maior número de pessoas. Essa resposta “utilitária” (finalística) que associamos com Jeremias Bentham, assistida pela crescente crença da capacidade da ciência medir as preferências humanas, contrastando-as com as condições sociais vigentes, tem um efeito poderoso sobre as

¹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. México: Ed. Nacional, 1981. p. 27.

¹³ CARTER, Lief H. *Derecho constitucional contemporáneo*: la suprema corte y el arte de la política. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985. p.26.

ciências sociais e, também, sobre a aplicação do texto constitucional.

Se, como vimos, traduzindo uma fórmula política, a Constituição se destina a disciplinar uma convivência política que é em si mesma dinâmica, forçoso é reconhecer também à sua interpretação um caráter intrinsecamente dinâmico.

Ademais, importante lembrar que o elemento político, imanente à norma constitucional, adapta-se às novas exigências, às novas situações, sendo elemento dinâmico cujo sentido atual será sempre perseguido pelo exegeta. Assim, a norma constitucional interpretada pode ganhar conteúdo novo, ressaltando, dessa forma, a interpretação constitucional como processo de mutação constitucional e a Corte Constitucional como órgão político que adequa a norma constitucional às aspirações do substrato fático-social vigente.

Nos Estados Unidos, o Judiciário sempre desempenhou realmente um papel político, e este papel coube marcadamente à Suprema Corte. No caso desta, uma tarefa constante foi a da unificação, a da sustentação da unidade federal sobre as latentes dispersões estaduais. Alexander Hamilton, no artigo “Federalista” de nº 81, referia-se a uma “*court of supreme and fine jurisdiction*”, e ainda discutia o problema de ser tal corte um corpo distinto ou apenas um ramo do Legislativo, questão herdada de Locke e de Montesquieu¹⁴.

Na mesma trilha, Tocqueville, no capítulo seis da primeira parte de sua obra sobre a democracia na América, assinala:

“Os norte-americanos confiaram a seus tribunais um imenso poder político; mas, ao impedi-los de atacar as leis por outros meios que não os judiciais, diminuiram muito os perigos deste poder”¹⁵.

¹⁴ “The power of constructing the laws according to the spirit of the constitution, will enable that court to mould them into whatever shape it may think proper; especially as its decisions will not be in any manner subject to the revision or correction of the legislative body”(*The Federalist*). Neste texto já se apresentava expressamente a noção de construção constitucional por parte do Judiciário, noção que assume no direito público norte-americano um sentido importantíssimo.

¹⁵ LA DEMOCRACIA en América. Prefácio de J. P. Mayer; traducción de Luis R. Cuéllar. México: Fondo de Cultura Económica, 1957. p. 94.

2.2 O lado político do ato jurisdicional constitucional

Quando no sistema anglo-americano se afirmou que a Suprema Corte Federal era um congresso constituinte permanente, ou que se tinha uma Constituição, mas era ela o que os juizes da corte mais alta queriam que fosse, punha-se em relevo não apenas o “*law making power*” dos juizes no cumprimento normal de sua função de aplicar e integrar o direito na controvérsia, preenchendo os claros com seu poder normativo, mas ressaltava-se seu poder de criar o direito em nível constitucional material. Em nível de legislação ordinária, tinha-o como decorrente de um ordenamento em grande parte não-escrito, cujos costumes com vigor jurídico haviam de ser interpretados e aplicados pelos magistrados. Para retomar uma linha de argumento de Teoria Pura do Direito, dizemos: houve sempre nesse sistema de direito comum e estatutário regra positiva tácita que investiu o juiz da competência para criar norma diante de uma situação fática que se repete, como conduta costumeira, habitual, reiterada. Sem ela, diante do pressuposto fático de uma conduta costumeira, competência nenhuma teria o julgador para criar a norma geral consuetudinária.

Mas, interpretando a Constituição Federal em vista da aplicação contenciosa de suas regras, o magistrado vai mais além da mera interpretação. Lógica jurídica formal nenhuma poderia conduzir o raciocínio do magistrado norte-americano a tirar, por alguma competência, do texto escrito da Constituição a teoria e a prática dos poderes implícitos, o alargamento da órbita competencial dos poderes federais (legislativos, executivos e judiciais) – para não mencionar outras normas construídas pela Corte Suprema Americana.

É importante ressaltar que, uma vez que a Constituição americana foi ratificada, a sua aceitação foi imediata; desse modo, por meio de *um ato político* (sujeito à regra da maioria), a Constituição foi legitimada e tornada eficaz.¹⁶

Foi decisão política fundamental subjacente à supremacia da Constituição, estabelecendo que ela constitui-se superior a qualquer outra norma e ensejando o controle de constitucionalidade.

¹⁶ ELY, John Hart. *Democracy and distrust : a theory of judicial review*. Cambridge : Harvard University Press, 1981. p. 6.

A Suprema Corte, se não exerce o poder constituinte formal de revisão, se não é titular do poder constituinte originário, para criar, como tem criado, tanto direito público constitucional, ao lado e, até, sobre a Constituição escrita, força é convir que detém poder constituinte *ratione materiae*. E, detendo-o, remanesce sempre o constituinte originário titular da decisão política básica. Na *interpretation* o magistrado aloja-se dentro da Constituição, na *construction*, quando o é no direito público federal, vai mais além, perpetuando o constituinte primeiro, cujo ato é substancialmente político. Só judicial, às vezes; outras, judicial e política; tal é a função jurisdicional do supremo órgão da justiça, subjacente ao qual está a nação mesma.

No mesmo diapasão, Paulo Bonavides¹⁷ acrescenta:

“É obra anônima, em alguns casos, noutros voluntária de quem, por exemplo, decidindo ou julgando, produz normas de teor constitucional. De sorte que por essa via tem desempenho um poder constituinte extraconstitucional do ponto de vista do formalismo.

Poder-se-ia argumentar, em meio a abundantes exemplos colhidos no costume ou na jurisprudência, como o caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, vista por Wilson como uma ‘convenção constituinte em sessão permanente’, ou seja, um tribunal que, à margem do poder constituinte formal, exercita materialmente atos configurativos de verdadeira atividade constituinte. Esses titulares ocasionais do poder constituinte foram excelentemente retratados por Bidart Campos, ao asseverar que, sem embargo de o povo ser titular válido do poder constituinte, ‘haverá sempre atos constituintes emitidos por outros órgãos sem investidura legítima e formal’.”

2.3 As funções da Corte Constitucional em um Estado democrático

Canotilho¹⁸, ao questionar se os atos normativos legislativos devem ou não ser objeto

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. Ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 137.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Externalização ou internalização da justiça constitucional*. Transcrição da Palestra proferida em Porto Alegre, em Maio de 1994, p. 5.

de apreciação do Poder Judiciário, colaciona o pensamento de Ronald Dworkin, na obra *Law's Empire* (capítulo 10), na qual esse autor americano assinala que:

“A Constituição poderia ter sido interpretada como se desse ordens ao Congresso, ao Presidente, aos funcionários estatais, e que estes funcionários tivessem o dever tanto legal como moral de obedecer, mas convertendo-os nos seus próprios juízes.”¹⁹

Assim, Dworkin questiona o modelo do *judicial review* em um sistema democrático salientando que:

“Os Estados Unidos constituem uma sociedade mais justa do que a que teriam sido se tivessem deixado os direitos constitucionais à consciência das instituições maioritárias.”²⁰

Portanto, as funções de uma Corte Constitucional em um Estado Democrático não constituem, per se, um tema pacífico que não mereça análise, sendo muitas vezes sua atuação questionada, tendo em vista o processo democrático de elaboração legislativa. Tal questionamento, por outro lado, assinala a importância de democratização do *judicial review*, ressaltando, dentre outros aspectos, a relevância da comunicação da Corte com os cidadãos.

No presidencialismo, não se solucionando os conflitos oriundos de atuações do Poder Executivo e do Congresso ou Parlamento, mediante critérios políticos e pela ação deste (como sucede, via de regra, nos estados sob regime parlamentar, inclusive com apelo ao *bill*

¹⁹ Fornecendo resposta contrária a de DWORKIN, Kelsen. *La Justicia Constitucional*, p. 129, afirma: “Sería, además, una ingenuidad política pensar que el Parlamento anularía una ley que él mismo ha votado porque otro órgano la haya declarado inconstitucional. En realidad, el órgano legislativo se considera a sí mismo como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho, vinculado a la Constitución, como teóricamente, aunque en una medida relativamente limitada, lo está. No es, pues, com el propio Parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución. Es a un órgano diferente del parlamento, independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales: es decir, a una jurisdicción o tribunal constitucional.”

²⁰ DWORKIN apud CANOTILHO, op. cit., p. 5.

of indemnity), senão através de critérios jurídicos (exegese da lei e asseguarção da supremacia da Constituição sobre esta), o Poder Judiciário assume um papel magno na dinâmica do governo porque, pela sua natureza mesma, decide inúmeras questões primordiais ao funcionamento do Estado.

Sempre que argüida a inconstitucionalidade de comportamento dos outros dois poderes, surge o Poder Judiciário. Daí dizer-se que da presença afirmativa e enérgica do mais alto tribunal da República dependerá, nos regimes presidencialistas, em parte substancial, o êxito prático das instituições políticas. Elas vicejarão em sua pureza ou se amofinarão inexpressivas, em razão das manifestações dessa corte, seja nos momentos cruciais de crise, seja no dia-a-dia da vida política, social e econômica. Porque a ela, e somente a ela, cabe, com autoridade magna, dizer não às demais e abusos dos outros dois poderes, reduzindo-lhes as ações pela força convincente das razões dos seus arrestos e pelo peso moral da sua autoridade, às dimensões próprias do estabelecido na Carta Magna.

A existência de uma inconciliável *tensão* entre o constitucionalismo e a democracia é um dos principais mitos do pensamento político moderno²¹. Entretanto, tal tensão não é verdadeira, muito pelo contrário, os dois sistemas se apoiam mutuamente.

John Hart Ely²² sustenta que o controle de constitucionalidade, ao invés de ser antidemocrático, pode ser um reforço para a democracia. O governo democrático, como qualquer criação humana, requer ajustes periódicos. Os pressupostos da democracia devem ser assegurados, e não é sempre que o próprio sistema garante a sua auto-correção. Assim, a Corte é autorizada a ser o guarda-costa da democracia. Os representantes populares devem determinar que *valores substantivos* deverão ser seguidos como políticas públicas; entretanto, no que se refere ao procedimento de tomada de decisão pelo órgão legislativo, a Corte arca com a responsabilidade principal.

²¹ HOLMES, Stephen. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge : Cambridge University Press, 1993. p. 197 : Precommitment and the paradox of democracy.

²² ELY, John Hart. *Democracy and distrust : a theory of judicial review*. Cambridge : Harvard University Press, 1980. p. 105.

Para esse consagrado autor americano, cabe à Corte cassar, por exemplo, toda legislação que dificulte o bom funcionamento do sistema democrático: “unblocking stoppages in the democratic process is what judicial review ought preeminently to be about”²³.

Foi com a noção exata de que assim deve ser no regime presidencial que os fundadores da República, entre nós, instituíram o Supremo Tribunal Federal. Ao Supremo Tribunal de Justiça da Constituição de 1824, cuja competência se continha na dirimção de causas cíveis em recurso de cassação ou nulidade e no julgamento de delitos atribuídos a determinadas categorias de servidores públicos (artigo 163), sucede uma corte, cujo poder jurisdicional envolve competência até então fora de cogitação, para confronto de leis e atos administrativos com a Carta Constitucional (Constituição de 1891, arts. 59, § 1º, e 60, letras a e b).

Foi tendo isso em consideração que Jefferson comparou a Constituição a uma cera amorfa, a resultar nas formas que a Suprema Corte declara.

2.4. O Supremo Tribunal como órgão de poder

Irrecusavelmente tem sido tradição brasileira, que remonta à Constituição de 1824, inscrever o Poder Judiciário e seu órgão supremo no texto escrito do direito constitucional codificado. O seu art. 10 o inclui como um dos “poderes políticos”, na mesma linha horizontal dos Poderes Legislativo, Executivo e do Moderador. O art. 12 acrescenta que “Todos estes poderes do Império do Brasil são delegações da nação”. O alcance dessa posição constitucional do Poder Judiciário foi realçado por Pimenta Bueno (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, p. 317). Quanto ao Supremo Tribunal de Justiça, sublinhava civicamente que ele era por isso uma instituição de caráter político e judicial.

Na Constituição de 1891 (art. 15) retoma-se a mesma linha, estatuindo-se que

“são órgãos da soberania nacional o

²³ *Ibidem*, p. 117. Os argumentos apresentados por Ely são persuasivos em muitos aspectos; entretanto ele comete falha ao reduzir a Constituição a um simples documento procedimental, silenciando sobre os valores substantivos previstos no Texto Constitucional.

Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

Assim sendo, temos que não somente o que expressamente se tem como insusceptível de reforma constitucional – a federação e a república –, e os princípios expressos, e outros implicitamente contidos, escapam à revisão, como mínimo constitucional imodificável, mas também qualquer alteração que acaso procurasse desconstitucionalizar os preceitos em que têm assento firme o Judiciário como um dos poderes políticos, um dos órgãos da soberania nacional.

A lei ordinária complementa o texto constitucional, ampliando competência, ou restringindo, nos limites em que não contrarie o mínimo estabelecido no estatuto fundamental, desenvolve-o. Mas escapa ao alcance do poder revisor devolver à legislação ordinária as regras instituintes do Judiciário como um dos poderes políticos. Seria deixá-lo subordinado ao juízo político que motiva atos legislativos e medidas provisórias, uns do Poder Legislativo, outros do Poder Executivo. Privaria o Poder Judiciário de sua paridade, entre os poderes, da relação de coordenação que ele mantém por ser independente e harmônico com os poderes restantes. Deixaria de ser órgão imediato, isto é, imediatamente derivado da Constituição, e deixaria de ser órgão político, um dos componentes do poder estatal em sua integridade de poder de império e poder soberano de subordinado.

É justamente por existir como órgão constitucional autônomo no exercício da função jurisdicional, que fica habilitado a interceder nas relações interorgânicas para recompor o equilíbrio por um deles desfeito, ou comprometido, ou antepor, ao descomedimento dos titulares de órgãos, o respeito aos direitos individuais, tanto aos direitos subjetivos públicos quanto aos direitos subjetivos privados: essa é a sua função judicial, que não deixa de ser política, por seus últimos fundamentos.

Conforme assinala Lief Carter²⁴, uma olhada minuciosa no Direito Constitucional o revela como um fenômeno político. Assim, tendo em vista que a Corte Constitucional configura-se como um órgão político, deve ser ressaltada a importância da sua comunicação efetiva.

²⁴ CARTER, Lief. *Op. cit.*, p. 26.

Apesar da simplicidade da premissa de que a opinião do guardião da Constituição deva ser compreensível para todos, tal desiderato na prática não tem se mostrado tão fácil de implementação, razão pela qual a matéria precisa ser levantada com vista ao aperfeiçoamento da *práxis* judicial constitucional.

Certamente, os membros de uma Corte Constitucional compartilham de crenças que o seu trabalho deve ser acessível para as outras Cortes Judiciárias e para os órgãos do Poder Executivo. Entretanto, há necessidade de frisar que seus pronunciamentos deverão ser acessíveis para o povo brasileiro.

3. Qual o destinatário das decisões constitucionais?

Lief Carter²⁵, autor, já mencionado, de uma teoria estética no âmbito da jurisdição constitucional, analisando o papel de uma das mais importantes instituições de seu país – a Suprema Corte dos Estados Unidos da América –, indica-a para a função fundamental de promover o convencimento dos receptores das suas decisões, vale dizer, toda a sociedade norte-americana.

Demonstra, por fim, que o cerne de atuação de uma Corte Constitucional está em se esforçar no seu papel comunicativo de convencimento de que sua decisão é coerente e pode ser reconhecida como sendo boa para todos.

Ao propor, pois, uma teoria estética, esse consagrado autor americano está na verdade ressaltando a relevância do aspecto pragmático de argumentação do aresto constitucional, consoante extrai-se do texto abaixo:

“Las normas son por supuesto abstracciones y la fe en su poder y en su inteligibilidad depende de los rituales, acciones y representaciones públicas que recrean el vínculo entre abstracciones y conductas. La Constitución, desde esta perspectiva, nos ordena comprometermos en ciertas acciones políticas que justifican esa convicción. Más específicamente, ordena a los tribunales y primordialmente a la Suprema Corte, que lleve a cabo acciones que vinculen normas y acción. La norma que evaluar a la Corte no es, por lo tanto, la prueba intelectual de lo correcto de una respuesta frente a todas

²⁵ Ibidem.

las demás. Probablemente haya más de quince diferentes formas correctas de interpretar tanto a Hamlet, como la cláusula de protección de la igualdad. La búsqueda de una sola respuesta adecuada llevó a la teoría del derecho a su actual callejón sin salida. Más bien, deberíamos evaluar la calidad de una interpretación legal utilizando las mismas guías estéticas que usamos para juzgar interpretaciones teatrales y otros hechos artísticos.”²⁶

Por outro lado, deve ser observado que a justificação da jurisdição constitucional origina-se da própria soberania popular, derradeira fonte do poder em um Estado Democrático de Direito. Essa noção do relacionamento entre “a Corte como guardiã da Constituição” e “o povo” como detentor último de soberania estatal justifica o *judicial review* desenvolvido pela Corte Constitucional americana.

Consoante ensinamentos extraídos de *Os Artigos Federalistas*²⁷, elaborados por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, deflui-se, claramente, que a justificação última do *judicial review* fundamenta-se na própria soberania popular, conforme demonstra o trecho transcrito abaixo:

“Todo aquele que considerar atenta-

²⁶ Ibidem, p. 17.

²⁷ Os Federalistas constituem um título dado a uma série de oitenta e cinco artigos colacionados por Alexander Hamilton e publicados em dois volumes em 1788. Desses oitenta e cinco artigos, setenta e sete deles foram originalmente publicados em jornal de Nova Iorque intitulado “The Independent Journal”, entre 17 de outubro de 1787 e 12 de abril de 1788, com vista a apresentar argumentos favoráveis à ratificação da Constituição Americana. Os artigos publicados nesse jornal, inicialmente, eram assinados anonimamente por “um cidadão de Nova Iorque”, sendo posteriormente assinados com o codinome “Publius”. A grande maioria deles foi escrita por Hamilton; uns por James Madison e outros por John Jay. Nesses artigos, os argumentos mais efetivos se dirigem à classe dos novos comerciantes, ressaltando que o comércio cresceria bastante se fosse protegido por um governo federal forte. A história assinala que tais artigos tiveram um importante papel na ratificação da Constituição Americana em 1788. Por fim, deve ser destacado que essa obra é considerada como importante ensinamento sobre Teoria Geral do Estado e, muitas vezes, foi utilizada pela Suprema Corte Americana na solução de controvérsias sobre o real significado de determinados dispositivos constitucionais.

mente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o Judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los. O Executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O Legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O Judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos.

O direito que têm os tribunais de declarar a nulidade de atos legislativos, por serem contrários à Constituição, gerou alguma perplexidade, a partir da suposição de que tal doutrina implicaria uma superioridade do poder Judiciário sobre o Legislativo. Afirma-se que o poder autorizado a declarar nulos os atos de outro deve ser necessariamente superior a este. Como esta doutrina é de grande importância em todas as constituições estaduais americanas, uma breve discussão de seus fundamentos não é fora de propósito.

Não há posição fundada em princípio mais claro que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie a mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; *que os representantes do povo são superiores ao próprio povo*; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem.

Caso se diga que os membros do corpo legislativo são eles mesmos os juizes constitucionais dos próprios poderes e que a interpretação que lhes conferem impõe-se conclusivamente aos

outros setores, pode-se responder que esta não pode ser a presunção natural a menos que pudesse ser deduzida de cláusulas específicas da Constituição. De outro modo, não há por que supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a vontade de seus eleitores pela sua própria. *É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder.* A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juizes. *Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo.* Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, *a intenção do povo à intenção de seus agentes*²⁸. (grifo nosso)

“We must never forget, that it is a constitution we are expounding”. Com essas palavras, proferidas pelo Chief Justice John Marshall em 1819, em *McCullock vs. Maryland*²⁹, o Presidente da Suprema Corte da época assinalava a necessidade de lembrar que a Constituição deriva sua autoridade do povo; assim sendo, deve ser um instrumento moldado para a compreensão do titular da soberania.

Como Thomas Jefferson ensina³⁰:

²⁸ MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John. Os Artigos Federalistas, 1787-1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1993.

²⁹ *McCullock vs. Maryland* apud GOLDSTEIN, Joseph. The intelligible Constitution : the supreme court's obligation to maintain the constitution as something we the people can understand. New York : Oxford University Press, 1992. p. 3. Nessa interessante obra, ressalta-se o necessário respeito que deve ser dado à soberania popular, à medida que se assegura aos cidadãos a compreensão do que está sendo dito pela Suprema Corte sobre a Lei Magna, bem como o porquê de estar sendo dito.

³⁰ JEFFERSON apud GOLDSTEIN, p. 5. Carta de Jefferson para William Charles Jarvis (28 de Setembro de 1820); extraída de *Familiar Quotations*. J. Bartlett, 15. ed. 1880.

“there is no safe depository of that ultimate powers of the society but the people themselves: and if we think them not enlightened enough to exercise their control with a wholesome discretion, the remedy is not to take it from them, but to inform their discretion”.

Assim deve-se ressaltar que um dos maiores objetivos da Corte é conferir decisões, que a sociedade possa entender, nas quais os princípios formulados estão relacionados de uma maneira inteligível.

Em termos sintéticos, tal preocupação ressalta uma faceta pouco explorada na doutrina brasileira da fundamental atividade interpretativa da Corte de dizer o que é a constituição.

4. A função pragmática das decisões judiciais constitucionais

A argumentação jurídica figura, também, como expressão da racionalidade da dogmática jurídica; no entanto, interessa não apenas ao jurista ou ao filósofo do direito como também ao cidadão participante das questões relativas à coisa pública. Portanto, a função pragmática do direito interessa não só ao caráter científico da ciência do direito, mas, principalmente à legitimidade das decisões judiciais.

4.1. Relevância do pragmatismo no discurso jurídico

A validade do pensamento pode estar comprometida numa forma lingüística defeituosa ou pouco transparente. Daí a possibilidade de uma abordagem pragmática para as ciências sociais, uma vez que nessa área do conhecimento se afiguram claras as deficiências semânticas da linguagem. Eis por que a lógica moderna deve ter um raio de abrangência muito maior que a clássica, justificando-se, pois, a criação de uma lógica própria para o trato das ciências sociais, que ressalte o acentuado conteúdo pragmático da linguagem jurídica; logo, torna-se fundamental afirmar que, diante de textos normativos denotativamente imprecisos (vagos) como o texto constitucional, faz-se necessário o recurso à argumentação, enquanto raciocínio que visa à aplicação das normas jurídicas aos casos concretos³¹.

³¹ Conforme assinala José Carlos Moreira Alves no discurso inaugural da Assembléia Nacional Constituinte 1987, um dos argumentos herdados do Estado liberal e hoje ainda fluente nos debates quanto à extensão do texto constitucional se baseia

Nesse sentido, o processo argumentativo não tem como ponto e partida evidências (juízo de realidade), mas sim juízos de valor, que são resgatados através das normas jurídicas. A argumentação, no direito, pressupõe a articulação de um discurso com vista a persuadir o órgão responsável pela decisão, ou ainda o órgão responsável por eventual revisão da decisão, a aderir à interpretação que se quer ter como vinculante para o caso concreto (conflito social que exige decisão jurídica), ou, no caso da Suprema Corte, o convencimento de que a sua decisão (até por ser definitiva) é a mais acertada.

Segundo Aristóteles, há argumentações rigorosas, lógicas, estabelecidas a partir de princípios indubitáveis, evidentes, e há argumentações dialéticas, imprecisas, elaboradas a partir de meras opiniões e princípios dubitativos.

Se no primeiro caso fica fácil obter o convencimento dos destinatários da comunicação, o mesmo não ocorre com os últimos, que necessitarão de artifícios e estratégias para se impor. É aí que ressalta a importância da retórica, como arte de persuadir e convencer os ouvintes. Para Santo Isidoro de Sevilha, a retórica é a

“ciência do bem falar nos assuntos civis, para persuadir o ouvinte de coisas justas e boas, com abundância de eloquência”.

Ora, o direito, em toda a sua complexa realidade, consiste justamente numa tarefa de convencer e persuadir a respeito de certas situações, o que o torna eminentemente argumentativo e hermenêutico.

Tal tarefa, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mostra-se fundamental, tendo em vista até a impossibilidade de reforma de seus pronunciamentos, que só poderão ser objeto de crítica da opinião pública.

Há que se ressaltar os aspectos pragmáticos da linguagem jurídica nesse particular, em virtude de que os discursos que intentam fazer prevalecer uma determinada interpretação das normas jurídicas possuem apenas um uso ou função informativos (enquanto meras descrições das normas jurídicas), mas surgem como explicitamente diretos e expressivos, porquanto

na afirmação de que a Carta sintética, de princípios elevados e transcendentes, tem o mérito de permitir que as mudanças sociais se realizem sem que se altere o mecanismo do processo político. *Revista de Informação Legislativa*, n. 93/88, p. 10.

destinados a influir na decisão a ser tomada pelo órgão competente e também porque envolvem não apenas aspectos racionais, mas também emotivos (em face da carga emocional dos termos e expressões invocados em sustentação a uma determinada interpretação).

A retórica assume, nesse contexto, papel primordial enquanto processo argumentativo que, ao articular discursivamente valores, tem por objetivo a persuasão dos destinatários da decisão jurídica quanto à razoabilidade da interpretação prevalecente³².

A fundamentação das decisões judiciais expressa-se através de discursos retóricos, enquanto processos argumentativos que, ao articular valores, visam persuadir as partes e os órgãos responsáveis por eventual revisão dessa decisão da razoabilidade da interpretação esposada pelo órgão prolator da mesma. Põe-se em relevância, desse modo, que, além das peças e das sustentações orais produzidas pelas partes do processo, também os atos decisórios do Poder Judiciário apresentam, nesse contexto, um conteúdo eminentemente retórico.

Nesse sentido *Learned Hand*³³ ilustra que:

“um juiz deve pensar em si mesmo como um artista... que embora conheça os manuais, nunca deveria confiar neles para guia; em última instância deve confiar no sentido intuitivo acerca de onde reside a separação entre a palavra e os propósitos que subjazem atrás dela; deve atuar de forma a ser correto com ambos”.

4.2 O conteúdo pragmático da linguagem jurídica expresso pelo pensamento tópico.

Em seu livro *Tópica y jurisprudência*, Theodor Viehweg³⁴ analisa o pensamento dogmático que tem predominado no direito através dos séculos e procura demonstrar o caráter do discurso de que se utilizam os juristas, notadamente nas práticas judiciais, ressaltando o caráter aporético da jurisprudência (conflito entre opiniões).

³² A primazia da retórica para o raciocínio jurídico é assinalada por Chaim Perelman em sua obra *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madri : Civitas, 1988.

³³ HAND *apud* CARTER, p. 258.

³⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Jr. Brasília : Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1).

Desde logo, cumpre observar que, diferentemente dos sistematizadores dos quais Kelsen é o exemplo mais típico, Viehweg não criou nem propôs um novo tipo de discurso para o direito, mas detectou-o ao analisar as produções jurídicas onde tal discurso se encontra latente ou implícito. O método tópico-retórico não foi, pois, criado por Viehweg, mas reencontrado e difundido pelo pensador alemão.

A tópica é muito antiga e teve opositores como Sócrates e Platão que a consideraram como uma condenável arte de disputar pertencente ao domínio dos retóricos e sofistas. Aristóteles, que lhe deu nome de “*Topika*”, reservou para a filosofia o discurso apodítico e para a tópica, o discurso dialético, significando com isso que aquela se ocupa do verdadeiro, enquanto esta, do meramente opinável. O pensador grego chegou a projetar um catálogo de tópicos universais para todos os problemas pensáveis, e Cícero utilizou conscientemente o discurso tópico-retórico.

Sinteticamente, a tópica constitui técnica de pensamento que orienta-se a partir do problema que se quer solucionar. Opõe-se ao pensamento sistemático que se orienta a partir de um paradigma geral. Segundo o pensamento tópico, o que releva é a solução do problema, não importando a qual ou a quais sistemas tenha de recorrer-se para isso – é uma busca de caminhos para eliminar uma aporia. Segundo o pensamento sistemático, o que importa é a fidelidade ao sistema: se determinado problema não encontra solução dentro do sistema utilizado, é porque se trata de um problema insolúvel. Para o pensamento tópico, pelo contrário, não existe problema insolúvel.

A técnica do pensamento problemático, portanto, não parte do ponto de vista geral para resolver o caso particular, mas, pelo contrário, põe o problema particular no primeiro plano de atenção e, sem jamais perdê-lo de vista, faz incursões aos diversos sistemas existentes em busca de pontos de vista que lhe sejam pertinentes. Esses pontos de vista são os topoi ou tópicos, lugares-comuns revelados pela experiência bem sucedida. Isolados, não têm os tópicos nenhuma relação entre si. O que os relaciona e atrai são os dados do problema e o que os elege ou rejeita é a solução que se pretenda dar ao problema.

Segundo Viehweg, existem tópicos universais e tópicos somente aplicáveis a determinado ramo do saber.

A verdade é que os tópicos encontram-se em

todos os ramos do conhecimento, não apenas nas chamadas ciências humanas, mas até mesmo em algumas das chamadas ciências exatas. O próprio legislador por vezes os recolhe, dando-lhes status de lei. Os tópicos nada mais são que opiniões acreditadas que, por seu poder retórico, dispensam verificação ou demonstração. Eles nada têm que ver com a verdade (tomada esta palavra com seu usual sentido absoluto), mas sim com a verossimilhança. As conclusões que se obtêm, quando se têm tópicos como premissas, não são lógicas, mas dialéticas. *Portanto, a tópica é uma prática de argumentação.*

Com base na leitura da obra de Viehweg e Aristóteles, identificam-se, pois, cinco passos a serem seguidos pelo operado jurídico com vista a convencer sua pláteia (aspecto pragmático da linguagem) e conseqüentemente comunicar:

1º Passo: a determinação do problema, ou seja, a identificação e delimitação do caso com todas as suas circunstâncias.

2º Passo: o inventário dos tópicos pertinentes ao caso.

3º Passo: a seleção dos tópicos pró e contra, agrupando-os segundo as soluções possíveis para o caso.

4º Passo: a montagem da argumentação, exaltando os tópicos pró e desqualificando (refutando ou omitindo) os tópicos contra em relação à solução eleita pelo intérprete.

5º Passo: a síntese da conclusão julgada justa.

4.3. O aspecto pragmático da decisão constitucional ressalta a necessária busca de um consenso, imanente à abertura estrutural da Constituição

Observa-se que o método tópico, justamente por orientar-se em função do problema, apresenta-se, de forma relevante, como método de interpretação da Constituição. O caráter fragmentário e, freqüentemente, indeterminado do texto constitucional favorece a utilização dessa maneira como expressão do aspecto pragmático da hermenêutica constitucional.

De acordo com a valiosa síntese de Canotilho³⁵:

“A estrutura dinâmica de uma lei fundamental aponta para a necessidade de

³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 79.

aberturas, pois, caso contrário, a excessiva rigidez do texto constitucional conduz à distanciação das normas perante o metabolismo social. É neste contexto que os autores falam do caráter fragmentário da Constituição (H. P. Schneider), da necessidade de contra-estruturas que reforcem a efetividade das normas constitucionais sobre o processo político (K. Hesse) e da processualização dos textos constitucionais (P. Häberle).”

Salientando esse aspecto, Böckenförde³⁶ esclarece:

“A la vista del carácter fragmentario, frecuentemente indeterminado de la Constitución, es natural el recurso al proceso tópico, orientado al problema, para remediar la insuficiencia de las reglas clásicas de interpretación, y evitar el *non liquet*, que ya no es posible ante la jurisdicción constitucional existente.”

Também para Häberle³⁷, longe de ser um simples *estampido* ou *detonação originária* que começa na *hora zero*, a Constituição escrita é, como *ordem-quadro da República*, uma lei necessária, mas fragmentária, *indeterminada* e *carecida de interpretação*.

Portanto, ressalta-se que a Constituição será sempre o resultado de um processo de interpretação conduzido à *luz da publicidade*. Assim, ressalta a existência de uma pluralidade de intérpretes, *o que traz à tona a necessidade de se dar destaque às funções pragmáticas do processo de hermenêutica constitucional* para que a comunicação possa se efetivar da melhor maneira entre os destinatários da norma constitucional³⁸.

³⁶BÖCKENFÖRDE, Ernst, WOLFGANG. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden, 1993. p. 20.

³⁷HAND *apud* COELHO, Inocêncio Mártires. *Constituição: conceito, objeto e elementos*. *Revista de Informação Legislativa*, a. 29, n. 116, out/dez. 1992.

³⁸Para CANOTILHO, op. cit., p. 85, fazendo referência à teoria de Häberle, “a constituição como processo não é uma teoria normativa aberta, mas uma teoria *deslizante*, onde quase se dissolvem as fronteiras entre realidade constitucional e *realidade inconstitucional*”. Assim, caracterizando a Constituição como processo, destaca-se o déficit normativo acentuado nela presente, chegando-se à conclusão da necessidade de fundamentação pormenorizada das opções realizadas pela Suprema Corte na sua interpretação.

Destacando esse caráter procedimental da teoria de Häberle, Larenz³⁹ afirma que para esse autor alemão a Constituição não é vista tanto como a norma *estatuída*, mas como *law in public action*, como *processo público*. Detentor desse processo seria, principalmente, o Tribunal Constitucional. Desse modo, Häberle sublinhava, com correção (aproximando-se de Habermas no que se refere à necessidade de publicidade do processo), que a aplicação do direito e, assim, também a realização da Constituição através dos tribunais representam um processo contínuo, no qual a interpretação constitui o fator mediante o qual a norma é permanentemente ajustada a novos dados temporais.

Esse caráter da abertura estrutural da Constituição ressalta a tese de Peter Häberle de que, por meio desse procedimento, o que se busca é um consenso existente ou em formação. Tal posicionamento ressalta que o Tribunal Constitucional se converte no fórum privilegiado da mutação constitucional, o que destaca simultaneamente seu aspecto *pragmático* e político.

Já se afirmou, anteriormente, que um dos objetivos básicos da ciência jurídica retrata seu conteúdo teleológico, alcançado mediante a persuasão⁴⁰. Assim, ao se elaborar uma norma concreta, por meio de uma sentença, o juiz tem a obrigação de atingir os seus leitores imediatos (os advogados) e os mediatos (as partes). Logo, a tentativa de atingir os “leitores”, tomando a sentença uma comunicação científica e compreensível, é meta que não pode ser substituída por quem se propõe a redigir um trabalho dessa natureza.

O meio de se comunicar com o público é através da palavra escrita. Basta considerarmos esse dado para avaliarmos a importância da linguagem jurídica no convencimento dos operadores jurídicos.

Em verdade, a tese jurídica exposta em uma lei aprovada no parlamento, ou em uma sentença judicial que dirima uma controvérsia, é um conjunto de argumentos tendentes a

³⁹LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbrekian, p. 437 – 438.

⁴⁰ Segundo Ihering, tudo o que brota sobre o solo do direito nasceu através de sua finalidade e em função desta, de sorte que todo o direito outra coisa senão teleológica. *A finalidade do Direito*. Tradução de José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro : Ed. Rio, p. 236.

provar uma teoria. De premissa em premissa, de enunciado em enunciado, vai-se conduzindo o leitor a uma conclusão desejada.

Na terceira parte do tratado da argumentação, Perelman e Tyteca⁴¹ analisam quase uma centena de técnicas de argumentação, comprovando a enormidade de recursos a que pode recorrer quem pretende sustentar uma tese. Vai longe a época em que as técnicas da oposição e da progressão eram as mais utilizadas no trabalho científico.

Embora arrolando a variedade de argumentos disponíveis, Perelman reconhece que o desejo de influenciar, de querer persuadir, de ganhar adesão de um grande público não é fácil. Entretanto, tal colocação não nos parece válida, uma vez que a civilização moderna não tem favorecido a “livre circulação de idéias”, que só se apresenta em alguns países privilegiados. Desde o lar, passando pela escola, até a vida profissional, o homem é constantemente treinado a ouvir e cumprir ordens, sendo mínimas as ocasiões em que ele se faz ouvir.

Assim, há uma predisposição à aceitação de uma tese desde que minimamente estruturada. Isso acontece especialmente em uma ciência dogmática que pressupõe algumas crenças aceitas pelo senso comum teórico dos juristas como verdade, independentemente de qualquer discussão ou prova. Autores como o Professor Luiz Fernando Coelho⁴² as chama de pressupostos ideológicos, porque foram construídas ao longo da história do direito pela ideologia, inculcadas no inconsciente coletivo e assimiladas pelo senso comum teórico dos juristas.

Portanto, a preocupação com o aspecto pragmático do aresto constitucional mostra-se fundamental, conforme ressalta Lief Carter; a retidão (correção) de qualquer decisão judicial depende das características da fundamentação que foi dada pela Corte para aquela decisão, e não da sua parte dispositiva.

Ilustrando tal posicionamento, transcrevemos transcrevemos o enriquecedor trecho abaixo⁴³, no qual se ressalta, de forma extremada, a importância do aspecto pragmático da decisão constitucional:

⁴¹ PERELMAN, Chain, OBRECHTS-TYTECA. *Traité de l'argumentation*. Bruxelles : Ed. de l'Université de Bruxelles, 1976.

⁴² COELHO, Luis Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2. ed., Porto Alegre : Fabris, 1991. p. 253.

⁴³ CARTER, op. cit., p. 261.

“La Suprema Corte puede declarar como constitucionalmente obligatorios a la ley y la política que ella desprezar. Puede abolir la presidencia y el Congreso. Puede ordenar la sumisión despreciarse la raza blanca a la raza negra. Puede ordenar una invasión a Méjico. Puede derogar un siglo de Derecho y sostener que la Decimocuarta Enmienda sólo protege el derecho de los negros norteamericanos de ser libres de discriminaciones de jure, etcétera. Ninguna decisión imaginable está automáticamente excluída o prohibida por “la ley”. Sin embargo, la discrecionalidad constitucional descripta está sujeta a la siguiente restricción: Cada juez debe tratar conscientemente en todo momento de satisfacer los requerimientos estéticos de una buena ejecución. Por lo tanto, la corrección o la bondad de cualquier decisión constitucional concebible depende de las características del razonamiento que haga la Corte cuando justifica la decisión.” (grifo nosso).

Portanto, conclui-se que a eficácia do julgado expressa-se pelo convencimento do receptor da coerência da decisão. Em consequência, o juiz deve falar dentro de um marco de conhecimento normativo capaz de persuadir os destinatários da decisão. A qualidade da decisão tem, como um dos parâmetros de aferição, a efetividade de sua estratégia de comunicação à persuasão dos receptores. Desse modo, ressalta-se que as decisões da Corte Suprema formam uma série de realizações que intentam sustentar conversações sobre a verdade normativa da comunidade nacional, sendo tal aspecto objeto de análise do filósofo contemporâneo Jünger Habermas na sua teoria de um agir comunicativo⁴⁴.

5. A teoria do agir comunicativo de Habermas evidencia que a tensão “eficácia-vigência” resolve-se com a aceitação da norma

Em Habermas, encontramos uma *Teoria do Agir Comunicativo* baseada numa *Ética do*

⁴⁴ OUTHWAITE, William. *Habermas : a critical introduction*. Stanford : Stanford University Press, 1994. p. 38. Para esse autor o trabalho de Habermas culmina com a sua teoria de um agir comunicativo, no qual se ressalta a busca da comunicação efetiva.

Discurso, segundo a qual a única racionalidade é a do diálogo.

Para Habermas, a verdade não é concebida apenas como um processo de adequação, mas, sim, na perspectiva do CONSENSO, obtido através de um processo de comunicação ideal, segundo certos procedimentos. A *razão* proposta por Habermas fundamenta-se em um modelo comunicativo, onde os sujeitos encontram-se inseridos. A correção dos juízos normativos jamais poderá ser explicada segundo as pautas de uma teoria da correspondência com a verdade. A “correção”, pois, significa a aceitabilidade racional fundada em boas razões.

O modelo tradicional é sempre monológico, ou seja, a verdade é algo que se dá ao conhecimento do sábio, que a obtém independentemente de uma comunicação com o outro.

Em Habermas, a verdade é um processo que inclui vários atores, é sempre dialógica e supõe a busca de um consenso. Cada um dos atores envolvidos no discurso invoca pretensões de validade. Só serão consideradas racionais as proposições capazes de cumprir os requisitos necessários à argumentação e contra-argumentação, à prova e contra-prova. Se os envolvidos no discurso não tiverem má-fé (usarem de mentiras), atinge-se um nível razoável de verdade.

Se eu comunico algo, significa que eu procuro obter o entendimento (consentimento) daquele que recebe minha mensagem.

Nesse sentido, o autor assinala um papel importantíssimo para o direito no que ele chama *mundo da vida*. Indica que, sendo o mundo da vida não uma associação, mas a prática comunicativa cotidiana, que se nutre da cooperação de *reprodução cultural, integração social e socialização, o direito se ocupa da integração social*, enquanto a escola se ocupa da reprodução cultural e a família da função de socialização.

Assim, com o intuito de ressaltar a importância da busca da verdade por meio de uma comunicação efetiva que leve ao consenso, explicitamos algumas das idéias desse filósofo contemporâneo da Escola de Frankfurt.

5.1. A teoria consensual da verdade

Habermas situa a idéia de verdade no quadro de referência *agir comunicativo – discurso* afirmando que: a verdade não pode

estar numa adequação entre sistema teórico descritivo e realidade empírica, como é definida na clássica fórmula *adaequatio rei et intellectus*, porque nem os conceitos nem os predicados e nem os sistemas lingüísticos podem ser considerados verdadeiros ou falsos. Somente os proferimentos, que introduzem uma frase gramatical num contexto situado concretamente, podem ser verdadeiros ou falsos.

Por isso, a verdade tem de ser determinada com relação à argumentação.

Verdade é a pretensão de validade que ligamos a atos de fala constatativos. Nesse sentido, um proferimento é verdadeiro quando a pretensão de validade dos atos de fala, com os quais afirmamos o proferimento, é justificada através de argumentos.

As questões de verdade somente aparecem quando as pretensões de validade ingenuamente propostas nos contextos de ação passam a ser problematizadas através do discurso.

No contexto de ação, as sentenças fornecem informações sobre objetos da experiência, ao passo que no discurso discutimos proferimentos sobre fatos.

O desfecho de uma ação discursiva somente pode ser decidido através de uma lógica do discurso apoiada na “força não-coativa do melhor argumento”, que Habermas denomina também de “motivação racional”.

Em que consiste esta lógica do discurso?

Em primeiro lugar, é preciso dizer que ela não se esgota na lógica das asserções, que define as regras de construção e de transformação de enunciados, apresentando o encadeamento lógico de uma série de sentenças. A passagem de uma sentença para outra tem de ser justificada através de uma ligação lógica (lógica modal ou lógica dos enunciados), ou ainda por uma referência a uma determinada base empírica no nível da experiência.

Ela não consiste, tampouco, numa lógica transcendental, destinada a pesquisar as categorias fundamentais para a constituição dos objetos da possível experiência.

A lógica do discurso argumentativo é simultaneamente formal e pragmática, ou seja, ela constitui uma pesquisa das propriedades formais de atos de fala que constituem as unidades pragmáticas do discurso.

Ora, a passagem entre uma unidade pragmática e outra não pode ser fundamentada exclusivamente na lógica das asserções, por se tratar de explicações, de mandamentos, de

avaliações e de justificações. Nem tampouco na referência à experiência empírica, porque as unidades pragmáticas já têm uma referência prévia com a realidade.

Na lógica formal pragmática nós trabalhamos com argumentos, isto é, com uma fundamentação que deve nos motivar racionalmente a reconhecer as pretensões de validade de uma afirmação, de um mandamento ou de uma avaliação. Os argumentos passam a ser avaliados ou pesados quanto à sua força consensual, isto é, com relação à sua capacidade de obter o consenso fundamental racionalmente.

Quero lembrar aqui que, ao formular essas considerações preparatórias para *uma teoria consensual da verdade*, ele estava preocupado em encontrar um fundamento normativo para a sua teoria crítica da sociedade e para a ética. Já se esboça aqui a idéia de que o critério da teoria da verdade deve ser a coerência.

De qualquer maneira, deve ter ficado claro que o consenso argumentativo pode ser tomado como critério suficiente de verdade quando as qualidades formais pragmáticas do discurso permitirem a passagem entre os diferentes níveis da comunicação.

5.2. A situação da comunicação ideal

Observa-se que, para que se chegue ao CONSENSO, há necessidade de alguns pressupostos que Habermas identifica como *situação de comunicação ideal*.

Habermas esclarece-nos dizendo que não podemos considerar a situação de fala ideal um fenômeno empírico. Tampouco é um simples constructo racional.

Nesse sentido, a situação de fala ideal constitui uma medida da crítica porque serve para questionar qualquer consenso, obtido faticamente, submetendo-se à idéia de um consenso ideal, que jamais será atingido concretamente.

Na réplica a objeções, Habermas faz retoque no conceito *situação de fala ideal*, explicando que ela é uma idéia formal, desenvolvida na ética do discurso de uma sociedade na qual todas as decisões politicamente relevantes são retroligadas a formas institucionalizadas de formação simétrica de chances de escolha e de realização de atos de fala. Supomos que nela não existe nenhum elemento de coação a não ser a coação do melhor argumento. Observa-se que tal pressuposto mostra-se bastante mitigado em um país como o nosso, no qual as diferenças

sociais e econômicas são consideráveis.

Esse postulado implica, na verdade, quatro subpostulados:

a) Postulados de igualdade comunicativa: todos os possíveis participantes do discurso argumentativo devem ter igual chance de usar atos de fala comunicativa.

b) Postulados da igualdade de fala: todos os participantes do discurso devem ter a mesma chance de proceder a interpretações, fazer asserções, recomendações e justificações, bem como de problematizar pretensões de validade.

c) Postulado da veracidade e sinceridade: os falantes aceitos no discurso devem ter a mesma chance de utilizar atos de fala representativos, isto é, devem ser capazes de expressar idéias, sentimentos e intenções pessoais.

d) Postulado da correção de normas: no discurso os agentes devem ter igual chance de empregar atos de fala regulativos, isto é, de mandar, de opor-se, de permitir e de proibir, de fazer promessas e de retirar promessas.

De posse destas diferenciações, podemos retornar de modo mais claro à questão da idealização, descrita há pouco. Os participantes da comunicação estão convencidos da possibilidade de chegar-se a um entendimento, porque todos supõem, em qualquer situação de interação, que eventuais mal-entendidos que possam surgir durante a comunicação podem ser resolvidos da discussão que se instaura num discurso.

5.3. O consenso como modo de resolução da tensão eficácia e vigência da norma

Jürgen Habermas, ao estudar o problema da legitimidade constitucional como ponto de partida metodológico do estudo da tensão existente entre validade e faticidade da norma, assinala:

“A existência de tribunais constitucionais não se compreende por si mesma”⁴⁵.

Na verdade os tribunais constitucionais têm de ser vistos na sua importantíssima função de integração social, consoante os ensinamentos da teoria do agir comunicativo de Habermas transportada à jurisdição constitucional na obra

⁴⁵ HABERMAS apud CANOTILHO, op. cit. p. Faz-se referência à obra *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und desdemokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt, 1992. p. 292.

*Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und desdemokratischen Rechtsstaats*⁴⁶.

O capítulo III de *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und desdemokratischen Rechtsstaats (Faticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito)*⁴⁷, obra de coramento do pensamento habermasiano sobre o direito, com efeito, denomina-se um enfoque reconstrutivo do direito.

Nesse capítulo, Habermas propõe a reconstrução de partes do direito racional clássico no quadro de uma teoria discursiva⁴⁸.

Partindo da tese de que o direito tem uma função instrumental de integração social, Habermas estabelece uma relação de fato-norma, procurando não desprezar o elemento valor, que completa uma “tridimensionalidade” do direito nos termos sintetizados por Miguel Reale, mas o entende embutido no momento político do nascimento da norma.

Ele entende que a teoria do agir comunicativo muda a razão prática⁴⁹ para a razão

⁴⁶ Deve ser ressaltado que essa obra, recentemente, foi publicada em inglês com o título: *Between Facts and Norms Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, traduzida por William Rehg, MIT Press, 1996.

⁴⁷ Para análise dessa obra utilizou-se como texto básico a tradução do Professor Menelick de Carvalho Netto, fruto de trabalho realizado no Curso de Pós-Graduação em Direito da UFMG, intitulado “*Faticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*”.

⁴⁸ Desde a sua aula inaugural em Frankfurt, em 1964, aparece mais ou menos explicitamente a idéia, repensada muitas vezes, de que as condições de possibilidade de uma união intersubjetiva verdadeira de sujeitos emancipados são imanentes à linguagem, isto é, à competência comunicativa dos homens. Conforme assinala Siebeneichler, op. cit. 1967. p. 20 (*Zur Logik der Sozialwissenschaften*, p. 124), Habermas afirma: “ainda não se descobriu que a linguagem é a teia em cujas malhas os sujeitos estão presos e das quais eles necessitam para se formar como sujeitos”. Em 1981 (Theorie 1, p. 387) ele chega à conclusão: “O consenso e o entendimento residem no interior da linguagem, constituindo o seu telos”.

⁴⁹ Segundo o próprio autor na obra *Faktizität und Geltung*, Cap. 1 – “O Direito como uma categoria de medição social entre a faticidade e a validade”, o conceito de razão prática enquanto capacidade subjetiva é um

comunicativa, de modo que realiza o esclarecimento do que os atores devem fazer (sollen), coadunando-se com o direito.

Compreendendo-se os termos “Faktizitat” e “Geltung”, por “eficácia” e “vigência”⁵⁰, respectivamente, podemos trazer novas luzes ao problema em debate. O termo “vigência”, empregado como sinônimo de eficácia por autores de língua espanhola, conforme adverte Miguel Reale⁵¹, é identificado aqui como validade extrínseca da norma pelo procedimento de formalidades essenciais à sua formação. É o período de tempo no qual a norma se mantém obrigatória. Pelo atributo “eficácia”, *designamos restritamente a norma que obtém socialmente a realização de valor pretendido*.

Partindo do conceito de que vigência significa *existência específica de uma norma* e que esse atributo indica a ordem e *dever ser* e não do *ser*, Hans Kelsen destaca a necessidade de se distinguir vigência de eficácia, entendida esta como “fato real de a norma ser efetivamente aplicada e observada”. Em seguida a tais considerações, o famoso autor austríaco, modificando substancialmente o seu pensamento e temperando a pureza metódica de sua teoria, condiciona a vigência da norma, isto é, a sua validade, a um mínimo de eficácia: “uma norma que nunca e em parte alguma é eficaz em uma certa medida não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia é a condição de sua vigência”⁵². Tal concepção revela que o grande teórico, para formação do direito, além da norma, passou a exigir a presença do fato.

Assim para que se reconheça a validade de uma norma é preciso, em princípio e de início, que a norma esteja INTEGRADA no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido

conceito da safra da modernidade.

No papel de cidadão do mundo, o indivíduo se confunde com o ser humano em geral, é um “eu” a um só tempo individual e universal; assim, para Habermas, a razão está situada na história e na sociedade.

⁵⁰ Observa-se que na tradução já referida do Professor Menelick de Carvalho Neto, no Curso de Pós-graduação em Direito da UFMG, essas palavras foram traduzidas, respectivamente, como “faticidade” e “validade”.

⁵¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 3. ed. São Paulo, 1976. p. 105.

⁵² KELSEN, op. cit.

o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida. Por exemplo, terminada a fase constitutiva do processo produtivo de normas legais, que ocorre com a sua sanção, temos uma lei válida. Sancionada a norma legal, para que se inicie o TEMPO de sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma, diz-se, então, que a norma é vigente. VIGÊNCIA é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma. Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada. Via de regra, a vigência começa com a publicação. Mas pode ser postergada. Pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, uma lei começa a ter vigência em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, salvo se na publicação for disposto de outro modo (por exemplo, vigência na data da publicação). Durante aqueles quarenta e cinco dias, a norma já é válida (já pertence ao ordenamento) mas não é vigente, ou seja, sua validade fica suspensa. Assim, nesse período, ela convive com normas que lhe são contrárias que continuam válidas e vigentes até que ela própria comece a vigor, quando, então, as outras estarão revogadas. A doutrina chama este período de *Vacatio Legis*.

Pelo exposto, validade e vigência não se confundem. Uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida. Os critérios dogmáticos de reconhecimento da validade não são os mesmos da vigência. Num ordenamento dado, os critérios de validade são diferentes, conforme o tipo de norma (norma geral, cumprido, conforme o caso, o processo prescrito para a sua produção, a norma se integra no ordenamento e se diz válida). Estes processos são, por sua vez, regulados por normas, as quais disciplinam a competência do editor (só o Congresso produz normas legais federais e só o presidente as sanciona, só o presidente produz decretos federais, etc.), a matéria de competência (por exemplo, a tipificação de um crime e a pena correspondente só pode ser objeto de norma legal – a chamada reserva legal), o momento em que pode ocorrer a edição (a Constituição

não pode ser emendada durante o estado de sítio – Constituição Federal, art. 60, § 1º). A observância das normas de competência, de determinação do momento, constituem a chamada validade formal. A observância da matéria, a validade material. Note-se outra vez: como essas normas que permitem reconhecer que uma outra, delas decorrente, integra-se no sistema, sendo válida, variam de ordenamento para ordenamento, a dogmática não discute a validade em geral das normas. Já a vigência exige a observância de um critério: sua publicação. Este critério também está prescrito por uma norma do ordenamento.

Uma norma válida pode já ser vigente e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de efeitos. A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são de natureza fática, outros de natureza técnico-normativa. A presença de requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos. Esta adequação entre a prescrição e a realidade de fato tem relevância semântica (relação signo/objeto, norma/realidade normatizada). Efetividade ou eficácia social é uma forma de eficácia. Assim, se uma norma prescreve a obrigatoriedade do uso de determinado aparelho para a proteção do trabalhador, mas este aparelho não existe no mercado nem há previsão para a sua produção em quantidade adequada, a norma será ineficaz nesse sentido. Se a efetividade ou eficácia social depende de requisitos inexistentes de fato, a ausência deles pode afetar não a validade da norma, mas a produção dos efeitos, conforme conhecida regra de calibração *ad impossibilia nemo tenetur*: ninguém é obrigado a coisas impossíveis). Discute-se, inobstante e nesse sentido, se a ineficácia social pode tornar inválida uma norma. Kelsen, por exemplo, chega a dizer que uma norma, sem um mínimo de eficácia, perde a validade (1960).

Não se reduzindo à obediência, a efetividade ou eficácia social tem antes o sentido de SUCESSO normativo, o qual pode ou não exigir obediência. Exigindo obediência, deve-se distinguir, presentes os requisitos fáticos, a observância espontânea da *observância por imposição de terceiros* (por exemplo, sua efetiva aplicação pelos tribunais). Uma norma é, assim, socialmente eficaz de modo pleno se

não for observada nem de um modo nem do outro.

Sob esse conflito da vigência e da eficácia da norma, Habermas parte da antecipação de que, no campo da fundamentação, normatividade e racionalidade se cruzam, e a teoria do agir comunicativo não contempla uma “tensão” entre fato e norma, ou, “eficácia e vigência”. Essa tensão seria, portanto, apenas aparente, como quer demonstrar.

A questão da relação “eficácia-vigência” supõe uma outra, a da *aceitação da norma*. Por isso, está implícita aí a discussão acerca da relação *autonomia particular* (direito subjetivo) e *autonomia pública* (direito objetivo). Ou seja, trata-se da questão Kantiana da obediência à lei, pois as leis eu as dou a mim mesmo, quando todos as dão para cada um, e restrinjo, assim, a minha liberdade.

Para Habermas, tem razão Pierce, para o qual a verdade se conceitua como *aceitação racional* e, portanto, relaciona, segundo o seu estudo, eficácia e vigência.

Na verdade, porém, o direito, como instrumento, é útil, porque dá força à norma: a eficácia da validade, isto é, da vigência, efetiva-se pela expectativa (ameaça) da sanção, fundindo-se, na teoria do agir comunicativo, eficácia e vigência, já que a força da efetividade é a fusão de eficácia e vigência.

Dessa forma, a norma é a simultânea efetividade pela coerção e realização da legitimação da validade: autoridade pela eficácia e vigência, tornando-se, portanto, a positivação do direito uma garantia.

É a legalidade que, confundindo-se com legitimidade, assegura a liberdade. Por isso, completamos, volta-se a Kant e à fundamentação da obediência a limitações que eu mesmo me dou, quando todos impõem normas a cada um.

Assim, a teoria do agir comunicativo hipoteca a integração interna entre eficácia e vigência, tendo o direito a função de integração social, nos termos propostos por Parsons e por Weber, embora, é verdade, Habermas entenda que haja necessidade de uma *reconstrução* do direito, como se disse, de modo que se conforme à teoria do agir comunicativo, ou seja, defina-se como um sistema de ação para assegurar o ordenamento legítimo como componente social do mundo da vida. Ou seja, cultura e estrutura pessoal devem ser reproduzidas por meio da teoria do agir comunicativo, sendo que a

integração social se aloja no Direito como comunicação: estabelece uma ligação entre sistema e mundo da vida.

Para esse consagrado professor de filosofia da Universidade de Frankfurt, no entanto, há um paradoxo na origem de legitimidade e legalidade, pois há uma ambivalência da vigência jurídica, sendo que a função precípua do direito na sociedade moderna é a esperança de estabilidade, o que mostra uma relação interna com a força social integrativa da ação comunicativa e se conclui pela presunção mútua de autonomias pública e privada, ou seja, entre direitos humanos e soberania popular.

Essa referência é muito importante para entender Habermas, pois Savigny, como é sabido, partiu do ponto de vista oposto ao que Kelsen depois iria ver o fenômeno jurídico e, no entanto, acabaram se tocando. A Escola Histórica de Savigny e Puchta nasceu de uma inspiração sociológica, privilegiando o fato, isto é, a realidade social como “espírito do povo”, e acabando por querer assegurar-lhe fidelidade através do direito posto. O normativismo parte do oposto, *mas ambos se sintetizam na obediência da norma*. Para Habermas, essa referência é importante, assim como a referência aventureira de Rousseau, que também admitiu a fusão do direito subjetivo com o direito objetivo, com os quais se identifica e dos quais não vê realmente constrangimento nenhum em tentar ser como que uma síntese.

Sua ementa poderia ser: legitimidade acaba em legalidade. O processo democrático da legalidade é fonte de legitimidade e o processo deve ser o parâmetro do direito.

Conclui, assim, que o direito não é só um sistema simbólico, mas de ação e que vigência significa um equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública.

O direito é a disposição de legislar e, como autonomias privada e pública, a tensão entre a eficácia e vigência se refere à tensão entre positividade e legitimidade; e já que o direito objetivo usa a liberdade comunicativa na forma que o direito subjetivo deve se institucionalizar para ter fundamento político, desfaz-se o paradoxo da origem de legitimidade e legalidade, concluindo-se que legitimidade é sinônimo de positividade ou legalidade.

Dessa forma, para Habermas, “constitucionalismo” é relação entre liberdade e administração estatal, entre autonomia privada e

autonomia pública. Assim Habermas⁵³ ressalta o papel da Corte Constitucional indicando:

“Tão-só as condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade (*Legitimitat*) do Direito promulgado. Se iniciarmos com essa compreensão-de-fundo democrática (*demokratirden Hintergrundverständnis*), somos também capazes de fazer com que as competências da corte constitucional tenham um sentido acorde com a intenção de Estado de Direito (*rechtsstaatlichen Intention*) subjacente à divisão de poderes (*Gewaltenteilung*): à corte constitucional deve caber a guarda do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.” (grifo nosso)

Por outro lado, a própria filosofia de Habermas é epistemologia. Sua preocupação máxima é a abertura do casulo da técnica para que as questões científicas sejam jogadas à discussão pública e assim fiquem depuradas de quaisquer condições de interesse que não o interesse emancipativo. É só nesse interesse que a razão encontra identidade, porque a razão é sempre comunicativa e está, pela sua própria “essência”, realizando-se sempre no consenso isento de coações que não a coação da boa argumentação, *argumento que ratifica a preocupação com a função comunicativa dos Tribunais, em especial da Corte Constitucional em fundamentar suas decisões de forma compreensível*, tendo em vista seu aspecto pragmático de conciliar a autonomia privada e a autonomia pública.

Tendo em vista que a Constituição impregna de *direito* a sociedade, à medida que integra a sociedade, conforme ressalta Habermas, surge, em consequência, um caráter de complementaridade entre direito e sociedade. Essa permeabilidade entre o direito e a sociedade encontra traço original no pensamento do juspublicista alemão Peter Häberle, conforme já visto anteriormente, ao explicar a sua teoria da constituição aberta (*Verfassung als öffentliche Prozen*). Esta tese ressalta o aspecto comunicativo da Corte, pois considera que, mergulhada no compromisso histórico e social, a Constituição não pode ser concebida como validade acabada e definitiva, resultado do voluntarismo do poder constituinte. A Constituição, por relacionar a *autonomia privada* à *autonomia*

⁵³ HABERMANS, op. cit., p. 222.

pública, reclama interpretação que a adapte ao momento histórico-social, sendo, sempre, um resultado temporário de recurso interpretativo, razão pela qual torna-se necessária a efetiva comunicação do guardião da lei maior com os destinatários desta, para que tal procedimento interpretativo logre eficácia.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Miguel Atienza e Isabel Espejo. Madrid : Centro de Estudos Constitucionais, 1989.
- ALVES, José Carlos Moreira. Instalação de Assembléia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 93, p. 5, jan/mar, 1987.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst, WOLFGANG. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993.
- . *Externalização ou internalização da justiça constitucional*. Palestra proferida em Porto Alegre em maio de 1994.
- . *Constituição dirigente e vinculação do legislador* : contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Ed, 1982.
- CARTER, Lief. *Derecho constitucional contemporâneo* : la suprema corte y el arte de la política. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Constituição : conceito, objeto e elementos. *Revista de Informação Legislativa*, a. 29, n. 116, out/dez. 1992.
- COELHO, Luis Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre : Fabris, 1991.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust* : a theory of judicial review. Cambridge : Harvard University Press, 1981.
- GOLDSTEIN, Joseph. *The intelligible constitution* : the supreme court's obligation to maintain the constitution as something we the people can understand. New York : Oxford University Press, 1992.
- HOLMES, Stephen. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge : Cambridge University Press, 1993. p. 195: Precommitment and the paradox of democracy.
- IHERING, Rudolf Von. *A finalidade do Direito*. Tradução de José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra : Armênio Amado Ed., 1962.
- . *La giustizia costituzionale*. Milão : Giuffrè, 1981.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbrekian.
- LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Arquivos do Ministério e Negócios Internos*, v. 22, n.92, dez. 1964.
- LINCOLN, Magalhães da Rocha. *Jurisprudência, modelo da experiência jurídica*. São Paulo : Resenha Universitária, 1975.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John. *Os Artigos Federalistas, 1787-1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1993.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das constituições rígidas*. 2. ed., São Paulo : José Bushatsky, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 126, p. 87-102, abr/jun, 1995.
- . *Jurisdição constitucional* : o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.
- KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, n. 105, jan./mar. 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Faticidade e validade* : uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Frankfurt : [s.n.], 1992. Tradução de: Faktizität und Geltung : beitrage zur diskurstheorie des rechts und desdemokratischen rechtsstaat.
- OUTHWAITE, William. *Habermas* : a critical introduction. California : Stanford University Press, 1994.
- PERELMAN, Chain, OLBRECHTS-TYTECA, L. *Traité de l'argumentation*. Bruxelles : Université de Bruxelles, 1976.
- PERELMAN, Chain. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid : Civitas, 1979.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 1988.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. México : Ed. Nacional, 1981.
- SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas* :

- razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.
- TOCQUEVILLE, A. de. *La Democracia en América*. Prefácio de J. P. Mayer; traducción de Luis R Cuéllar. México : Fondo de Cultura Economica, 1957. 877p.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 2. ed. Madrid, 1977.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília : Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1).

A crise do Poder Legislativo no Estado contemporâneo

Análise dos projetos e pareceres da Assembléia Legislativa de São Paulo

SERGIO GARDENGHI SUIAMA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O paradigma liberal de Direito e Estado. 3. Crise do paradigma liberal e advento do Estado do Bem-Estar Social. 4. Análise dos pareceres e projetos da Assembléia Legislativa de São Paulo. 5. Propostas de reorganização.

1. Introdução

Entre os fatores que permitiram o desenvolvimento das modernas formas de organização política, os princípios de supremacia da lei e separação de poderes ocupam uma posição central. A idéia de que o Estado deve ser limitado, tanto do ponto de vista de sua organização – por meio da instituição de “freios e contrapesos” a poderes funcionalmente divididos –, como do ponto de vista dos limites de sua intervenção – através da submissão da comunidade política ao “império legal” –, constituiu condição básica para o desenvolvimento do Estado Liberal.

Nesse quadro institucional, o Poder Legislativo ocupava uma posição de preeminência na medida em que a ele competia, como legítimo representante da vontade coletiva, declarar a lei – manifestação geral, abstrata e conformadora dos demais Poderes.

Todo esse arcabouço teórico parece ter entrado em crise no século XX. A emergência de problemas inéditos originados com o colapso do capitalismo concorrencial e advento da sociedade tecnológica trouxe dificuldades insuperáveis para o constitucionalismo liberal. Hoje, parece haver um consenso sobre a incapacidade de as técnicas clássicas de separação de poderes e Estado de Direito lidarem com a complexa organização social e

Sergio Gardenghi Suiama é Advogado, Assessor Parlamentar na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo e mestrando em Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

com a crescente necessidade de atuação do Estado na vida econômica. Nesse contexto, como observa Gustavo Gozzi,

“o Parlamento parece esvaziado de toda a capacidade de decisão política que não seja a mera indicação de critérios sumamente genéricos, cuja aplicação é deixada aos múltiplos sistemas administrativo-industriais”¹.

Por razões que procuraremos desenvolver ao longo deste trabalho, coube ao Poder Executivo a tarefa não apenas de declarar o direito – por meio da orientação do processo legislativo, segundo suas necessidades, e pela edição de medidas provisórias, decretos, portarias e instruções normativas –, mas também de programar e implementar políticas públicas em vista de determinados fins.

O presente texto tem por objetivo investigar empiricamente como se manifesta essa crise no Poder Legislativo brasileiro e quais as condições jurídicas necessárias para o seu ajuste às exigências políticas, sociais e econômicas colocadas pelo Estado Pós-Liberal. Para tanto, escolhemos como objeto de investigação a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Pareceu-nos apropriado analisar particularmente os pareceres elaborados pelos deputados membros da Comissão de Constituição e Justiça na presente legislatura, na medida em que contêm indicações tanto dos projetos de lei que têm sido apresentados no Parlamento paulista, como da forma pela qual esses projetos vêm sendo juridicamente tratados.

Para proceder a essa análise, cumpre liminarmente fazermos uma breve referência ao paradigma liberal de Direito e Estado e ao papel desempenhado pelos princípios de separação de poderes e monopólio legal neste modelo. Tratamos em seguida do advento, no século XX, do Estado do Bem-Estar Social, procurando destacar algumas das conseqüências deste novo paradigma para o Direito e particularmente para os dois princípios citados. Apresentamos então a análise dos projetos colocados em pauta na Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia nas reuniões ordinárias de 3 e 10 de outubro de 1995, sugerindo por fim algumas modificações que consideramos importantes para a adequação do Parlamento à realidade contemporânea.

¹ GOZZI, Gustavo. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1993. v. 1, p. 406.

Sem ignorar fatores de extrema relevância – como, por exemplo, o crescente descrédito da população nas formas tradicionais de representação política –, pretendemos mostrar que uma das principais causas da crise do Poder Legislativo brasileiro reside hoje no hiato entre as novas funções exigidas do Estado e a preservação das estruturas clássicas de organização do poder público. Nesse ponto, grande parcela de responsabilidade deve ser atribuída à Constituição brasileira de 1988. O texto constitucional, extremamente genérico no assunto, manteve de forma anacrônica as técnicas liberais de organização do Estado e deixou graves lacunas no que diz respeito à distribuição da competência para a organização das novas atribuições dos poderes públicos. A expectativa que temos é a de que a investigação desenvolvida, assim como as propostas formuladas, poderão contribuir para aprofundar o debate sobre o tema, cuja relevância decorre do fato de a atual organização institucional brasileira representar um entrave concreto para o desenvolvimento do país.

2. O paradigma liberal de Direito e Estado

Historicamente, o paradigma liberal de Direito e Estado nasceu em oposição às formas teocráticas e absolutistas de justificação do poder. Para a burguesia dos séculos XVII e XVIII, tratava-se de encontrar um modelo racional de organização política que regulasse as formas de convivência social e garantisse a fruição da liberdade, da propriedade, da segurança e dos demais direitos individuais, percebidos ideologicamente como “naturais, inalienáveis e sagrados” (Preâmbulo da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789).

A liberdade, nessa concepção, tinha um conteúdo manifestamente negativo, sendo vedado ao Estado restringi-la senão em benefício de toda a coletividade. Na síntese do artigo 4º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*,

“la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.”

Como observa Karl Loewenstein², os sistemas políticos organizam suas instituições tendo em vista a consecução de determinadas finalidades, competindo a cada instituição desenvolver *técnicas* e *procedimentos* próprios, adequados aos fins previstos. No caso do paradigma liberal, a finalidade precípua da organização do Estado era garantir a estabilidade e a segurança jurídica, para que todos pudessem desenvolver ao máximo, no âmbito de suas relações privadas, as capacidades e facultades de cada um. Em termos econômicos, essa posição se traduzia na idéia de que a atuação do Estado deveria estar restrita à garantia da propriedade privada e do cumprimento dos contratos. Foi visando à realização dessa finalidade que o constitucionalismo organizou as instituições fundamentais do Estado moderno, entre elas o Parlamento, a Polícia e as Forças Armadas, os tribunais e a burocracia administrativa; cada qual com seus procedimentos e técnicas próprias.

Das técnicas empregadas pelo constitucionalismo, duas se destacam em razão de sua importância para o paradigma liberal: a separação de poderes e a idéia de monopólio legal, associada ao princípio de lei como expressão da vontade geral.

O princípio da separação de poderes encontrou seus principais formuladores modernos em Locke, Rousseau e Montesquieu. A idéia básica de que a concentração de poder em uma só pessoa ou grupo de pessoas conduziria à tirania e ao arbítrio foi declarada de maneira categórica no artigo 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789:

“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation de pouvoirs déterminée, n’a point de constitution.”

Dos três autores clássicos citados, Montesquieu foi o que desenvolveu o princípio de modo mais completo, no livro 11 de *L’Esprit des Loïs*. Diz ele:

“Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses que dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil.

Par la première, le prince ou le magistrat

fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger; et l’autre, simplement la puissance exécutive de l’État.”³

E logo adiante afirma:

“Tout seroit perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.”⁴

Mas para evitar o arbítrio não é suficiente distribuir as funções estatais entre os três poderes; é preciso também que, “(...) par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”⁵, por meio da instituição de mecanismos de “freios e contrapesos”.

Nas últimas décadas, inúmeros autores têm procurado relativizar o princípio, tal como formulado por Montesquieu⁶. Não pretendemos, no âmbito deste trabalho, analisar a posição desses autores, mas sim sublinhar que a técnica da separação de poderes foi construída para atender às necessidades históricas da burguesia de limitar o poder absoluto da monarquia. Como afirma Loewenstein,

“(...) la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de

³ MONTESQUIEU. *L’Esprit des Loïs*. v. 11. cap. 6.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Idem*, cap. 4.

⁶ Nicola Matteucci, p.ex., observa que o contexto histórico em que o princípio da separação de poderes foi elaborado era o dos regimes monárquicos, quando a aristocracia ainda constituía uma força política importante. Montesquieu teria confundido poder no sentido sociológico, com poder no sentido político, identificando um órgão do Estado com uma classe ou camada social (cf. o verbete Constitucionalismo in: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1993. p. 246-58).

² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1976. p. 52 e seq.

distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político.”⁷

A segunda técnica fundamental para o constitucionalismo moderno é o conceito de monopólio legal, associado à idéia da lei como expressão da vontade geral. Uma vez que a razão de ser do Estado é a garantia da paz e da segurança, qualquer restrição à liberdade e aos demais direitos naturais da pessoa só poderia ser feita legitimamente por meio de uma norma geral, abstrata e que exprimisse a vontade de toda a coletividade. É nesse sentido que Rousseau afirmava:

“Mas, quando todo o povo estatui algo para todo o povo, só considera a si mesmo e, caso se estabeleça então uma relação, será entre todo o objeto sob um certo ponto de vista e todo o objeto sob um outro ponto de vista, sem qualquer divisão do todo. Então, *a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade que a estatui*. A esse ato dou o nome de lei.

Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, por isso entendo que *a lei considera os súditos como corpo e as ações abstratas, e jamais um homem como um indivíduo ou uma ação particular*. Desse modo, a lei poderá muito bem estatuir que haverá privilégios, mas ela não poderá concedê-los nominalmente a ninguém; a lei pode estabelecer diversas classes de cidadãos, especificar até as qualidades que darão direito a essas classes, mas não poderá nomear este ou aquele para serem admitidos nelas; pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei ou nomear uma família real. Em suma, *qualquer função relativa a um objeto individual não pertence, de modo algum, ao poder legislativo*.”⁸ (grifamos)

A partir desse trecho da obra *Do Contrato Social* é possível compreender a estreita ligação existente no paradigma liberal entre as técnicas de monopólio da lei e separação de poderes. A tarefa de declarar o direito, por meio da promulgação de normas gerais e abstratas, é uma competência exclusiva e intransferível do Poder Legislativo. Só a ele cabia, enquanto

manifestação da vontade geral, estabelecer restrições à liberdade individual em benefício de toda a coletividade. Ao Poder Executivo, por seu turno, competia apenas aplicar a norma a casos concretos, através da edição de regulamentos. Como afirmava Rousseau,

“o Poder Executivo não pode pertencer à generalidade como legisladora ou soberana, porque esse poder só consiste em atos particulares que não são absolutamente da alçada da lei, nem conseqüentemente do soberano, cujos atos todos só podem ser leis”⁹.

Diferentemente de Montesquieu, que havia imaginado uma situação de igualdade entre os poderes, Locke alçava mesmo o Poder Legislativo a uma posição de superioridade em relação aos demais poderes:

“Em todos os casos, enquanto subsiste o governo, o Legislativo é o poder supremo; *o que deve dar leis a outrem deve necessariamente ser-lhe superior*; e desde que o Legislativo não o é de qualquer maneira senão pelo direito que tem de fazer leis para todas as partes e para qualquer membro da sociedade, prescrevendo-lhe regras às ações, e concedendo poder de execução quando as transgridem, *o Legislativo necessariamente terá de ser supremo, e todos os outros poderes em membros ou partes quaisquer da sociedade dele derivados ou a ele subordinados*.”¹⁰ (grifamos)

Em síntese, o grande objetivo dos constitucionalistas liberais era a limitação do poder do Estado ao mínimo necessário para assegurar ao indivíduo a segurança e a certeza jurídica em suas relações privadas (sobretudo econômicas). Para a consecução dessa finalidade, o paradigma liberal desenvolveu as técnicas de separação de poderes e monopólio da lei, articuladas em torno da idéia de Estado de Direito. Nesse quadro institucional, o Poder Legislativo ocupava posição de supremacia na medida em que a ele cabia, enquanto legítima manifestação da vontade coletiva, restringir a liberdade individual por meio da edição de normas gerais e abstratas. Ao Executivo só competia a aplicação da lei a casos particulares.

⁷ LOEWENSTEIN, Karl, op. cit. p. 55.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. v. 2. cap. 6.

⁹ Idem, v. 3. cap. 1.

¹⁰ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. cap. 13.

3. Crise do paradigma liberal e advento do Estado do Bem-Estar Social

As condições históricas que permitiram o desenvolvimento do paradigma liberal foram radicalmente transformadas no século XX. O século anterior havia assistido à crise do capitalismo concorrencial em virtude da formação de grandes concentrações empresariais. As crises de superprodução tornaram-se frequentes e chegaram ao seu paroxismo em 1929, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque. O desenvolvimento tecnológico e o advento de uma sociedade de massas aumentaram consideravelmente a complexidade das relações humanas. O aumento das demandas por segurança social, consequência direta do progresso científico, operou mudanças significativas na “cultura legal”¹¹. O crescimento dos movimentos socialistas e sindicais, por sua vez, colocou as demandas por justiça social e igualdade material na ordem do dia.

Nesse contexto, fica claro que o Estado não poderia apenas se restringir à garantia da segurança e da certeza jurídica por meio da promulgação de normas gerais e abstratas. Mais do que a declaração do direito, o que se espera do poder público a partir de então é que ele atue na vida social, de modo a garantir, a um só tempo, o desenvolvimento econômico e a justiça social. Para tanto, a natureza das funções estatais foi profundamente alterada: por um lado, a partir do reconhecimento dos chamados direitos sociais, não se trata mais de limitar as atividades do Estado, mas sim exigir que ele atue por meio de prestações positivas de modo a garantir o direito de todos à educação, à saúde, à moradia, à previdência social e ao trabalho. Por outro lado, como sublinha Fábio Konder Comparato,

“doravante e sempre mais, em todos os países, governar não significa tão-só a administração do presente, isto é, a gestão de fatos conjunturais, mas também e sobretudo o planejamento de

¹¹ Esta idéia é desenvolvida por Lawrence Friedman no ensaio *Legal Culture and the Welfare State*. No ensaio, Friedman define “cultura legal” como “the ideas, attitudes, values, and beliefs that people hold about the legal system” (*Legal Culture and the Welfare State*. In: TEUBNER, Gunther (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: de Gruyter, 1985. p. 17).

futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazos”¹².

No mesmo sentido, afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

“A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi *realizado*, mas como ele se *realizará*. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução”¹³.

A passagem do *government by law* para o *government by policies*, contudo, não se dá sem contradições. Em um ensaio bastante interessante, publicado no livro *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*¹⁴, Claus Offe procura mostrar, com base em Weber, que o Estado do Bem-Estar Social contém em si uma contradição indissolúvel entre dois critérios de racionalidade distintos: a racionalidade “burocrático-sociológica” e a racionalidade “política sócio-estatal”. A primeira tem como objetivo subsumir a ação burocrática a regras sociais externas ao agente. É o critério típico do paradigma liberal, expresso na vinculação da administração pública ao império da lei. O segundo critério, por seu turno, considera o atendimento das necessidades funcionais da sociedade como o parâmetro da racionalidade estatal. O Estado seria tanto mais racional quanto conseguisse alcançar os resultados previamente estabelecidos pela comunidade. Como afirma Offe, “a eficiência aqui não é definida pelo respeito às regras e sim pela realização de funções e pela tentativa de provocar efeitos”.

A contradição dilemática entre ambos os critérios existe em razão de que o Estado Social Capitalista não pode prescindir de certas premissas fixas (limitações) ao mesmo tempo

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 102: Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional.

¹³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, p. 18, mar./maio, 1994.

¹⁴ OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 216-33: Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa.

em que não pode, sob pena de fracasso “em todas as matérias que não são padronizáveis e que por sua natureza não podem ser submetidas a regras gerais”, deixar de lado a consecução dos resultados previamente definidos pela sociedade. Dito de outro modo, enquanto o primeiro critério demanda confiabilidade, constância e rigidez das premissas, o segundo exige a adequação dessas premissas aos resultados concretos visados com a ação estatal.

Também segundo Offe, a perda de previsibilidade/rigidez das regras no Estado contemporâneo conduz à crise da identificação, típica do paradigma liberal, entre legalidade e legitimidade. Oscilando entre dois critérios de racionalidade distintos, o poder público passa então a buscar “legitimações extralegais” de duas ordens: o apelo a valores supralegais do tipo “sistema social livre e democrático”, “economia de mercado livre”, “ordem pública” etc; e a busca do consenso político, por meio de concessões e subvenções aos atores sociais, o que leva à crescente politização da administração. Mas aqui também o Estado não está livre do conflito, na medida em que, ou ele restringe excessivamente os pontos que poderão ser objeto do consenso, bloqueando a implementação de programas à revelia dos grupos oposicionistas, ou amplia de maneira excessiva as subvenções, sobrecarregando em demasia o sistema. Para tentar harmonizar esse conflito, a administração lança mão então de dois “mecanismos de controle” distintos: a utilização do discurso científico como substituto do consenso – o que também conduz a um problema, em razão da pluralidade de métodos e teorias – e o uso ideológico da “imagem de uma realidade em crise”, crise esta real ou fictícia. O perigo deste último mecanismo, segundo Offe, é que os atores sociais substituam a interpretação funcional (do tipo “para sair da crise é necessário adotar as seguintes medidas...”) por uma “interpretação causal” da crise (“a situação foi provocada por certos interesses, ações, omissões, relações de poder”), dificultando com isso o consenso.

Esse esquema de interpretação proposto por Offe nos é útil para compreender a ordem jurídico-política brasileira instaurada com a Constituição de 1988. Com efeito, a Carta Constitucional reproduziu em seu interior a contradição apontada entre a racionalidade burocrático-sociológica e a racionalidade política sócio-estatal, típica do *Welfare State*. Ao mesmo tempo em que preservou a maioria

dos direitos e garantias típicos do paradigma liberal – igualdade perante a lei, preservação do direito adquirido, propriedade, liberdade de imprensa e manifestação –, o constituinte de 1988 determinou ao Estado a consecução de uma pluralidade de “objetivos fundamentais”, entre eles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem discriminações. Os conflitos entre ambos os critérios estão na origem das principais disputas políticas vividas hoje no país. Basta verificar, por exemplo, os debates públicos travados em torno da previdência social e da reforma agrária.

Como é sabido, a Constituição de 1988 também abrigou em seu texto os princípios do monopólio legal e da separação de poderes. Este é declarado no artigo 2º do texto constitucional (“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”) e disciplinado em seu Título IV (*Da Organização dos Poderes*). O princípio do monopólio legal, por sua vez, encontra-se formulado no artigo 5º, inciso II, da Constituição de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O constituinte de 1988 reduziu visivelmente, no texto aprovado, os poderes atribuídos ao Executivo pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. As competências privativas do Presidente da República foram limitadas e os institutos do decurso de prazo e do decreto-lei – manifestações autoritárias próprias do regime militar de 64 – foram suprimidos do texto. É quase unânime entre os constitucionalistas brasileiros¹⁵ a posição de que, no atual sistema constitucional, compete ao Poder Executivo tão-somente resolver casos concretos por meio da aplicação das leis, sendo que seus atos não poderão ser senão decretos e regulamentos para a “fiel execução” das normas gerais aprovadas pelo Legislativo (cf. o art. 84, inciso IV, da Constituição brasileira).

¹⁵ Cf. neste sentido SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 109; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Poder regulamentar ante o princípio da legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, p. 71-78, 1993; e TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 157 e seq.

Ocorre que, ao reproduzir, de modo genérico e acrítico, as técnicas de separação de poderes e monopólio legal herdadas do paradigma liberal, a Constituição brasileira de 1988 simplesmente deixou de organizar as atribuições do Estado brasileiro no que se refere à realização dos objetivos que o próprio texto constitucional prevê. A qual órgão ou poder compete a instituição das políticas públicas fundamentais para “garantir o desenvolvimento nacional”, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e promover os demais objetivos fundamentais da República? Por meio de qual categoria normativa ou administrativa (lei, plano, decreto, resolução) estas políticas serão implementadas? Como, e perante quem, exigir o cumprimento dos direitos sociais previstos na Constituição?

É certo que a organização do Estado, tal como pensada pelo paradigma liberal, é incapaz de responder a essas questões. Como bem observou Fábio Konder Comparato,

“(…) se o mecanismo de *checks and balances* entre os diferentes ramos do poder consegue impedir de fazer o mal, também o impede praticamente de fazer o bem, ou seja, retira dos poderes públicos a iniciativa e a capacidade de empreender”.¹⁶

4. Análise dos pareceres e projetos da Assembleia Legislativa de São Paulo

Para que possamos ensaiar algumas propostas de modificação do sistema constitucional, é necessário que investiguemos preliminarmente como as instituições políticas brasileiras,

moldadas para um Estado Liberal, têm procurado responder às demandas pela realização de fins socialmente determinados.

Escolhemos para tanto, como objeto de nossa análise, os projetos de lei e os pareceres exarados na Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa de São Paulo. A escolha dessa Comissão decorre do fato de que a ela compete, nos termos do Regimento Interno da Assembleia, avaliar “a constitucionalidade, juridicidade e legalidade” das iniciativas legislativas.

Examinamos 78 projetos de lei e respectivos pareceres, submetidos à apreciação dos parlamentares membros da Comissão de Justiça nas reuniões ordinárias de 3 e 10 de outubro de 1995. Não foram analisadas as propostas de emenda constitucional, projetos de lei complementar e demais espécies normativas. A fim de investigar a natureza das iniciativas apresentadas, procuramos classificá-las em seis categorias distintas, a saber: a) instituição de programas/campanhas/políticas públicas; b) denominação de bens públicos (escolas estaduais, estradas...), declaração de utilidade pública de entidades e datas comemorativas; c) regulação das atividades do poder público; d) regulação de atividades dos particulares (limitações aos direitos de pessoas físicas ou jurídicas); e) funcionalismo, direito tributário e bens públicos (autorizações para alienação de imóveis do Estado etc); e f) outros.

Procuramos também verificar o número de pareceres favoráveis e contrários apresentados em cada uma dessas categorias. O resultado obtido foi o seguinte:

Tabela 1: Projetos de lei e pareceres CCJ

<i>PROJETOS DE LEI</i>	<i>Nº de Iniciativas</i>	<i>%</i>	<i>% Pareceres favoráveis</i>	<i>% Pareceres contrários</i>
Instituição de programas/campanhas/políticas públicas	22	28,21	18,18	81,82
Denominação de bens públicos/ declaração utilidade pública/ datas comemorativas	16	20,51	100	0
Regulação de atividades do p. público	14	17,95	42,86	57,14
Regulação de atividades dos particulares	11	14,10	45,45	54,55
Funcionalismo/d. tributário/bens públicos	11	14,10	54,55	45,45
Outros	04	5,13	50	50
TOTAL	78	100	50	50

¹⁶ COMPARATO, Fábio K., op. cit. p. 98.

Como se vê, a maioria (28,21%) dos projetos de lei apreciados pela Comissão de Constituição e Justiça nas duas primeiras semanas de outubro tratavam da instituição de políticas públicas, programas e campanhas. Em segundo lugar, aparecem os projetos de lei instituindo datas comemorativas, declarando de utilidade pública entidades assistenciais e propondo a denominação de estradas e escolas do Estado (20,51%). Em seguida, vêm os projetos de regulação das atividades do poder público (17,95%), dos particulares (14,10%) e tratando do funcionalismo, direito tributário e bens públicos (14,10%).

Aparentemente, o número expressivo de projetos relacionados com a instituição de políticas públicas representaria a consonância do Parlamento paulista com o paradigma do *Welfare State*. A análise do conteúdo das propostas, entretanto, revela que essa harmonização não é de modo algum absoluta: a variedade dos temas tratados pelos projetos é bastante grande, comportando a criação de campanha publicitária alertando as mulheres sobre os riscos da AIDS (PL 109/95), a instituição da *Faculdade de Ciências Agrônomicas de Presidente Prudente* (PL 334/95), a inclusão no segundo grau das escolas públicas de disciplina de *Direito Constitucional* (PL 79/95), a criação de um *Banco de Cultura* na Secretaria de Estado da Cultura (PL 439/95) e a instituição de fundos de desenvolvimento regional (PLs 500/95 e 574/95), dentre outras propostas. De um modo geral, o que se observa é que os projetos apresentados evitam tratar de políticas públicas de maior relevância para a consecução dos objetivos previstos na Constituição brasileira: as iniciativas analisadas referem-se basicamente a fatos do dia-a-dia – que, na avaliação de seus autores, mereceriam ser objeto de uma lei específica¹⁷ – ou então a políticas outorgando benefícios a atores sociais determinados¹⁸. Entre as principais causas dessa dissonância, identificamos a ausência de uma formação específica para o exercício das funções de governo

¹⁷ Caso, p.ex., do PL 98/95, que “determina a realização de Campanha de Esclarecimento à População Paulista sobre o Vírus HTLV-1 e sua transmissão pela amamentação”.

¹⁸ P.ex., os Projetos de Lei nº 487/95 e 591/95, dispondo, respectivamente, sobre “passagem gratuita aos policiais civis e militares que utilizam o Serviço Intermunicipal de Transporte Coletivo de Passageiros” e sobre “curso livre aos professores da rede oficial de ensino”.

e a falta de dados para a formulação de propostas mais consonantes com os problemas do Estado.

Igualmente expressivo é o número de projetos de lei que se referem à instituição de datas comemorativas, declaração de utilidade pública de entidades e propondo a denominação de estradas e escolas (16 iniciativas). Manifesta-se aqui a inversão completa da idéia clássica, já analisada no primeiro capítulo, de lei como expressão da vontade geral tendo por objeto a edição de regras igualmente gerais e abstratas. A iniciativa, contudo, não é antifuncional na medida em que constitui um dos elementos do que alguns autores denominam de *responsividade*, isto é, a capacidade do representante de atender, em dimensões distintas, os desejos e interesses dos representados¹⁹.

A regulação das atividades do poder público e dos particulares também obedece à mesma regra geral dos projetos que instituem políticas públicas: referem-se basicamente a acontecimentos do cotidiano nacional ou do Estado²⁰, ou à distribuição de benesses a grupos sociais específicos.

A análise dos pareceres favoráveis e contrários na Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia, por seu turno, revela o profundo descompasso existente entre a racionalidade política sócio-estatal, voltada para a consecução de finalidades, e o discurso jurídico produzido pelos parlamentares integrantes daquela Comissão. Como se vê na tabela 1, a média de pareceres contrários na Comissão de Justiça é próxima a 50%. Entretanto, em relação aos projetos instituidores de programas, campanhas e políticas públicas de um modo geral, este índice sobe para 81,82%. Ou seja, apesar de constituírem a maioria das iniciativas apresentadas na Assembléia (28,21%), nove entre dez projetos de lei propondo a instituição de políticas, programas e campanhas são rejeitados pela Comissão de Constituição e Justiça.

Quando verificamos os motivos apresentados pelos relatores para a rejeição dos projetos, esse descompasso fica ainda mais claro:

¹⁹ Sobre o conceito de responsividade e suas dimensões, cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação Política*. São Paulo : Ática, 1988, p. 34 e seq.

²⁰ Como reação à recente briga de torcedores no estádio do Pacaembu, três projetos de lei pautados na CCJ regulavam a lotação dos estádios, a comercialização de bebidas alcóolicas e o transporte de torcedores nos dias de jogos de futebol.

Tabela 2: Justificativas apresentadas pelos relatores nos pareceres contrários

JUSTIFICATIVA	nº de pareceres	%
Ato de gestão"/iniciativa exclusiva Executivo	29	74,36
Competência privativa União	05	12,82
Competência privativa Município	03	7,69
Iniciativa exclusiva Judiciário/Ministério Público	02	5,13
Outros	0	0
TOTAL	39	100

Como se vê, *todos* os pareceres contrários exarados no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia nas duas primeiras semanas de outubro analisaram a “constitucionalidade, legalidade e juridicidade” das iniciativas legislativas apenas sob *um único aspecto*: a competência horizontal/vertical do Parlamento paulista. Nenhuma outra questão constitucional é cogitada pelos relatores dos pareceres contrários senão a ausência de competência do Poder Legislativo do Estado de São Paulo para apreciar as iniciativas propostas. E mais: três em cada quatro projetos de lei foram rejeitados sob a alegação de que a matéria tratada ofenderia o ordenamento jurídico-constitucional vigente, “por afrontar o princípio da separação dos poderes e funções do Estado”, uma vez que a iniciativa estaria compreendida “entre os chamados atos de administração ou de gestão”, de competência privativa do Governador²¹. Dos 19 projetos de lei que instituía políticas públicas/campanhas/ programas e que receberam parecer contrário na Comissão de Constituição e Justiça, 18 (94,74%) foram rejeitados com o mesmo fundamento.

A *contrario sensu*, os projetos de lei que instituem datas comemorativas, denominação de bens de propriedade do Estado e declaração de utilidade pública de entidades, que, em razão de seu conteúdo particular e concreto, teriam de acordo com o paradigma liberal natureza executiva, possuem um índice de aprovação de 100% na Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia.

Apesar de a Assembléia Legislativa paulista possuir configurações políticas e sociais específicas, a crise evidenciada pela incapacidade daquela Casa de oferecer respostas coerentes

²¹ Pareceres do Deputado Waldir Cartola (PTB) aos Projetos de Lei nº 97/95 e 100/95. A utilização desse tipo de argumento, em maior ou menor grau, é comum a todos os deputados membros da Comissão de Constituição e Justiça.

aos problemas de São Paulo, formulando políticas públicas eficazes a médio e longo prazos, é comum à maioria dos Paramentos no Estado contemporâneo. Entre as causas que explicariam esse fenômeno, Celso Campilongo aponta a perda da centralidade do conflito capital/trabalho, com o conseqüente esvaziamento dos partidos políticos; a fragmentação excessiva dos interesses sociais, resultado de um processo de diferenciação combinado com o corporativismo de alguns setores; o fenômeno das agregações transitórias de grupos aparentemente antagônicos; a redução da política econômica à política conjuntural; e, finalmente, a perda da centralidade do circuito Governo-Parlamento como itinerário das decisões políticas²². Esta última constitui talvez a principal razão para compreendermos a crise da representação política no Estado contemporâneo. Para usarmos ainda uma vez do modelo proposto por Offe, a racionalidade política sócio-estatal típica do *Welfare State*, a complexidade e a fragmentação das relações sociais e a necessidade crescente de o Estado atuar na economia conduziram ao esvaziamento dos critérios de racionalidade burocrático-sociológica de legitimação das decisões públicas (princípio do monopólio legal) e de organização do poder (supremacia do Legislativo). O que se verificou no século XX foi o esvaziamento do Poder Legislativo e a transferência, formal ou não, de parte de suas funções para o âmbito do Executivo. E mesmo este Poder perdeu sua capacidade de planejar de maneira global as ações públicas na medida em que foram criados, em seu interior, inúmeros “anéis burocráticos”, operando na maior parte das vezes à margem do sistema constitucional²³.

²² CAMPILONGO, Celso F., op. cit. p. 50-55.

²³ Cf. neste sentido FARIA, José Eduardo (Org.) *Direito e Justiça* : a função social do Judiciário. São Paulo : Ática, 1989. p. 19-35: O modelo liberal de Direito e Estado. Cf. também GOZZI, Gustavo, op. cit. p. 401-09 e CAMPILONGO, Celso Fernandes, op. cit. p. 52-53.

Como dissemos no capítulo anterior, a Constituição de 1988 tem parcela de responsabilidade no problema, pois manteve de modo anacrônico as estruturas de organização do poder próprias do Estado Liberal, deixando com isso de estruturar as técnicas e instituições políticas necessárias para a consecução dos objetivos fundamentais da República brasileira.

A fim de garantir a um só tempo a operacionalidade do sistema e a consecução de resultados sociais, o que ocorreu, no que se refere à organização estatal, foi uma espécie de “acordo tácito” entre os poderes, com a transferência de grande parte das atribuições constitucionais do Legislativo ao Poder Executivo. Por esse acordo, a formulação das regulações e políticas públicas mais relevantes passam a ser de competência do Executivo, seja por meio da orientação do processo legislativo de acordo com suas próprias necessidades, seja por meio da edição de decretos, portarias e regulamentos administrativos. Em contrapartida, é distribuída aos parlamentares que compõem a base de apoio do Governo toda a sorte de favores, concessões e subvenções beneficiando suas clientelas eleitorais específicas. Por sua vez, esses parlamentares se encarregam de neutralizar as propostas legislativas – sobretudo aquelas relativas à instituição de políticas públicas –, por meio do apelo acríptico e pretensamente constitucional ao princípio da separação de poderes. Como observa José Eduardo Faria,

“ao ‘tecnificar’ dessa maneira a política, convertendo reivindicações oriundas de partidos, grupos profissionais, associações e movimentos populares em demandas ‘econômicas’ e as transformando em seguida em meros problemas ‘administrativos’ com o objetivo de trazê-las para o interior de seus ‘anéis’ burocráticos, a fim de melhor controlá-las, o Estado dito ‘intervencionista’ acaba adotando uma estratégia peculiar: ele respalda-se na aparente neutralidade técnica dos interesses que organiza no nível do Executivo, procurando assim aliviar a sobrecarga das categorias jurídicas tradicionais e das demais instituições (Judiciário e Legislativo) deflagrada por pressões que elas não podem suportar, sob o risco de comprometimento da funcionalidade do sistema jurídico como um todo”.²⁴

²⁴ FARIA, José E., op. cit. p. 30.

5. Propostas de reorganização

Além de estar sujeito a inúmeras instabilidades e conflitos, esse “acordo tácito” observado no relacionamento entre Executivo e Legislativo é manifestamente impróprio para um Estado que se declara democrático de direito. A primeira dificuldade refere-se à participação dos diversos grupos sociais e partidos políticos na formulação e no controle das decisões do governo. Como dissemos, na configuração atual as decisões políticas mais relevantes são tomadas no âmbito dos chamados “anéis burocráticos” do Poder Executivo, sem qualquer tipo de intervenção *pública* de parlamentares, partidos, associações de classe ou movimentos populares. Essa dissolução das decisões em centros de poder localizados no Executivo é bastante prejudicial para a democracia por duas razões: retira dos partidos e grupos sociais não-hegemônicos a possibilidade de intervenção no processo decisório e esconde, por trás de um discurso pretensamente técnico e neutro, os interesses de setores econômicos e políticos hegemônicos.

A segunda dificuldade da atual configuração diz respeito ao planejamento. Como vimos, o Estado contemporâneo tem um sentido acentuadamente prospectivo-promocional, competindo a ele a formulação e a execução de programas de ação e políticas públicas a médio e longo prazos. Ora, como bem observa Fábio Comparato, a concentração histórica das funções de planejamento e execução no Poder Executivo “(...) acaba subordinando, fatalmente, o longo prazo aos interesses momentâneos”²⁵, sejam eles político-eleitorais ou econômicos, inviabilizando com isso o desenvolvimento.

Para solucionar esses dois problemas, defendemos que é necessário reformular o princípio de separação de poderes sob novas bases. Partimos do princípio de que o Poder Legislativo, por ser formado segundo o critério de eleições proporcionais, é mais democrático do que o Poder Executivo, permitindo uma maior participação dos grupos minoritários no processo de decisão política.

Contudo, como procuramos desenvolver ao longo deste trabalho, o Poder Legislativo, tal como está estruturado na Constituição brasileira

²⁵ COMPARATO, Fábio K., op. cit. p. 108. Neste mesmo trecho o autor cita a opinião de Montesquieu, para o qual “la puissance exécutive s’exerce toujours sur des choses momentanées” (*L’Esprit des Lois*, v. 11, cap. 6).

– como de resto na maioria das constituições estaduais e leis orgânicas municipais –, é incapaz de oferecer respostas compatíveis com as demandas sociais do Estado contemporâneo. Para que o Parlamento volte a ser o centro das decisões políticas, é necessário de início tornar explícita, no texto constitucional, a competência do Legislativo para formular os programas e as políticas públicas necessárias para a consecução dos objetivos inscritos na Constituição de 1988.

Uma vez que essas políticas, em geral, são de médio e longo prazos, é preciso assegurar que, uma vez aprovadas, elas só possam ser modificadas por uma maioria parlamentar qualificada, e sob condições especiais, a fim de preservá-las dos interesses eleitorais e momentâneos imediatos.

O Poder Executivo permaneceria em nossa proposta com sua atribuição clássica de aplicação das decisões aprovadas pelo Legislativo e de iniciativa – concorrente ou não – a projetos de lei, emendas à Constituição e leis complementares. Os mecanismos de controle e fiscalização dos atos daquele Poder seriam aperfeiçoados de forma a assegurar o cumprimento dos programas e políticas públicas.

É preciso também, como forma de garantir a legitimidade social e o conteúdo público das decisões parlamentares, regulamentar os institutos de democracia direta – plebiscito, referendo e iniciativa popular a projetos de lei –, mecanismos previstos na Constituição e até hoje não-disciplinados em grande parte das Casas Legislativas nacionais²⁶.

A formação específica para o exercício das funções de governo é outro requisito essencial para a viabilização de uma nova forma de organização do poder. É preciso capacitar os governantes, dotando-os de conhecimentos éticos e técnicos para o exame da realidade nacional. Nesse mesmo sentido, é necessário que o Poder Legislativo disponha dos dados e informações adequados para o exercício do planejamento e formulação das políticas públicas. Igualmente

importante é o fortalecimento das assessorias técnicas parlamentares e o desenvolvimento de pesquisas que orientem a tomada de decisões.

É essencial também tornar o procedimento legislativo mais célere, de modo a fazer com que os problemas emergentes sejam mais rapidamente solucionados. Isso poderia ser feito por meio da redução dos prazos e do fortalecimento das comissões temáticas, no âmbito interno do Legislativo.

Por último, é imprescindível a organização de um novo sistema eleitoral e partidário. O atual sistema brasileiro enfraquece as discussões dos programas partidários, favorece o clientelismo entre representante e eleitores e distorce o mecanismo da representação ao estabelecer limites de “pisso” e “teto” para o número de membros das bancadas estaduais na Câmara Federal.

O presente trabalho, que ora se conclui, pretendeu mostrar que a crise por que passa o Poder Legislativo no Estado contemporâneo, e em particular no Estado brasileiro, tem como uma de suas principais causas a inadequação das técnicas clássicas de separação do poder e monopólio legal para lidar com a complexa organização social e com a crescente necessidade de atuação do Estado na vida econômica. A omissão da Constituição de 1988 em disciplinar a organização dos poderes públicos para a consecução dos objetivos enumerados em seu texto determinou, na prática, a transferência das funções de decisão política do Legislativo para o Executivo e a inversão da idéia de lei como manifestação geral e abstrata da vontade popular. Considerando que a atual configuração institucional praticamente inviabiliza a formulação de políticas de médio e longo prazos, e não permite a discussão democrática das decisões públicas, é necessário reordenar o princípio da separação de poderes de forma a permitir que o Legislativo se torne o legítimo espaço de debate e formulação dos programas e políticas fundamentais para o desenvolvimento do país.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo : Brasiliense, 1988.

BO NAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1972.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação política*. São Paulo : Ática, 1988.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil : uma constituição para o desenvolvimento democrático*. São Paulo : Brasiliense, 1986.
- ORDEM econômica na constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, jan./mar. 1990.
- PARA viver a democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1989.
- FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça : a função social do Judiciário*. São Paulo : Ática, 1989. 205p. O modelo liberal de Direito e Estado.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, mar./maio, 1994.
- GOZZI, Gustavo. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1993. V.1.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1978.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1976.
- MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder regulamentar ante o princípio da legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.4, 1993.
- MONTESQUIEU. *L'Esprit des Loix*. Paris : Garnier Frères, s.d.
- OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*. Tradução de Bárbara Freitas. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984. 386 p. Critérios de racionalidade e problemas fundamentais da ação político-administrativa.
- REGONINI, Gloria. Estado do bem-estar. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale et al. 5. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1993. V.1.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Introdução e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado e tradução de Lourdes Santos Machado. 4. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1987.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. rev. São Paulo : Malheiros, 1995.
- TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin : de Gruyter, 1985.

Privatização e proteção ambiental

Mudanças institucionais no controle ambiental

PAULO DE BESSA ANTUNES

SUMÁRIO

1. Contexto econômico das privatizações. 1.1. A privatização: quadro legal. 2. Concessões de serviços públicos. 2.1. Serviço público. 2.1.1. Abrangência constitucional de serviço público. 2.2. Concessão de serviço público. 2.3. O modelo das Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 9.074, de 7 de julho de 1995. 2.3.1. Marco regulatório. 2.3.2. Ente regulador. 2.3.2.1. Direito comparado. A – Estados Unidos. a.1. Nova Iorque. a.2. Califórnia. B – Austrália. C – México. D – Bolívia. E – Conclusão. 2.3.2.2. Direito brasileiro. 3. Atividade econômica e o meio ambiente. 3.1. A proteção do meio ambiente como princípio da atividade econômica. 3.2. Natureza econômica das normas de Direito Ambiental. 4. Os mecanismos de controle ambiental no Brasil. 4.1. Competência legislativa e poder de polícia em matéria ambiental. 4.2. O Sistema Nacional do Meio Ambiente. 5. Regulação ambiental de empresas privatizadas. 5.1. Passivos ambientais. 5.2. Ente de regulação ambiental de serviços públicos concedidos. 5.2.1. Sua necessidade. 5.2.2. Uma proposta.

1. Contexto econômico das privatizações

A privatização dos serviços públicos e de empresas públicas é um processo econômico e político que vem se desenvolvendo em todo o mundo. A privatização, como se sabe, tem, pelo menos, quatro origens principais: (a) a crise de financiamento do setor público que tem se mostrado incapaz de arcar com os investimentos necessários para a manutenção e o aprimoramento dos serviços que lhe competem; (b) globalização das relações econômicas com influência direta nos custos e qualidade de produtos; (c) necessidade de que o Estado, ao redefinir o seu papel na sociedade, promova investimentos elevados em setores tais

Paulo de Bessa Antunes é Advogado, Mestre em Direito, Doutorando em Direito na UERJ, Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Meio Ambiente/RJ.

como educação, saúde pública, segurança, meio ambiente, ciência e tecnologia; (d) significativa dívida interna que o Estado não consegue saldar devido a sua pouca capacidade de investimento e premente necessidade de honrar os seus compromissos sem emitir moeda, evitando-se a retomada de um nefasto processo inflacionário¹. O envolvimento direto do Estado em diversas atividades econômicas tem resultado, em geral, em desempenhos insuficientes e em desvios de recursos essenciais a setores que, a cada dia, necessitam de maiores e melhores investimentos, bem como de uma gestão mais profissionalizada e capaz de atingir resultados econômica e socialmente satisfatórios.

O Brasil não está isolado do processo econômico e político que acima foi, sucintamente, descrito. Os Programas de Reforma do Estado e de Reforma Administrativa são, sem dúvida, dois programas político-institucionais importantes que estão sendo desenvolvidos em nosso País. No interior de tais programas merecem destaque as questões concernentes às concessões de serviços públicos (privatização das empresas estatais). O objetivo do presente trabalho é o de especular teoricamente sobre as repercussões do processo de privatização, em especial da concessão de serviços públicos, sobre o controle ambiental, tal qual o mesmo é atualmente praticado no Brasil.

Há que se fazer, contudo, uma distinção importante. A privatização, tal qual está sendo praticada no Brasil, pode ser dividida em dois grandes segmentos (a) venda de empresas públicas ou de sociedades de economia mista que desempenham atividades puramente econômicas e que não se confundem com serviços públicos; (b) venda de empresas públicas que são concessionárias de serviços públicos. Como exemplo do primeiro modelo, podem ser arroladas as siderúrgicas que foram privatizadas²; quanto ao segundo modelo, pode ser dado o exemplo da Light Serviços de Eletricidade S/A.

A relação que o Estado manterá, doravante, com cada um dos dois grandes grupos, após o processo de privatização, é de natureza inteiramente diversa. As empresas que desempenham atividades econômicas *tout court*

¹ Ainda que se admita que a explicação é simplista, para o objetivo deste trabalho, a fixação deste patamar é suficiente.

² Companhia Siderúrgica Nacional – CSN; Usiminas, etc.

não estarão exercendo qualquer atividade delegada pelo Poder Público, serão empresas como milhares de outras, sem qualquer vínculo com a Administração Pública.

A situação das concessionárias de serviços públicos é diversa. De fato, tais empresas agem por delegação do Poder Público e, em caso de quebra de contrato, poderão ser incorporadas ao patrimônio público³. Por outro lado, o Poder Público, ao outorgar a concessão, comprometeu-se, contratualmente⁴, com a manutenção de um determinado equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assegurando a rentabilidade do negócio. Em contrapartida, o empresário deverá estar comprometido com um determinado nível de investimentos, de tarifas, de qualidade de serviços e de proteção ambiental, aí incluindo-se a recuperação de passivos anteriormente existentes e que tenham sido causados pela ação deletéria da atividade empresarial desenvolvida preteritamente pelo próprio Estado.

1.1. A privatização: quadro legal

O processo de privatização, tal qual foi estabelecido no Brasil, está regulado, fundamentalmente, pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e Decretos nº 99.463/90 e nº 724/93. Tal conjunto normativo estabeleceu o Programa Nacional de Desestatização – PND, cujos objetivos principais são os seguintes: (a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (b) contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do Poder Público; (c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (d) contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; (e) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; (f) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o programa.

³ Lei nº 8.987/95, art. 36 e segs.

⁴ Lei nº 8.987/95, art. 23.

Conforme anota Leopoldo Mameluque⁵, privatização

“é a alienação pela União⁶ de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras empresas controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade”.

As empresas que podem ser submetidas ao processo de privatização, no âmbito federal, são aquelas controladas direta ou indiretamente pela União e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo e as empresas que, embora criadas pelo setor privado, tenham passado para o controle direto ou indireto da União.

O processo de revisão constitucional que vem sendo desenvolvido⁷, como é óbvio, tem grande influência no processo de privatização, pois, na forma da legislação vigente⁸, não podem ser objeto de privatização as empresas que exerçam atividades de atribuição exclusiva da União. Maria Sylvia Zanella di Pietro⁹ anota com propriedade que:

“(…) mesmo as atividades antes privativas de empresas estatais, por força dos artigos 21, inciso XI, e 25, § 2º, da Constituição Federal, poderão passar a ser concedidas a empresas privadas, como decorrência da alteração daqueles dispositivos pelas Emendas Constitucionais nº 5 e 8, de 16.8.95”.

Os Estados-membros também estão desenvolvendo os seus programas de privatização. Tais programas, embora balizados por legislação própria, adotam normas que, no fundamental, seguem a padronização federal. No Estado do Rio de Janeiro, o Programa Estadual de Desestatização – PED foi criado pela Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, com nova

⁵ MAMELUQUE, Leopoldo. *Privatização* : modernismo e ideologia. São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1995. p. 21.

⁶ A ênfase do trabalho está voltada para a legislação federal. Para os Estados, evidentemente, é necessária uma análise da legislação própria.

⁷ Reformas no conceito de empresa nacional, na regulamentação da atividade minerária, no redesenho do sistema de telecomunicações, no transporte marítimo de cabotagem, no sistema tributário e na administração federal.

⁸ Revogada no particular pelas Emendas Constitucionais nº 5 e nº 8.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo : Atlas, 1996. p. 42.

redação dada pela Lei nº 2.552, de 10 de maio de 1996.

O Programa Estadual de Desestatização – PED tem os seguintes objetivos: (a) reestruturar a exploração pelo Estado da atividade econômica, transferindo à iniciativa privada aquelas que não provem interesse coletivo; (b) contribuir para a redução da dívida pública do Estado e conseqüente saneamento das finanças do Poder Executivo; (c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (d) promover investimentos e reestruturação da Administração Pública, com vistas à sua atuação nas funções públicas essenciais, em especial na área de educação e saúde pública, incluindo-se o saneamento básico; (e) estimular a livre concorrência e a democratização da propriedade do capital das empresas a serem privatizadas.

Especificamente quanto à privatização de empresas concessionárias de serviço público, a Lei estadual nº 2.470, em seu artigo 7º, determina que:

“A privatização de empresas que prestam serviços públicos efetivada mediante uma das modalidades previstas no art. 4º pressupõe a delegação, através de concessão ou permissão do serviço objeto da exploração, caso seja de sua competência ou, sendo também autorizada a subconcessão ou subpermissão, quando o Estado for delegatário dos serviços.”

2. Concessões de serviços públicos

2.1. Serviço público

Serviço público é uma expressão essencialmente polissêmica e, portanto, somente pode ser compreendida dentro de um determinado contexto. É possível, em princípio, identificar, no mínimo, três sentidos diversos para a expressão: (a) orgânico; (b) material; e (c) formal. Em sentido orgânico, o serviço público é o conjunto de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública; na sua acepção material, o serviço público é uma atividade, uma tarefa ou uma função cometida à Administração Pública por lei. Já em seu sentido formal, o serviço público pode ser caracterizado como a atividade desenvolvida por alguém que se encontra submetido ao regime de Direito Público.

Conforme ensina Gasparini¹⁰:

“O conceito é amplo. Abarca as atividades de oferecimento de comodidades ou utilidades materiais (energia elétrica, telecomunicações, distribuição de água domiciliar), bem como as jurídicas (serviços cartorários), as fruíveis diretamente (transporte coletivo, coleta de lixo) ou indiretamente (segurança pública) pelos administrados de forma preponderante, ou pela Administração. A prestação é da Administração Pública (órgãos, agentes e material) ou de seus delegados (concessionários, permissionários). Por fim, há de ser prestado observando-se normas de Direito Público, isto é, há de ser executado sob um regime de desigualdade ou derogante de Direito Comum.”

Sobre a matéria, o Professor Hely Lopes Meirelles¹¹ ensinou que o

“serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Trata-se, portanto, de uma definição bastante genérica que serve para indicar quais atividades o Estado julga conveniente que estejam sob a sua orientação e controle. O já mencionado publicista, com precisão, divide os serviços públicos em duas modalidades fundamentais: (a) serviços públicos; e (b) serviços de utilidade pública.

No caso presente, o nosso interesse está voltado para as prestações desenvolvidas pela Administração Pública, no sentido de Poder Executivo; a prestação jurisdicional está fora de nossa cogitação, assim como não se cuida de qualquer atividade relacionada à segurança pública ou com o funcionamento do aparelho de Estado.

O interesse do presente trabalho está voltado para os serviços públicos compreendidos como o oferecimento de uma comodidade ou utilidade material para os cidadãos, bem como para os serviços fruíveis diretamente. As demais acepções do termo “serviço público” exorbitam do nosso escopo.

¹⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 141.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo : Malheiros, p. 294.

Os serviços públicos, em sentido estrito, são aqueles compreendidos por atividades executadas pelo próprio Estado. Em razão de técnicas administrativas, o Estado poderá atribuir, por lei, a prestação de tais atividades a uma entidade estatal, autarquia.

Os serviços de utilidade pública são aqueles reconhecidos como importantes e necessários para a população mas que, no entanto, o Estado não presta diretamente. O Estado opta por manter o seu poder regulamentar sobre a atividade e, concomitantemente, delegá-lo para a prestação por terceiros. Neste caso, podem ser incluídos os serviços de transporte, telecomunicações, etc.

As definições e distinções acima, tradicionais, tendem a perder sentido no momento atual, que tem admitido que, mesmo em serviços essenciais, os particulares possam praticar a atividade, mantido o poder de direção do Estado e o controle da atividade¹². É importante que se ressalte que as definições acima referidas correspondem a um determinado padrão de desenvolvimento econômico e de Estado existentes antes dos fenômenos da globalização da economia, da revolução da informática e da imensa crise de financiamento do setor público atualmente existentes. Tais modificações não poderiam deixar de repercutir no Direito Administrativo, que é, como se sabe, o Direito do Estado e de suas relações com o mundo privado. Há, no entanto, uma enorme dificuldade para que legisladores e doutrinadores sejam capazes de se aperceber de uma diferença extremamente importante: serviço público ou de utilidade pública é aquele que atende à necessidade dos cidadãos. Serviço público não é serviço estatal que atende, apenas, às necessidades do próprio aparelho burocrático do Estado. Há serviços que são prestados por entidades privadas que estão submetidos a um elevado grau de controle pelos cidadãos, e há serviços estatais sobre os quais os cidadãos são incapazes de emitir uma simples opinião.

De fato, o Direito Administrativo ainda não logrou estabelecer, claramente, a diferença entre apropriação burocrática e privada, pelo Estado, de determinadas realidades e a apropriação pública (no sentido de *res publica*) pelos cidadãos. Este é um elemento que cria enormes dificuldades para que se compreenda

¹² Há uma tendência administrativa muito forte que é a de outorgar determinados serviços a Cooperativas profissionais para que estas o executem.

o novo papel a ser desempenhado pelo Estado no século XXI.

2.1.1. Abrangência constitucional de serviço público

No regime constitucional brasileiro, o legislador constituinte fez uma opção por atividades que, em seu juízo político, deveriam integrar o serviço público em seu sentido material. A definição foi feita considerando-se a natureza federal do Estado brasileiro, derivando, daí, uma classificação política dos serviços públicos, que podem ser federais, estaduais ou municipais.

A matéria é extremamente relevante para o nosso trabalho, pois, no contexto das concessões de serviços públicos, o dimensionamento das atividades que poderão ser objeto de concessão tem uma imensa repercussão econômica, dependendo daí a possibilidade de atração de maiores ou menores investimentos.

No âmbito do Direito brasileiro, tendo em vista que a livre iniciativa é um instituto de índole constitucional, não poderá o Estado, ainda que mediante lei, estabelecer serviços públicos que, por sua só existência, impliquem o cerceamento da atividade econômica privada¹³. O Estado, por certo, poderá desempenhar atividades econômicas que, no entanto, não podem ser, pelo simples fato de serem desempenhadas pelo Estado, catalogadas como serviço público. Refiro-me, por exemplo, a uma usina siderúrgica. Trata-se, como é óbvio, de uma atividade econômica que, em nosso regime constitucional, não se enquadra no conceito de serviço público. É uma atividade empresarial desempenhada pelo Estado. Em tal condição, por força do regime constitucional, a atuação do Estado é puramente supletiva à da iniciativa privada.

Ora, na hipótese de privatização de uma empresa que exerça uma atividade empresarial, não remanesce com o Estado qualquer responsabilidade para com o serviço, ou para com a empresa. A empresa, livre da tutela estatal, seguirá sua vida totalmente desvinculada do seu antigo proprietário, salvo quanto ao exercício ordinário do poder de polícia. Diferente é a hipótese da privatização de uma concessionária de serviço público: o Estado se desvincula da empresa mas, ao contrário, permanece presente naquilo que diz respeito às responsabilidades

quanto à boa prestação do serviço por parte da concessionária. Isto é, o Estado, em última instância, é o responsável pela regularidade, qualidade, tarifas e demais aspectos referentes ao serviço prestado. Trata-se de uma responsabilidade pelo controle e pela fiscalização, não por resultados ou gestão.

A privatização tem como uma primeira consequência jurídica o fim do duplo papel desempenhado pelo Estado quando se trata da prestação de serviços públicos por empresas estatais. O Estado deixa de ser, a um só tempo, fiscal da execução do serviço e executor do próprio serviço. Esta dupla função, até aqui desempenhada, sempre privilegiava um dos aspectos da atuação estatal, quase sempre o empresarial, em negligência da atuação fiscalizadora, com claros prejuízos para o bom desempenho do serviço oferecido.

2.2. Concessão de serviço público

A Concessão de serviços públicos não é um conceito jurídico que encontre uma definição tranqüila entre os diversos doutrinadores que se dedicaram a estudar a matéria. Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁴ aponta a existência de, pelo menos, três concepções particulares, que assim classificou:

“(1) os que, seguindo a doutrina italiana, atribuem acepção muito ampla ao vocábulo *concessão* de modo a abranger qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular; não tem muita aceitação no Direito brasileiro que, em matéria de contrato, influenciou-se mais pelo Direito francês; (2) os que lhe dão acepção menos ampla, distinguindo a concessão translativa da constitutiva, e admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público; (3) os que lhe dão acepção restrita, só considerando como concessão a delegação de poderes para a prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos.”

A concessão de serviços públicos é o instrumento pelo qual o Poder Público estabelece condições para que um particular possa exercer uma atividade que seja considerada socialmente relevante¹⁵, remune-

¹³ Isto é, o Estado, aleatoriamente, não pode se arvorar o direito de “conceder” toda e qualquer atividade.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1990. p. 213.

¹⁵ Por mandamento legal e só nesta hipótese.

rando-se com as tarifas cobradas. As concessões são modalidades de contratos administrativos pelo quais o Poder Público delega ao particular a execução de um determinado serviço que se reveste de interesse público.

O artigo 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, define os conceitos normativos de concessão e de permissão. Na forma da norma legal, (a) concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente¹⁶, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (b) concessão de serviço público precedida de obra pública é a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (c) permissão de serviço público é a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente, à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

A Lei estadual nº 1.481/89 (Rio de Janeiro), em seu artigo 2º, define concessão como

“a delegação contratual, pela Administração, da prestação de serviços públicos ou de utilidade pública a empresa privada, por tempo determinado, para atendimento de interesses públicos, com ou sem a realização de obras públicas correlatas”.

Já a Lei estadual nº 7.835¹⁷, de 8 de maio de 1992 (São Paulo), é mais minuciosa em suas definições, estabelecendo que (a) concessão de obra pública é a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da construção, reforma, ampliação ou conservação e da exploração pelo

¹⁶ “art. 2º, I – Poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão.”

¹⁷ art. 2º, incisos II, III e IV.

concessionário, por sua conta e risco e por prazo certo, de obra destinada ao uso do povo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários; (b) concessão de serviço público é a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva, ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por prazo certo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários; (c) permissão de serviço público é a delegação unilateral, discricionária e precária, a empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço de utilidade pública, por sua conta e risco, remunerada pela tarifa cobrada dos usuários, feitas em situações excepcionais, caracterizadas pela urgência.

2.3. O modelo das Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 9.074, de 7 de julho de 1995

Uma vez que já foi estabelecido o quadro geral do regime de concessões de serviços públicos e das privatizações, necessário se faz sejam apontadas as características inovadoras do novo modelo legal adotado no Brasil.

2.3.1. Marco regulatório

A concessão de serviços públicos para empresa privada, em si, não é nenhuma novidade na vida nacional. De fato, muitos dos serviços públicos, que atualmente estão sendo concedidos, já foram prestados por empresas privadas sob o regime de concessão, *v.g.*, energia elétrica, telefonia, etc. O modelo atual, entretanto, possui diferenças bem marcantes em relação àquele adotado no passado. Com efeito, o artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil determina que:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

A prestação dos serviços acima mencionados deverá ser feita na forma da lei, que deverá dispor sobre (a) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; (b) os direitos dos usuários; (c) a política tarifária; e (d) a obrigação de manter serviço adequado.

O processo de privatização de empresas concessionárias de serviços públicos, tal qual está sendo concebido no momento, é profundamente diferente das formas de concessões anteriormente

vigentes no Brasil. Em primeiro lugar, há que observar que o nosso modelo de concessões não contemplava grandes investimentos por parte dos concessionários. Podemos citar o exemplo dos transportes rodoviários. Embora o transporte seja um serviço público concedido, o Estado é que fazia os investimentos em infra-estrutura; o concessionário limitava-se a adquirir os ônibus e o material necessário para a sua conservação. Desnecessário dizer, portanto, que inexistia qualquer risco empresarial na atividade.

Naquilo que diz respeito aos serviços públicos de infra-estrutura, luz, gás, água, rodovias, etc., o concessionário, em geral, é uma empresa pública que não está contratualmente obrigada a realizar investimentos e que, por se confundir com o poder concedente, não sofre qualquer sanção por não desempenhar suas funções nos termos da concessão. E mais: devido a distorções evidentes, tais empresas se tornaram, de fato, mais poderosas do que o próprio Estado que as mantém. Uma dessas distorções é que o custo das atividades sempre cresceu de forma exponencial, enquanto a qualidade, expansão e regularidade quase sempre ficaram abaixo das necessidades nacionais. Isto para não se falar nos altos valores dos subsídios, sempre repassados para os setores socialmente mais privilegiados, que, de fato, são os únicos a contar efetivamente com todos os serviços públicos.

De fato, no sistema tradicional de concessões, o Poder Público colocava-se em posição de superioridade jurídica em relação aos concessionários e usuários. Tal superioridade, objetivamente, fazia com que mecanismos pouco claros tivessem de ser utilizados para que os concessionários pudessem obter reajustes de tarifas e preços. Na impossibilidade de reajuste, a qualidade do serviço sempre saía prejudicada. Muitas vezes, as normas éticas eram violadas para que situações fossem atendidas. Não é desconhecida a realidade pela qual, não raras vezes, os concessionários eram os verdadeiros “donos” de setores da Administração Pública.

O modelo que se pretende utilizar, doravante, é um modelo em que poder concedente, concessionária e usuários são vistos como partes em um mesmo processo complexo e que têm os seus direitos e obrigações estabelecidos em um *marco regulatório*. O marco regulatório é o conjunto formado pela lei de concessão do serviço público e pelo contrato de concessão. É no marco regulatório

que estão definidos os termos pelos quais o serviço será regido ao longo de todo o tempo de duração da concessão. A grande vantagem teórica do atual modelo de concessão sobre o sistema arcaico é que, atualmente, há uma definição bastante clara do papel a ser desempenhado por cada uma das partes, bem como dos direitos e obrigações de cada um.

O *marco regulatório*, inexistente no modelo anterior de concessão de serviços públicos, é um *contrato-programa* entre o Estado (poder concedente) e o concessionário, pelo qual são fixadas metas a serem atingidas pelo concessionário. Isto é, o Estado estabelece um programa de trabalho que deve ser cumprido pelo concessionário, sob pena de perda da própria concessão. Ao adquirir a empresa ou ao vencer a licitação pela concessão, o empresário terá, previamente, examinado se possui ou não interesse no empreendimento. A sua possibilidade de lucro, os investimentos necessários e a qualidade de serviço que se pretende são todos fixados previamente. Podemos imaginar a hipótese da concessão do serviço público de água. O marco regulatório definirá, ao longo do período de concessão, qual a expansão do serviço que deve ser feita, quais as novas áreas que devem ser incorporadas ao sistema, quais as intervenções ambientais que devem ser praticadas pela empresa, etc.

É também no *marco regulatório* que estarão contidas as cláusulas de garantia do equilíbrio da equação econômico-financeira para o investidor, bem como os direitos dos usuários e os poderes do Estado. Desnecessário dizer que o marco regulatório é, também, o definidor das metas ambientais a serem atingidas.

A fixação rígida de parâmetros tem por objetivo evitar que *após* um *ciclo de privatizações*, caso os investimentos sejam mal realizados, retorne-se a um ciclo de estatizações, mediante o qual o Estado adquira dos particulares as empresas que já foram estatais, seja por mau desempenho econômico, seja porque o período de concessão já se encontra próximo do fim. Não se conseguirá atrair investimentos se não forem estabelecidos, de forma inequívoca, mecanismos jurídicos bastante sólidos e estáveis.

O presente modelo de concessão de serviços públicos a empresas privadas determina, como se sabe, a necessidade de construção de organismos independentes capazes de dirimir os conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários dos serviços públicos concedidos, naquilo que diz à

interpretação do *marco regulatório*. Tais organismos são genericamente conhecidos como *entes reguladores*.

2.3.2. Ente regulador

2.3.2.1. Direito comparado

A necessidade de entes reguladores para os serviços públicos concedidos é uma necessidade que tem sido percebida por todos os países que adotam um modelo mais empresarial para a concessão de serviços públicos.

A. *Estados Unidos*

O altamente descentralizado regime federativo norte-americano permitiu o desenvolvimento de diversas experiências peculiares para a regulamentação da atividade dos serviços públicos concedidos.

a.1. *Nova Iorque*

No Estado de Nova Iorque existe a *Public Service Commission*¹⁸, que é um órgão vinculado ao Departamento de Serviços Públicos¹⁹. A Comissão é constituída por cinco membros nomeados pelo Governador do Estado, após aprovação do Senado estadual. Não poderá haver mais de três membros que pertençam ao mesmo partido político. Os membros da Comissão são nomeados para um mandato de seis anos e devem exercer, de forma exclusiva, a atividade de membros da Comissão. O membro da Comissão somente poderá ser afastado de seu cargo por negligência, ineficiência ou comportamento inadequado na função. É necessário um processo para o afastamento do membro da Comissão.

A Comissão é dotada de todos os poderes necessários para o bom desempenho de suas funções.

a.2. *Califórnia*

O artigo XII, seção 1, da Constituição do Estado da Califórnia instituiu a *Public Utilities Commission*, constituída por cinco membros, designados pelo Governador do Estado, com a aprovação do Senado Estadual, com mandato de seis anos. A Comissão goza de amplos poderes para regulamentar as atividades referentes aos serviços públicos, podendo, inclusive, aplicar penas, ouvir testemunhas, estabelecer tarifas, etc.

B. *Austrália*

Na Austrália, no Estado de Vitória, existe

o *Office of the Regulator-General* que foi criado por lei em 1994. A mencionada lei tem por objetivo criar um arcabouço regulador para serviços públicos concedidos com o propósito de promover e salvaguardar a livre concorrência e a eficiência de serviços, na inexistência de uma prática de mercado, evitando a constituição de monopólios.²⁰

O Regulador-Geral é indicado pelo Governador, dentre pessoas com experiência e conhecimento em um ou mais de um dos campos da indústria, comércio, economia, direito ou administração pública. O Regulador-Geral deve exercer com exclusividade as suas funções. O mandato do Regulador-Geral é de cinco anos e ele não poderá ser afastado do cargo, salvo nas hipóteses previstas em lei. Existe, junto ao Gabinete do Regulador-Geral, uma equipe de reguladores-associados.

C. *México*

O México adotou modelo diverso dos acima mencionados, pois instituiu diversas agências de regulação. Tais agências foram criadas setorialmente, isto é, para cada setor de serviços públicos que foi privatizado, estabeleceu-se um ente regulador próprio. As garantias e funções dos entes reguladores são, em linhas gerais, as mesmas existentes nos demais países acima examinados.

D. *Bolívia*

Na Bolívia, mediante a aprovação da Lei nº 1600 de 24 de outubro de 1994, foi estabelecido o Sistema de Regulação Setorial (SIRESE) cujo objetivo é o de regular, controlar e supervisionar as atividades dos setores de telecomunicações, eletricidade, petróleo, transportes, águas e de outros setores que, mediante lei, sejam incorporados ao sistema.

Existe um Superintendente-Geral do SIRESE que é designado pelo Presidente da República e cuja nomeação deverá ser aprovada por 2/3 dos membros presentes do Senado. O mandato do superintendente é de sete anos. Salvo o exercício do magistério universitário, o superintendente não poderá exercer qualquer outra função ou atividade. A destituição do superintendente somente ocorrerá em virtude de sentença proferida em razão de delitos praticados no exercício do cargo.

E. *Conclusão*

Pelo que se viu acima, não há uma fórmula pela qual se defina qual deve ser o modelo de

¹⁸ New York Public Service Law, article 1.

¹⁹ Secretaria de Serviços Públicos

²⁰ N° 42 of 1994 – Office of the Regulator-General Act 1994 (Assented to 7 June 1994).

ente regulador a ser adotado. Existem critérios. O *ente regulador* deve ser independente das partes envolvidas no processo de concessão, deve ser dotado de recursos próprios, deve ser formado por pessoas conhecidas pela sociedade e que sejam capazes de decidir, com transparência e segurança, os casos que lhes forem submetidos. Os membros do *ente regulador* não devem poder ser afastados de suas funções, salvo quando praticarem faltas graves, previamente definidas em lei, e após decisão de uma instância competente, de preferência do Poder Legislativo.

2.3.2.2. Direito brasileiro

O Direito brasileiro, tal qual vários Direitos estrangeiros, reconhece a necessidade de que se estruture uma instância própria e capaz de solucionar as questões decorrentes de conflitos entre partes envolvidas nos contratos de privatização, em especial naquilo que diz respeito aos serviços públicos concedidos. A legislação federal referente aos serviços públicos concedidos, Lei nº 8.987/95 e Lei nº 9.074/95, embora não tenha previsto a figura do ente regulador, igualmente não criou obstáculos para a sua construção²¹.

No âmbito da legislação do Estado do Rio de Janeiro, a questão tem sido tratada de forma mais resolvida. A Lei estadual nº 1.481, de 21 de junho de 1989, em seu artigo 5º, § 3º, determina, *in verbis*:

“Os contratos de concessão conterão regras para estabelecer mecanismos e critérios adequados de revisão de tarifas, que poderá ser feita por juízo arbitral, nos termos contratualmente previstos.”

A Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, em seu artigo 19, expressamente autorizou a constituição de um ente regulador:

“Fica autorizado o Estado a instituir um ente regulador na estrutura da

²¹ De fato, a resistência à constituição de um ente regulador é muito mais de origem corporativa e burocrática do que conceitual. A dificuldade maior encontra-se em, quebrar preconceitos de velhos órgãos burocráticos, veja-se o recente caso do anteprojeto de lei que extinguiu o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica- DNAEE e que criava em sua substituição a Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEL, como Ente Regulador. O mencionado projeto chegou a propor uma regulação pior do que o modelo atualmente existente.

Administração Pública indireta que gestione o processo inter-regional e exerça o poder regulatório com a finalidade de planejar, coordenar, padronizar e normatizar o acompanhamento e controle dos serviços públicos de competência estadual.”

3. A atividade econômica e o meio ambiente

3.1. A proteção do meio ambiente como princípio da atividade econômica

O regime jurídico constitucional das atividades econômicas no Brasil está regido pelo artigo 170 da Constituição Federal e, dentre os seus princípios, destaca-se a preocupação com a proteção ambiental. Senão vejamos:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI – defesa do meio ambiente”.

O fato de que a organização constitucional da economia inclua o *respeito ao meio ambiente* como um dos princípios da atividade econômica e financeira demonstra que a livre iniciativa deve ser praticada observados os mandamentos constitucionais e, portanto, não estamos em uma economia baseada no princípio do *laissez-faire*, como alguém, desavisadamente, poderia pensar. O artigo 174 e seu parágrafo 3º referem-se diretamente ao meio ambiente quando tratam da organização de cooperativas de garimpeiros que deverão levar em conta a proteção ao meio ambiente. Também no artigo 176 podem ser contempladas normas de natureza ambiental. Os capítulos da política urbana (arts. 182/183) e da política agrícola e fundiária (arts. 184/191) guardam enorme proximidade com a matéria ambiental, sendo certo que a própria função social da propriedade ficou submetida à necessidade de preservação ambiental. Decorre daí que o meio ambiente e o Direito Ambiental não podem ser enfocados sem que se coloque em relevo o papel que representam para a vida econômica.

O padrão de desenvolvimento econômico até então adotado no Brasil sempre se fez de forma degradadora e poluidora, pois, calcado na exportação de produtos primários, que eram

extraídos sem qualquer preocupação com a sustentabilidade dos recursos, e mesmo após o início da industrialização, não se teve qualquer cuidado com a preservação dos recursos ambientais. O momento é, portanto, de redimensionar o simples crescimento econômico em direção ao desenvolvimento sustentável.

Não se deve estabelecer um antagonismo entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental. Ao contrário, até por razões econômicas, a proteção ambiental deve ser mais e mais incentivada. De fato, atualmente, a boa qualidade ambiental dos bens e produtos é um fator fundamental na competitividade entre países e empresas. Por outro lado, as normas de proteção ambiental, freqüentemente, servem como barreiras não-alfandegárias para produtos que não tenham sido produzidos dentro de determinadas normas e padrões ambientais.

A idéia de desenvolvimento sustentável tem em vista a conciliação da utilização racional dos recursos ambientais com a expansão da oferta dos benefícios econômicos. Pretende-se que, sem o esgotamento desnecessário dos recursos ambientais, haja a possibilidade de garantir uma condição de vida mais digna e humana para milhões e milhões de pessoas, cujas atuais condições de vida são absolutamente inaceitáveis. Há, ainda, a importante questão suscitada pela equidade intergeracional pela qual não se pode considerar lícito que as atuais gerações esgotem recursos e leguem às gerações futuras um planeta sem capacidade real de sustentabilidade.

3.2. Natureza econômica das normas de Direito Ambiental

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que “dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”, está evidentemente fundada em uma finalidade econômica. Assim é que o seu artigo 2º determina:

“A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições de desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...).”

Os incisos do artigo recém-referido estabelecem

uma principiologia, dentro da qual destacam-se, pelo caráter econômico, os princípios estabelecidos nos incisos II, III, V, VI e VII.

O Direito Ambiental²² também é Direito Econômico. O Direito Ambiental é dotado de instrumentos específicos que capacitam-no a atuar na ordem econômica, de modo a configurar um determinado padrão de desenvolvimento. Tais instrumentos estão previstos tanto na Constituição Federal, quanto na legislação ordinária, merecendo destaque aqueles que estão previstos na Lei nº 6.938/81. Nesse particular ressalta o papel dirigente das normas de Direito Ambiental; será através da aplicação e do implemento das normas ambientais que o conceito de desenvolvimento sustentável adquirirá o seu conteúdo concreto para o Brasil. Se o Direito Ambiental for eficaz, o desenvolvimento será sustentável; se for ineficaz, não lograremos ultrapassar o estágio do crescimento econômico.

De fato, a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, estabelecida pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, determina em seu artigo 2º que:

“A Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar ao País condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade humana (...).”

4. Os mecanismos de controle ambiental no Brasil

Para que se possa compreender os mecanismos de controle ambiental existentes no Brasil é necessário que se faça um breve exame das competências legislativas em matéria de proteção ambiental.

4.1. Competência legislativa e poder de polícia em matéria ambiental

O poder de polícia sobre determinada atividade é atribuição da pessoa de Direito público interno dotada de competência legislativa sobre a matéria. Tal competência é definida constitucionalmente. À competência legislativa corresponde uma competência

²² O Direito Ambiental, como se sabe, é multifacetado. É Direito Humano fundamental e é Direito Econômico.

administrativa específica. O sistema federativo brasileiro reconhece situações que são juridicamente complexas.

A Constituição Federal estabeleceu uma ampla repartição das competências legislativas em matéria ambiental. É certo que tanto a União, os Estados-membros e os Municípios são dotados de competência sobre a questão.

A repartição de competências legislativas, com o claro objetivo de descentralizar a proteção ambiental, acarreta um sistema legislativo complexo e que, nem sempre, funciona de modo integrado.

A Constituição Federal, em seu artigo 22²³, determina que compete privativamente à União legislar sobre: águas, energia, jazidas, minas e outros recursos minerais, populações indígenas, atividades nucleares de qualquer natureza. A União, na forma do artigo 23²⁴ da Constituição Federal, tem competência comum com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para: proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a flora e a fauna; registrar, acompanhar e fiscalizar a concessão de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. O artigo 24²⁵ da Constituição Federal determina competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção ao meio ambiente e controle da poluição; proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

A competência estabelecida no artigo 22 da Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, a competência privativa, somente pode ser exercida pela própria União, a menos que ela, mediante lei complementar, autorize os Estados-membros a legislar sobre questões específicas incluídas nas matérias contempladas no parágrafo único²⁶. A competência privativa é competência legislativa que só pode ser exercida pelos Estados mediante lei complementar federal para casos específicos.

²³ Constituição Federal – art. – 22, IV, XII, XIV e XXVI.

²⁴ Constituição Federal – art. 23 – III, IV, VI, VII e XI.

²⁵ Constituição Federal – art. 24 – VI, VII e VIII.

²⁶ art. 22 – Parágrafo único – Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Por sua vez, a competência tratada no artigo 23, isto é, a competência comum, não é competência legislativa. Trata-se, de fato, de uma cooperação administrativa. Para José Cretella Jr.²⁷, a

“competência comum é cooperação administrativa, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar, em âmbito nacional, entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o exercício de funções concomitantes e contínuas, que incidem sobre as matérias constantes dos incisos I a XII do art. 23 da Carta Política de 1988, o auxílio recíproco disciplinado por normas veiculadas por lei complementar federal. Nesta expressão *comum* é sinônimo de *concorrente*, como o era na Constituição de 1934, art. 10, III (concorrentemente). Trata-se porém, da *concorrência administrativa*.”

A *competência comum*, portanto, é uma imposição constitucional para que os diversos integrantes da Federação atuem em cooperação administrativa recíproca visando a resguardar e proteger os bens ambientais.

O artigo 24 define a *competência concorrente* da União, dos Estados e do Distrito Federal. No interior desta modalidade de competência legislativa encontra-se toda uma gama de matérias ambientais. Aqui a competência não é puramente administrativa, mas indica a capacidade de legislar sobre determinadas matérias. Esta competência estabelecida pelo artigo 24 determina um eixo, ao redor do qual deve se construir a legislação dos diversos Estados-membros. A legislação estadual deverá, no entanto, adotar os princípios e os fundamentos genéricos estabelecidos pela legislação federal. A competência concorrente implica que a União deve estabelecer os parâmetros gerais a serem observados pelos demais integrantes da Federação.

A competência dos Estados-membros para atuar em matéria ambiental está prevista nos artigos 23 e 24 da Lei Fundamental brasileira. O artigo 24 afirma uma competência legislativa própria para os Estados. Desta forma, os Estados podem legislar concorrentemente sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos

²⁷ CRETELLA Jr., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v.4. p. 1740 – 1741.

naturais, proteção do meio ambiente, controle da poluição; proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; responsabilidade por dano ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A União, nos casos acima referidos, somente pode estabelecer normas gerais, cabendo aos Estados minudenciar os aspectos da proteção ambiental em concreto. Os Estados podem suplementar a legislação federal. Observe-se que, se inexistente a norma federal, os Estados exercerão a competência legislativa plenamente, de modo a atender às suas peculiaridades. No momento em que passe a existir legislação federal sobre normas gerais, a legislação estadual, naquilo que contrariar à norma federal, perde eficácia.

Observadas as normas gerais federais, cada Estado pode estabelecer as suas próprias normas de tutela ambiental, criando sistemas estaduais de proteção ambiental. Este é um caminho interessante para a proteção do meio ambiente, pois a maior proximidade entre o bem a ser tutelado e a agência de controle ambiental é um elemento positivo e saudável para o meio ambiente. Evidentemente que o estabelecimento de sistemas estaduais de proteção ao meio ambiente encontra fortes obstáculos em questões de natureza econômico-financeira. Como se vê, é ampla a possibilidade que os Estados têm de legislar sobre o meio ambiente.

Os Municípios, pela Constituição de 1988, foram elevados à condição de integrantes da Federação²⁸. Na forma do artigo 23 da Lei Fundamental, os Municípios têm competência administrativa para defender o meio ambiente e combater a poluição. O artigo 30²⁹ da Constituição Federal atribui aos Municípios competência para: legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promover, no que

²⁸ Constituição Federal – art 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...).

²⁹ Constituição Federal – art. 30 – Compete aos Municípios: I – legislar sobre assunto de interesse local (...); II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

4.2. O Sistema Nacional do Meio Ambiente

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que “dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação (...)”, instituiu em seu artigo 6º o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA³⁰. A composição do SISNAMA é bastante complexa.

O artigo 6º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelece que o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA é integrado por um órgão superior; por um órgão consultivo e deliberativo; por um órgão central; um órgão executor; diversos órgãos setoriais; órgãos seccionais e órgãos locais. Cada um desses órgãos possui atribuições próprias, competindo-lhes o exercício do poder de polícia em matéria ambiental³¹.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA foi criado pelo artigo 6º, inciso II, da Lei nº 6.938/81 com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes e políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. O CONAMA, portanto, é uma entidade dotada de poder regulamentar em razão de expressa determinação legal. O poder regulamentar do CONAMA, entretanto, não pode superar o poder dos diferentes entes federativos, na esfera das competências próprias de cada um. O CONAMA, por ser órgão federal, exerce, por delegação da União, as atribuições próprias do Poder Público federal apenas e tão-somente nas hipóteses legalmente previstas.

³⁰ A Lei nº 6.938/81 sofreu várias alterações desde a sua promulgação. O texto ao qual irei me referir é o resultante das alterações introduzidas pelas Leis nº 7.804, de 18 de julho de 1989 e 8.028, de 12 de abril de 1990.

³¹ Eventualmente, outros órgãos, ainda que indiretamente, poderão exercer o poder de polícia ambiental em matéria de saúde pública, etc.

A competência legal do CONAMA está estabelecida no artigo 8º da Lei nº 6.938/81. Nos termos da lei, compete ao CONAMA: a) estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA; b) determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente em áreas consideradas patrimônio nacional; c) decidir como última instância administrativa em grau de recurso, mediante depósito prévio, sobre multas e outras penalidades impostas pelo IBAMA; d) homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental; e) determinar, mediante representação do IBAMA, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamentos em estabelecimentos oficiais de crédito; f) estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle de poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes; g) estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos. A Presidência do CONAMA é exercida pelo Ministro do Meio Ambiente e da Amazônia Legal.

Os órgãos setoriais integrantes do SISNAMA são os órgãos ou entidades federais, da Administração direta ou indireta, cujas atividades sejam associadas às de proteção da qualidade ambiental ou ao disciplinamento da utilização dos recursos naturais³².

Conforme a determinação legal contida no artigo 6º, inciso VI, da PNMA, órgãos seccionais são *os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas,*

³² Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art. 6º, V.

projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar degradação ambiental. Tais órgãos são de extraordinária importância para o SISNAMA, pois a eles compete a maior parte da atividade de controle ambiental. Tais órgãos, entretanto, não atuam por delegação do CONAMA, mas por direito próprio decorrente da organização constitucional da República. Não há, como se vê, subordinação hierárquica dos órgãos estaduais para com o CONAMA.

Os órgãos locais são agências municipais de controle e proteção ambiental. A imensa maioria dos Municípios, até agora, não possui tais órgãos em suas estruturas administrativas.

O Estado do Rio de Janeiro, pioneiramente, estabeleceu em 1975³³ a Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA, que é um órgão colegiado, integrante da estrutura básica de Secretaria de Estado de Meio Ambiente – SEMA e constituído por representantes de diversas Secretarias de Estado, presidida pelo Secretário de Estado de Meio Ambiente e que detém o poder de polícia ambiental no Estado do Rio de Janeiro. Compete, ainda, à CECA a concessão de licenças ambientais no Estado do Rio de Janeiro. A CECA é um órgão peculiar no sistema ambiental brasileiro, pois é extremamente descentralizado e, sobretudo, porque retirou da fiscalização o poder de polícia. Desse modo, todo o procedimento fiscalizatório dos órgãos ambientais é feito de forma mais “desinteressada”, haja vista que o fiscal apenas tem o poder de “constatar” fatos e encaminhá-los para julgamento pela CECA que, se entender necessário, aplicará as penalidades cabíveis.

O sistema ambiental brasileiro funciona dentro do chamado mecanismo de comando e controle, isto é, o Estado emana determinações a serem cumpridas pelos agentes de atividades sujeitas à sua fiscalização e aplica sanções caso essas determinações não sejam atendidas.

5. Regulação ambiental de empresas privatizadas

5.1. Passivos ambientais

Quanto à regulação ambiental das empresas privatizadas, a questão que se coloca é a de saber

³³ Decreto-Lei (estadual) nº 134, de 16 de junho de 1975.

se o modelo de controle ambiental que foi acima descrito é aplicável às empresas concessionárias de serviços públicos que foram privatizadas. Este é um problema relevante, pois a boa qualidade ambiental e a própria continuidade da prestação dos serviços públicos a ela estão vinculadas.

A solução dos problemas ambientais gerados pelas empresas estatais, apesar de fortes resistências, tem sido considerada como um dos fatores que devem compor o preço das empresas a serem privatizadas, e nos contratos de concessão e de venda têm sido incluídas cláusulas cujo objetivo é estabelecer metas ambientais a serem atingidas, com vistas à recuperação dos passivos ambientais³⁴.

A integração dos passivos ambientais como parte dos preços das empresas a serem privatizadas é um importantíssimo elemento para a recuperação ambiental, ainda que o componente passivo ambiental possa ser meramente simbólico. De fato, a questão mais importante não é a de estabelecer um custo para o que foi degradado no passado. Ao contrário, trata-se de fixar metas de recuperação e ripristinação do status quo ante ambiental, quando possível. Esse é que é o elemento fundamental. A obsessão pelo estabelecimento de indenizações pelo passado pode implicar a própria inviabilização da privatização e a perpetuação de um padrão ambiental negativo e socialmente injusto. Não é novidade que, em geral, os governos subsidiam o desperdício e a degradação ambiental em favor dos grupos socialmente mais favorecidos.

“Um aspecto mais concreto é que, embora o governo muitas vezes necessite intervir para garantir que os poluidores assumam todos os custos de suas ações, idênticos danos ambientais são produzidos tanto pela intervenção governamental como por sua omissão. Em todos os países, os governos subsidiam deliberadamente o desperdício de recursos naturais³⁵”.

Os passivos ambientais, em outras palavras, são os resultados não-desejados de determinado

³⁴ O caso da Companhia Siderúrgica Nacional-CSN é bastante significativo pois, a empresa, desde a sua privatização, tem obtido melhores significativas em seu desempenho ambiental.

³⁵ CIRNCROSS, Frances. *Meio ambiente*: custos e benefícios. São Paulo : Nobel, 1992. p. 78.

empreendimento. Esses resultados são conhecidos como externalidades. No sistema jurídico brasileiro, a externalidade ambiental é de responsabilidade do empreendedor. Assim é por expressa determinação constitucional contida no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados³⁶”.

Por uma série de fatores que fogem inteiramente ao objetivo do presente trabalho, o Estado não quis, ou não pôde, cumprir os mandamentos contidos na norma constitucional, sendo, portanto, ambientalmente inadimplente. É preciso recordar que a alienação das empresas públicas não implica sua extinção. Ao contrário, há uma perfeita sucessão de direitos e obrigações que somente podem ser afastados por lei. Em assim sendo, salvo expressa disposição legal, os adquirentes das empresas privatizadas devem honrar todas as pendências que se constituíram na época em que o controle acionário do empreendimento era do Estado.

O Estado não está, portanto, livrando-se de uma obrigação – a recuperação dos danos ambientais – para passá-la a um terceiro. Não, a sucessão é perfeita e inquestionável. Ao estabelecer as metas ambientais a serem cumpridas por contrato, o Estado abandona a sua posição de parceiro do processo de degradação e passa a desempenhar o seu papel fundamental, que é o de agente fiscalizador da proteção ambiental. A duplicidade de seu papel se desfaz e o Estado pode assumir plenamente os seus encargos constitucionais, legais e sociais, sem a esquizofrenia que caracterizava a sua atuação anterior.

Observe-se, ademais, que nos termos do artigo 29, X, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, cabe ao poder concedente estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação e conservação do meio ambiente. Em igual sentido é a determinação contida no inciso V do artigo 3º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

³⁶ A Lei nº 6.938/81 já contemplava a responsabilidade objetiva em matéria ambiental.

5.2. Ente de regulação ambiental de serviços públicos concedidos

5.2.1. Sua necessidade

A legislação que instituiu o Programa Nacional de Desestatização determinou que a venda das empresas estatais deve ser feita com vistas a atingir determinados objetivos econômicos e políticos. Naquilo que diz respeito à vida das empresas, o PND fixou as seguintes metas: (a) permitir a retomada de investimentos nas empresas e nas atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; (b) contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia³⁷.

O Poder Público, em razão das metas legais acima enumeradas, não pode, portanto, estabelecer normas que, de fato, inviabilizem a consecução do comando legal. É evidente que o Direito não tem capacidade para antecipar fenômenos econômicos, tais como crises de investimentos, fechamentos de mercados, etc. Entretanto, o Direito pode, deve, criar cenários que não embarquem a atividade econômica. Esse é o objetivo que se encontra no dispositivo legal que ora se está examinando.

As normas ambientais, como já foi exaustivamente examinado neste trabalho, podem ser um fator de inibição da atividade econômica ou de seu fomento. Isso dependerá de como as normas forem concebidas e implementadas. No caso dos serviços públicos concedidos, as normas ambientais devem ser aplicadas com a finalidade de: (a) permitir a retomada de investimentos; e (b) modernizar o parque industrial brasileiro ampliando-lhe a competitividade.

O estabelecimento de cláusulas contratuais fixando metas ambientais a serem atingidas pelas empresas públicas privatizadas impõe à Administração uma profunda necessidade de modificação conceitual sobre o controle ambiental das mencionadas atividades. Fato é que as empresas concessionárias são sucessoras das empresas públicas e, na forma da lei³⁸, poderão reverter para o próprio Estado que concedeu o serviço.

³⁷ É desnecessário frisar os objetivos “tipicamente” ambientais, pois estes decorrem de todo o ordenamento constitucional.

³⁸ Artigos 35 e seguintes da Lei nº 8.987, de 1995.

Na hipótese de reversão, é evidente que o Estado não quer, e não pode, assumir o controle de uma empresa sucateada. A hipótese, se configurada, seria altamente desvantajosa. Em primeiro lugar há que se observar que, na privatização, o valor oferecido ao público, em geral, foi o do *negócio* e não o equivalente a *todos os investimentos* realizados na empresa. Houve, portanto, um subsídio necessário para que a empresa pudesse ter um preço de mercado. O Estado optou por evitar perdas futuras, ao invés de tentar recuperar perdas passadas. A retomada de uma empresa sucateada, evidentemente, acarretaria a necessidade de investimentos elevados, em detrimento de programas públicos em andamento, e, novamente, o reinício de um ciclo de má gestão administrativa da empresa, cujos custos seriam insuportáveis para o Tesouro Nacional.

O estabelecimento das metas ambientais permite que o Estado tenha um controle adequado das atividades que estão sendo desenvolvidas pela empresa, que possa saber o nível de investimentos e as medidas que estão sendo tomadas para solucionar os problemas ambientais. O controle pontual³⁹, tal como se faz hoje, é insuficiente para aferir o verdadeiro grau de comprometimento de uma empresa com a proteção ambiental. Como se sabe, tais mecanismos de controle limitam-se a determinar e exigir o cumprimento de ordens. Quando os comandos são manifestamente difíceis ou impossíveis de serem executados, ou pior, quando a agência ambiental não detém poder político suficiente para exigir o cumprimento de suas ordens, o comando cai no esquecimento, resultando daí a desmoralização do sistema ambiental e o descrédito de suas estruturas. O desgaste atinge níveis inimagináveis, com resultados catastróficos para o meio ambiente.

Existe, de fato, um ciclo de ordens e comandos que são dirigidos às empresas e que nem sempre podem ser cumpridos em razão de falta de financiamentos, falta de comprometimento político dos empresários com a proteção ambiental, etc. O sistema de comando e controle já se mostrou incapaz de solucionar tais questões. Cuida-se aproveitar a oportunidade gerada pelo processo de privatização para implementar um novo modelo de controle

³⁹ Resolução CONAMA nº 003, de 28/06/90; Resolução CONAMA nº 008, de 06/12/90.

ambiental. Tal modelo deve ter como característica fundamental o comprometimento das partes (empresários, Governo e cidadãos) com a melhoria das condições ambientais, fixando-se metas realistas e conformes com as demandas ambientais concretas. Não se pode pretender que padrões ambientais fixados para empresas situadas em regiões densamente industrializadas sejam idênticos aos de regiões cuja industrialização é incipiente.

Há que se criar, portanto, um quadro jurídico-institucional que seja capaz de comportar e desenvolver uma nova perspectiva para o controle e a gestão ambiental.

O novo quadro jurídico-institucional apto a servir de base para o controle ambiental das empresas objeto do programa de privatizações deverá levar em consideração, no mínimo, os seguintes fatores: (a) a necessidade de grandes investimentos, com longo prazo de duração, para a recuperação dos passivos ambientais; (b) a existência de metas ambientais estabelecidas contratualmente entre o Estado, poder concedente do serviço público, e o adquirente da empresa; (c) necessidade de manutenção da boa qualidade dos serviços públicos; e (d) manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da atividade.

A conjugação dos quatro fatores implica que a regulamentação ambiental dos serviços públicos não poderá ser feita por um órgão que seja exclusivamente fixador de tarifas ou, ao contrário, exclusivamente preocupado com questões ambientais. Há, portanto, que se construir uma regulação ambiental específica para as atividades privatizadas.

5.2.2. Uma proposta

Estabelecida a idéia de que, efetivamente, existe a necessidade de uma regulação ambiental para os serviços públicos, faz-se necessário estabelecer um modelo. Existe uma tendência na Administração federal de estabelecer um ente regulador por cada grande grupo de serviço público concedido. Em assim sendo, haveria um ente regulador para os serviços de energia elétrica, outro para os combustíveis, para a telefonia, etc. Não é difícil perceber que, se cada um deles puder regular os aspectos ambientais, haverá um enorme retrocesso em termos de política ambiental. A política ambiental perderia o seu caráter sistêmico para se transformar em um somatório de políticas setoriais, cujos riscos de serem

contraditórias são bastante evidentes. Ademais, os entes reguladores de serviços públicos são órgãos inequivocamente voltados para a solução de litígios tarifários e de qualidade de serviços. A matéria ambiental, nesses colegiados, tenderia a se tornar um assunto de segunda classe.

Dos sistemas normativos em matéria ambiental existentes no Brasil, o sistema adotado no Estado do Rio Janeiro é aquele que, em minha opinião, pode ser adaptado com mais facilidade para os novos desafios que o processo de privatização de serviços públicos está lançando para todos aqueles que se interessam pelas questões ambientais em nosso País.

Um modelo que poderia ser aperfeiçoado e desenvolvido para realizar o papel de ente regulador de aspectos ambientais dos serviços públicos concedidos e de empresas privatizadas é o da Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA do Estado do Rio de Janeiro. Como já foi dito acima, a regulamentação ambiental dos serviços públicos concedidos tem por objetivo compatibilizar exigências ambientais e a qualidade de serviços com a manutenção da equação econômico-financeira dos concessionários, evitando-se uma onerosidade excessiva para os concessionários e usuários do serviço ou, ao contrário, a inexistência de normas ambientais claras a serem cumpridas pelos titulares das concessões.

Ora, a simples instituição de uma câmara voltada para a regulação ambiental dos serviços públicos concedidos seria suficiente para estabelecer os necessários mecanismos de controle ambiental para os serviços públicos concedidos. Tal câmara poderia contar, em sua composição, com um representante do ente regulador de serviços públicos e com um notório especialista em matéria ambiental.

Os membros governamentais da câmara deveriam ser aqueles que representassem as Secretarias de Estado envolvidas com as concessões de serviços públicos, com a indústria e o comércio e com ciência e tecnologia, mais o titular da Secretaria do Meio Ambiente, que deveria ter a função de Presidente da Comissão. Com vistas a assegurar a credibilidade e estabilidade do representante externo, a este deveriam ser conferidas as mesmas garantias dos membros do ente regulatório de serviços públicos.

O próprio CONAMA poderia, em nível

federal, passar por algumas modificações para desempenhar o papel de ente ambiental. Criar-se-ia uma câmara no CONAMA, dotada de poder de polícia, com a finalidade de estabelecer a regulação ambiental dos serviços públicos concedidos. Tal câmara deveria ser presidida pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente e teria como membros os representantes de Ministérios ligados às concessões e à Ciência e Tecnologia. De acordo com a matéria a ser votada, um representante do ente regulador do setor específico teria assento na câmara, com direito a voz e voto. Na composição permanente da câmara deveriam ser incluídos um ou dois especialistas em matéria ambiental, não-vinculados ao serviço público.

As vantagens do sistema proposto são evidentes: (a) evita-se a dispersão da regulação ambiental entre vários órgãos; (b) cria-se um acervo coerente de decisões sobre regulação ambiental sobre serviços públicos concedidos; e (c) mediante resoluções do CONAMA, é estabelecido um sistema de aplicação concreta da norma ambiental.

As competências básicas do ente ambiental, em meu entendimento, devem ser as seguintes: (a) exercitar o poder regulamentar sobre as repercussões ambientais das atividades econômicas que tenham sido objeto de concessão pelo Poder Público; (b) fixar os parâmetros de aplicação da legislação ambiental sobre os serviços públicos concedidos considerando a necessidade de proteção do meio ambiente, os marcos regulatórios das concessões de serviço público e o equilíbrio da equação econômico-financeira existentes nas leis e nos contratos de concessão de serviços públicos; (c) acompanhar o cumprimento das metas ambientais estabelecidas nos contratos de concessão de serviços públicos

Essa câmara deve ter por função precípua examinar as repercussões de custo e tarifárias das exigências ambientais que se façam necessárias. Em suas decisões, a câmara deverá ter por objeto de exame o desempenho que a empresa estiver apresentando quanto às exigências ambientais estabelecidas no seu contrato de privatização e nos demais marcos regulatórios que balizam a concessão. Serão, portanto, estabelecidas normas próprias para os contratos de privatização. Tais normas, embora não se constituam em sistema jurídico à parte, trazem embutidas, em sua concepção, o velho princípio de Direito de que as normas específicas revogam as normas gerais quando

dispuserem integralmente sobre a mesma matéria⁴⁰.

As empresas privatizadas e os serviços públicos concedidos, evidentemente, não estão fora do alcance do regime constitucional de proteção ao meio ambiente. Portanto, tais empresas, em suas atividades produtivas, devem estar atentas para a proteção ambiental. O problema que se coloca é o de saber como essa preocupação deverá ser materializada. Quanto às empresas exclusivamente voltadas para a atividade comercial, que não prestam serviços públicos, a própria concorrência por mercados internacionais é um elemento muito forte e capaz de obrigá-las a elevarem os seus padrões ambientais. A Companhia Siderúrgica Nacional – CSN é um bom exemplo do que se fala. A fixação dos padrões de normas ISO 14000 podem, efetivamente, estabelecer barreiras não-alfandegárias extremamente importantes para os produtos que se destinam ao mercado externo, obrigando os seus produtores a se adaptarem ao padrão internacional, sob pena de perda do mercado.

Bibliografia

- CIRNCROSS, Frances. *Meio ambiente: custos e benefícios*. São Paulo : Nobel, 1992.
- CRETELLA Jr., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v.4.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1990. p. 213.
- _____. *Parcerias na administração pública*. São Paulo : Atlas, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- MAMELUQUE, Leopoldo. *Privatização : modernismo e ideologia*. São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo : Malheiros.

⁴⁰ Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 2º – A Lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

O prazo no interdito *recuperandae possessionis*

ANGELA CRISTINA PELICOLI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O prazo de ano e dia. 2.1. Conseqüência da decorrência do prazo de ano e dia na ação de reintegração de posse pelo procedimento especial. 2.2. Conseqüência do transcurso do prazo prescricional do art. 177 do Código Civil na ação de reintegração de posse pelo procedimento ordinário. 3. Conclusão.

1. Introdução

O interdito de defesa da posse, no que se refere à ação de restituição de posse (direito português) e ação de reintegração de posse (direito brasileiro), era denominado pelo direito romano como interdito *recuperandae possessionis*.

Entre os romanos, tal defesa da posse consistia na restituição ao possuidor da posse que lhe havia sido arrebataada pela violência. Eram apontadas duas espécies: *interdito vi armata* e *interdito de vi cotidiana*, segundo a violência decorresse do emprego de armas ou não¹.

Sabe-se, também, que o direito canônico influiu decisivamente para o desenvolvimento não só do interdito *recuperandae possessionis*, como para os demais interditos de defesa da posse, criando, além do *summarius possessorium*, a *actio spoli*, que a princípio protegia somente a posse temporal e espiritual dos bispos, entendendo-se, mais tarde, porém, a defesa de todo possuidor esbulhado, por intermédio da reintegração da posse².

Angela Cristina Pelicoli é Procuradora do Estado de Santa Catarina, Professora de Direito Processual Civil da Universidade do Vale do Itajaí e mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Clássica de Lisboa, Portugal.

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil* : direito das coisas. 1967. p. 114.

² *Ibid.*

2. O prazo de ano e dia

O prazo para interposição da ação de reintegração de posse (ação de força nova), no direito brasileiro, é o de ano e dia (art. 523 do Código Civil c/c art. 924 do Código de Processo Civil).

Para Pontes de Miranda³

“o Código Civil, art. 523, considerou de direito material o preceito sobre ano e dia. Isso ao tempo da dualidade de legislação. Agora, o Código de Processo Civil repete-o. Estudos posteriores convenceram-nos, ainda mais, de que o prazo é de direito material, e não processual, confirmando-se o que disséramos em 1918 (ed. de Correia Teles, Doutrina das Ações, 210). Se é certo que o interdito recuperatório nasceu com o prazo, que o *interdictum de vi armata* prescindia dele, e só a evolução posterior os fundiu, que o prazo passou às ações de manutenção e à reintegração seja de direito formal.”

O prazo de ano e dia é contado da data do conhecimento do esbulho ou, se clandestino, da data em que o possuidor esbulhado tomou conhecimento do fato.

Com o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 371⁴ c/c o art. 507 do Código Civil Brasileiro, surgiu a questão de entender-se que o “dia” do prazo de ano e dia contar-se-ia favoravelmente ao esbulhador. A respeito tratou Pontes de Miranda⁵:

“No art. 507, o Código Civil estabelece: *Na posse de menos de ano e dia, nenhum possuidor será mantenido, ou reintegrado judicialmente, senão contra os que tiverem melhor posse. Se a posse é de ano e dia ou de mais, têm-se por melhores as suas provas do que as poderia apresentar o réu, até que se prove o contrário, e para isso há a manutenção*

³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*. Forense, v. 3, t. 1.

⁴ Art. 371 CPC/1939 – Se a turbação ou violência datar de menos de ano e dia, o Autor poderá requerer mandado de manutenção ou reintegração *initio litis*, provando, desde logo: I – a sua posse; II – a turbação ou violência praticada, a continuação da posse, embora turbada na ação de manutenção, e a perda da posse, na ação de reintegração.

⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado* : direito das coisas. t. 10, p. 25.

e a reintegração em límine; se não há o tempo, que pese a favor do que foi turbado, ou esbulhado, pode ser melhor a posse do réu e convém que seja ouvido antes de qualquer medida judicial constritiva. Por isso mesmo, se a turbação ou o esbulho data de ano e dia, já se não dá manutenção ou reintegração em límine da lide, no que bem se percebe a concordância do art. 507 do Código Civil com o art. 371 do Código de Processo Civil: aquele que diz que, na posse de menos de ano e dia, não se dá a manutenção, ou a reintegração, sem se apurar qual a melhor posse (= qual a posse que deve, após exame dos fatos, das provas e das datas, ser mantida, ou reintegrada = após cognição completa); esse diz que se a turbação data de menos de ano e dia pode ser mantida ou reintegrada em límine (cognição incompleta). Não se enuncie, porém, que na posse velha já esteja firmada definitivamente (?) a relação possessória, segundo Tito Fulgêncio: não há definitividade após o ano e dia, há maior eficácia da posse devido exatamente às regras jurídicas dos arts. 507 e 523 do Código Civil e 371 do Código de Processo Civil.”

Mas, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, essa questão ficou solucionada, não havendo mais razão de ser, posto que estipulou em seu art. 924, 1^ª parte, que:

“Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da secção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho...”

Inclui-se, portanto, o dia como prazo concedido ao possuidor esbulhado.

Agora, como bem ensina Jorge Americano⁶:

“seja dito de passagem que a tradicional expressão dentro de ano e dia revela a necessidade de precisar o conceito do prazo. Assim, dentro de ano e dia; limite anterior, data da violência (esbulho), 1^º de janeiro de 1939, limite posterior, 1^º de janeiro de 1940. Quem requerer proteção preliminar em 1^º de janeiro de 1940 ainda alcança, porque temos um ano inteiro, 1939, e mais um dia, o 1^º de janeiro de 1940”.

⁶ AMERICANO, Jorge. *Código de processo civil do Brasil*. v. 2, p.183.

Assim sendo, este exemplo elucidada o problema que poderia surgir, pois, segundo Pontes de Miranda⁷:

“O processualista, na determinação da forma, pode satisfazer-se com a simples distinção entre ano e dia e dois ou mais dias. O civilista, não.”

2.1. Conseqüência da decorrência do prazo de ano e dia na ação de reintegração de posse pelo procedimento especial

Outra questão que se põe é a seguinte: poderá ou não o juiz indeferir liminarmente a ação de reintegração de posse, com procedimento especial, decorrido o prazo de ano e dia?

Para responder a essa *quaestio*, que gerou polêmicas com o advento do Código de Processo Civil de 1939, temos de remontar o que dispôs sobre o assunto Tito Fulgêncio⁸, que assegurou acerca do efeito da decorrência do prazo de ano e dia a doutrina bipartida, em duas tendências opostas, ou seja, a primeira de que a decorrência do ano produziria a prescrição e a segunda de que produziria a decadência da ação.

A justificativa da primeira corrente seria a de que ao juiz não era permitido por estas legislações (Código Civil e Código de Processo Civil de 1939) a declaração *ex officio* da prescrição, seja direito patrimonial ou direito pessoal.

“Se, portanto, as partes aceitaram a discussão sobre o fundo da causa, sumariamente tentada depois de transcorrido o ano, não pode o juiz *ex officio* decretar a nulidade da ação, nem isso manda a lei no texto em que exige o ano da turbação ou esbulho como condição do exercício do sumário processo”⁹.

⁷ MIRANDA, Pontes de, op. cit. v. 3.

⁸ FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das Ações Possessórias*. 3. ed. p. 214.

⁹ Ibid. “ No CPCB de 1939, ainda era considerado como sumário o processo de Ação de reintegração de posse, mas com o advento do CPCB de 1973, foi revogado o disposto no art. 523, do CCB, quanto ao procedimento. Dispõe este art. 523: “ As ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e, passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório.”

Quanto à segunda corrente e a que se confirma atualmente, a decorrência do ano produz a decadência e não a prescrição da ação, pois a lei produziu o termo como condição essencial do procedimento sumário¹⁰ (art. 523 do Código Civil), atual procedimento especial (art. 924 do Código de Processo Civil), como bem dispõe este último artigo, em que, no caso de passado o prazo de ano e dia do esbulho, será ordinário o procedimento da reintegração de posse, e não especial, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

Denota-se que o Código não decreta a caducidade do direito à ação de reintegração de posse pelo decurso de ano e dia, só não permite o procedimento especial, mas deixa caminho aberto, digamos assim, ao procedimento ordinário. Conseqüentemente, o que advirá com o disposto é o assegurado por Pontes de Miranda¹¹:

“Em direito material, se a posse não for de mais de ano e dia, não pode o possuidor¹² pretender manutenção sumária. Em direito processual, se a turbação tiver sido há mais de ano, não há a reintegração no início da lide. O juiz tem de ater-se ao art. 508 do Código Civil Brasileiro, negando a tutela sumária de manutenção a quem só tem posse seja de ano e dia ou mais, não tem pretensão a tutela jurídica sumária, se já se passou ano após a turbação.”

Então, quanto à ação de reintegração de posse, com procedimento especial, não poderá de ofício o juiz indeferir esta ação pelo que dispõe o art. 166 do Código Civil brasileiro c/c o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, pois o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais se não for invocado pelas partes. O que a lei determina, neste caso, quando da reintegração de posse, com procedimento especial é que o juiz não poderá conceder o mandado liminar de restituição de posse ao possuidor esbulhado, prosseguindo o processo com a citação do réu (possuidor esbulhado).

Agora, mesmo com a concessão do mandado liminar, poderá, no decorrer da lide,

¹⁰ Ibid.

¹¹ MIRANDA, op. cit.

¹² Possuidor, aqui, referido como esbulhador em decorrência ao disposto no art. 508 do Código Civil Brasileiro: “ Se a posse for de mais de ano e dia, o possuidor será mantido sumariamente, até ser convencido pelos meios ordinários”.

restar comprovado que da data do esbulho até a interposição de referida ação transcorreu mais de um ano e dia. Isso caracterizará, na ação de reintegração de posse com procedimento especial, a não-observância de um dos requisitos enumerados no art. 927 do Código de Processo Civil, tendo como conseqüência a sua improcedência, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro de 29.11.51¹³:

“...desde que o autor, na ação possessória de força nova, não consegue, no curso da lide, que os atos turbativos à sua posse se iniciaram há menos de ano e dia do pedido judicial e, ao contrário, do processo resulta provado que tais atos o réu os vinha praticando ininterruptamente, desde anos e anos atrás, não é lícito confirmar-se o mandado liminar, e, conseqüentemente, improcede a ação pela inexistência de uma das suas condições essenciais”.

Resta claro, desta jurisprudência, que, tendo o possuidor esbulhado ajuizado ação fora do prazo de ano e dia, mas dentro do prazo de dez a quinze anos, mesmo assim considera improcedente a ação de reintegração por falta de um dos seus requisitos.

Tem-se claro que a jurisprudência não é unânime nesse sentido, como veremos da transcrição do acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo:

“O decurso do lapso de tempo de ano e dia apenas torna incompetente o sumário possessório; mas pelas vias ordinárias, independentemente de ação petitória, pode a posse ser recuperada. Pouco importa que a ação se haja iniciado como de força nova turbativa, quando se trata de força velha espoliativa, desde que tomou o rito ordinário, pois o exercício de uma ação possessória por outra não induz nulidade, desde que satisfeitos os requisitos de uma delas.”¹⁴

Sustenta-se que seria considerada improcedente a referida ação de força nova reintegratória, pois um dos requisitos indispensáveis à sua

¹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Acórdão unânime da 3ª Câmara. Apelação nº 1945. Relator : Desembargador Agenor Rabelo. 29 de novembro de 1951.

¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. Acórdão unânime da 3ª Câmara. Apelação nº 23.038. Relator : Desembargador Almeida Ferrari. 29 de novembro de 1944. *Revista dos Tribunais*, v. 157, p. 205.

propositura é, justamente, o prazo de ano e dia. Tal situação não seria possível, pois, comprovado que foi interposta sem a observância daquele requisito, mas mesmo assim liminarmente concedida a reintegração, o juiz não poderia revogar a medida no decurso do processo. Mas, sim, poderia revogá-la só no final com a sentença. É o que entende Pontes de Miranda¹⁵:

“Os juízes são adstritos às regras processuais. Têm momentos para a cognição ou para as cognições. Não podem dar e desdar à vontade, nem têm arbítrio para revogar no momento X em que se desconvenecerem.”

Sebastião de Souza¹⁶, também acerca da matéria, refere-se, *in verbis*:

“O juiz, ao decidir sobre a medida liminar, aprecia a prova apresentada e decide de acordo com ela. É uma fase de cognição incompleta.”

Continua o mestre:

“... No curso do processo outras provas poderão advir que invalidem as primeiras, mas destinam-se elas à apreciação final, na sentença definitiva. Não pode o juiz ir apreciando as provas à medida que elas produzem e assim mudando de atitude como soprarem os ventos. Há momentos próprios para as decisões.”

Poderá, no entanto, o juiz, quando não conceder a medida liminar de reintegração de posse, por não restar provado o prazo de ano e dia, declará-lo decadente. É o que nos demonstra o acórdão do Tribunal de São Paulo, quando dispõe:

“... o prazo de ano e dia é prazo de decadência, de verdadeiro exercício do direito pelo que o juiz pode reconhecer a decadência, ainda quando não alegada”¹⁷.

Poder-se-á, da decisão do juiz que concedeu a medida liminar, ingressar com recurso como no caso abaixo transcrito¹⁸:

¹⁵ MIRANDA, op. cit. v. 3, t.1, p. 319.

¹⁶ SOUZA, Sebastião de. *Dos processos especiais*. Forense, p. 276.

¹⁷ Id. Agravo nº 12.873. Relator: Desembargador Leme da Silva. 7 de junho de 1941. *Revista dos Tribunais*, v. 133, p. 518.

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. 3ª Câmara Cível, Sarandi. Agravo de Instrumento nº 18.608.342. Relator : Desembargadora Celeste Vicente Rovani. 29 de abril de 1987. *ITARGS*, a. 16, v. 63. p. 363.

“Ação de reintegração – Concessão de liminar. Ausência de prova da data do esbulho e de sua efetiva ocorrência. Embora o deferimento de liminar em ação possessória se assente em cognição incompleta, faz-se necessária, ao menos, a presença de elementos que formem uma convicção sustentável e a orientar uma decisão de caráter provisório. Certidão do álbum imobiliário e o registro de diligências operadas pelo autor não se prestam para embasar a concessão de liminar porque a primeira não informa a prática de nenhum ato espoliativo ou de turbação à posse e os demais são peças de caráter unilateral. A concessão da liminar em ação possessória deve estear-se em dados concretos acerca da data do ato espoliativo ou turbatório e sua efetiva prática. Decisão cassada. Recurso provido.”

2.2. Consequência do transcurso do prazo prescricional do art. 177 do Código Civil na ação de reintegração de posse pelo procedimento ordinário

Quanto à ação de reintegração de posse com procedimento ordinário, a questão proposta deveria ser: o juiz indeferirá de ofício a presente ação decorrido agora o prazo prescricional?

Aqui, sim, prevalece também o disposto no art. 166 do Código Civil, c/c o art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, ou seja, o juiz não poderá conhecer da prescrição de direitos patrimoniais senão invocado pelas partes interessadas.

A legislação processual civil apenas concede ao juiz o indeferimento de ofício aos direitos não-patrimoniais (art. 219, § 5º).

Assim sendo, quando proposta ação de reintegração de posse, com procedimento ordinário, fora do prazo previsto no art. 177 do Código Civil, se alegada em contestação pelo réu (esbulhador), o juiz deverá julgar extinto o processo, com o julgamento do mérito, em consonância com o art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Portanto, como bem acentua J.M. Carvalho Santos¹⁹, consiste o prazo de ano e dia uma decadência do direito (ao procedimento especial) e não uma prescrição à ação de reintegração de posse.

¹⁹ SANTOS, J.M.Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. 6, p. 121, 1953.

Transcorrido este prazo de ano e dia, não terá o esbulhado o direito à ação de reintegração de posse, pois faculta a lei, ao possuidor esbulhado, uma outra ação, passado o prazo de ano e dia, ação esta com rito ordinário.

Neste caso, terá o esbulhado o direito caducado da reintegração provisória (art. 924, 2ª parte, CPC), podendo, no entanto, utilizar-se da ação de reintegração de posse com rito ordinário.

Agora, sim, o prazo para a interposição desta ação com rito ordinário será um prazo de prescrição. Prescrição esta disposta no art. 177, 2ª parte, do Código Civil, pois nos filiamos à teoria objetiva de Ihering, que considera a posse como um direito e não como um fato, ou seja:

“as ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez anos, entre presentes e entre ausentes em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas”.

Dessa forma, o prazo de prescrição de ações possessórias, no nosso caso a reintegração de posse, dar-se-á em dez anos entre presentes e em quinze anos entre ausentes²⁰, contados da data do esbulho, e se ato clandestino do conhecimento do esbulhado do fato. “A ação ordinária, essa prescreve (não preclui)...”²¹.

Temos que essa prescrição somente será válida, digamos assim, enquanto não haja consumado o usucapião. E essa prescrição extintiva do direito a uma ação passa a ser uma prescrição aquisitiva.

O acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 63.080, com voto vencedor do Min. Aliomar Baleeiro, a que serviu entre outros, de base a Súmula 487²², deu pela improcedência da possessória, porque embora o autor tivesse provado o seu domínio, o réu tinha provado a sua posse. *In verbis*:

“Não tenho, e declarei em meu voto,

²⁰ Segundo disposto no art. 551, parágrafo único, do CC, “reputam-se presentes os moradores do mesmo município e ausentes os que habitem município diverso”. Consideramos extensível esta aplicação a todos os prazos entre ausentes e presentes, posto que o art. 177 do Código Civil assim não o estabelece.

²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. Câmaras Cíveis Reunidas. 8 de novembro de 1940. *Revista dos Tribunais*, n. 132/242.

²² Súmula 487 do STF – será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.

a mais mínima dúvida de que essa faixa, objeto da violência dos recorrentes, pertence-lhes por domínio. Agora, também não tenho a mais mínima dúvida de que os recorridos estão na posse dela há trinta anos. Então, é o fato evidente do domínio e o fato evidente da posse”.

No direito brasileiro, a aquisição da posse por meio do esbulho dá-se em razão do fator tempo, isto é, quando o possuidor, mesmo esbulhador, detiver a posse de coisa móvel por mais de cinco anos, independentemente de título de boa-fé, e quando detiver a posse de coisa imóvel por mais de vinte anos, sem interrupção, nem oposição, também independentemente de justo título e boa-fé, poderá este (possuidor esbulhador) requerer ao juiz o usucapião denominado de extraordinário.

Nesses casos o possuidor esbulhado terá o seu bem imóvel ou móvel retirado de sua posse, primeiramente, e, após, de seu domínio, pois aqui o título e a boa-fé são sobrepostos pelo

fator tempo.

Vê-se que o prazo é fator determinante para que um esbulhador detenha a propriedade da coisa, juntamente com a passividade do possuidor esbulhado.

3. Conclusão

Tentamos demonstrar a importância do prazo de ano e dia no ordenamento jurídico com relação à ação de reintegração de posse. Concluimos que a propositura da ação de reintegração de posse, pelo procedimento especial, fora do prazo de ano e dia traduz a decadência do direito, e, em contrapartida, o ingresso da respectiva ação, pelo procedimento ordinário, não obedecido o prazo de 10 e 15 anos, entre presentes e ausentes, respectivamente, caracteriza o prazo prescricional.

Esse trabalho não tem a pretensão de esgotar a matéria proposta, mas apenas trazer algumas colocações que consideramos interessantes sobre a matéria em tela.

A indefinição da Lei do Concubinato

NEY DA FONTOURA BOCCANERA

O art. 226 da Constituição Federal, em seu parágrafo 3º, instituiu a “união estável” entre o homem e a mulher como uma nova entidade familiar, reservando à lei ordinária a incumbência de facilitar sua conversão em casamento.

Seria, portanto, dentro do estrito espírito desse mandamento constitucional que a lei comum reguladora (Lei nº 9.278/96) deveria buscar abrigo, para normatizar, com cristalina transparência, o procedimento jurídico a ser seguido pelos interessados a se valerem da proteção do Estado, segundo estabelece o dispositivo constitucional supracitado.

No entanto, para nossa surpresa, o novo texto legal não oferece, como era de se esperar, a mínima nitidez na formulação de seus conceitos e nenhuma coerência com relação à matéria a ser regulada. Muito ao contrário, senão vejamos.

A Lei nº 9.278/96, cuja ementa preconiza a regularização do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, revela uma redação ambígua, confusa e obscura em múltiplos aspectos, como será fácil verificar através dos comentários que se seguem.

A partir do art. 1º, o legislador, *data venia*, não nos pareceu muito feliz com a adoção da terminologia que inovou para definir a nova entidade familiar com a expressão “convivência duradoura”, ao invés de valer-se da, até então, usada pela nossa doutrina e empregada pelo próprio Texto Constitucional que pretendia regular, isto é, a “união estável”. A nosso ver, o emprego desta última expressão teria sido mais coerente e objetivo, pois estar-se-ia usando, inclusive, a linguagem adotada pelo próprio legislador constituinte.

É, ainda, passível de justa censura o lastimável fato de que o atual legislador, ao tentar definir a nova entidade familiar como convivência duradoura, não procedesse como o fez tão sabiamente o legislador do Diploma Legal nº 8.971/93, que, ao regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, determinou expressamente que o reconhecimento de tais uniões concubinárias só fosse possível após “cinco anos” de vida em comum entre homem e mulher solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos. Entendemos, portanto, que deveriam constar da nova lei estes pré-requisitos fundamentais, servindo de critérios e limites indispensáveis para caracterizar as linhas básicas de uma união estável ideal e consolidada, para que, com justa razão, possa se transformar em uma nova entidade familiar, capaz de, futuramente, facilitar a sua conversão em casamento, como prevê a nova Lei.

Por outro lado, o § 1º do art. 1º da nova lei deveria ter esclarecido o estado civil dos companheiros, para que não pudessem ser enquadrados entre qualquer dos impedimentos previstos no art. 183 do Código Civil, impossibilitando-os, futuramente, para o casamento, se assim desejassem, como faculta a lei.

Quer ainda o legislador do novo texto inovar, quando no *caput* do art. 2º usa o vocábulo “conviventes”, ao invés de “companheiros” ou “concubinos”, abandonando, sem nenhuma razão, estas últimas expressões já consagradas em nossa doutrina, de longa data, o que, sem sombra de dúvida, facilitaria uma melhor compreensão do novo diploma legal.

Não fossem suficientes todos os inconvenientes acima comentados para demonstrar os aspectos lacunosos e omissivos que suscita o controvertido e obscuro texto da nova lei do concubinato, poderíamos, ainda, *en passant*, ressaltar como extremamente vaga a expressão “respeito e consideração mútuos” utilizada pelo legislador da nova lei no item I do art. 2º, para se referir aos deveres que devem manter os conviventes entre si. A este propósito, entendemos que seria muito mais objetivo e transparente dizer “de fidelidade recíproca”, segundo já consta do art. 231 do Código Civil. Isto porque o dever de fidelidade mútua faz parte da própria essência de qualquer tipo de união, sobretudo, *in casu*, da união estável, como nova forma de unidade familiar, protegida

que deve estar pelo Estado, como se impõe pela Constituição Federal.

Inobstante, ainda nos leciona a melhor doutrina pátria de nosso Direito de Família que a fidelidade dos que levam a vida em comum – dos companheiros – não se traduz tão-somente na exclusividade monogâmica imposta pela lei ou de respeito sexual que deve ser mantido entre o casal, eis que é unânime a opinião do magistério douto nessa matéria de que a fidelidade conjugal tem um sentido mais abrangente, mais elevado, mais sublime do que a inexpressiva linguagem usada pelo legislador.

Na verdade, qualquer que seja o grau de união entre o homem e a mulher, deve sempre ser embasada em uma firme, sincera, contínua e respeitosa amizade, enquanto perdurar o convívio entre os pares, tidos e havidos como verdadeiros companheiros na alegria e na dor.

Por conseguinte, pecou profundamente o legislador da nova lei por tornar o seu texto inexpressivo e indefinido, forçando o intérprete a se valer de exaustivas digressões doutrinárias para discernir o autêntico conteúdo da *mens legis*.

Com relação ao regime de bens que deve ser aplicado ao caso da ora instituída entidade familiar, intitulada “convivência duradoura”, a lei reguladora prevê um regime de bens semelhante ao do casamento da comunhão parcial, estabelecido pelo disposto nos artigos 269 a 273 do Código Civil brasileiro. Isto é, pertencerão a ambos conviventes, em partes iguais, os bens móveis e imóveis, adquiridos a título oneroso na convivência da união estável, salvo estipulação contrária em contrato escrito; bem como, compete a ambos a administração do patrimônio comum, salvo se houver disposição contrária em contrato escrito. Porém, os bens adquiridos anteriormente à referida união serão comunicáveis.

Outrossim, no que concerne à prestação de alimentos, será devida: na hipótese de dissolução da união estável, terá direito a ajuda alimentícia aquele que dela necessitar. Mais uma vez, *in casu*, a nova lei é obscura, eis que não informa as bases em que esta ajuda deva ocorrer, deixando, inclusive, de mencionar em que circunstâncias acontece a referida dissolução da união estável. Será que o rompimento de tal união está relacionado com alguma condição anterior estabelecida pelos conviventes em contrato previamente firmado por eles? Podemos até assim presumir, uma vez

que foi empregada pelo legislador a expressão “rescisão” no *caput* do art. 7º da nova lei. Entretanto, este dispositivo não está bem claro, pois não menciona qual o contrato que poderá ser rescindido pelos conviventes. Trata-se, como se vê, de uma redação obscura, que exige do intérprete um procedimento hermenêutico profundo para a perfeita elucidação exegética do texto legal em questão. Não obstante, a lei nova esclarece o óbvio, ou seja, “a união estável é dissolvida por morte de um dos conviventes”, ficando, neste caso, outorgado ao sobrevivente o direito real de habitação com relação ao imóvel destinado à residência da família, o que, a nosso ver, em certos casos, poderá originar um conflito de interesse junto aos herdeiros do *de cujus*.

Afinal, a nova lei possibilita a conversão da união estável em casamento, mediante um simples requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição do domicílio dos conviventes, porém, deixa de fazer qualquer referência à necessidade de serem juntados ao referido requerimento os respectivos documentos comprobatórios, no sentido de os requerentes provarem não estarem impedidos para o casamento, nos termos do art. 183 e seguintes do Código Civil brasileiro, com vistas ao Ministério Público e posterior homologação do juiz, como de resto, também, faz-se indispensável por lei.

Tout court, podemos concluir que as omissões, as ambigüidades, as incongruências e, sobretudo, a ausência de objetividade de que se reveste inteiramente o texto da nova lei do concubinato são extremamente lamentáveis, eis que, como vimos, eivam-no de erros que colocam em risco o equilíbrio e a segurança jurídica que devem, sem dúvida, ser os parâmetros protetores de nossa vida social.

Por conseqüência, a pobreza de técnica legiferante do novo texto legal vem de transferir a responsabilidade de apreciação de todas as

lacunas e a vaguidade de expressões cometidas pelo legislador para o juiz, o qual, por sua vez, decidirá subjetivamente com a liberdade de sua própria consciência, segundo lhe confere a lei. Daí por que, em nosso entendimento, esta não é a melhor e mais aconselhável solução, permitindo que o Judiciário se substitua ao Legislativo para corrigir equívocos ou lacunas na elaboração da lei.

Para nós, o excesso dessa transferência de função torna-se uma inversão funcional inoficiosa e, por isso mesmo, condenável. Além do mais, fere frontalmente o saudável princípio da economia processual, tão benéfico às partes interessadas como ao Estado. Arrematando, ou se altera substancialmente a lei que acabamos de analisar, ou aqueles que desejarem se habilitar a constituir uma união estável, segundo as disposições da nova lei do concubinato, estarão sujeitos ao convívio da insegurança jurídica em suas legítimas pretensões.

Por oportuno, cumpre-nos manifestar aqui nossas esperanças aos ilustres membros da comissão recentemente nomeada pelo Ex.^{mo} Senhor Ministro da Justiça e presidida pelo eminente Mestre, Professor Arnoldo Wald, para que se ponha um termo definitivo a essa “algaravia”, na feliz expressão da ilustre jurista Dr^a Florisa Verucci, empregada em seu notável artigo publicado em *O Globo*, pelo qual ressalta que “nem sequer a expressão união estável, consagrada pela Constituição Federal, foi respeitada”.

Nesse sentido, fazemos votos que a aludida comissão elabore um novo texto inquestionável, vazado na mais alta tradição de nossas letras jurídicas e escoimado de quaisquer erros ou vícios que possam desfigurar o espírito social do novo *remedium juris*, capaz de sanar as lamentáveis situações conjugais existentes na sociedade brasileira.

Um olhar sobre a propriedade, posse e custódia de documentos arquivísticos

NEWTON PAULO TEIXEIRA DOS SANTOS

Fico satisfeito em ver que se abre um encontro de arquivistas com uma proposta interdisciplinar. Não são técnicos que se reúnem mais uma vez só para trocar experiências; além disso, convidam especialistas e procuram contribuições diferenciadas que se somem à sua vivência. Falo assim para anunciar, desde logo, que não sou da área. Sou um jurista convidado para dizer que tipo de assessoria um advogado pode prestar na construção de uma política arquivística.

Ora, uma das questões mais interessantes é a decorrente da verdadeira propriedade dos documentos custodiados. Convido-os, pois, a uma reflexão.

Para nos prevalecermos de uma definição legal, digamos que um arquivo seja um conjunto de documentos. Cada documento é naturalmente constituído de um suporte e de um conteúdo. Pedindo por empréstimo à lingüística sua nomenclatura, vamos dizer que existe um significante e um significado. Minha proposta para uma reflexão consiste em não nos preocuparmos, agora, com o significante, isto é, com o suporte. Vamos nos ater somente à propriedade, à posse e à custódia do conteúdo, pensando uma de cada vez.

É preciso, de início, aceitarmos a idéia de que há dois tipos de propriedades: a propriedade material e a imaterial. Propriedade material é aquela que tem um corpo; consiste na relação entre o titular e a coisa física; consubstancia-se, em nosso caso, no suporte, e essa propriedade agora não nos interessa. Vamos, então, eliminá-la.

A outra é a propriedade imaterial e consiste no resultado do esforço intelectual do criador. Esse esforço pode resultar numa invenção, que

Newton Paulo Teixeira dos Santos é Professor da UFRJ, membro da Associação dos Arquivistas Brasileiros e da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual.

Palestra proferida no I Simpósio Nacional de Políticas Arquivísticas, promovido pela Prefeitura e pela Câmara Municipal de Ouro Preto nos dias 21 e 22 de junho de 1996.

é algo novo que se acrescenta ao patrimônio da humanidade. Por isso, o criador vai merecer uma série de vantagens que vão preencher o chamado Direito Industrial. Não nos interessa tampouco. Vamos, então, eliminá-la.

Mas aquele esforço intelectual pode concretizar-se numa obra, de natureza literária (no sentido amplo da palavra), científica, filosófica ou artística, e instalar-se num documento. Essa é a propriedade que queremos especular. Ela é protegida pelo chamado Direito Autoral.

Ora, os arquivos podem ser públicos ou privados, e, como todos sabemos, os arquivos públicos são conjuntos de documentos produzidos e recebidos por órgãos públicos. Daí não se poder afirmar que eles comportem um direito autoral. Claro que esses documentos são criados por pessoas. Mas não possuem uma originalidade, tal como a exigida pelo Direito Autoral. Há exemplos de ofícios primorosos redigidos por Graciliano Ramos, ou pareceres de Guimarães Rosa vasados de forma invejável e hoje recolhidos a arquivos públicos. Mas a natureza oficial desses documentos exclui de seus autores uma propriedade, tal como a reconhecida e amparada pelo Direito Autoral. Então os arquivos públicos não nos interessam. Vamos, então, eliminá-los.

Restam-nos os arquivos privados, que são conjuntos de documentos produzidos ou recebidos por pessoas físicas ou jurídicas em decorrência de suas atividades. A referência a pessoas jurídicas perturba um pouco nosso raciocínio; digamos que sejam documentos produzidos por pessoas físicas.

Ocorre que um arquivo público pode conter em seu acervo um ou inúmeros arquivos privados. O Arquivo Nacional acaba de receber o arquivo de Santiago Dantas.

O Arquivo Museu de Literatura Brasileira da Fundação Casa de Rui Barbosa, que pertence a uma instituição pública, é formado por inumeráveis arquivos privados. Daí podermos afirmar que o gerenciamento de um arquivo público, ou de um arquivo vinculado a uma instituição de caráter público, necessita estar atento às regras legais que são próprias aos arquivos privados. E entre elas está a propriedade autoral de determinado documento, enquanto a obra não cair em domínio público.

Sei que a comunidade arquivística está atenta a essa questão, mas ela é muito mais intrincada do que pode parecer. Por isso, permito-me fazer algumas indicações.

Tomemos como ponto de partida para uma

reflexão maior o termo que o pesquisador assina ao ter acesso a documentos no já mencionado Arquivo Museu de Literatura Brasileira da Fundação Casa de Rui Barbosa, orientado pela reconhecida competência do Dr. Plínio Doyle. O termo diz assim:

“Declaro ter ciência de que os direitos autorais de reprodução de documentos do acervo do Arquivo Museu de Literatura Brasileira não pertencem à Fundação Casa de Rui Barbosa, não podendo esta, portanto, autorizar qualquer tipo de publicação.”

Muito bem. A reprodução é proibida, e o pesquisador fica ciente. Mas e quando se trata de uma carta? Grande parte do acervo de Clarice Lispector, Lúcio Cardoso, Manuel Bandeira e de tantos outros é constituído pela correspondência tanto pessoal como de terceiros.

Ora, o Código Civil é expresso:

“Art. 33. As cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão do autor.”

É que o remetente de uma carta tem sobre ela um direito autoral¹. O destinatário é dono do suporte, não do conteúdo. Se o sucessor de um destinatário doa esse acervo a um arquivo, a instituição há que preservar os direitos do remetente que, como se sabe, perduram durante sua vida e mais sessenta anos.

A primeira pergunta será: se elas não podem ser publicadas, poderão ser inseridas em um arquivo aberto ao público, para acesso indiscriminado? Essa publicidade não equivaleria a uma publicação, para os efeitos de uma interpretação do art. 33 referido? O remetente não terá que ser consultado sobre a possibilidade de uma divulgação? Mesmo seus sucessores? – pois um direito ao inédito lhes é transmitido pelo parágrafo 3º do art. 25 da Lei nº 5.988, de 1973.

Digo mais: pode um pesquisador *citar* uma carta?

Sabe-se que a citação é uma limitação ao direito do autor. Mas não posso extrair trecho de uma carta e citá-lo, mesmo que mencione a fonte, por não se tratar de texto editado.

Sei que as violações nessa área são

¹ Para maior explanação, ver meu livro *A carta e as cartas de Mário de Andrade*. Rio de Janeiro : Diadorim, 1994.

freqüentes. Mas número recente da revista *Time* mostra, por exemplo, que a realidade americana é outra. A publicação de cartas missivas pelo destinatário tem sugerido inúmeros processos em que o remetente ou seu sucessor vai à Justiça para pleitear direitos autorais, o que vem provocando inquietações no mundo editorial. Inquietações saudáveis, porque vêm ratificar o direito que tem o autor de uma obra, uma carta que seja: dela ninguém pode tirar proveito econômico sem autorização. Nem mesmo fazer citações.

Todos nós sabemos que o maior de nossos missivistas chamava-se Mário de Andrade. Já que o citei, deixem-me aqui fazer um registro. Por disposição de última vontade, Mário determinou que sua correspondência passiva lacrada só pudesse ser divulgada cinquenta anos após sua morte, o que ocorreu em 1995. Não li nenhuma notícia de que o IEB (Instituto de Estudos Brasileiros), da Universidade de São Paulo, estivesse encontrando dificuldades editoriais na publicação desse manancial, certamente fecundo, que são as cartas que lhe escreveram personalidades como Manuel Bandeira ou Carlos Drummond de Andrade. Enquanto esperamos, lembremos a lição do próprio Mário, em carta escrita a Guilherme Figueiredo e já publicada:

“E o pior é publicarem cartas sem autorização. Outro dia fiquei indignado porque soube que o Xavier Placer publicou um trechinho de carta minha contendo só o elogio franco que eu fazia e faço a dois personagens do livro dele, mas evitou publicar o resto, onde havia pontos de vista e restrições. Fiquei assombrado. E mesmo pedir autorização para publicar já é desafio. Carta é carta, particular.”

Mário vai mais longe na sua opinião sobre a privacidade das cartas. E note-se: ele morreria em fevereiro do ano seguinte!

“Veja o que o outro dia me ia sucedendo: uma escritora daqui me pediu autorização para publicar ‘como artigo’ uma carta que eu dirigira a ela, cheia de restrições, mas com as restrições, porque achava a carta importante pelas considerações que eu tecia em torno da natureza do conto. Essa enfim era mais saudável, publicava com as restrições e tudo. Mas era uma carta, desleixada como todas as minhas e eu já estava com

vontade de deixar, quando dei um pulo sabendo que era no jornal do governo, no *Correio Paulistano*. Imagine a confusão que ia sair aqui: neguei.”²

Portanto, todo cuidado será pequeno quando estiver em jogo a defesa de uma propriedade intelectual.

Pensemos agora se é possível termos a posse de um direito autorial. Se imaginarmos um documento arquivístico, bem sabemos que ele é constituído de um suporte e de um conteúdo.

O suporte, já vimos, é objeto de uma propriedade material. Seu proprietário poderá ser também o possuidor do suporte, ou não. A propriedade é um título, e o titular tem um direito. A posse é factual (não vamos falar aqui em posse indireta, exercida, por exemplo, pelo locador de uma coisa). A posse é por natureza transitória. Tanto que uma posse continuada, desde que preencha as condições legais, pode levar à usucapião, isto é, a conceder a condição de proprietário a quem era mero possuidor.

É impossível pensar a posse de um direito autorial. Aqui transitamos numa outra esfera, a de uma propriedade intelectual, formada por bens incorpóreos, bens do entendimento. É impossível possuí-los, e portanto é impossível alguém se tornar autor de uma obra, digamos, por usucapião. A posse é um instituto próprio do Direito Real, ela pressupõe uma coisa.³

Pensemos mais um pouco: se reproduzo obra alheia protegida sem autorização, tecnicamente não cometo um crime de furto, porque o furto pressupõe que se esteja subtraindo de alguém uma coisa móvel; disse coisa, *res*. Ora, uma criação intelectual não é uma coisa. Diz-se que o autor é proprietário de sua obra, mas vai nisso certa improprriedade. É que no fim do século XVIII, quando se quis proteger os criadores a fim de estimulá-los, disseram que a obra era a “propriedade por excelência”. Mas se reproduzo obra alheia protegida, não estou me “apossando” de uma coisa; estou violando uma outra propriedade, que é a propriedade autorial.

Vejam o plágio. O autor tem a propriedade

² ANDRADE, Mário. *A lição do guru - cartas a Guilherme Figueiredo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

³ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra, Coimbra Ed., 1992. p. 164 e 355. Também: GOMES, Orlando. *Direito real*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

mas não tem a posse de sua obra. O poema não é consumido pelo leitor, não se acaba com o uso. Se não fosse assim o plagiador ficaria com quê? Um pedaço da posse? Não é assim.

Finalmente a custódia. Já sabemos que a comunidade arquivística está perfeitamente consciente da responsabilidade que lhe cabe no que diz respeito à propriedade intelectual. Os termos que os pesquisadores assinam são a prova de seus cuidados. Mas atenção! Os riscos são grandes. Esses termos funcionam mais como uma advertência que como uma exclusão plena de responsabilidades.

A palavra custódia vem do latim. *Custodis* significa o que guarda, ou aquilo que é guardado. Na verdade ela é empregada em muitos sentidos. Uma pessoa custodiada é aquela que é guardada pelo custodiante, ou custódio. Na terminologia religiosa chama-se de custódio o tesoureiro, cabendo-lhe a guarda dos tesouros de uma igreja. Na linguagem litúrgica, a palavra custódia também é usada para designar o Santo Cimbório, vaso em que se conservam as partículas sagradas, as hóstias.

São curiosidades. Para o arquivista (e quem

nos ensina é Ana Maria Camargo, no Dicionário⁴ de que é co-autora), “custódia é a responsabilidade jurídica de guarda e proteção de arquivos, independentemente de vínculo de propriedade”.

Por isso, creio que o custodiador de um documento que ainda comporte uma propriedade intelectual necessita sempre, e também, que o acesso seja autorizado pelo titular desse direito, expressamente. Este não deve ficar subentendido nos termos do empréstimo (comodato) do acervo, mas o titular do direito de propriedade deve autorizar claramente o acesso público. De preferência caso por caso. Sei que isso é impraticável. Quero apenas enfatizar a responsabilidade do custodiador.

Só para exemplificar, creio que o arquivo de Glauber Rocha esteve em custódia no Museu da Imagem e do Som, no Rio de Janeiro.

Pois bem. O título desta mesa é muito amplo. Precisei olhar a questão da propriedade, posse e custódia de documentos arquivísticos por uma fresta. Deixei que meus colegas, muito mais capacitados, explorassem a proposta com mais sabedoria.

⁴ CAMARGO, Ana Maria de Almeida et al. *Dicionário brasileiro de terminologia arquivística*. São Paulo: CENADEM, 1990.

Diário da criança e do adolescente

A infância e a juventude nos jornais de Brasília entre agosto e novembro do ano de 1995

ROSSINI CORRÊA

*Pensem nas crianças
Mudas telepáticas
Pensem nas meninas
Cegas inexatas...*

Vinícius de Moraes

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O quadro teórico mínimo. 3. As notícias, mês a mês. 3.1. Agosto. 3.2. Setembro. 3.3. Outubro. 3.4. Novembro. 4. A leitura analítica. 5. Conclusão.

1. Introdução

A palavra escrita, que para alguns está em crise, permanece cercada de magia e de crença. Para muitos, por estar impressa, a sentença só pode ser a expressão da verdade. Dos vocábulos aos juízos, uma certa aura sagrada envolve tudo quanto adquire letra de forma.

Eis a razão de o jornal ser um veículo de comunicação dos mais sutis. Um periódico é a palavra impressa servida pela imagem fotográfica. Contra o jornal não tem sentido o adágio dos antigos – palavras, leva-as o vento... A palavra impressa fica, permanece, e a fotografia que a acompanha serve como que de testemunha da versão que passou a vestir, quase que para sempre, o fato.

De mais a mais, um periódico é uma fábrica – com suas tendências e contracorrentes, com os seus conflitos ideológicos e com os seus embates em torno da liberdade de imprensa e da liberdade de empresa – da verdade, a qual muitas vezes é, para leigos, letrados e semi-letrados, o que sai, o que deu no jornal.

José Rossini Campos Corrêa é Advogado, Sociólogo e Cientista Político. Professor de Introdução ao Direito e Filosofia do Direito.

Nisso reside a gravidade da notícia e a responsabilidade que a circunda; moral e social; ética. Aos livros, em países como o Brasil, poucos têm acesso. Os tratados, bem, quanto a estes, escassos são os que os enfrentam e possuem o costume de lê-los. Com as folhas, entretanto, é diferente. Elas, que aparentam não exigir muitas luzes, podem ser vistas e lidas. São o retrato recriado do concreto, do prosaico e do cotidiano. Ensejam debates no ônibus, na farmácia, na barbearia, no bar da esquina e no recesso do lar. Versão dos fatos, os jornais penetram nos mais diferentes segmentos sociais, justificando, portanto, estudá-los.

Este é o propósito do presente trabalho, cujo objeto é a análise crítica das notícias sobre a criança e o adolescente publicadas nos jornais do Distrito Federal no período de agosto a novembro do ano de 1995. Por jornais da Capital Federal são compreendidos o *Correio Braziliense* e o *Jornal de Brasília*.

A amostragem colhida não pretende ser exaustiva e esgotante. Simplesmente foi a possível e, enquanto tal, apenas reclama para si a condição de necessária para que determinadas versões, certos ou incertos conteúdos e algumas tendências, quer de simpatia (compreensão e solidariedade), quer de antipatia (idiossincrasia e preconceito), sejam esboçados e elucidados relativamente à criança e ao adolescente em Brasília.

2. O quadro teórico mínimo

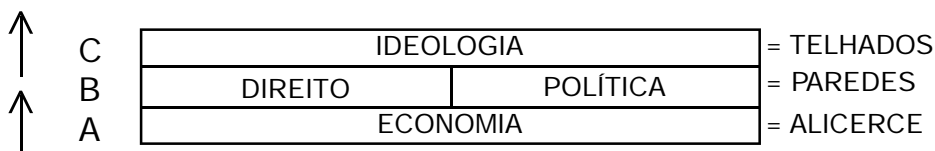
Pelo menos desde o mundo medieval, com os famosos juízos de autoridade, que o monopólio da verdade conquistou, em definitivo, cidadania, tornando-se um poderoso instrumento de controle social.

Bem mais tarde, com o advento do Século das Luzes, nascido como subsequência do Humanismo e da Reforma, uma crença foi estabelecida: a de que a opinião governaria o mundo.

A questão em pauta era a seguinte: a opinião, facultada pelo livre exercício da razão e multiplicada democraticamente pela prensa de Gutemberg, elucidaria a vida e organizaria, de maneira geométrica, o mundo, sobrepujando, com o sol do Iluminismo, as supostas trevas dos juízos de autoridade.

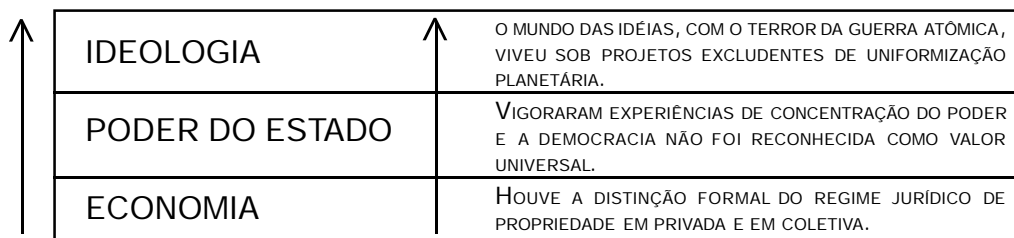
Daí decorreram, entretanto, numerosas vigências de discursos oficiais que, em grande medida, foram reconstrutores dos juízos de autoridade e do monopólio da verdade, em virtude da tendência concentracionária da sociedade moderna.

Acima das fronteiras ideológicas cristalizadas em torno do embate do capitalismo com o socialismo, nas décadas precedentes à queda do Muro de Berlim, pode-se exprimir a estrutura das sociedades modernas, urbanas e industriais, com a seguinte metáfora do edifício:



O comportamento dos blocos mundiais do passado em confronto quanto às três instâncias básicas da sociedade, ou seja, a material (economia), a do poder do Estado (direito e

política) e a da visão de mundo (ideologia), pode ser retratado, relativamente ao pluralismo, à participação e à diferenciação das experiências, sob a seguinte forma:



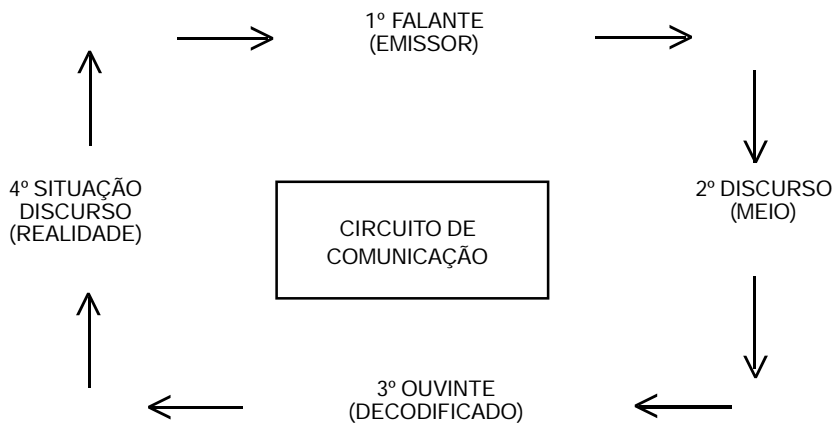
Imagine-se agora a situação dos meios de comunicação, ora a serviço, ora pressionados pelos conflitos econômicos, jurídico-políticos e ideológicos, em uma realidade envolvente cujo traço característico não é a

existência desenvolvida e, mais ainda, prevaemente, da consciência crítica. Recordem-se, a propósito, as quatro casas do quadro explicativo da ideologia, segundo Raymond Boudon:

TIPOS DE DEFINIÇÃO DE IDEOLOGIA	TIPOS DE DEFINIÇÃO DE IDEOLOGIA	
	EXPLICAÇÃO IRRACIONAL	EXPLICAÇÃO RACIONAL
DEFINIÇÃO TRADICIONAL (EM RELAÇÃO AO CRITÉRIO DO VERDADEIRO E DO FALSO)	1 O DISTÚRPIO DE VISÃO PROVOCADO PELOS INTERESSES DE CLASSE (MARX). A ADEÇÃO ÀS IDÉIAS FALSAS POR FANATISMO (ARON, SHILS).	2 O FETICHISMO DAS MERCADORIAS, A IDEOLOGIA MERCANTILISTA (MARX). A MAGIA (MAX WEBER).
DEFINIÇÃO MODERNA (SEM REFERÊNCIA AO CRITÉRIO DO VERDADEIRO E DO FALSO)	3 O RESPEITO PELA BANDEIRA (DURKHEIM). A ADMIRAÇÃO PELO CHEFE CARISMÁTICO (MAX WEBER)	4 OS DEUSES ROMANOS, O CULTO DE MITRA (MAX WEBER). O RESPEITO DO ARISTOCRATA PELA MONARQUIA ABSOLUTA (MARX). O EMPRÉSTIMO COM JUROS (MANNHEIM). A LEI TAFT-HARTLEY (GEERTZ.)

Pondere-se, em seguida, que, neste mundo de emissores (mínimos) e receptores (máximos) de discursos, o fenômeno ideológico é um campo de força presente nos dois pólos da comunicação, isto é, o que emite e o que recebe a mensagem, a qual, em seu trânsito, pode perpassar, tornando-as intercomunicantes, todas as quatro casas, de tal maneira que, sem respeito à presente ordem, possa ser, sucessivamente, distúrbio de visão, crença mágica, respeito referencial e instrumento de compreensão.

Considere-se, enfim, que o instrumento por excelência da mensagem é a linguagem, objetivada, quando escrita, por um discurso lingüístico que não é, de forma necessária, claro e translúcido, reclamando sempre uma interpretação e podendo receber infinitas leituras e releituras. A frase da língua e a frase do discurso divergem, exigindo a língua escrita – do jornal ao livro – a leitura recriadora, em circuito de comunicação configurado por Mattoso Câmara da seguinte maneira:



Vê-se, pelo exposto, a alta voltagem contida na cadeia interativa da comunicação, bem como o infinito campo de força ideológica que a simples leitura de um jornal, em si mesma, contém, por tudo aquilo que a palavra auxiliada pela imagem esconde, entremostra e/ou revela, com todos os comos, os porquês, os para quês e os para quem exigentes de decifração e de resposta.

3. As notícias, mês a mês

Visando decodificar as notícias sobre criança e adolescente no Distrito Federal, no período já mencionado, nos periódicos *Correio Braziliense* e *Jornal de Brasília*, a opção metodológica sistemática encontrada foi a da construção de um quadro homogêneo para os quatro meses em estudo, contendo dez categorias, nove fechadas e uma aberta, um tipo descritivo da manifestação precedente, a quantidade de vezes que a ocorrência foi repetida, a localidade onde o fenômeno foi manifestado, e se, em relação à versão veiculada, houve uma visão positiva ou uma visão negativa. Levantados, apurados, criticados, distribuídos e catalogados os dados, os resultados apresentaram o seguinte comportamento, considerando ainda o seu expurgo e a notação com a qual serão apresentados – Distrito Federal (DF), Brasil (BRZ), Plano Piloto (PPI), Gama (GAM), Sobradinho (SBD), Estrutural (EST), Planaltina (PNT), Ceilândia (CLD), Entorno (ENT), Brasília (BSH), Taguatinga (TGT), Samambaia (SMB), Núcleo Bandeirante (NBA), São Sebastião (SSE), Brazlândia (BZL), Lago Sul (LSU) e Paranoá (PAR):

(vide tabelas 3.1 a 3.4)

4. A leitura analítica

A primeira questão a ser ventilada não é referente ao que foi veiculado, mas sim ao que deixou de sê-lo. Reinou o silêncio quase absoluto no noticiário, entre agosto e novembro do ano de 1995, quanto ao dramático problema da prostituição infantil, cujos espaços na imprensa brasileira cresceram depois que uma rede nacional de televisão produziu e divulgou uma angustiante matéria a respeito, sem que daí decorresse nenhuma providência mais substantiva de superação do cenário em pauta. A Polícia Militar delega, em nome da lei, a competência do flagrante à Polícia

Civil, enquanto os agenciadores e os seus consumidores, livres, permanecem explorando, desencaminhando e contaminando crianças e adolescentes, as quais, precocemente envelhecidas, amanhã serão adotadas pelo tráfico de drogas, em trânsito acusado por confiáveis documentos e relatórios.

Em uma visão de conjunto, pode-se observar que, em agosto, foram coletadas 14 notícias, 5 com visão positiva e 9 com visão negativa, a primeira atingindo a 55.5% da segunda; em setembro, foram levantadas 27 notícias, 10 com visão positiva e 17 com visão negativa, a primeira alcançando a 58.8% da segunda; em outubro, foram catalogadas 17 notícias, 5 com visão positiva e 12 com visão negativa, a primeira somando 41.6% da segunda; e, em novembro, foram arroladas 11 notícias, 6 com visão positiva e, pela primeira vez a menor, 5 com visão negativa, a segunda chegando a 83.3% da primeira. No total dos quatro meses em estudos, foram divulgadas, ou pelo menos consideradas, 69 notícias, 26 com visão positiva e 43 com visão negativa, a primeira importando em 60.4% da segunda. Em síntese, o volume registrado, no conjunto, foi de 39.6% a mais de notícias com visão negativa sobre os problemas da criança e do adolescente, em todos os níveis de sua manifestação.

Mês a mês, a diferença em favor da visão negativa, preponderante na razão de 3 para 1, quando contraposta à visão positiva, foi a seguinte: em agosto, 44.5%; em setembro, 58.4%. O único mês em que a visão positiva foi vantajosa em relação à visão negativa, a diferença entre ambas foi apenas de 16.7%, significativamente menor do que as diferenças de agosto (27.8%), setembro (24.5%) e outubro (41.7%), as quais apresentam estes valores quando subtraídos delas o saldo, restante em novembro. De mais a mais, há uma visível tendência de construção das notícias do centro para a periferia, com a lógica do centro. Desta maneira, um estupro na Ceilândia e um assassinato na Samambaia normalmente descem a um extraordinário nível de precisão e de detalhamento, expondo ou dando ampla visibilidade ao autor assim como à vítima, familiares, testemunhas e, o que não pode deixar de ser mencionado, à localidade. Este cenário, sempre que possível, é fotografado, sem que ocupe as páginas havidas como nobres dos jornais.

O tratamento parece ser mais difuso quando os acontecimentos mencionados são centrais.

3.1. AGOSTO

CATEGORIA	TIPO	QUANTIDADE	LOCALIDADE	VISÃO POSITIVA	VISÃO NEGATIVA
VIOLÊNCIA	ASSASSINATO	1	EST		+
ABUSO SEXUAL	ESTUPRO	2	PNT, CLD		++
TURISMO SEXUAL					
PROSTITUIÇÃO INFANTIL					
TRABALHO INFANTIL	PREOCUPAÇÃO DA 1ª DAMA	1	BRZ,		+
POLÍTICAS PÚBLICAS	ATENDIMENTO, PROTEÇÃO, SEGURANÇA	6	ENT, PAR, SMB, BSH, DF	++++	++
ATIVIDADES CULTURAIS	CAPOEIRA	1	PNT	+	
CONQUISTA DE DIREITOS					
CRIANÇA E FAMÍLIA	FALTA DE TETO E RENDA	1	DF		+
OUTRAS	ABANDONO DE BEM PÚBLICO, AGRESSÃO A BEM PÚBLICO	2	TGT, PPI		++

3.2. SETEMBRO

CATEGORIA	TIPO	QUANTIDADE	LOCALIDADE	VISÃO POSITIVA	VISÃO NEGATIVA
VIOLÊNCIA	ASSALTO, ASSASSINATO, ESTRATÉGIAS DE COMBATE	7	SMB, CLD, DF, BRZ	++	+++++
ABUSO SEXUAL					
TURISMO SEXUAL	A IMAGEM DO BRASIL NO MUNDO	2	DF		++
PROSTITUIÇÃO INFANTIL					
TRABALHO INFANTIL	PREOCUPAÇÃO NACIONAL GUIAS TURÍSTICOS	3	DF	++	+
POLÍTICAS PÚBLICAS	ATENDIMENTO, NEGLIGÊNCIA, MORTALIDADE, SEGURANÇA	8	NBA, SSE, DF, BRZ	+++	+++++
ATIVIDADES CULTURAIS	VISITA AO TEATRO NACIONAL	1	SSE	+	
CONQUISTA DE DIREITOS	GARANTIA PARA O ECA	3	BRZ	+++	
CRIANÇA E FAMÍLIA	ACIDENTE COM MENOR	1	CLD		+
OUTRAS	AÇÃO DOS SEM TERRA, ERRO NA FALA PRESIDENCIAL, AGRESSÃO A BEM PÚBLICO	3	BZL, CLD, BRZ		

3.3. OUTUBRO

CATEGORIA	TIPO	QUANTIDADE	LOCALIDADE	VISÃO POSITIVA	VISÃO NEGATIVA
VIOLÊNCIA	ASSASSINATO, TENTATIVA DE HOMICÍDIO	7	PNT, TGT, SBD, SMB, DF		+++++++
ABUSO SEXUAL	VÍTIMA DE ASSALTANTE	1	SBD		+
TURISMO SEXUAL					+
PROSTITUIÇÃO INFANTIL	CONSEQÜÊNCIA DA MISÉRIA	1	DF		+
TRABALHO INFANTIL					
POLÍTICAS PÚBLICAS	ATENDIMENTO, SEGURANÇA, PROCON	4	TGT, CLD, DF	++	++
ATIVIDADES CULTURAIS					
CONQUISTA DE DIREITOS	PRESENÇA DAS MÃES NO HOSPITAL	1	DF	+	
CRIANÇA E FAMÍLIA	ABANDONO PELA MÃE	1	ENT		+
OUTRAS	VOLUNTARIADO	2	GAM, PPI	++	

3.4. NOVEMBRO

CATEGORIA	TIPO	QUANTIDADE	LOCALIDADE	VISÃO POSITIVA	VISÃO NEGATIVA
VIOLÊNCIA	SUICÍDIO, ROUBO, ACIDENTE, ASSASSINATO	4	TGT, CLD, LSU		
ABUSO SEXUAL					
TURISMO SEXUAL					
PROSTITUIÇÃO INFANTIL					
TRABALHO INFANTIL	PROFISSIONALIZAÇÃO PELA PPL/DDF	1	DF		+
POLÍTICAS PÚBLICAS	BOLSA-ESCOLA, CIRURGIA ESPECIAL	2	DF,CLD		++
ATIVIDADES CULTURAIS	MEMÓRIA PRODIGIOSA, VISITA A FEIRAS DO LIVRO E DA CIÊNCIA	2	DF		++
CONQUISTA DE DIREITOS					
CRIANÇA E FAMÍLIA	ABANDONO PELA MÃE	1	CLD		
OUTRAS	VOLUNTARIADO SOCIAL	1	DF		+

Os grupos juvenis de classe média, quando agredem bens públicos e são flagrados, não costumam, salvo se inevitável, ser expostos e fotografados com o nível de detalhamento e de precisão semelhante ao recebido pelas populações que não são do Plano Piloto. É, sem lugar à dúvida, a lógica bipolar e maniqueísta – a do “nós” contra “eles” – que resulta, de maneira subliminar, reforçada, na medida em que vende a idéia de que (todas) as atitudes anti-sociais vêm de fora, deles, os mais pobres, periféricos, marginalizados e embrutecidos. Daí o volume de menções às cidades satélites e aos assentamentos subnormais, como eram denominados no passado recente.

Ceilândia recebeu mais menções no item violência do que na categoria políticas públicas e constitui a segunda localidade, com 8 referências, perdendo só para as remissões difusas ao Distrito Federal, com 14 alusões, nenhuma delas, entretanto, no item violência. As políticas públicas receberam 21 menções, 11 com a visão positiva e 9 com a visão negativa, ao passo que a violência mereceu 19 referências, 2 na visão positiva e 17 na visão negativa. Eis a diferença da situação captada nas categorias em confronto e como a carga energética da mensagem, com o difuso ou com o preciso, constrói a imagem de cada localidade.

LOCALIDADE	QUANTIDADE
BSB	14
BRZ	5
PPI	2
GAM	1
SBD	2
EST	1
PNT	3
CLD	8
ENT	2
SMB	3
NBA	1
LSU	1
PAR	1
BSH	1
TGT	4
SSE	2
BZL	1
TOTAL	52

A Estrutural e o Lago Sul empataram em menções, de 1 a 1, ambas no item violência. Só que na Estrutural houve um assassinato, e a matéria, que logo explicou não ser o primeiro homicídio de criança ali ocorrido, mereceu esta chamada: *Corpo de criança é achado no lixão da Estrutural*. São nexos frasais associados: *Morte, Lixão e Estrutural*. Já no Lago Sul houve um suicídio, o qual, em clima de consternação, recebeu distinta chamada: *Estudante se suicida no Lago Sul*. O pai da jovem declarou: “Essa geração está exposta à banalização da violência pela mídia”. São nexos frasais associados: *Mídia, Violência, Geração*. E o ato perdeu todo e qualquer componente individual, pois a geração é que representa o agente passivo da vitimização.

É esta a lógica poderosa que necessita ser enfrentada.

Todo o Distrito Federal é violento, a despeito dos indicadores evidenciarem quais as localidades onde os graus superiores de manifestação do fenômeno são registrados. Para o ano de 1995, o Instituto de Medicina Legal trabalhou com o referencial estatístico básico da existência de 1.760 pessoas sacrificadas pela violência, por meio de homicídios, acidentes de trânsito, outros acidentes e de suicídios, concluindo que, para cada 100 mil habitantes, 38,5 perecem vítimas de assassinato.

Eis o quadro:

NÚMEROS DA VIOLÊNCIA	
HOMICÍDIOS	655
ACIDENTES DE TRÂNSITO	728
OUTROS ACIDENTES	283
SUICÍDIOS	94
TOTAL	1.760
ENTORNO	
HOMICÍDIOS	114
ACIDENTES DE TRÂNSITO	97
TOTAL	211

Fonte: JBR, 14.03.1996. p. 09

Do total de vítimas (1.760 pessoas), 37% o foram de homicídios, 41% de acidentes de trânsito, 16,7 de outros acidentes e 5,3% de suicídios. Agrupados por similitude, homicídios e suicídios perfazem 42,3% e acidentes de trânsito e outros acidentes totalizam 57,7%. No Entorno, o que é um aspecto relevante, os homicídios, 114, preponderam sobre os acidentes de trânsito, 97, somando 211 sinistros. Quanto à dispersão dos 655 eventos fúnebres resultantes de homicídios, foi a seguinte a sua distribuição:

HOMICÍDIOS EM BRASÍLIA	
ASA SUL	51
ASA NORTE	28
CRUZEIRO	24
GUARÁ	11
LAGO NORTE	4
LAGO SUL E PARANOÁ	43
NÚCLEO BANDEIRANTE	14
TAGUATINGA	67
SOBRADINHO	33
GAMA	117
CEILÂNDIA	144
PLANALTINA	54
SAMAMBAIA	41

Fonte: JBR, 14.03.1996. p. 09

O total de episódios é de 631, restando uma diferença sem explicação, relativa aos números do Instituto de Medicina Legal, de 24 homicídios. Persistindo, entretanto, no raciocínio de que 655 foram os homicídios, a Ceilândia, sozinha, respondeu por 21,9% dos assassinatos, merecendo esta manchete: *Ceilândia é a cidade mais violenta do DF*. Registre-se que a Asa Sul e a Asa Norte estão apresentadas em separado, minimizando o volume da violência no Plano Piloto, cujo total, 79 crimes de morte, é superior aos 67 homicídios de Taguatinga, aos 54 de Planaltina, aos 41 de Samambaia, aos 33 de Sobradinho, aos 24 do Cruzeiro etc.

A estratégia da notícia coloca auréolas nos Lagos Sul e Norte, uma vez minimizada a presença da violência no Plano Piloto, com a sua divisão em Asas Sul e Norte. Daí decorre a ressalva ora expressa: “Posição de destaque ocupa o Lago Sul (10ª Delegacia), com 43 mortes. Ali são registradas as ocorrências do Paranoá e da Agrovila São Sebastião”. Ou seja, os culpados foram “eles” (os do Paranoá e da Agrovila São Sebastião), desde que “nós” (os

do Lago Sul) nunca, ou quase nunca, o somos. Rendilhar o Lago Norte, em complemento, fica fácil como água corrente: “O local mais tranqüilo de Brasília é o Lago Norte, com 4 assassinatos durante 1995”. Isto é, um crime de morte a cada trimestre, e o título de reino asséptico e diferenciado da mansidão...

Já a Ceilândia não merece matizes, senão os agravantes, como a matéria permite entrever: “A cidade mais violenta do DF é a Ceilândia. As duas Delegacias de Polícia (15ª e 19ª) registraram 144 assassinatos”. A sutileza negativa é a de que, no Lago Sul, há uma delegacia, ou seja, metade das existentes na Ceilândia. Os registros de ocorrência ali procedidos vêm de fora, da periferia, ao passo que a Ceilândia, que é, segundo o discurso do estabelecimento, um dos longínquos contornos do centro, possui o dobro de delegacias do Lago Sul, tem o saldo máximo de homicídios e – eis aqui o ponto nodal da sensível questão – só pode ter (o que sub-repticiamente termina sugerido) em si mesma matéria humana distinta da existente no Lago Norte, bem como no Lago Sul, vítima, este, como pode ser decodificado, do indesejável acesso do Paranoá e da Agrovila São Sebastião.

Matéria humana é gente. E a gente termina por ser o pretexto para a demarcação “de quem presta” (“nós”) e “de quem não presta (“eles”)”. Trata-se de objetiva construção e reprodução dos preconceitos sociais, os quais funcionam contra as retratadas classes populares, que recepcionam, muito mais do que emitem, discursos ideológicos. Quando as classes médias e superiores são as autoras materiais de fatos injurídicos em sua tipicidade, muito embora haja definição legal do delito, o tratamento é lacônico ao extremo: “O álcool foi apontado como o principal causador dos atropelamentos. Dos 129 atropelamentos, 70 foram por bebida”. É a versão amoral de duas dramáticas violências: a) o atropelamento de pedestres indefesos e b) acrescido de circunstância de que os motoristas estavam bêbados. O carro é transformado em arma desgovernada por quem, alcoolizado, retira a vida de outrem.

Quem atravessava as avenidas e foi atropelado de maneira fatal? Os moradores do Plano Piloto e dos Lagos Sul e Norte? Ou os residentes da Ceilândia, da Samambaia e de São Sebastião? Das 728 mortes registradas no trânsito, 46,5% resultaram de atropelamentos, isto é, 384 vítimas, 289 homens e 95 mulheres,

com 22,7% dos casos fatídicos incidindo sobre a faixa etária de 21 a 30 anos. O bom senso recomenda considerar que não é privilégio de ninguém, em particular, morrer atropelado. Estabelecido este porém, é razoável a inferência de que a arma do crime – o automóvel – não é acessível, no geral, às classes populares, permitindo o juízo hipotético de que os pedestres mortos não são das classes médias e superiores, os quais, ou dirigem, ou são dirigidos, deslocando-se mais em automóveis particulares. Logo, o silogismo permite a conclusão de que, em sua maioria, as vítimas pertencem às classes populares e os autores materiais às classes médias e superiores. Como a pirâmide de Pareto, economista e sociólogo italiano, considerado um dos fundadores da moderna ciência econômica, está invertida, há apenas o registro a seco do fato, sem comentários e sem preconceitos. Como seria, se fossem os prósperos as vítimas e os deserdados os bêbados do volante?

Para o jornal, o resto é silêncio...

5. Conclusão

A gramática do noticiário é mais a da violência do que a das políticas públicas. Quando estas aparecem, e o fazem bastante, em grande número estão vinculadas a crises e a carências, dividindo espaço, de maneira quase equivalente, com as ambicionadas conquistas sociais. Já a conquista de direitos, de raríssima menção, dificilmente aparece como direito construído e platonista, advindo à superfície mais como direito postulado, ou, pelo menos, como aquele espaço normativo conquistado, que existe, entretanto, ameaçado de retrocesso, a exemplo da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. A sinuosidade da lógica ora exposta é, em si mesma, reveladora.

Maquiavel dizia que os preconceitos possuem raízes mais profundas do que a verdade. O noticiário jornalístico no Distrito Federal, examinado entre agosto e novembro do ano de 1995, não escapa da proposição do fundador da ciência política moderna. Longe, bem longe de ser apenas preconceito contra a criança e o adolescente, não deixa de formatar a ressonância dos segmentos sociais mais bem estabelecidos, com as suas idiossincrasias, os seus estigmas e os seus preconceitos, devolvendo ao conjunto da sociedade global uma perspectiva, senão tendenciosa, pelo menos nada imparcial,

do angustiante problema. A já mencionada lógica maniqueísta impera – a do “nós” contra “eles” – com o centro construindo, estabelecendo e legitimando a sua visão e a sua versão da periferia, e atribuindo aos que estão fora do círculo, ao que vem deles, os mais pobres, ou mesmo miseráveis, marginalizados e embrutecidos, a quase exclusiva responsabilidade pelo cotidiano desumano, e seus cometimentos, em que subvive, de maneira ameaçadora para os estratos sociais mais bem instalados na ordem necessitada de mudança e de justiça sociais.

Em alguma medida, o noticiário dos jornais sobre a criança e os adolescentes cumpre uma função pedagógica ao contrário. Não de todo, é uma escola que alimenta o senso comum, sem que deixe nunca de conceder certo espaço àquilo que responde aos autênticos interesses da criança e do adolescente, em ambigüidade que termina por ser, a despeito da aparente contradição, salutar. É este o espaço no qual as organizações governamentais, não-governamentais e paritárias precisam trabalhar, estabelecendo o processo de construção de sua política de comunicação social. Devem, pois, criar fatos e, através da pressão social difusa, do incessante esforço de negociação e dos mecanismos de concertação política, divulgar versões elucidativas e pedagógicas para a sociedade global, relativas à criança e ao adolescente, nos jornais correntes, multiplicando neles, tanto quanto possível, o espaço crítico e alternativo.

Não é utópico? Claro que sim. As utopias são forças moventes da vida. O desafio está em saber engendrará-las de forma competente, conduzindo-as, de vez a vez, ao limite administrado de sua viabilidade. Só a mudança do noticiário não basta. Há de ser mudada a realidade da criança e do adolescente. Essa transformação, porém, exige uma nova consciência, que o noticiário presente nos jornais, em Brasília e no Brasil, auxilia a embargar. O efeito suspensivo da questão resulta da exigência de que políticas de comunicação social alternativas sejam determinadas competentemente, não ao lado e em paralelismo, mas dentro da mídia estabelecida, tornando-a, tanto quanto possível, permeável à defesa dos direitos da criança e do adolescente, independente do lugar social em que estejam. Nascerem da vitória sobre o conformismo e a desesperança, o combate aos preconceitos e o serviço à verdade.

As concessões e o mercado de capitais

JOÃO LAUDO DE CAMARGO

Um dos entraves para a manutenção do nosso crescimento sustentado é o déficit da infra-estrutura, um dos componentes do denominado “custo Brasil”, isto sem considerar os “gargalos setoriais”, que poderão se agravar a curto prazo. É dentro desse contexto que a concessão de obras e serviços públicos está sendo utilizada como mola mestra da nova fase econômica na qual entra o país.

O valor do déficit da infra-estrutura é substancial. Da Proposta de Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso constava a possibilidade de se mobilizar R\$ 100 bilhões para financiar o programa de investimento em infra-estrutura. Informações complementares ao Orçamento de Investimento de 1995 indicavam a necessidade de dispêndios da ordem de R\$ 72 bilhões nos próximos 4 ou 5 anos para conclusão de projetos relativos às programações somente voltadas para implantação da infra-estrutura (energia elétrica, transportes, comunicações, minas e metalurgia, petróleo e derivados) a cargo de empresas vinculadas aos Ministérios de Minas e Energia, Transporte e Comunicações. Este valor implica uma mobilização anual de recursos entre R\$ 15 a 18 bilhões, bem acima do disponível. Recentemente a *Gazeta Mercantil* informou serem necessários R\$ 75 bilhões para investir em telecomunicações até 2005.

A solução desse déficit importa no processo de desestatização, em pleno curso, através do qual permanecerão na administração pública apenas aqueles serviços correspondentes a atividade típica do Estado. Os demais deverão ser prestados pela iniciativa privada, por meio das concessões, ou seja, do sistema de parceria entre setor público e privado, tão bem analisado em recente obra de autoria dos Professores

Arnoldo e Alexandre Wald e Luiza Rangel de Moraes, intitulada *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*.

Por envolver valores substanciais, fora do alcance de recursos próprios dos seus patrocinadores, essa parceria se desenvolve, financeiramente, com a elaboração e implementação de complexas estruturas financeiras, denominadas *project finance*. Nessas, dois aspectos se destacam: (i) a carência necessária para o início de pagamento dos empréstimos, correspondente às fases de construção e implantação do projeto e (ii) a questão da viabilidade do negócio como forma de pagamento aos financiadores. Nessa linha, sendo o financiamento baseado na capacidade de pagamento demonstrada no fluxo de rendimentos projetado do empreendimento, configura-se perfeitamente plausível, na maioria das vezes, a estruturação da operação através do processo de securitização de receitas futuras. Mediante a utilização da sociedade de propósito único *special purpose company* – SPC –, separa-se o risco das denominadas empresas patrocinadoras do “risco-negócio”.

O *funding* desses projetos demanda, além de recursos próprios dos patrocinadores, uma diversificada composição das fontes de financiamento, envolvendo o sistema financeiro público e privado, bem como dos organismos internacionais. Em outras palavras, o *funding* tem origem na conjugação de fontes situadas, interna e externamente, tanto no mercado de crédito como no de capitais.

É na implementação do *project finance* que o mercado de capitais poderá colaborar, por meio da sua função econômica, como o instrumento que permite alocar, com eficiência, os recursos disponíveis (possuídos pelos agentes econômicos superavitários) em atividades que apresentem as melhores oportunidades de investimento.

O mercado de capitais brasileiro tem características bastante próprias. Inicialmente, é um mercado sofisticado com relação à qualidade dos serviços prestados e dos instrumentos por ele utilizados. O mercado à vista das bolsas de valores negocia, mensalmente, R\$ 300 milhões, havendo uma concentração, sem precedentes, em pouquíssimas ações, lideradas pela Telebrás, que hoje detém, aproximadamente, 6.096 do total das negociações.

A capitalização em bolsa das sociedades

abertas, chegando a cerca de 147 bilhões de dólares, representa quase 25% do PIB nacional, embora, em outros países, tenha alcançado índices bem superiores, como é o caso do Chile, Tailândia e Taiwan, na ordem de 100%. Contudo, durante muito tempo essa relação (valor de mercado/PIB) representou, no Brasil, índices próximos a 10%. Esse quadro indica o potencial do nosso mercado de capitais.

O pano de fundo desse cenário é a inexistência, no Brasil, de um mercado de crédito de longo prazo e uma tradição de o investidor ou poupador considerar os dividendos como uma alternativa de fonte de rendimentos. Ao mesmo tempo, as empresas concessionárias de serviços públicos estão entre as mais negociadas das bolsas em todos os países.

Com o sucesso do Plano Real, ou seja, com a estabilização monetária, com a queda das taxas de juros que se avizinha e a expectativa de que a reforma da previdência, ora em tramitação no Congresso Nacional, modifique o sistema da previdência complementar, permitindo a mobilização da poupança nacional privada para financiamento de longo prazo, temos a certeza de que o nosso mercado de capitais surgirá como alternativa segura e atrativa para os investidores, pequenos e grandes, nacionais ou estrangeiros, individuais ou institucionais. A queda da taxa de juros é fundamental, pois ninguém, em sã consciência, aplicará seus recursos em arriscados empréstimos de longo prazo, tendo disponível a opção de altas taxas de juros em papéis de curto prazo. É oportuno, no entanto, registrar já ter sido reduzida a taxa de juros em 50% de março de 1995 a abril de 1996.

Quanto ao investimento estrangeiro, já existem sinais de confiança no país. Espera-se que, proximamente, o Brasil venha a obter das empresas de *rating* notas compatíveis com as mudanças que estão sendo implementadas na nossa economia, de modo a viabilizar uma transferência mais acentuada de recursos estáveis dos investidores estrangeiros, especialmente os dos fundos de pensão. Essas instituições possuem características que perfeitamente compatibilizam os investimentos de longo prazo com as obrigações assumidas junto a sua clientela, os pensionistas investidores. Os fundos mútuos dos EUA canalizaram US\$ 13 bi para atuação no mercado internacional nos primeiros quatro meses do corrente ano, em comparação com os

US\$ 12 bi durante o ano de 1995, de acordo com dados publicados recentemente pela *Gazeta Mercantil*.

Dizem que a poupança interna é muito pequena. Prefiro, no entanto, ficar com a sensibilidade de Wilson Brumer, ex-presidente da Vale do Rio Doce e atual da Acesita, que entende não ser tal fato verdadeiro, havendo na realidade uma má administração da poupança existente. Essa colocação vem ao encontro de dado divulgado pelo Instituto de Engenharia de São Paulo e pelo Programa Brasileiro de Qualidade de que o desperdício nacional brasileiro anual atinge a cifra de R\$ 108 bilhões. De qualquer sorte, vale registrar que os Tigres Asiáticos têm taxas de poupança da ordem de 30 a 35% do PIB, enquanto a brasileira é, atualmente, de 15%, já tendo sido de 24% no final dos anos 60 e início dos 70. Segundo dados da Abrapp, o patrimônio dos fundos de previdência privada totalizam algo em torno de R\$ 57 bilhões, dos quais 35% estão aplicados em ações (29%) ou debêntures (6%).

Nesse quadro, o programa dos ADR se apresenta como uma boa alternativa de obtenção de recursos, já sendo utilizado por 34 companhias brasileiras, entre as quais 5 atuando no seguimento da prestação de serviços públicos (Eletrobrás, Telebrás, Cemig, Cesp e Celesc).

Com relação aos títulos emitidos pelas companhias, a emissão de ações não traz novidade alguma, exceto o destaque de que colocações que importem em valor significativo são realizadas através de ofertas globais. Merece ainda menção uma interessante opção utilizada pela Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG. Consta de seu estatuto social a previsão de que o Estado de Minas Gerais garante aos acionistas privados da Companhia dividendo de 6% ao ano, mesmo no caso de ausência de lucro.

Quanto aos demais valores mobiliários, o destaque é para as debêntures, devido à flexibilidade oferecida por esse título – podendo conjugar aplicações de renda fixa e variável –, permitindo, assim, a estruturação de uma infinidade de operações, com prazo de longa, curta ou mesmo duração indefinida, participação nos resultados da companhia ou no seu faturamento, conversibilidade em bens ou ações e ainda a estipulação de juros fixos e variáveis (estes, inclusive, relacionados com o produto comercializado pela emitente).

Um novo valor mobiliário está a caminho. Trata-se do Título de Participação em Receita de Serviço Público Concedido – TPR, cujo estudo está em fase de conclusão no BNDES, para então ser encaminhado, pelo Poder Executivo Federal, ao Congresso Nacional, como anteprojeto de lei. Fundamentalmente, o TPR permite a obtenção de recursos necessários à realização de determinada obra pública (construção, ampliação, recuperação ou melhoria de uma rodovia, por exemplo) ou à aquisição e montagem de determinado equipamento (usina elétrica), ou ainda à amortização de um financiamento contratado, em bases insatisfatórias, para a realização de um daqueles empreendimentos.

Em contrapartida, o TPR atribui ao seu titular o direito de participar, diretamente, da receita operacional bruta do empreendimento ou da atividade objeto da concessão, sendo certo que, em caso de insolvência, o novo concessionário recebe do poder concedente o direito de prestar aquele serviço público, porém com o ônus de que o faturamento do empreendimento está comprometido com os TPRs então emitidos. Em outras palavras, o TPR está vinculado a um empreendimento, um serviço público, e com ele se desloca, independentemente da pessoa jurídica que for a concessionária. Dessa forma, substitui-se o “risco-empresa” pelo “risco-negócio”, na medida em que o investidor é sócio do empreendimento e não sócio do concessionário. O TPR não é um título de participação acionária e nem de crédito, é um título de risco em que o investidor aposta no sucesso do empreendimento. É um título escritural a ser negociado no mercado de capitais.

Gostaria de destacar, para exemplificar a criatividade que se faz necessária no equacionamento da formação do *funding* para a execução de obras ou serviços públicos, o caso da Companhia Energética de São Paulo – CESP, que em 1992 emitiu Certificados a Termo de Energia, oriundos de um contrato mercantil de compra e venda a termo de energia elétrica, aplicando o produto da sua colocação na conclusão de obras – montagem de turbinas – de três hidroelétricas, atribuindo ao investidor a opção de resgatar seu crédito em moeda ou em energia elétrica. Esses certificados, por representarem uma mercadoria, uma *commodity*, foram oferecidos ao público por meio de Bolsa de Mercadorias e Futuros, permitindo a captação de cerca de R\$ 300 milhões.

Diversas têm sido as emissões de ações e debêntures por parte de companhias que exploram atividade relacionada com o serviço público: em 1994 foram emitidos títulos no valor aproximado de R\$ 1,9 bilhão; em 1995 R\$ 1,1 bilhão; e no corrente ano (até maio) R\$ 750 milhões, estando atualmente a ser examinada pela CVM uma emissão de debêntures conversíveis, com prazo de 5 anos, de emissão da COMGAS – Companhia de Gás de São Paulo, no montante de R\$ 50 milhões.

Com a execução do processo de privatização

e desestatização, espera-se que o mercado de capitais torne-se menos concentrado e mais pulverizado, ampliando-se os volumes e as quantidades de ações negociadas.

Cabe finalmente registrar, especialmente quando se visa obter recursos externos, a importância que desempenham as companhias classificadoras de risco. Recentemente, uma das mais tradicionais classificadoras atribuiu nota BB para o Brasil (investimento especulativo) e nota BB para seus títulos da dívida interna, um ponto abaixo do BBB, nível de investimento considerado seguro.

A reforma agrária e a usucapião *pro labore*

FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O movimento dos sem-terra. 3. Espécies de usucapião. 4. A usucapião pro labore na CF/88 e as terras devolutas. 5. Cabimento.

1. Introdução

O país vive, hoje, o tempo da reforma agrária. Os sem-terra se apresentam bem organizados e articulados, desfechando uma ação única e planejada em todo o território nacional para exigir a reforma agrária.

Inicialmente, as terras eram, na linguagem empregada pelos manifestantes, “ocupada”, e não invadidas, e logo depois desocupadas, quando o eventual titular recorria à justiça e dela obtinha o mandado de reintegração de posse. Desde o lamentável incidente em que muitos dos manifestantes foram mortos no Pará, o movimento tem recrudescido, já agora com comportamento diverso. Os ocupantes se negam a desocupar a área, sendo notória a declaração de um dos integrantes do movimento de que, se permanecessem parados, não conseguiriam nenhuma reforma agrária.

O governo, por sua vez, tem se movimentado. Criou o Ministério de Reforma Agrária. Conseguiu do Exército a doação de expressiva gleba de terra para permitir o aceleramento da reforma, com o assentamento de considerável quantidade de famílias, enquanto se obtém mudança na legislação, que permita tornar mais célere o processo de reforma agrária, anunciando-se que se pretende sumariá-lo, quando, na verdade, sumário já era. Além disso, busca-se criar dificuldades “para a concessão de liminares para a desocupação de terras invadidas”,

como tem sido divulgado pela imprensa.¹

Ressabe-se que o rito da desapropriação já é sumário, por caracterizar aquilo que Ovídio Baptista da Silva considera como uma das técnicas de sumarização, pois permite que o juiz decida em *cognição exauriente* a respeito da desapropriação.

É que tem como lide a questão exclusiva do justo preço garantido constitucionalmente, mas se veda que ele investigue e decida, por exemplo, a respeito de o decreto desapropriatório ser nulo.²

Em respeito à criação de obstáculos ou dificuldades para a concessão das liminares, como noticiado, parece-me que tal postura não se compadece com a visão moderna que busca a agilização da prestação jurisdicional, em cuja esteira foi introduzida entre nós, recentemente, a antecipação da tutela, cabível nas ações de conhecimento, estendendo-se uma técnica que nasceu desde o direito romano clássico com as *interdicta*³ e era admitida apenas nas ações que tivessem por objeto a posse ou a propriedade. Curiosamente, busca-se proibi-la exatamente nas ações com que se pede a proteção jurisdicional para a posse.

À primeira vista, parece-me que a pretendida modificação – com a criação de dificuldades para a concessão de liminares – agride a garantia mesma da tutela jurisdicional prevista no art. 5º, XXV, da CF/88. Não se trata de limitar-se a mera concessão da liminar, objeto da chamada *cognição superficial*, mas dificultar-se ou criar obstáculos à própria antecipação da tutela jurisdicional, objeto de uma cognição sumária.

Tenho que tal modificação ganha laivos de inconstitucionalidade, pois poderá, com o propósito de apenas criar obstáculos à concessão de liminares, terminar por suprimir a própria prestação jurisdicional, o que agride o § 4º, IV, do art. 60 do atual texto constitucional, sobretudo por corresponder à própria supressão da tutela jurisdicional.

Esses fatos, conhecidos por todos, são

¹ A notícia foi divulgada pelas Agências de Notícias. Nós lemos a nota “Rito Sumário para Reforma Agrária sairá de Consenso”, no jornal *Gazeta de Alagoas*, 26 maio 1996. Caderno A, p. 15.

² *Procedimentos Especiais* (Exegese do CPC - arts. 890 a 981), AIDE Ed., 1989. p. 46.

³ Friede Reis. In: *REFORMA do Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1995. p. 172.

mencionados apenas à guisa de introdução, para a análise sucinta do tema objeto dessa abordagem: a reforma agrária e a usucapião *pro labore*.

2. O movimento dos sem-terra

Tem-se observado que o movimento dos sem-terra não admite que esteja invadindo as propriedades, mas sim “ocupando-as”, como teimam em denominar o ato pelo qual se investem na posse da área que desejam distribuída posteriormente pela reforma agrária.

Por que ocupação e não invasão?

Porque os integrantes do movimento estão atentos para o fato de que, quando se invade uma gleba, está-se praticando violência contra a posse do titular, que autoriza a correção através das ações possessórias, com a imediata expedição do mandado de reintegração de posse.

Mas, com a alegada “ocupação”, quer-se argumentar que não havia posse, pois a coisa se encontrava abandonada, constituindo o que o direito denomina de *res delerictae*. A ocupação é uma forma de aquisição de propriedade originária que se reconhece em respeito às coisas que nunca tiveram dono, denominadas *res nullius*, e às que tiveram, mas foram por este abandonadas, ou *res delerictae*.

Os proprietários, contudo, defendem-se alegando que se encontram na efetiva posse dos imóveis e recorrem à justiça para que se lhes reconheçam o direito constitucionalmente garantido da propriedade, que se encontra protegido pelo direito, de modo a autorizar a expedição de liminar, garantindo-lhes a imediata reintegração da posse esbulhada, ou seja, perdida através de violência.

Importante destacar que, como a propriedade é constitucionalmente garantida, o juiz é obrigado a conceder a liminar, desde que comprovados os requisitos de lei, por constituir um direito do possuidor que alega haver sido turbado ou esbulhado na posse, na forma do art. 926 do CPC, não me parecendo que o problema seja resolvido com a simples mudança do dispositivo legal, para dificultar-se a concessão da liminar, sem preocupar-se com enfrentar a questão social que provoca essas invasões ou ocupações.

3. Espécies de usucapião

A usucapião é, na análise da doutrina

majoritária, uma aquisição originária da propriedade. Constitui, na feliz expressão de Gans, qual transcrita por Adroaldo Furtado Fabrício, “uma propriedade que começa, sem se haver ainda consumado”⁴, ou, como refere Maria Helena Diniz:

“um modo de aquisição da propriedade e de outros direitos reais (usufruto, uso, habitação, enfiteuse – RT 538:278, 598:181, 527:84, 550:174, 596:58; RTJ 69:528, servidões prediais – RT 588:189), pela posse prolongada da coisa, com a observância dos requisitos legais. É uma aquisição de domínio pela posse prolongada, como prefere dizer Clóvis Bevilacqua”⁵.

Embora houvesse divergência na doutrina, hoje parece assente que não se trata de mera prescrição aquisitiva, entendimento que tem contribuído para firmar-se o convencimento de que se trata de modo originário de aquisição de propriedade.

O usucapiente não adquire o bem usufruindo do outro proprietário, que o teria perdido pelo não-uso e, portanto, a propriedade lhe teria prescrito. Não há essa transferência de um titular para outro. Como demonstrou Orlando Gomes, embora a prescrição e usucapião sejam institutos que se aproximam, resultando ambas do decurso do tempo, diferenciam-se em muitos aspectos.⁶

Esse instituto apresenta notável função social ao permitir que se acabe com a incerteza da propriedade, assegurando a paz social pelo reconhecimento desse direito em relação àquela pessoa que de longa data é o seu possuidor, nos casos juridicamente possíveis, como o atesta Pinto Ferreira,⁷ razão pela qual entendo ser importante chamar a atenção a seu respeito, nos tempos atuais.

⁴ COMENTÁRIOS ao CPC. Rio de Janeiro : Forense, 1980. V. 8, t. 3, p. 640.

⁵ DINIZ, Maria Helena. In: CURSO de Direito Civil Brasileiro. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1991. V. 4: Direito das coisas, p. 121, com referência a Caio M. S. Pereira, p. 128-9; Orlando Gomes, p. 159; Clóvis, observação ao art. 550, Súmula nº 13 do extinto TFR; RJTJSP, 42:131, 69:215; RT 537:172, 546:85, 577:81, 548:189, 583:242, 526:74, 591:81 e 216.

⁶ DIREITOS Reais. Rio-São Paulo : Forense, 1973. p. 153/154.

⁷ Verbete “Usucapião I”, In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. V. 76, p. 149.

A usucapião se apresenta em três espécies, extraordinária, ordinária e especial, esta última compreendendo a usucapião urbana, criada pela atual Constituição, e a rural, sendo esta última a que nos interessa mais de perto nessa abordagem, pois se trata da usucapião também denominada *usucapião por labore, por deserto ou constitucional*, introduzida entre nós pela Constituição de 1934, também recepcionada na Constituição de 1937 e na de 1946. Posteriormente, foi editado o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30.11.1964), com farta regulamentação.

O Decreto-lei nº 1.989/82 estabelecia, no art. 89, que essa usucapião especial somente se aplicava a prédio rústico, isto é, ao imóvel rural destinado à pecuária, agricultura etc., tendo se acentuado que “a finalidade do constituinte de 46 foi fixar o homem no campo, seja ele brasileiro ou não, para explorar terras abandonadas”. Com a Emenda de 1969, incluiu-se o art. 171, em que se estabeleceu que a lei federal disporia sobre a aquisição de glebas pela posse, até cem hectares, de terras públicas por aqueles que a tornassem produtivas com o seu trabalho e o de sua família.

A partir daí, Tito Fulgêncio entendeu que o instituto não mais fazia parte da previsão constitucional, passando a regular-se, unicamente, pelo Estatuto da Terra. Dele dissentiu, no entanto, Maria Helena Diniz, por entender, com melhor razão, que tinha havido apenas uma reformulação desse tipo de usucapião.

Ainda durante a vigência dessa Constituição, editou-se a Lei nº 6.969/81, que viria a dissipar qualquer dúvida a respeito ao estabelecer normas para a aquisição, por usucapião especial, de imóvel rural possuído por cinco anos ininterruptos, independente de justo título e boa-fé, desde que fossem atendidos os seguintes requisitos: a) o imóvel não excedesse a 25 hectares, correspondendo a um módulo rural; b) o possuidor não fosse proprietário rural ou urbano; c) houvesse sentença declaratória para servir de título para a transcrição do registro.⁸

4. A usucapião “pro labore” na CF/88 e as terras devolutas

O novo texto constitucional se refere à usucapião *pro labore*, no art. 191, traçando-lhe nova disciplina, pois, numa interpretação

⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 130/131.

sistêmica, somente se admite que o brasileiro possa usucapir em razão da regra do art. 198. Além disso, como é reconhecido pela maioria dos autores, deixou de ser admitida essa espécie de usucapião em respeito às terras devolutas, em razão da expressa vedação do parágrafo único do art. 191.⁹

Em recente curso de especialização em direito processual civil realizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Alagoas, o assunto foi debatido com os participantes, quando se chegou a uma conclusão diversa da defendida por esses autores.

Apurou-se que as terras devolutas são um resíduo da colonização portuguesa, a partir da adoção do sistema de capitânicas hereditárias, quando todas as terras da colônia recém-descoberta pertenciam a Portugal. Nessa época, reconhecia-se que os donatários (titulares das capitânicas) podiam transferir levas de terras para particulares, em regime de sesmarias, que tinham a natureza de uma enfiteuse (ou direito real sobre a coisa alheia), de modo a permitir-se dois proprietários sobre a mesma coisa: um titular do domínio útil (o que trabalha a terra) e um titular do domínio eminente (o proprietário originário).

Os colonos se comprometiam a demarcar e a cultivar a terra e a pagar uma renda calculada sobre os frutos produzidos pela propriedade, sob pena de as terras retornarem ao domínio do poder público, quando ocorreria a chamada comisso. Como havia fracassado esse sistema, resolveu Portugal suspendê-lo, em 1822, embora deixasse de regulamentar a questão agrária, o que provocou uma série de ocupações, quando a posse se legitimava pelo cultivo e a moradia, favorecendo-se os pequenos produtores, ao contrário do que ocorria com o regime das sesmarias.

A fim de regular essa situação, editou-se a Lei nº 601, de 18.9.1850, com o propósito manifesto de legitimar as posses que apresentassem os requisitos de moradia e cultivo da terra, revalidando-se, inclusive, as sesmarias que tivessem caído em comisso, desde que se verificassem os mesmos requisitos. O art. 2º desta lei, no entanto, proibia o apossamento de novas terras, tipificando crime e denominando delinqüente aquele que se apossasse de terras públicas.

⁹ Afirmando essa proibição, entre outros, Maria Helena Diniz, op. cit., p. 132 e João Bosco Medeiros de Sousa. In: DIREITO Agrário: lições básicas. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 854.

Foi essa lei, também, que pela primeira vez utilizou a expressão terras devolutas, para o que adotou, no art. 3º, um critério residual para defini-las: não as seriam as que houvessem sido utilizadas pelo poder público, as que fossem objeto de sesmarias legítimas ou revalidadas pela própria lei e as que não fossem objeto de posse legítima (à data da edição da lei); e, portanto, todas as demais eram devolutas. Ou seja, consideravam-se como devolvidas ao poder público que poderia, na forma do art. 10 da mesma lei, proceder-lhes a discriminação para vendê-las ou doá-las.

Com a Constituição de 1934, como já se disse, introduziu-se a usucapião *pro labore*, também recepcionada pelas Constituições de 1937 e de 1946, e, mesmo depois de 1964, quando se editou o Estatuto da Terra, permitia-se, nos artigos 96 e 99, não obstante algumas opiniões contrárias, a possibilidade de usucapião *pro labore* sobre terras devolutas federais, questão definitivamente superada com o advento da Lei nº 6.969/81.

5. Cabimento

As terras devolutas são consideradas como espécies de bens públicos, identificadas como integrantes dos bens dominicais ou dominiais, a que se refere o art. 66, III, do Código Civil e, por isso, não seriam suscetíveis de serem usucapidas.

No trabalho desenvolvido pelas equipes do curso de Especialização em Processo, que ministramos na Faculdade de Direito alagoana, chegou-se a conclusão diversa.

Partiu-se da constatação de que as terras devolutas não se caracterizavam como bens públicos propriamente ditos, pois, muito embora a doutrina as considere como espécies de bens dominicais, ou seja, de bens sobre os quais os entes públicos União, Estado (Distrito Federal), Municípios e autarquias, (e, em alguns casos, até os entes paraestatais) exercem o direito de propriedade ou de domínio, na verdade, revelam, no particular, uma dubiedade de situação, que caracteriza uma disponibilidade iminente, diversa da disponibilidade própria dos bens dominiais.

Como destacou, com correção, João Bosco Medeiros de Souza, essas terras constituem um patrimônio fundiário devoluto, existente ao lado do patrimônio fundiário próprio, integram o patrimônio fundiário público. Caracterizam-se,

porém, por serem formadas por bens ainda não registrados, nem ocupados pelo poder público. A terra devoluta, para ingressar no patrimônio próprio do Estado, necessita de ser por ele arrecadada, através de um processo de discriminação, estabelecido desde a Lei nº 601/1850.¹⁰

Sobre essas terras, vige uma disciplina bem definida por Pontes de Miranda, quando observou, com a costumeira precisão:

“A concepção de que ao príncipe toca o que, no território, não pertence a outrem, particular ou entidade de direito público, é concepção superada. As terras ou são dos particulares ou do Estado, ou *nullius*. Nem todas as terras que deixam de ser de pessoas físicas ou jurídicas se devolvem ao Estado. Ao Estado vai o que foi abandonado, no sentido do art. 589, III, do CC. Ao Estado foi o que, segundo as legislações anteriores ao CC, ao Estado se devolvia. A expressão devolutas, acompanhando terras, a este fato se refere. O que não foi devolvido não é devoluto. Pertence a particular, ou ao Estado ou a ninguém pertence”.¹¹

Em conseqüência, ainda que se considerem bens públicos, nenhum ente público exerce sobre essas terras uma posse. A posse, como se sabe, constitui um poder fático que se exerce sobre a coisa, correspondente ao poder de se sentar sobre o objeto possuído (o vocábulo vem do latim *post sedere* = poder sentar).

Ora, sequer se sabe exatamente quais são essas terras, que se encontram dispersas e desprovidas de registro. Na verdade, do ponto de vista jurídico, elas constituem quase uma ficção, dada a existência de mera suposição de que são devolutas. Logo, deve-se concluir que, para serem consideradas bens públicos e se invocar essa condição como obstáculo à aquisição por usucapião, devem ser objeto de um processo de discriminação, na forma estabelecida mais recentemente pela Lei nº 6.383/76.

A afirmação de que esta veda a usucapião *pro labore* em respeito às terras devolutas me parece fruto de uma interpretação literal, reveladora do comodismo que se instalou entre nós e que em nada aproveita aos juristas que a

formulam. Afirma-se, por exemplo, que o atual texto constitucional, embora a houvesse acolhido para os imóveis rurais, limitou sua incidência aos bens particulares, em face do parágrafo único do art. 191.¹²

Creio que tal conclusão não se compadece com uma interpretação histórica, teleológica ou sistêmica, e muito menos com a interpretação que leve em consideração a lógica do razoável.

Pela primeira, a afirmação briga com a orientação legislativa traçada desde a época em que se pensou colonizar o país, quando estava assente que a terra constitui o elemento principal da evolução, do progresso e da pacificação social, que resulta da análise mesma da Lei nº 601/1850 e dos textos constitucionais posteriores, notadamente o de 1934, que a criou, e o de 1937, nada obstante o regime ditatorial. Finalmente, deve-se levar em consideração a Lei nº 601/1891, que a disciplinou e cujas linhas básicas ainda se encontram em vigor.

Sob o ponto de vista da interpretação finalística, não me parece que a vedação do parágrafo único do art. 191 do atual texto constitucional tenha incidência em respeito às terras devolutas, pois não se pode conceber que somente se aplique essa usucapião em respeito aos particulares, permitindo-se que o Estado continue como proprietário de considerável quantidade de terras sem destinação alguma, pois até as desconhece por não as haver discriminado ainda, quando é ele o responsável pela paz pública e pela ordem social.

Não se pode conceber, em face da exigência constitucional de que a propriedade tenha que cumprir a função social (art. 5º, XXIII), que o Estado proíba que se adquiram terras devolutas – que sequer sabe quais sejam – por quem as tornou produtivas e nelas fixou moradia, sem desatender o interesse público.

Não me parece razoável, por fim, que o Estado possa exigir dos outros exatamente aquilo que proíbe contra si mesmo. Entendo que a vedação constante do multicitado dispositivo constitucional não tem incidência sobre as terras devolutas, ficando restrita às outras espécies de bens públicos arrolados no art. 66, I e II, do Código Civil.

¹⁰ Op. cit., p. 40.

¹¹ TRATADO de Direito Privado. São Paulo : Borsó, 1973. T. 12, p. 44.

¹² Como refere Sílvio Rodrigues, em nota de pé da p. 142. Cf. DIREITO Civil. 25. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. V. 1: parte geral.

5. Conclusões

De tudo o sumariamente exposto, entendo que é possível a usucapião de terras devolutas desde que atendidos os requisitos constitucionais e legais, não se aplicando a elas a proibição constante do parágrafo único do art. 191 ou do § 3º do art. 183, pois essas terras se encontram apenas potencialmente no patrimônio público e integram, como demonstrou João Bosco

Medeiros de Souza,¹³ um patrimônio fundiário devoluto, que exige, para o definitivo ingresso dessas terras, serem discriminadas e arrecadadas pelo Estado.

Creio que, nos duros tempos em que vivemos, bem se poderia pensar e agilizar-se essa discriminação, com o propósito salutar de identificar essas terras e distribuí-las no processo de reforma agrária que sempre foi necessária e que agora se torna irreversível.

¹³ Op. cit., p. 40.

Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a experiência européia

JÜRGEN SAMTLEBEN

SUMÁRIO

1. Aplicação direta do direito comunitário. 1.1. Ações perante a Corte da Comunidade Européia. 1.2. A situação no Mercosul. 2. Interpretação do direito comunitário. 2.1. A Corte das Comunidades Européias e a interpretação prejudicial. 2.2. A situação no Mercosul. 3. Direito comunitário e direito constitucional. 4. Perspectivas para o Mercosul.

Quando os presidentes das Cortes Supremas dos países do Cone Sul se reuniram pela primeira vez, em agosto de 1991, na cidade de Buenos Aires, formularam eles a seguinte recomendação:

“que a futura complementação do Tratado de Assunção estabeleça um sistema institucional, que permita o desenvolvimento das políticas econômicas de integração sob uma ordem normativa, que garanta a segurança jurídica e a aplicação uniforme do direito comunitário por um tribunal independente”¹.

Para chegar a esta conclusão, os presidentes tomaram em consideração, entre outros, o exemplo da Comunidade Econômica Européia com a sua Corte de Justiça. Eis aqui a parte da sua declaração final que se refere a este aspecto jurídico da integração:

“Como tem sido notório nas diferentes experiências de integração que se conhecem, os aspectos normativos e jurisdicionais têm uma importância significativa. Os procedimentos de criação do chamado direito comunitário

Jürgen Samtleben é Doutor em Direito pela Universidade de Hamburgo. Titular do Departamento da América Latina do Max Planck Institut Für Ausländisches und Internacionale Privatrecht de Hamburgo.

Conferência apresentada durante o III Ciclo de Estudos de Direito Econômico em Montevideu.

¹ Traduzido do espanhol; v. integración latino-americana 171-172 (1991), p. 124.

derivado, e a relação deste tanto com o direito originário de raiz convencional como com o direito próprio de cada país-membro; as questões atinentes à relação dos órgãos comunitários entre si e destes com os Estados-Partes; os problemas relativos à competência, estrutura e funcionamento dos órgãos supranacionais de solução de conflitos e às vias processuais aptas para motivar sua intervenção configuram um cúmulo de temas inafastáveis naqueles organismos de integração fortemente institucionalizados, como é o caso da Comunidade Econômica Européia.”²

Seguindo essa ordem de idéias, a minha conferência de hoje terá uma dupla finalidade: explicar como funciona o sistema judicial na Comunidade Européia e examinar de que maneira, e até que ponto, pode ser adaptado aos moldes do Mercosul. Para isso, dividi a minha exposição em três partes. Primeiro vou falar sobre a aplicação direta do direito comunitário pelo Tribunal de Luxemburgo, depois sobre o monopólio do tribunal para a interpretação das normas comunitárias e, finalmente, sobre os problemas constitucionais. Para ampliar o quadro da discussão, vou incluir também alguns exemplos da prática do Tribunal Andino³.

1. Aplicação direta do direito comunitário

Para explicar o sistema judicial da Comunidade Européia, temos que partir de uma idéia fundamental que é crucial para entender o papel da Corte de Luxemburgo. É preciso recordar que os tratados que criaram a Comunidade Européia não têm a sua base no direito internacional público, senão constituíram um novo sistema jurídico, que é o direito comunitário. Por isso, no âmbito da Comunidade não valem as regras tradicionais do direito internacional público em relação aos tratados. Um Estado-Membro que se ache prejudicado porque um outro Estado-Membro não cumpre com as suas obrigações, não pode recorrer ao comprovado meio da retorsão para deixar de cumprir os seus

próprios compromissos⁴. O único meio que lhe resta para exigir o cumprimento do tratado é a via judicial. O mesmo vale para os conflitos entre os Estados-Membros e os órgãos da Comunidade que só podem ser solucionados definitivamente em termos jurídicos por um órgão jurisdicional.

1.1. Ações perante a Corte da Comunidade Européia

Para este fim, os tratados da Comunidade Européia criaram um sistema equilibrado de ações que são da competência exclusiva da Corte Européia. No total, podemos distinguir cinco tipos de ações:

a) *Ação de violação do tratado*

Um Estado-Membro cujos atos estão em contradição com alguma norma do direito comunitário europeu corre o risco de ser acionado perante a Corte Européia por violação do tratado. Conforme o art. 169 do tratado, a legitimação para este tipo de ação corresponde, em primeiro lugar, à Comissão das Comunidades Européias. Antes de mover a ação, ela tem que oferecer ao Estado-Membro a oportunidade de explicar ou mudar a sua atitude. Mas, se esta tentativa não resultar satisfatória, a Comissão pode se dirigir à Corte Européia para que o Estado-Membro seja declarado infrator do tratado. Por exemplo, quando a Itália tentou recolher um taxa especial de exportação para objetos de arte ou arqueológicos, essa atitude deu motivo para uma ação perante a Corte, que, na sua sentença final, declarou que a Itália estava violando as regras do tratado⁵.

Na maioria dos casos – e são muitos –, uma sentença desse tipo é suficiente para que o Estado vencido se conforme com a decisão do tribunal e retire as medidas incriminadas. Mas o que ocorre se ele insistir na sua posição e continuar violando o direito comunitário? O tratado da Comunidade Européia, respeitando a soberania dos Estados-Membros, antes não tinha previsto meios de execução contra o Estado renitente. Assim, precisamente no caso mencionado, quatro anos depois da sentença do tribunal, as autoridades italianas continuavam recolhendo a taxa obsoleta. Então, a Comissão intentou uma nova ação em

² *Ibid.*, p. 123.

³ SAMTLEBEN, MARWEGE. Integración económica y derechos de propiedad industrial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. *Revista del Derecho Industrial*, n. 15, p. 429-466, 1993.

⁴ Corte da Justiça da CEE, Processo 52/75 (Comissão vs. Itália), Rec. 1976, p. 277; Processo 325/82 (Comissão vs. Alemanha), Rec. 1984, p. 777.

⁵ Processo 7/68 (Comissão vs. Itália), Rec. 1968, p. 617.

Luxemburgo, alegando agora que a Itália estava violando o tratado por não respeitar a sentença do tribunal. Ainda durante o curso deste processo, o governo italiano, por decreto-lei, levantou a taxa que deu origem a este conflito⁶. Com a reforma da Comunidade Européia pelo Tratado de Maastricht, o tribunal tem agora a competência de impor uma multa cominatória aos Estados que não cumprem as suas sentenças – uma modalidade de execução que até hoje não precisava ser experimentada.

Além da Comissão, também os próprios Estados-Membros têm a legitimação ativa para intentar uma ação de violação do tratado contra outro Estado-Membro. Mas, como mostra a experiência, os Estados, em geral, são muito hesitantes em valer-se dessa faculdade, porque temem que, do mesmo jeito, possam, vice-versa, ser alvo de uma ação desse tipo. Isso corresponde à experiência no Pacto Andino, onde até se fala de um “pacto de caballeros” entre os Estados-Partes para abster-se de processos contenciosos entre eles perante o Tribunal Andino⁷. Na Comunidade Européia, o art. 170 do tratado exige que um Estado que pretenda demandar outro Estado-Membro primeiro informe à Comissão a sua intenção. Nos poucos casos em que um dos Estados-Membros iniciou esse procedimento, a Comissão desempenhou um papel mediador e quase sempre encontrou uma solução amigável. Assim, houve um único caso que chegou a ser decidido pela Corte Européia – uma ação entre França e Grã-Bretanha sobre assuntos de pesca no Mar do Norte, em que a França finalmente conseguiu a declaração do tribunal de que a Grã-Bretanha havia violado as normas do direito comunitário⁸.

b) Ação de nulidade

O segundo tipo de ação que joga um papel muito importante na jurisprudência comunitária é a ação de nulidade. Enquanto nos casos antes mencionados a parte demandada era um Estado-Membro, a ação de nulidade se dirige contra um órgão da comunidade. Conforme os arts. 173 e seg. do tratado, cabe à Corte Européia declarar a nulidade dos atos emitidos por um órgão comunitário, se no caso concreto o

órgão não era competente, omitiu formas essenciais, violou o direito europeu ou excedeu a sua margem de discricção.

Para explicar melhor o mecanismo desta ação, quero mencionar aqui um caso recente, o famoso “Caso das Bananas”, em que a República Federal da Alemanha combateu um regulamento emanado do Conselho da União Européia. Desde a fundação da Comunidade Européia, a Alemanha gozou do privilégio de poder livremente importar bananas de terceiros Estados, sem observância da tarifa externa comum. Isso mudou no ano de 1993 com um regulamento do Conselho, que criou uma nova estrutura para o mercado de bananas; no seio do Conselho, junto com Bélgica e Holanda, a Alemanha perdeu a votação. Conforme este regulamento vigente, a importação de bananas de terceiros Estados seria limitada a certas quotas e sujeita a uma tarifa externa especial. Para abreviar a história, dezoito meses mais tarde a Alemanha perdeu também sua causa em Luxemburgo, onde havia reclamado a nulidade da atuação do Conselho, alegando vícios de forma e de fundo. A sentença negativa da Corte Européia⁹ foi muito discutida na Alemanha e teve ainda um epílogo na jurisprudência dos tribunais alemães e da própria Corte Européia¹⁰ – mas isso seria objeto de uma outra conferência.

A legitimação ativa para esta ação de nulidade cabe também aos próprios órgãos da comunidade – existem casos em que a Comissão conseguiu a declaração de nulidade dos atos do Conselho¹¹ – e, além disso, aos particulares, como pessoas físicas ou jurídicas. Por essa via, eles podem combater os atos dos órgãos da comunidade que estão dirigidos diretamente contra eles – como, por exemplo, nas áreas de *antidumping* ou do direito de concorrência. Mas também um regulamento geral, cujos efeitos os atingem concretamente, pode dar motivo para uma ação de particulares perante a Corte. Assim, quando a Assembléia Européia, nas vésperas das suas primeiras eleições diretas, emitiu uma resolução que continha regras

⁹ Processo C-280/93 (Alemanha vs. Conselho), Rec. 1994-I, p. 4973.

¹⁰ Vários destes julgados se encontram publicados e comentados. In: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, p. 37-42, 49-61, 1996.

¹¹ BROWN, KENNEDY. *The Court of Justice of the European Communities*. 4. ed. London, 1994. p. 130-132.

⁶ Processo 48/71 (Comissão v. Itália), Rec. 1972, p. 529.

⁷ SAMTLEBEN, MARWEGE, *op. cit.* p. 439, nota 3.

⁸ Processo 141/78 (França vs. Reino Unido), Rec. 1979, p. 2923.

gerais para a distribuição de fundos entre os partidos concorrentes para a sua campanha eleitoral, os “Verdes” franceses como partido novo se sentiram prejudicados com essa resolução – que então, a pedido deles, foi declarada nula pela Corte Européia¹².

c) Outras ações

Como corolário da ação de nulidade, existe a chamada ação de inatividade que pressupõe que um órgão da Comunidade deixe de cumprir uma obrigação específica, apesar de ser expressamente solicitado a fazê-lo (art. 175 do tratado). Na jurisprudência da Corte Européia, essa ação não tem muita importância porque é considerada subsidiária. Se, por exemplo, o órgão negou-se a proceder na forma solicitada, esta negação já é considerada um ato que pode ser objeto de uma ação de nulidade¹³. Assim, restam poucos casos – os casos de mero silêncio – nos quais a ação de inatividade seja admissível.

Cabe uma outra ação, a ação de perdas e danos, quando os órgãos da Comunidade ou os seus funcionários causarem um dano que exige indenização conforme os princípios gerais do direito vigente nos Estados-Membros (arts. 178 e 215 do tratado). Os pressupostos dessa ação são muito controvertidos e a Corte Européia é muito cautelosa com os fatos que justifiquem uma condenação. Só em raros casos essa ação prosperou, dos quais o mais espetacular é o “Caso Adams”¹⁴. Este senhor, que trabalhou para uma empresa suíça, foi informante da Comissão de Bruxelas sobre certas práticas de uma filial francesa que violaram as regras de concorrência no mercado comum. No curso das suas investigações, os funcionários da Comissão, por negligência, deixaram entrever a identidade do informante que, então na Suíça, foi condenado a prisão por revelação de segredos industriais e sofreu muito prejuízo. Com a sua ação em Luxemburgo, ele conseguiu ao menos uma recompensa econômica por tanta desgraça.

Finalmente, a Corte Européia também é competente para as ações trabalhistas dos funcionários da Comunidade (art. 179 do tratado) – uma competência que, no ano 1988,

¹² Processo 294/83 (Os Verdes vs. Assembléia), Rec. 1986, p. 1339.

¹³ Processo 44/81 (Alemanha vs. Comissão), Rec. 1982, p. 1855.

¹⁴ Processo 145/83 (Adams vs. Comissão), Rec. 1985, p. 3539.

foi transferida ao recém-criado Tribunal de Primeira Instância¹⁵.

1.2. A situação no Mercosul

Podem estas experiências servir de modelo para o Mercosul? No Tratado de Assunção, estava previsto um “Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum” a ser adotado antes do fim do período de transição¹⁶. Até hoje, porém, continua em vigor o Protocolo de Brasília que implica a solução de controvérsias por um Tribunal Arbitral *ad hoc*¹⁷. Mas este mecanismo deve ser revisado, segundo reza o Protocolo de Ouro Preto, ainda “antes de culminar o processo de convergência da tarifa externa comum,... com vista à adoção do sistema permanente”, de que fala o Tratado de Assunção¹⁸. Será de esperar que este sistema futuro de solução de controvérsias siga o exemplo da Corte das Comunidades Européias? Creio que não – porque as diferenças entre ambos os blocos econômicos são muito grandes.

A maior diferença reside na estrutura institucional atual do Mercosul e na falta de um órgão independente, porque todos os órgãos com capacidade decisória são de natureza intergovernamental¹⁹. Não basta adotar o sistema utilizado de ações, como foi elaborado para o Mercado Comum europeu, se não existe um órgão autônomo para aplicá-lo. Vimos como, perante a Corte Européia, o principal promotor da ação de violação do tratado é a Comissão de Bruxelas. No Mercosul, é difícil imaginar um órgão mover uma ação deste tipo contra um Estado infrator do direito comunitário, já que as decisões dos órgãos se tomam por consenso de todos os Estados-Partes²⁰. De outro lado, para os Estados-Partes, não há necessidade de defender-se contra as decisões

¹⁵ VILAÇA. A Reforma do sistema jurisdicional comunitário : a criação do tribunal de primeira instância das comunidades européias. In: Hoffen auf Wandel – wirtschaftsrechtliche Entwicklungen in Brasilien und Europa (coord). Frankfurt : Neuss. 1994. p. 90-110. Sobre a recente ampliação da competência deste tribunal v. BROWN, KENNEDY, *op. cit.* p. 75, nota 11.

¹⁶ Tratado de Assunção (1991), Anexo 3, nº 3.

¹⁷ Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias (1991), art. 9.

¹⁸ Protocolo de Ouro Preto (1994), art. 44.

¹⁹ *Ibid.*, art. 2.

²⁰ *Ibid.*, art. 37.

dos órgãos comunitários com uma ação judicial – como a Alemanha no “Caso das Bananas” – porque, com o seu próprio voto, podem impedir a decisão. E os conflitos entre os Estados-Membros ou entre os órgãos do Mercosul provavelmente se resolvem antes no plano político que no plano judicial – como mostra o exemplo do Pacto Andino²¹.

Resta então a pergunta: em que medida os particulares poderiam assumir a função de defender a correta aplicação do direito comunitário por meio de ações perante uma futura Corte do Mercosul? Tanto o tratado da Comunidade Européia como o tratado sobre o Tribunal Andino limitam esta faculdade aos particulares que sejam diretamente afetados por um ato de um órgão comunitário, sem precisar de atos complementares das autoridades nacionais. No âmbito do Mercosul, atos desse tipo dificilmente são encontrados, como no Pacto Andino, em que a respectiva ação sempre foi denegada pelo Tribunal Andino²². Existem tendências de estender essa legitimação ativa dos particulares no sentido de poderem reclamar qualquer infração do direito comunitário em seu prejuízo, o que se reflete também no novo projeto do tratado sobre o Tribunal Andino²³. Essa solução mal cabe no Mercosul, porque tanto os Estados-Membros como os órgãos intergovernamentais ainda estão numa fase em que o progresso da integração depende mais da negociação do que da dedução jurídica. Nessa situação seria contraproducente outorgar aos particulares a faculdade de questionar a validade de certos atos isolados sem ter em conta o quadro geral das negociações políticas.

2. Interpretação do direito comunitário

Existe, porém, uma outra faceta do trabalho do Tribunal de Luxemburgo, que não é menos importante e que, sim, poderia servir de ponto de referência para outras áreas de integração, como o Mercosul.

Refiro-me ao procedimento de interpretação prejudicial do direito comunitário, que vale a pena estudar mais profundamente.

²¹ SAMTLEBEN, MARWEGE, op. cit. p. 437 e 439, nota 3.

²² *Ibid.*, p. 438.

²³ “Proyecto de Protocolo Modificatorio al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena” (agosto de 1995), art. 8, que introduz um novo art. 24 bis ao tratado.

2.1. A Corte das Comunidades Européias e a interpretação prejudicial

É um princípio do direito comunitário a sua primazia sobre o direito nacional²⁴. O impacto do direito europeu nos Estados-Membros hoje tem uma dimensão que não deixa nenhuma matéria de direito excluída. Formalmente, distinguimos o direito primário, oriundo dos tratados constitutivos, do direito secundário, que consiste nos regulamentos diretamente aplicáveis e nas diretivas que necessitam de transformação em direito nacional. O manejo de todo esse complexo de normas cabe, em princípio, aos tribunais e autoridades nacionais. Mas, para assegurar a aplicação uniforme do direito comunitário nos diferentes Estados-Membros, inventou-se o procedimento da interpretação prejudicial, que aqui somente pode ser desenhado a grandes rasgos.

Cada tribunal de um Estado-Membro cuja decisão dependa da validade ou interpretação de uma norma comunitária tem o direito de dirigir-se à Corte Européia para solicitar uma declaração autêntica sobre o alcance e sentido da norma em questão. Ainda mais, conforme o art. 177 do tratado, essa via facultativa converte-se em obrigatória quando contra a decisão do tribunal nacional não cabe recurso. No procedimento perante a Corte Européia podem participar a Comissão ou outros órgãos da Comunidade, os Estados-Membros e as partes do processo originário. A Corte, na sua decisão, limita-se a estudar a norma comunitária e a fixar a sua interpretação, que então é obrigatória para o tribunal solicitante. Mas a aplicação da norma em questão aos fatos e a decisão final cabem ao tribunal nacional. A Corte Européia, nesses casos – e isso é importante –, não funciona como tribunal de recurso, para evitar assim toda ingerência na jurisdição soberana dos tribunais nacionais.

Esse sistema da interpretação prejudicial tem-se mostrado tão eficaz que foi aplicado também a outras matérias. Um exemplo é o tratado entre os Estados-Membros sobre competência dos tribunais e execução das sentenças, a chamada Convenção de Bruxelas, que, na opinião dominante, não é considerada direito comunitário senão direito convencional.

²⁴ Corte da Justiça da CEE, Processo 26/62 (van Gend vs. Administração Fiscal), Rec. 1963, p. 1; Processo 6/64 (Costa vs. ENEL), Rec. 1964, p. 1141; Processo 106/77 (Administração Fiscal vs. Simmenthal), Rec. 1978, p. 629.

Não obstante, a interpretação desta convenção, por um protocolo adicional, foi confiada à Corte Européia da mesma maneira como funciona o procedimento de interpretação prejudicial antes mencionado. De fato, a interpretação uniforme da Convenção de Bruxelas nos Estados-Membros depende essencialmente do trabalho contínuo da Corte Européia. Não é de admirar, portanto, que, nos últimos anos, haja esforços para estender este sistema também a outras convenções²⁵.

2.2. A situação no Mercosul

O sistema jurídico do Mercosul parece propício para adaptar o procedimento de interpretação prejudicial aos seus contornos. Conforme o art. 41 do Protocolo de Ouro Preto, são fontes jurídicas do Mercosul: I- o Tratado de Assunção com seus instrumentos adicionais; II- os acordos e protocolos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção (diferentemente da situação na CEE); e III- as decisões (resoluções, diretrizes) dos órgãos do Mercosul. Para o funcionamento do Mercado Comum, é crucial que estas normas se apliquem de maneira uniforme nos Estados-Contratantes. O exemplo da Corte Européia e também a prática do Tribunal Andino mostram a idoneidade do procedimento de interpretação prejudicial para conseguir tal fim. Assim, o Tribunal Andino em Quito, em vários processos originados de questões prejudiciais submetidas pelos tribunais colombianos, resolveu os problemas inerentes à exegese do Regime Comum de Propriedade Industrial vigente nos Estados-Partes e, dessa maneira, contribuiu substancialmente à penetração teórica do ordenamento jurídico do Pacto Andino²⁶.

Ao contrário, na área do Mercosul, o Protocolo de Ouro Preto submete expressamente todas as controvérsias sobre a interpretação do direito comunitário aos procedimentos de solução estabelecidos no Protocolo de Brasília²⁷. Uma cláusula semelhante está incluída nos tratados e protocolos celebrados no âmbito do Mercosul, como, por exemplo, no Acordo de Las Leñas sobre Cooperação Judicial, no

Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional e no outro Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares²⁸. É óbvio que os procedimentos estabelecidos no Protocolo de Brasília são completamente inadequados quando o juiz nacional tenha que aplicar uma norma destas convenções ou outra norma do direito comunitário. Para estes casos seria recomendável introduzir, no ordenamento jurídico do Mercosul, o mecanismo da interpretação prejudicial por uma Corte supranacional que garanta a aplicação uniforme do direito comunitário. Por esta via, também ficariam atenuados os problemas constitucionais relacionados com o conceito da soberania, já que a última decisão, em todo caso, caberia ao juiz nacional.

3. Direito comunitário e direito constitucional

Quero ilustrar, com alguns exemplos da jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional, a maneira como o direito comunitário e o direito constitucional se relacionam e entrecruzam na Comunidade Européia, especialmente na Alemanha. O primeiro é uma sentença de 1974, que resolveu o conflito entre o ordenamento jurídico europeu e os direitos fundamentais da Constituição alemã. Essa nossa constituição admite expressamente, no seu artigo 24, a transferência de direitos de soberania às instituições supranacionais como as européias. Surgiu, então, a questão se um regulamento emanado dessas instituições, declarado válido pela Corte Européia, poderia infringir os direitos fundamentais da constituição. O Tribunal Constitucional, no caso, declarou-se competente para questionar e examinar a constitucionalidade do direito comunitário, “enquanto este não contenha um catálogo de direitos fundamentais que seja equivalente ao direito constitucional alemão”²⁹.

Na prática, porém, nunca houve um caso em que essa competência reivindicada pelo

²⁵ Como, por exemplo, ao âmbito da Convenção de Roma sobre a Lei aplicável às obrigações contratuais.

²⁶ SAMTLEBEN, MARWEGE, *op. cit.* p. 444-462, nota 3.

²⁷ Protocolo de Ouro Preto sobre a Estrutura Institucional do Mercosul (1991), art. 43.

²⁸ Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional, em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (1992), art. 32; Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (1994), art. 15; Protocolo de Medidas Cautelares (1994), art. 27.

²⁹ Tribunal Constitucional, 29.5.1974, Coleção oficial, v. 37, p. 271 (“Enquanto I”).

Tribunal o levasse a declarar uma norma do direito comunitário inconstitucional. Uma explicação desse fato pode ser encontrada na jurisprudência da própria Corte Européia, que logrou desenvolver um sistema de proteção dos direitos fundamentais baseado nos princípios comuns do direito constitucional dos Estados-Membros e na Convenção Européia dos Direitos do Homem³⁰. Foi então racional que o Tribunal Constitucional alemão, doze anos mais tarde, revirasse a sua jurisprudência, limitando a sua competência e ratificando a prerrogativa da Corte Européia para decidir sobre a validade e interpretação do direito comunitário, “enquanto esta Corte garanta a proteção dos direitos fundamentais em forma equivalente ao direito constitucional alemão”³¹. Em consequência, o tribunal reconheceu o papel da Corte de Luxemburgo como “juiz natural” para a interpretação do direito comunitário e, por isso, revogou uma sentença do Tribunal Federal Fiscal que contrariou abertamente essa interpretação³².

Mas a história não terminou por aqui. No ano de 1993, quando o Tribunal Constitucional tinha que decidir sobre a compatibilidade do Tratado de Maastricht com as normas da Constituição, aprovou o tratado, mas formulou uma ressalva. Conforme a sua decisão, os atos dos órgãos comunitários devem ser respeitados “enquanto estes se mantenham dentro dos limites das suas faculdades e não os ultrapassem”³³. Parece que o tribunal, com isso, somente queria marcar uma última restrição teórica em casos extremos para justificar o seu voto positivo. A nova fórmula, porém, já deu motivo a irritações na doutrina e prática alemãs. Na jurisprudência recente do Tribunal Federal Fiscal, até se discute se o regulamento sobre o mercado das bananas pode ser qualificado como

um “ato ultrapassando” as competências da Comunidade³⁴. É óbvio que tal opinião, caso prosperasse, afetaria seriamente a vigência do direito comunitário na Alemanha.

4. Perspectivas para o Mercosul

Volvamos ao Mercosul e ao seu incipiente ordenamento jurídico. Sem entrar aqui na discussão da problemática constitucional nos diferentes Estados-Membros³⁵, não vejo, pelo momento, o perigo de grandes choques entre direito comunitário e constitucional, devido ao princípio de consenso que rege a atuação dos órgãos comuns. De outro lado, é notável o esforço nos Estados-Membros para criar condições favoráveis à integração, como se reflete na nova Constituição argentina, cujo art. 75, nº 24, expressamente admite a delegação de competências e jurisdição às organizações supra-estatais. A isso se acrescenta o papel da jurisprudência, que já tem reconhecido a autonomia do direito comunitário. Termina aqui com a citação de uma recente decisão da Corte Suprema argentina que, no seu resumo, diz assim:

“El Tratado de Asunción... que establece el Mercosur, constituye la culminación de un proceso de toma común de conciencia entre las naciones de la región, y es una clara definición de política legislativa que el ordenamiento jurídico no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica.”³⁶

Essas tendências justificam o otimismo para que o processo de integração encontre outra culminação com a criação de uma Corte supranacional, velando pela interpretação uniforme do direito comunitário nos Estados-Membros.

³⁰ É questão aberta se as normas desta Convenção justifiquem um procedimento de interpretação prejudicial conforme o art. 177 do tratado CEE; v. a decisão da Corte Suprema austríaca de 29.8.1995 in: *Juristische Blätter*, p. 35, 1996.

³¹ Tribunal Constitucional, 22.10.1986, Coleção oficial, v. 73, p. 339 (“Enquanto II”).

³² Tribunal Constitucional, 8.4.1987, Coleção oficial, v. 75, p. 223.

³³ Tribunal Constitucional, 12.10.1993, Coleção oficial, v. 89, p. 155 (“Enquanto III”).

³⁴ Tribunal Federal Fiscal, 9.1.1996, na revista op. cit., n. 51, p. 49, nota 10.

³⁵ SAMTLEBEN, SALOMÃO FILHO. O mercado comum Sul Americano : uma análise do Mercosul. In : RODAS, Grandino (coord). *Contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo, 1995. p. 239, 267.

³⁶ Corte Suprema, 2.12.1993 (Cocchia c. Estado Nacional). *El Derecho*, v. 156, n. 326, p. 321; resumo em la Ley 1994-D, nº 2958, p. 683.

Desapropriação indireta

CLÁUDIA DE REZENDE MACHADO DE ARAÚJO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Desapropriação: uma visão geral do instituto. 3. Origem histórica da desapropriação indireta. 4. As características e a sustentação doutrinária da desapropriação indireta. A crítica negativa ao “instituto”. 5. Uma análise da jurisprudência referente à desapropriação indireta. 6. Conclusões.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é o estudo da desapropriação indireta. O interesse pelo tema decorre do fato de a desapropriação indireta ser, no direito brasileiro, uma criação pretoriana antes de ser doutrinária. Ela é uma situação de fato que não se encontra disciplinada por leis específicas, como o são a desapropriação direta e as ações possessórias.

Os estudiosos de direito público contemporâneo entendem que a jurisprudência tem fundamental importância para o estudo deste ramo do direito. Assim entendem, porque a doutrina publicista deveria ser renovada com mais frequência; como isto não ocorre, a jurisprudência supriria esta lacuna entre realidade fática, legislação e doutrina.

Percebe-se na atualidade uma tendência à publicização do direito. Este “fenômeno” tem conduzido ao reexame de determinados institutos, entre eles o instituto da propriedade. A desapropriação indireta seria consequência da reavaliação do instituto da propriedade, sendo este mais um aspecto a despertar interesse pelo estudo do tema a ser discutido.

O estudo da desapropriação indireta deve ser feito através do exame das suas origens históricas, o direito francês, da jurisprudência e, também, da posição dos doutrinadores.

Cláudia de Rezende Machado de Araújo é Advogada, Cientista Política, especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB e Professora de Direito Constitucional da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – AEUDF.

Como uma conseqüência do reexame do instituto da propriedade, os julgadores partem do princípio de que a afetação do imóvel ao domínio público inviabiliza a ação reivindicatória, restando ao particular pleitear a total indenização pelos danos causados pela Administração. Os tribunais vêm mostrando-se favoráveis a esta total indenização dos administrados lesados no seu direito de propriedade.

O objetivo deste trabalho, portanto, é esmiuçar estas contradições e nuances que percebemos no “instituto” da desapropriação indireta, de acordo com uma metodologia moderna de estudo dos temas de direito público, através das construções jurisprudenciais.

2. Desapropriação: uma visão geral do instituto

A desapropriação é um procedimento formal, tem seus requisitos previstos na Constituição Federal brasileira e encontra-se totalmente disciplinada por lei.

Atualmente, o direito de propriedade é garantido pela Constituição Federal. Ela o assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país no seu art. 5º, XII, desde que atendida a sua função social. Todavia, é o direito civil que disciplina o uso da propriedade e as relações civis a ela referentes.

A mesma Constituição, nos artigos 182, § 4º, III, e 184, autoriza a desapropriação do imóvel que não cumpra a sua função social. O art. 5º, inciso XXIV, prevê a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia indenização em dinheiro, com algumas exceções, também previstas na Constituição.

A matéria é conceituada com grande clareza por Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*:

“Desapropriação é o procedimento administrativo através do qual o Poder Público, compulsoriamente, despoja alguém de uma propriedade e a adquire para si, mediante indenização, fundada em um interesse público. À luz do direito brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, compulsoriamente, por ato unilateral, despoja alguém de um bem certo, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social,

adquirindo-o originariamente mediante prévia e justa indenização pagável em dinheiro”¹.

A desapropriação, então, é um procedimento administrativo formal através do qual a Administração expropria o administrado de um bem. Entretanto, é necessário que se preencham os requisitos constitucionais exigidos. Estes requisitos são a necessidade ou utilidade pública ou o interesse social e a prévia e justa indenização em dinheiro, todos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

O fundamento da desapropriação é a função social da propriedade. Essa função social advém da supremacia do interesse coletivo sobre o individual, o que dá ao Estado o domínio eminente sobre todos os bens existentes em seu território, disciplinando o uso destes bens de forma a atingir o bem-estar de toda a coletividade.

Nesse sentido é a lição de Hely Lopes Meirelles:

“Dentre os atos de intervenção estatal na propriedade, destaca-se a desapropriação, que é a mais drástica das formas de manifestação do poder de império, ou seja, da soberania interna do Estado no exercício de seu domínio eminente sobre todos os bens existentes no território nacional”².

Acrescente-se que, apesar de o poder expropriatório ser discricionário, no que concerne às opções de utilidade pública e de interesse social, “só é legitimamente exercitável nos limites traçados pela Constituição e nos casos expressos em lei, observado o devido procedimento legal”³.

Assim, a desapropriação, inobstante se constituir um ato discricionário e unilateral do Estado, que despoja o particular de um bem, mediante prévia e justa indenização, nos casos de utilidade ou necessidade pública ou interesse social, é um procedimento administrativo que deve seguir todas as fases, exigências e formalidades estabelecidas na legislação que a disciplina, não podendo jamais ser feita ao arredo da lei.

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p.188-9.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo : Malheiros, 1991. p. 506.

³ *Ibidem*.

Isso porque, como todo ato resultante de competência discricionária, decorre de autorização legal a que o administrador, diante dos casos concretos que enfrenta, venha a adotar a solução que melhor atenda ao interesse público também definido em lei.

3. Origem histórica da desapropriação indireta

A desapropriação indireta tem sua origem no direito francês. A legislação francesa prevê alguns casos de desapropriação indireta, mas os tribunais também entendem como desapropriação indireta aquela resultante do domínio ilegítimo pela Administração da propriedade particular. Em ambos os casos, a competência para dirimir as questões referentes à desapropriação indireta é judiciária e não administrativa.

Para o exame da origem histórica da desapropriação indireta, neste trabalho, foram escolhidos os seguintes autores franceses: George Vedel, Marcel Waline e H. Berthélemy. Foram estes três os escolhidos, porque, em toda a doutrina e jurisprudência analisada, eles são os mais citados e conceituam e discutem o tema com clareza.

Como se assinalou anteriormente, os doutrinadores franceses admitem duas modalidades de desapropriação indireta. A primeira abrange os casos de desapropriação indireta previstos em lei. A outra é resultante do domínio ilegítimo da propriedade particular pelo Estado, em virtude de construção de uma obra pública. Neste último caso, ocorre a invasão da propriedade particular pela Administração Pública, sem o devido processo de desapropriação. Esta modalidade é aceita pela doutrina e jurisprudência como um caso de desapropriação indireta, apesar de não haver uma previsão legal específica.

George Vedel define a desapropriação indireta como

“a incorporação da propriedade privada imobiliária ao domínio do Estado ou de uma pessoa jurídica de direito público sem que tenha ocorrido a desapropriação por utilidade pública”⁴.

Marcel Waline complementa o conceito de George Vedel esclarecendo que:

“É possível que o domínio de uma propriedade seja consumado pela

⁴ VEDEL, George. *Droit Administratif*. Paris : Presse Universitaire de France, 1959. V. 2, p. 537. Nossa tradução.

Administração sem o processo regular de desapropriação, mas de boa-fé; ele resulta indiretamente de uma operação inadequadamente traçada, sem a intenção de anexar fraudulentamente uma propriedade privada”⁵.

Sendo assim, Waline ressalta a necessidade de a desapropriação indireta resultar de um erro da Administração no planejamento e execução de uma obra pública, não havendo nenhuma intenção fraudulenta de expropriar o proprietário particular sem o processo regular de desapropriação.

Berthélemy acrescenta ao entendimento de Vedel e Waline que:

“Pode ocorrer, através de operações jurídicas ou materiais, que a Administração ocupe, de maneira definitiva, uma propriedade privada sem ter podido ou sem ter recorrido ao processo de desapropriação”⁶.

Então, pode-se acrescentar ao conceito de Vedel e à observação de Waline – que a Administração não pode valer-se de meios fraudulentos para apropriar-se da propriedade particular – o entendimento de Berthélemy, admitindo haver casos em que a Administração não pode valer-se do adequado processo de desapropriação antes de apossar-se definitivamente da propriedade particular.

George Vedel chama atenção, ainda, para a necessidade de se distinguir a desapropriação indireta do prejuízo causado pelos trabalhos na execução de obras públicas. Nesse sentido esclarece Vedel:

“A desapropriação indireta deve ser diferenciada dos prejuízos causados pelos trabalhos públicos. Ela supõe um desapossamento, um domínio da propriedade em si mesma, enquanto o prejuízo causado pelo trabalho público à propriedade supõe, simplesmente, um atentado, que não seja o domínio”⁷.

Sendo assim, diante da posição dos doutrinadores acima exposta, pode-se entender como caracterizada a desapropriação indireta

⁵ WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris : Ed. Montchrestein, 1969. p. 77. Nossa tradução.

⁶ BERTHÉLEMY, H. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1933. p. 698-699. Nossa tradução.

⁷ VEDEL, op. cit., p. 539. Nossa tradução.

quando houver o apossamento, por parte da Administração, da propriedade particular resultante de um erro no planejamento de uma obra pública e não uma forma fraudulenta de apropriar-se da propriedade do particular sem valer-se do processo previsto em lei para a desapropriação. Partindo do princípio de que “a obra pública mal edificada não pode ser destruída”⁸, surge a necessidade de indenizar o particular por ter sido privado de uma propriedade e esta não mais ser-lhe restituída, como o seria se a apropriação tivesse sido feita por um particular. É necessário, então, recorrer-se ao Judiciário para que este estipule a indenização devida.

Os doutrinadores franceses entendem que a competência para fixar a indenização devida ao particular expropriado indiretamente é dos tribunais judiciais e não do Conselho de Estado.

George Vedel entende que o proprietário expropriado indiretamente não pode ter um tratamento menos favorável do que aquele dado ao proprietário expropriado através do processo adequado de desapropriação, dirigindo-se a um tribunal administrativo. Ele tem os mesmos direitos que teria caso a Administração tivesse seguido o processo de desapropriação regular. O direito de propriedade deve ser resguardado e a garantia é dada pela competência do Judiciário para fixar a indenização⁹.

Marcel Waline acompanha Vedel nesse entendimento, afirmando que

“a competência é do Judiciário para indenizar o proprietário expropriado em virtude do que chamamos de desapropriação indireta. Estão presentes todos os elementos de fundo de uma desapropriação, somente faltou o processo; omitindo o processo regular de desapropriação (substituído pela delimitação do domínio público insuficiente para realizar validamente uma transferência de propriedade), a Administração não pode elidir a competência judiciária para fixar a indenização”¹⁰.

Também Berthélemy entende que a intervenção dos tribunais judiciais é um princípio incontestável, sendo competente o juízo no qual se processaria a desapropriação¹¹.

⁸ Ibidem, p. 588. Nossa tradução.

⁹ Ibidem, p. 539.

¹⁰ WALINE, op. cit., p. 539. Nossa tradução.

¹¹ BERTHÉLEMY, op. cit., p. 699.

George Vedel lembra que

“é importante observar que a transferência da propriedade não se opera juridicamente através da construção da obra pública, ela será adquirida apenas quando o proprietário tiver requerido nos tribunais judiciais a fixação de indenização que lhe é devida e lhe será paga”¹².

Os doutrinadores franceses entendem ser necessário a intervenção do Judiciário para fixar a indenização devida ao proprietário expropriado indiretamente, bem como para tornar válida a transferência da propriedade. Assim procedem, porque entendem que o particular expropriado indiretamente deve ter os mesmos direitos do particular expropriado diretamente.

Como já foi dito, a doutrina francesa entende existirem duas modalidades de desapropriação indireta: uma prevista em lei e outra resultante do domínio ilegítimo da Administração.

Berthélemy aponta três casos previstos na legislação francesa de desapropriação indireta. O primeiro caso é a desapropriação indireta relacionada às vias públicas (Lei de 16.09.1807) para abrir novas vias ou alargar as já existentes e que admite incorporada ao patrimônio público a parcela da propriedade particular necessária para atingir esses dois fins. O juízo competente para examinar essa questão é o mesmo da desapropriação, tratando-se de grandes vias ou vias urbanas. O segundo caso é a desapropriação indireta pela ocupação prolongada por mais de cinco anos em virtude de obras públicas. Essa ocupação dá direito ao proprietário de reclamar a indenização através da desapropriação indireta. O terceiro caso mencionado por Berthélemy é a desapropriação indireta nos casos de instalação de aparelhos telegráficos¹³.

A desapropriação indireta resultante do domínio ilegítimo da Administração, no direito francês, não está prevista em lei, ela é uma criação doutrinária e jurisprudencial. Quando a Administração constrói uma obra pública numa propriedade particular, através do princípio da via de fato (*voie de fait*), o proprietário pode recorrer ao Judiciário para que expulse a Administração de sua propriedade. Em contrapartida, essa expulsão fica prejudicada

¹² VEDEL, op. cit., p. 539. Nossa tradução.

¹³ BERTHÉLEMY, op. cit., p. 699-700.

pelo princípio da intangibilidade da obra pública (*L'ouvrage publique mal planté ne se détruit pas*); de outra sorte, o particular não pode ter sua propriedade restituída. Sendo assim, restaria a dúvida de como proceder devolvendo o imóvel ao particular ou conservando a obra pública nele edificada e restituindo-o de seu prejuízo. A Administração tem poder de desapropriar reconhecendo a desapropriação. Ainda se o invasor da propriedade particular fosse outro particular, esse poderia reivindicar a posse de sua propriedade. No caso, o invasor é a Administração e a solução apresentada para o caso é a desapropriação indireta, que irá fixar a indenização devida pela Administração ao particular.

Na França, todos os prejuízos resultantes da execução de um serviço público devem ser reclamados perante o Conselho de Estado. Todavia, conforme escreve Berthélemy, “os tribunais judiciários são os guardiões naturais da propriedade e a expropriação, mesmo indireta, não pode efetuar-se sem a sua intervenção”¹⁴.

Dessa forma, pode-se perceber que a desapropriação indireta originária do domínio ilegítimo da Administração é uma criação doutrinária e jurisprudencial, não uma previsão legal. Ela deve ser examinada pelos tribunais judiciários e não pelo Conselho de Estado.

Foi esta última modalidade de desapropriação indireta, ou seja, aquela resultante do domínio ilegítimo da Administração, que influenciou os tribunais brasileiros, resultando na construção jurisprudencial, hoje aceita pelos julgadores com o nome de desapropriação indireta. Quanto à discussão da competência ser judiciária ou administrativa, não é importante para o estudo da desapropriação indireta no caso brasileiro, uma vez que, no Brasil, não existe uma justiça administrativa especial, nos moldes da francesa.

4. As características e a sustentação doutrinária da desapropriação indireta. A crítica negativa ao “instituto”

A desapropriação indireta é “uma solução de equilíbrio a uma situação de fato”¹⁵. Os doutrinadores entendem a desapropriação

indireta como um esbulho, onde a Administração Pública é a esbulhadora e o administrado é o esbulhado. Entre os doutrinadores, alguns aceitam a desapropriação indireta como uma solução sensata a uma situação de fato e outros a entendem como inconstitucional.

Sendo inconstitucional a desapropriação indireta, o dispositivo legal aplicável à situação fática seria o art. 926 do Código de Processo Civil, que garante a reintegração do possuidor na hipótese de esbulho. Entendem, ainda, que a única restrição admitida em favor de quem desencadeia a indireta expropriação seria a do parágrafo único do art. 928 do Código de Processo Civil¹⁶, segundo o qual: “Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais”.

Alguns autores consideram a desapropriação indireta inconstitucional, porque entendem que ela afronta vários textos legais, inclusive a Constituição Federal. Eles relutam, portanto, em aceitá-la. Dentre esses autores estão Carlos Ayres Britto e José Sérgio Monte Alegre, que resumem as linhas contestatórias a esta aceitação nos seguintes termos:

1) “Nega-se ao procedimento legal a qualidade de funcionar como garantia dos particulares e, nessa medida, concorre-se para instabilizar as relações jurídicas entre os administrados e a Administração, em detrimento da segurança”;

2) “despoja-se o direito de propriedade de um de seus elementos intrínsecos que é a faculdade de o seu titular reaver o bem de quem ilegalmente o detenha, tal como consignado no art. 524 do Código Civil”;

3) “reconhece-se que o interesse público não está condicionado, na sua realização, a uma determinada via legal. É afirmar: o interesse coletivo deixa de ser radicalmente *intra legem*, porquanto os fins passam a justificar os meios”;

4) “estimula-se a máquina administrativa do Estado a se subtrair às penosidades ínsitas a todo o procedimento formal, para ingressar no domínio das vias de fato e na comunidade do *consummatum est*”;

5) “dá-se ao instituto da desapropriação uma exegese ampliativa, esquecendo-se de que ela

¹⁴ BERTHÉLEMY, op. cit., p. 701. Nossa tradução.

¹⁵ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Desapropriação indireta. *Revista de Direito Público*, v. 97, p. 181, jan./mar. 1991.

¹⁶ BRITTO, Carlos Ayres, MONTE ALEGRE, José Sérgio. Desapropriação indireta : inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, v. 74, p. 254-55, abr./jun. 1986,

é medida excepcional e, como tal, deve ser interpretada restritivamente”;

6) “usurpa-se uma competência exclusiva do Poder Judiciário, que é a de autorizar o órgão expropriante a imitar, provisoriamente, na posse do bem de domínio privado e a de expedir o título com base no qual se fará a transcrição”;

7) “coloca-se o administrado em posição menos cômoda que aquela pré-indicada em lei, de que é exemplo a privação da possibilidade de levantamento de parte do preço indenizatório do bem expropriado (dado que, se indireto o expropriação, furta-se o Poder Público à obrigação do prévio depósito do *quantum* devido ao particular)”;

8) “existe uma invencível incompatibilidade entre a desapropriação indireta e a Constituição brasileira, não tanto pela falta de previsão constitucional para a modalidade indireta da desapropriação, mas pelo fato constatável de que a Magna Carta tudo fez, às escâncaras, para impedir que o Estado assim procedesse. Repudiou, assim, o uso da desapropriação como instrumento de ocupação administrativa de bens particulares, instituindo a figura da requisição, esta sim, como expressão de uma autêntica via de fato ou do poder de auto-executoriedade”;

9) “a norma infraconstitucional (Decreto-Lei nº 3.365/45) é também repelente da desapropriação indireta, pois que, sobre indicar as duas únicas vias de efetivação do despojamento compulsivo (que são o acordo com o expropriado e a sentença judicial), torna dependente de autorização jurisdicional a imissão provisória da Administração na posse do bem particular”;

10) “o art. 35 do Decreto-Lei citado, que tem servido de justificativa para a malsinada atribuição de efeitos jurídicos à desapropriação indireta”, apenas enuncia que o particular que anuir ao processo administrativo de desapropriação, ou que venha sucumbir em ação judicial da espécie, já não pode reivindicar seu antigo patrimônio, caso este já se haja incorporado ao domínio público. Assim, no caso da desapropriação indireta, interpreta-se o dispositivo como se a locução, os “bens expropriados”, comportasse uma forma de despojamento definitivo, “a margem de toda a autorização judicial ou de qualquer assentimento de proprietário privado”¹⁷.

Apesar dos argumentos apresentados por Britto e Monte Alegre, a desapropriação indireta vem sendo aceita pelos tribunais

¹⁷ *Ibidem*, p. 243-44.

brasileiros. O Professor Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, ao contrário dos outros dois autores, aceita a desapropriação indireta e entende que “a crítica negativa que se faz à ‘solução de fato’, adotada doutrinariamente pelos órgãos judiciais para a questão da desapropriação indireta, parte, a meu ver, de uma visão apenas parcial da matéria”¹⁸. Mais adiante esclarece o autor:

“De fato, a impressão que recolho de tal tipo de crítica é a de que o ‘instituto’, embora enfaticamente contestado como uma modalidade de desapropriação, acaba sendo analisado como tal, ainda que se reconheça como uma forma espúria de despojamento do senhorio alheio, por via de autoridade.”¹⁹

A desapropriação indireta no Brasil, antes de ser doutrinária, é uma criação pretoriana. Esta construção jurisprudencial foi muito influenciada pela construção do direito francês, do qual também procede a denominação dada de desapropriação indireta ao ilegítimo apossamento administrativo.

Apesar de muitos autores entenderem que a desapropriação indireta é inconstitucional, há outros, como Norberto Guarinello, que defendem a sua transformação em norma legal.

Norberto Guarinello entende inadequada a denominação de desapropriação indireta da doutrina francesa, considerando mais apropriado o termo desapropriação irregular da doutrina espanhola. Defende ainda, com propriedade, em seu trabalho *Problemas atuais da desapropriação – da desapropriação indireta*, a transformação da desapropriação indireta em norma legal, como fizera a legislação argentina já em 1977. Nesse sentido, a legislação estaria complementando a Constituição Federal, estabelecendo mais alguns casos de desapropriação. Em defesa da transformação da desapropriação indireta em norma legal escreve Guarinello:

“Verifica-se, assim, que a desapropriação indireta, pela doutrina francesa, e irregular, por Bielsa e outros autores, é uma situação de fato que cada vez mais amplia o seu campo de ação, deixando que a jurisprudência solucione as situações criadas entre o Estado e os particulares. Ora, toda situação de fato

¹⁸ CARVALHO, op. cit., p. 178.

¹⁹ *Ibidem*, p. 179.

chega a um ponto que precisa ser transformada em norma legal. Portanto, do mesmo modo que a Lei Argentina nº 21.499 regulamentou a expropriação irregular para eles, indireta para nós, somos de opinião que poderíamos também estabelecer, mediante lei, os casos em que teria procedência a ação de desapropriação indireta.”²⁰

Os julgadores, para aceitarem a desapropriação indireta, partem do princípio de que a afetação do imóvel ao uso público inviabiliza a reivindicatória. Consideram também o princípio da intangibilidade das obras públicas e da continuidade da prestação dos serviços públicos. Do princípio da intangibilidade das obras públicas decorre que as edificações da Administração não podem ser demolidas. Essa destruição de obras públicas seria contrária ao interesse público, que é o fim primordial da Administração Pública. Da mesma forma, a prestação dos serviços públicos não pode ser interrompida, uma vez que são prestados pela Administração Pública a toda a coletividade, visando ao bem-estar desta. Esses princípios de direito administrativo, apesar de não serem expressos na Constituição Federal, dela decorrem. São esses princípios que impossibilitam a ação reivindicatória, conduzindo, então, à aceitação da desapropriação indireta pelos tribunais como uma solução sensata a uma situação de fato. A orientação jurisprudencial é francamente favorável à total indenização do proprietário.

Cumpra observar, também, que pesa a favor da aceitação da desapropriação indireta o fato de a propriedade ser um direito resguardado pela Constituição. A Constituição brasileira, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade ao cidadão, admite a função social da propriedade. Essa função social é o fundamento da desapropriação. O Estado desapropria a propriedade particular visando dar-lhe um destino mais coerente com o interesse da coletividade. Feita a desapropriação, os bens expropriados são incorporados à finalidade pública. Uma vez incorporados à finalidade pública, desaparece a propriedade particular. Devolver ao particular o bem expropriado indiretamente seria agir de forma contrária ao interesse público, não sendo

²⁰ GUARINELLO, Norberto. Problemas atuais da desapropriação : da desapropriação indireta. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, p. 406-7, jun. 1977.

conveniente destruir, desmanchar ou desfazer obras públicas edificadas em favor da coletividade. Mais uma vez, fica claro ser a desapropriação indireta uma solução sensata a uma situação fática muito comum no Brasil, ao mesmo tempo em que é fruto do reexame do instituto da propriedade e sua função social.

Hely Lopes Meirelles entende não haver apoio legal para a desapropriação indireta, mas que, apesar disso, ela é uma situação de fato, decorrente de um ilícito da Administração, sendo necessária a total indenização do proprietário que não pôde reaver o seu bem em virtude da afetação deste ao domínio público. Nesse sentido, escreve o ilustre administrativista:

“A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei. É situação de fato que se vai generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com os interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver a indenização correspondente da maneira mais completa possível, inclusive correção monetária, juros moratórios, compensatórios a contar da data do esbulho e honorários de advogado, por se tratar de ato caracteristicamente ilícito da Administração.”²¹

Sendo assim, diante do discutido acima, percebe-se que os autores se dividem com relação a suas opiniões sobre a desapropriação indireta. Eles a entendem como um esbulho, por parte da Administração, da propriedade particular, mas entendem que a afetação ao patrimônio público do bem torna inviável a ação reivindicatória. Nenhum deles mostra-se contrário à total indenização do particular que foi privado de sua propriedade. Outros entendem que a desapropriação indireta é inconstitucional, privando o particular de um bem sem o devido processo legal. Entendem, ainda, que a desapropriação indireta afronta vários textos legais e descaracteriza o instituto da propriedade privada. Todavia, não é possível negar que ela é uma prática freqüente no Brasil, constituindo-se, portanto, uma realidade, uma

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. V. 6, p. 253.

situação de fato, que vem sendo enfrentada por nossos juízes e tribunais.

A desapropriação indireta, no direito brasileiro, é uma construção jurisprudencial; mesmo assim, ela já apresenta características próprias. Essas características são provenientes do entendimento da doutrina e mais ainda da jurisprudência. A ação de desapropriação indireta tem natureza real, deve ser proposta no lugar onde se situar o imóvel e aplica-se a ela a prescrição aquisitiva do art. 177 do Código Civil c/c os arts. 550 e 551 do mesmo Código. A seguir, examinar-se-ão com cuidado cada uma dessas características e os critérios de fixação da indenização devida nos casos de desapropriação indireta.

A ação de desapropriação indireta é uma ação reivindicatória que se resolve em perdas e danos, em virtude da afetação do bem ao domínio público. Nesse caso, ela tem natureza real; portanto, aplica-se o art. 95 do Código de Processo Civil, ou seja, o *forum rei sitae*. A ação de desapropriação indireta deve ser proposta no lugar onde se situar o imóvel.

A indenização devida ao particular pelo apossamento administrativo, ou desapropriação indireta, não está prevista no Decreto-Lei nº 3.365, de 21.6.41, mas o art. 42 deste decreto prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no que ele for omissivo. Dessa forma, a indenização, no caso da desapropriação indireta, será feita através dos procedimentos previstos no Código de Processo Civil. Nesse sentido, esclarece Hely Lopes Meirelles:

“O processo expropriatório, no seu devido procedimento legal, está indicado no Decreto-Lei nº 3.365, de 21.6.41, arts. 11 a 30, só lhe sendo aplicável disposições do CPC no que ele for omissivo (art. 42). Sendo inteiramente omissivo o Decreto-Lei nº 3.365/41, no que concerne à ação indenizatória para haver o justo pagamento do bem apossado ilegalmente pela Administração, claro está que tal ação deve reger-se pelas normas da lei processual civil comum. E assim tem sido o processo ordinário em todas as ações chamadas de desapropriação indireta, que não passam de uma ação de indenização comum pelos prejuízos acarretados ao particular, desapossado de seu bem pelo Poder Público, sem o devido processo legal expropriatório.”²²

Essa indenização devida pela Administração ao particular expropriado indevidamente de seus bens deve ser a mais ampla possível. A Constituição Federal prevê que a indenização da desapropriação deve ser prévia e justa. No caso da desapropriação indireta, ela não pôde ser prévia, então, que seja pelo menos justa, cobrindo o valor real do bem, os danos emergentes e os lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogados e correção monetária.

Admite-se, também, a indenização da posse no caso da desapropriação indireta. Nesse sentido, esclarece, mais uma vez, Hely Lopes Meirelles:

“Ora, é evidente que, se a posse tem inegável conteúdo econômico, o possuidor esbulhado de seu bem tem o direito de nele ser reintegrado ou, na sua impossibilidade, de ser indenizado plenamente pela privação de sua exploração econômica. O mais importante efeito da posse é o direito à conservação do estado de fato que a caracteriza; se isto se torna impossível pela apropriação do bem por parte do Estado, impõe-se a sua indenização cabal. Diante dessa realidade, a jurisprudência tem reconhecido ao possuidor, sem título de domínio, o direito à indenização nas ações expropriatórias”²³

Aplica-se às ações de desapropriação indireta a prescrição aquisitiva. Estas ações são consideradas ações reais e desta forma prescrevem em 10 anos entre presentes e 15 entre ausentes, nos termos do disposto no art. 177 do Código Civil, mas este dispositivo deve ser interpretado em harmonia com os arts. 550 e 551 do mesmo Código. Sendo assim, o proprietário expropriado indiretamente de um bem poderá reclamar a indenização através da ação de desapropriação indireta até que o Estado adquira a propriedade do bem através do usucapião. No direito brasileiro, ninguém perde a propriedade pelo não uso dela. O prazo para que a Administração adquira a propriedade do bem expropriado indiretamente, através do usucapião, é de vinte anos. Então, enquanto isso não acontecer, o proprietário expropriado indiretamente poderá reclamar a indenização pela perda do seu imóvel, através do ilegítimo domínio por parte da Administração.

²² Idem, 1983, v. 7, p. 312.

²³ Ibidem, p. 315.

Discorda, porém, desse entendimento Alceu di Nardo. Para ele, a indenização devida nos casos de desapropriação indireta é apenas um crédito que o particular tem contra a Fazenda Pública, estando sujeito à prescrição quinquenal do art. 1º do Decreto nº 20.920 de 6.1.32. Nesse sentido escreve que

“caberá ao proprietário despojado diligenciar, dentro do prazo de cinco anos, contados da ocupação das terras, no sentido do recebimento da co-respectiva indenização. Outro caminho não lhe restará”²⁴.

Acrescenta, ainda, que esse entendimento não está criando um usucapião a curto prazo em favor do Poder Público. Todavia, tal entendimento já se encontra totalmente superado.

Como se disse anteriormente, a desapropriação indireta, no direito brasileiro, é antes uma criação pretoriana que doutrinária. Relutam alguns autores em admiti-la como uma solução de equilíbrio a uma situação de fato, alegando a sua inconstitucionalidade. Ao contrário da desapropriação, que resulta de um procedimento formal, com todos os requisitos previstos na Constituição Federal, a desapropriação indireta é o resultado de um ilícito administrativo, daí os tribunais serem francamente favoráveis à total indenização do proprietário expropriado indiretamente.

Sendo, antes de tudo, uma construção jurisprudencial, a jurisprudência influenciou, e muito, nas características atuais da desapropriação indireta. A construção da teoria da desapropriação indireta no direito francês influenciou bastante a formação da opinião dos julgadores e doutrinadores brasileiros. Essa influência é perceptível quando, acompanhando os doutrinadores franceses, os tribunais brasileiros são francamente favoráveis à total indenização do particular expropriado indiretamente, dando-lhe o mesmo tratamento que é dado àquele expropriado diretamente. Todavia, cumpre lembrar que, na França, existem duas modalidades de desapropriação indireta: uma prevista em lei e outra decorrente do domínio ilegítimo da propriedade particular pela Administração. No Brasil, por sua vez, pode-se falar, apenas, nessa segunda modalidade.

²⁴ NARDO, Alceu di. Aplicação da prescrição quinquenal às chamadas ações de desapropriação indireta. *Revista de Direito Público*, v. 2, n. 10, p. 190, abr./jun. 1969.

5. Uma análise da jurisprudência brasileira referente a desapropriação indireta

Como vem sendo dito no transcorrer deste trabalho, a desapropriação indireta, no Brasil, é antes uma criação pretoriana que doutrinária. Sendo assim, nesta parte final, será feita uma análise da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Anteriormente à Constituição de 1988, muitas questões referentes a essa matéria eram decididas em grau final pelo Supremo Tribunal Federal. Com a promulgação da atual Constituição, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça vem acompanhando, em muitos aspectos, o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal.

Nessa análise, é importante observar a natureza jurídica da ação de desapropriação indireta, a prescrição e os juros devidos nos casos do apossamento administrativo.

Discute-se se a ação de desapropriação indireta teria natureza real ou pessoal. Se entendida como uma ação de indenização comum, ela teria natureza pessoal; todavia, se considerada como uma reivindicatória que se resolve em perdas e danos, seria uma ação de natureza real. O Supremo Tribunal Federal entende ser a desapropriação indireta uma ação de natureza real, aplicando a ela o mesmo prazo prescricional da ação reivindicatória, e para a fixação da competência aplica-se a regra de art. 95 do CPC, ou seja, *o forum rei sitae*. Prevalece na Suprema Corte o entendimento de que a ação de desapropriação indireta tem o caráter de ação reivindicatória, que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade do imóvel voltar à posse do proprietário, em face do caráter irreversível da afetação pública que lhe deu a Administração Pública. São exemplos disso os acórdãos dos R.E. nº 109.853-SP, julgado em 5.8.88 e publicado no *DJ* de 19.12.91, tendo como relator o Ministro Neri da Silveira, e o R.E. nº 102.574-PE, julgado em 19.10.84 e publicado no *DJ* de 8.11.84, tendo como relator o Ministro Soares Munhoz, cujas ementas seguem:

R.E. nº 109.853/SP Rel. Min. Neri da Silveira DJ de 19.12.91.

Ementa: “Recurso extraordinário. Desapropriação indireta. Prescrição. Enquanto o expropriado não perde o direito de propriedade por efeito do usucapião do expropriante, vale o

princípio constitucional sobre o direito de propriedade e o direito à indenização, cabendo ação de desapropriação indireta. O prazo, para esta ação, é o da ação reivindicatória. Confere-se à ação de desapropriação indireta o caráter de ação reivindicatória, que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade de o imóvel voltar à posse do autor, em face do caráter irrecorrível da afetação pública que lhe deu a Administração Pública. Subsistindo o título de propriedade do autor, daí resulta sua pretensão à indenização, pela ocupação indevida do imóvel, por parte do Poder Público, com vista à realização de obra pública. Hipótese em que não ocorreu prescrição. Recurso Extraordinário não conhecido.”

R.E. nº 102.574-PE Rel.: Min. Soares Munhoz DJ de 8.11.84.

EMENTA: “Ação de desapropriação indireta. Foro competente. A chamada Ação de Desapropriação Indireta é, na sua substância, ação reivindicatória que se resolve em perdas e danos, diante da impossibilidade de o imóvel voltar à posse do autor, em face do caráter irreversível da afetação pública que lhe deu a Administração Pública. Aplicação do art. 95 do CPC. Recurso Extraordinário conhecido e provido.”

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça acompanha o entendimento do Supremo Tribunal Federal. O STJ entende que a ação de desapropriação indireta tem natureza real e deve ser proposta no local onde se situar o imóvel, conforme o art. 95 do CPC. Nesse sentido, esclarece o Ministro César Asfor Rocha, quando relator do REsp. nº 46.899-0/SP (julgado em 16.5.94 e publicado no *DJ* de 6.6.94), que

“a ação de desapropriação indireta, como é a que se cogita no presente feito, nada mais é senão uma ação de desapropriação direta às avessas, tendo ambas a mesma natureza, em que a indenização pretendida funda-se na transferência da propriedade imobiliária, as duas constituindo-se espécies do mesmo gênero – ação de desapropriação”.

Mais adiante, continua o ilustre Ministro:

“é pacífico esse entendimento nesta eg. Corte, que restou firmado quando, por

diversas vezes, foi aplicada a regra do *forum rei sitae*, contido no art. 95 da Lei Adjetiva, exatamente por considerar a ação de desapropriação indireta, decorrente de desapossamento administrativo, como incluída entre as ações de natureza real”.

Esse entendimento é confirmado através do exame das decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça que se seguem:

REsp. nº 13.435-0/SP. Rel.: Min. Hélio Mosimann. Julgado em 22.11.93 e publicado no DJ de 7.3.94.

“Não tendo a ação ajuizada caráter meramente indenizatório, de índole obrigacional, mas sendo de natureza real, impondo a perda do direito de propriedade e o pagamento da totalidade do valor do imóvel, a ação é, na verdade desapropriatória, chamada indireta”.

“Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, firma-se a competência, absoluta, pelo lugar da coisa, aplicando-se a regra do artigo 95, do Código de Processo Civil.”

REsp. nº 6.389-PR. Rel.: Min. Vicente Cernichiaro. Julgado em 3.12.90 e publicado no DJ de 25.2.91.

“A jurisprudência, apesar de na ação de indenização, resultante de desapropriação indireta, a causa de pedir não indicar direito real e o pedido consistir em perdas e danos, entende caracterizar a natureza real. Buscou identificar o tratamento de direito material e processual com ação de desapropriação de imóvel. Em consequência, a competência se firma no lugar da coisa (*forum rei sitae*)”.

REsp. nº 41.794-PR. Rel.: Min. Gárcia Vieira. Julgado em 21.2.94 e publicado no DJ de 21.3.94.

“A chamada desapropriação indireta é ação real sobre imóveis, sendo competente o foro da situação da coisa.”

REsp. nº 6.385-0/PR. Rel.: Min. Milton Luiz Pereira. Julgado em 21.3.94 e publicado no DJ de 18.4.94.

“A desapropriação indireta, objetivando a afetação pública do domínio privado, quanto a sua natureza jurídica, é ação real, devendo ser proposta no foro da situação do imóvel.”

REsp nº 6.724-0/PR. Rel.: Min. Hélio Mosimann. Julgado em 18.5.94 e publicado no DJ de 20.6.94.

“Não tendo a ação ajuizada caráter meramente indenizatório, de índole obrigacional, mas sendo de natureza real, a ação é na verdade desapropriatória, chamada indireta.”

“Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, firma-se a competência absoluta pelo lugar da coisa, aplicando-se a regra do artigo 95 do Código de Processo Civil.”

REsp. nº 46.899-0/SP. Rel.: Min. César Asfor Rocha. Julgado em 16.5.94 e publicado no DJ de 6.6.94.

“As ações de desapropriação direta e indireta são espécies do mesmo gênero, ambas importando na transmissão da propriedade imobiliária para órgão público, impondo-se a este o pagamento pela aquisição da propriedade. Por isso, tem natureza real, razão pela qual, para propor ação de desapropriação indireta, a mulher tem que ter autorização do marido.”

A prescrição no caso da ação de desapropriação indireta decorre, também, do fato de ela ser entendida como uma ação real. Nesse caso, a prescrição seria a do art. 177 c/c o art. 550 do Código Civil, ou seja, a prescrição aquisitiva de vinte anos, e não a prescrição extintiva de cinco anos. Assim, segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, a partir da Constituição de 1988, o Superior Tribunal de Justiça, exemplificados através dos seguintes julgados:

R.E. nº 85.070-SP. Rel.: Min. Bilac Pinto. Julgado em 10.12.76 e publicado no DJ de 30.3.77.

Ementa: “Desapropriação indireta. Prescrição. Incidência do art. 550 do Código Civil, conforme precedentes do STF: RTJ's 61/334, 70/269 e 77/771. Recurso extraordinário não conhecido.”

No seu voto proferido no acórdão acima referido, o Ministro Bilac Pinto esclarece:

“É que, no caso, nos termos da jurisprudência desta corte, a perda da propriedade, pelo particular, só ocorreria com a sua aquisição, pelo Poder Público, por usucapião (Código Civil, arts. 550 e 551). Inexistindo justo título, já que se trata do chamado apossamento adminis-

trativo (desapropriação indireta), o prazo de prescrição aquisitiva seria o de vinte anos (Código Civil, art. 550).”

R.E. nº 78.407-SP. Rel.: Min. Rodrigues Alckmin. Julgado em 23.5.75 e publicado no DJ de 18.6.75.

Ementa: “Desapropriação Indireta – Inexistência de prescrição extintiva do pretendido domínio, sem concomitante usucapião. Falta de prova de domínio, contudo, a justificar pedido de pagamento e existência de acordo a respeito. Recurso conhecido e não provido.”

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça também deixa claro que nas ações de desapropriação indireta a prescrição é a aquisitiva, e não a extintiva de cinco anos, conforme se percebe através do exame dos seguintes acórdãos:

REsp. nº 40.229-8/SP. Rel.: Min. Milton Luiz Pereira. Julgado em 2.5.94 e publicado no DJ de 23.5.94.

“A chamada desapropriação indireta, afetando o domínio privado, quanto à sua natureza jurídica, é ação real, albergada pelo prazo prescricional vintenário.”

REsp. nº 33.663-0/SP. Rel.: Min. César Asfor Rocha. Julgado em 11.5.94 e publicado no DJ de 6.6.94.

“A ação indenizatória por desapropriação indireta tem natureza de ação real e não está sujeita ao prazo prescricional quinquenal.”

REsp. nº 44.402-0/SP. Rel.: Min. Demócrito Reinaldo. Julgado em 16.5.94 e publicado no DJ de 6.6.94.

“Consoante a melhor doutrina e jurisprudência predominante, sendo a ação de desapropriação indireta de natureza real, tem seu prazo prescricional fixado em 20 (vinte) anos, aplicável à espécie o art. 177, combinado com o art. 550 do Código Civil.”

Outro ponto importante no estudo da jurisprudência referente à desapropriação indireta são os juros moratórios e compensatórios. É pacífico o entendimento da necessidade do pagamento, pela Administração expropriante, ao particular expropriado indiretamente de sua propriedade, dos juros compensatórios. Os juros compensatórios têm a finalidade de indenizar o proprietário pela privação que sofreu de usar a sua propriedade e dela obter lucros. Eles são

devidos na desapropriação indireta da mesma forma que o são na desapropriação direta, uma vez que as duas desapropriações são consideradas espécies do mesmo gênero. Os juros compensatórios são de 12% ao ano e incidem desde a data da ocupação efetiva pelo Poder Público. Os juros moratórios são devidos pelo atraso da Administração no pagamento da indenização e são devidos à taxa de 6% ao ano desde a data do trânsito em julgado da sentença. É nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se percebe através das seguintes decisões:

R.E. nº 106.594-0/SP. Rel.: Min. Rafael Mayer e Relator para o acórdão Min. Otávio Gallotti. Julgado em 26.11.85 e publicado no DJ de 19.12.85.

Ementa: “Ação de indenização, por desapropriação indireta. Os juros moratórios contam-se a partir do trânsito em julgado da sentença. Precedente do Supremo Tribunal: Ação Cível Originária nº 297 (Sessão de 2/5/85). Recurso Extraordinário que se conhece, para, por maioria, negar-lhe provimento.”

O Ministro Otávio Gallotti esclarece no seu voto:

“Verifico, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 90.656, consolidou-se a orientação de que, nas ações expropriatórias, ‘os juros moratórios à taxa de 6% fluem desde o trânsito em julgado da sentença final e são devidos pelo atraso no pagamento da indenização’, como expressa a ementa do acórdão (RTJ 99/708). São inúmeros os julgados que perfilharam esse entendimento (R.E. 92.733, 93.765, 94.186, 95.969 e 96.418).”

R.E. nº 115.390/SP. Rel.: Min. Aldir Passarinho. Julgado em 26.2.88 e publicado no DJ de 20.5.88

Ementa: “Desapropriação indireta. Juros de mora. Firmou-se a jurisprudência do STF, a partir do julgado da Ação Cível Originária nº 297-MT, de que os juros de mora devem ser contados, tal como ocorre na desapropriação direta, a partir do trânsito em julgado da decisão final, sem cumulação, portanto, com os juros compensatórios.”

O eminente relator do R.E. nº 115.390-3/SP, Ministro Aldir Passarinho, esclarece no seu voto que:

“O entendimento desta Corte se encontra atualmente tranqüilizado no sentido de que os juros de mora, tanto na desapropriação como na ação de indenização que veio a chamar-se de desapropriação indireta, devem ser contados a partir do trânsito em julgado da decisão, e não da citação. O julgado-paradigma é o ACOR. nº 257-MT (RTJ 114/926) decidido no plenário.”

O Superior Tribunal de Justiça vem, mais uma vez, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal com relação à incidência e ao cálculo dos juros compensatórios e moratórios. Nesse sentido são as Súmulas 12 e 69 do STJ e a Súmula 74 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que ainda vem sendo aplicada. Essas súmulas têm o seguinte teor:

Súmula 12: “Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios”.

Súmula 69: “Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse, e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel”.

Súmula 74 do TFR: “Os juros compensatórios na desapropriação incidem a partir da imissão na posse e são calculados, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização e, desde então, sobre o referido valor corrigido monetariamente”.

Exemplificam a atual posição jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, com relação aos juros moratórios e compensatórios, os seguintes acórdãos:

REsp. nº 5.592-SP. Relator originário Ministro Vicente Cernichiaro e Relator para o acórdão Ministro Hélio Mosimann. Julgado em 24.10.90 e publicado no DJ de 10.12.90.

“Nas ações de desapropriação, contam-se os juros compensatórios a partir da imissão na posse. O cálculo deve ser feito, até a data do laudo, sobre o valor simples da indenização e, após, sobre o valor corrigido monetariamente”.

REsp. nº 7.163-SP. Rel.: Min. Hélio Mosimann. Julgado em 15.4.91 e publicado no DJ de 20.5.94

“Os juros compensatórios devem ser calculados em consonância com o que

determina a Súmula nº 74-TFR, não se justificando a pretendida retroação da correção monetária em sua contagem.”

“Na elaboração do cálculo, até a data do laudo incidem os juros sobre o valor corrigido monetariamente.”

REsp. nº 16.858-0/PR. Rel.: Min. Hélio Mosimann. Julgado em 17.11.93 e publicado no DJ de 13.2.94.

“Em desapropriação, são cumuláveis os juros compensatórios e moratórios (Súmula nº 12, STJ).”

“Na desapropriação indireta, os juros compensatórios são calculados a partir da efetiva ocupação do imóvel (Súmula nº 69, STJ, e nº 74, do extinto TFR, na forma explicitada).”

“Os juros moratórios contam-se desde o trânsito em julgado da sentença (Súmula 70, STJ).”

REsp nº 14.918-0/PR. Rel.: Min. Demócrito Reinaldo. Julgado em 23.5.94 e publicado no DJ de 20.6.94.

“Os juros compensatórios são cumuláveis com os moratórios, por isso possuem natureza jurídica diversa. Aqueles prestam-se a reparar o particular pelos frutos civis não percebidos em razão da antecipada ocupação do imóvel pelo expropriante, no caso de desapropriação indireta. Estes visam penalizar a Administração pelo retardo no pagamento da indenização (*mora solvendi*).

Aplicação da Súmula 12/STJ.

Os juros compensatórios são devidos à taxa de doze por cento ao ano, tendo por *dies a quo* de incidência, na desapropriação indireta, a antecipada ocupação do imóvel, *dies ad quem* à data do efetivo pagamento da indenização fixada em juízo. Precedente.”

REsp. nº 40.229-8/SP. Rel.: Min. Milton Luiz Pereira. Julgado em 2.5.94 e publicado no DJ de 23.5.94.

“Os juros compensatórios servem para compensar a desapropriação material, causadora de dano à propriedade, recomposição patrimonial que homenageia o princípio constitucional da justa e ampla reparação conseqüente ao injusto desapossamento, estabelecendo o equilíbrio entre a situação econômica

anterior e a posterior. Composto e integrando a própria indenização, incluem-se, implícita ou explicitamente, como objeto da *causa petendi* da ação expropriatória, não comportando restritiva interpretação do pedido indenizatório.”

“Na desapropriação indireta, os juros compensatórios são devidos, desde a imissão na posse, contados sobre o valor simples da indenização (valor do laudo) e, a partir dessa avaliação, considerando-se o correspondente valor corrigido monetariamente, cálculos que não constituem o anatocismo (Súmula 12 e 69 STJ e 74 TFR).”

6. Conclusões

6.1. A desapropriação indireta é, sem dúvida alguma, uma realidade no direito brasileiro. Antes de ser doutrinária, ela é uma criação pretoriana. É, também, uma solução sensata a uma situação de fato que vem se tornando muito comum no Brasil.

6.2. A primazia do interesse público sobre o particular, uma das características do Estado de Direito, na fase contemporânea, conduziu ao reexame do instituto da propriedade privada. Nos tempos atuais, este instituto, antes de cunho primordialmente privado, passou a encartar-se no direito público, embora as relações referentes à propriedade ainda sejam disciplinadas pelo direito civil.

6.3. A teoria da desapropriação indireta no direito brasileiro foi muito influenciada pela construção do direito francês. Essa influência tem seu ponto alto no princípio da intangibilidade da obra pública, uma vez que esta visa a atender o interesse público. Este princípio é uma decorrência do entendimento dos doutrinadores franceses de que “L’ouvrage publique mal planté ne se détruit pas” (Não se destrói a obra pública mal edificada). Sendo assim, o bem expropriado indiretamente passa a integrar o domínio público e não pode ser restituído ao particular. Tal restituição acarretaria a destruição de uma obra pública.

6.4. Os tribunais brasileiros mostram-se francamente favoráveis à total indenização do particular que é expropriado indiretamente. Dessa forma, permanecendo fiel ao princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, retira-se qualquer caráter confiscatório e atentatório da desapropriação indireta à propriedade do particular.

6.5. Diante de tudo que se discutiu neste trabalho, entendo correto afirmar que a desapropriação indireta é, sem dúvida alguma, uma solução de equilíbrio a uma situação de fato muito comum no Brasil. Ela, assim, pode ser entendida, porque harmoniza o interesse público com o interesse particular.

Bibliografia

- BAPTISTA, Joaquim de Almeida. Da não aplicabilidade do Art. 34 da Lei de Desapropriação (Dec.-Lei 3.365 de 31.06.41) às ações de desapropriação indireta. *Revista de Direito Público*, v. 80, p. 121-125, out./dez. 1986.
- BERTHÉLEMY, H. *Traité Elementaire de Droit Administratif*. Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1933.
- BRITTO, Carlos Ayres, MONTE ALEGRE, José Sérgio. Desapropriação indireta : inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*, v. 74, p. 242-247, abr./jun. 1986.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Desapropriação indireta. *Revista de Direito Público*, v. 97, p. 176-182, jan./mar. 1991.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro : Forense, 1986. V. 1 e 2.
- CRIBARI, Giovanna. A desapropriação indireta e "forum rei sitae". *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 39, p. 63-75, jul./ago. 1986.
- GUARINELLO, Norberto. Problemas atuais da desapropriação : desapropriação indireta. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 10, p. 395-408, jun. 1977.
- MAGALHÃES, Roberto Barcelos de. *Teoria e prática da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : José Kafino, 1968.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed. atual. por Eurico Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Filho. São Paulo : Malheiros, 1990.
- . *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. V. 6.
- . São Paulo : Revista dos Tribunais, 1983. V. 7.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 1. ed., 6. tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- NARDO, Alceu di. Aplicação da prescrição quinquenal às chamadas ações de desapropriação indireta. *Revista de Direito Público*, v. 8, p. 188-191, abr./jun. 1969.
- SENTO SÉ, João Nunes. Desapropriação indireta. *Revista de Direito Público*, v. 15, p. 139-153, jan./mar. 1977.
- VEDEL, George. *Droit Administratif*. Paris : Presse Universitaires de France, 1959.
- WALD, Arnold. Desapropriação indireta do direito de construir : cabimento da correção monetária. *Revista de Direito Público*, v. 41/42, p. 144-150, jan./jun. 1977.
- WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris : Ed. Montchrestein, 1969.

Ação afirmativa

O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

SUMÁRIO

1. O princípio da igualdade e a ação afirmativa no Direito Constitucional. 2. A ação afirmativa na Constituição Brasileira de 1988 e na legislação infraconstitucional. 3. Conclusão.

1. O princípio da igualdade e a ação afirmativa no Direito Constitucional

Até que ponto se tem assegurada a liberdade igual a todos, a oportunidade igual a todos numa sociedade em que os preconceitos são tão plurais e as discriminações tão frequentes como nessa em que vivemos? Pode-se asseverar verdadeiramente, sem qualquer traço de ingenuidade cômoda ou mesmo de hipocrisia mal dissimulada, que a igualdade é respeitada de modo eficiente e democrático apenas pela negação jurídica da desigualdade formal como comportamento válido? Ou talvez a questão pudesse ser colocada mais singelamente nos termos seguintes: a igualdade é um direito efetiva e eficientemente assegurado no sistema constitucional pela sua mera formalização no rol de direitos fundamentais, no qual se profbe a manifestação do preconceito? A interpretação dessa proibição, como conteúdo pleno do princípio, garante a igualdade jurídica? Ou o que se tem, pela adoção desse princípio, é a busca da igualação jurídica como princípio informador do sistema constitucional democrático, e é nesse sentido que há de caminhar o intérprete constitucional? O sistema constitucional democrático ocidental apenas garante que a desigualdade não é um direito, pelo que as condutas que manifestam preconceito ou discriminação são puníveis por contrariarem o Direito? Ao Direito

Cármem Lúcia Antunes Rocha é Advogada.

Constitucional é suficiente assegurar formalmente a igualdade e estabelecer o dever de ser punida a discriminação, ou volta-se ele à concepção de instrumentos pelos quais se promovam a igualdade jurídica e, dessa forma, aperfeiçoar-se o princípio da isonomia?

Se se indagar quais os sistemas constitucionais positivados e em vigor no mundo, tomando-se apenas desde o período que se seguiu à 2ª Guerra Mundial, nos quais o princípio da igualdade é formalizado como direito fundamental, não há dúvida de que a resposta abrangerá todas as Constituições (inclusive aquelas que são apenas nominais). Todavia, se se questionar, paralelamente, em quais Estados o princípio da igualdade é promovido (e não, em seu nome, tão-somente se concebe a desigualdade como comportamento antijurídico) segundo o sistema jurídico adotado e qual a extensão de sua eficácia, em todos eles haverá de se constatar que a resposta será oposta àquela oferecida à primeira indagação posta¹. Em nenhum Estado Democrático até a década de 60 e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualdade e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualdade injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte no mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política. Do salário à Internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco. Das prisões

¹ Relevante o caso de Cuba, onde a Constituição prevê a promoção da igualdade como obrigação do Estado, mas no qual prevalece regime antidemocrático, pelo que o exemplo é frágil para o conteúdo posto a exame, que se questiona e examina no âmbito e na perspectiva dos sistemas políticos e sociais democráticos, nos quais a igualdade jurídica tem conteúdo próprio.

às favelas, o mundo ocidental continua marginalizando os que são fisicamente desiguais do modelo letrado e chamado civilizado e civilizatório pelos que assim o criaram. Sem oportunidades sociais, econômicas e políticas iguais, a competição – pedra de toque da sociedade industrial capitalista – e, principalmente, a convivência são sempre realizadas em bases e com resultados desiguais.

Por essa constatação histórica irrefutável é que, desde a década de 60, especialmente, começou a se fazer patente aos que tinham olhos com que ver claro que o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha sendo, até então, cuidado. Concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

É certo que coube à doutrina o grande mérito de haurir do princípio negador da validade do preconceito, como motivo de ação aceitável no Direito, o princípio maior da igualdade, alargando na terminologia do princípio o que não se continha em seu conteúdo e nas normas jurídicas que lhe fixavam o conteúdo e a forma de aplicação.

Urgia, pois, que se promovesse constitucionalmente, por uma remodelação da concepção adotada pelo sistema normativo democrático, a igualdade jurídica efetiva, a dizer, promotora da igualdade. Os iguais mais iguais que os outros já tinham conquistado o “privilegio” da igualdade. E os desiguais, ou aqueles historicamente e culturalmente desiguais, sujeitos permanentes do Direito formal, mas párias do Direito aplicado, que não conseguiam ascender à igualdade jurídica desejada?

Diversamente do que, desde a primeira década deste moribundo século XX, ocorrera quanto ao direito de propriedade e da segurança, o princípio da igualdade jurídica não tinha passado por modificação, em seu conteúdo, interpretação e aplicação, tão profunda quanto aqueles.

No curso dos séculos XIX e particularmente do XX, os direitos de propriedade e da segurança pública, dentre outros considerados fundamentais no sistema constitucional, ganharam contornos de obrigações sociais, positivando-se instrumentos para a sua realização efetiva (o princípio da função social da propriedade incorporou-se como obrigação devida pelo proprietário desde a promulgação da Constituição de Weimar de 1919, inscrita como foi no art. 123 daquele documento, e a obrigação de toda a sociedade pela segurança individual e social passou a ser instrumentalizada nesse sentido pelas Leis Fundamentais).

Quanto ao princípio constitucional da igualdade jurídica, que desde os primeiros momentos do Estado Moderno foi formalizado como direito fundamental, indagava o Presidente Lyndon B. Johnson, em 4 de junho de 1965, na Howard University, se todos ali eram livres para competir com os demais membros da mesma sociedade em igualdade de condições.

Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito. A expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguais, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. Naquela ordem se determinava que as empresas empregadoras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma “ação afirmativa” para aumentar a contratação dos grupos ditos das minorias, desiguais social e, por extensão, juridicamente.

A mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da *ação afirmativa*, determinou a implantação de planos e programas

governamentais e particulares² pelos quais as denominadas minorias sociais³ passavam a ter, necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas. Note-se que não apenas

² Esclarece Archibald Cox, em escólios sobre o tema, que “an executive order was issued, requiring federal contractors to take affirmative action to recruit and employ racial minorities, even in the absence of a determination that the particular employer had previously engaged in unlawful discrimination. Under that order specific affirmative action plans were developed for the construction industry area by area, setting percentage targets for the employment of minority journeymen and apprentices in each craft on each job. A federal law, now expired, was enacted requiring that 10 percent of each grant for local public works projects ‘shall be expended for minority business enterprises’. Many cities and towns in all parts of the country had engaged in open or covert racial discrimination in employing firefighters and police officers. Courts, in proof of such violation of the Equal Protection Clause, fixed quotas for minority employment to remedy the wrong. Some fire and police departments acted voluntarily. Colleges and universities adopted various forms of minority admissions plans”. (The Court and the Constitution, Boston : Houghton Mifflin Company, 1987. p. 270)

³ Não se toma a expressão *minoria* no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, minoria, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se contam os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma *minoria* pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como *minorias*, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira.

pessoas físicas, mas inclusive pessoas jurídicas, pequenas empresas, empresas de propriedade de membros de grupos minoritários étnicos, raciais, discriminados de maneira geral (negros, mulheres) ou especial (orientais de alguns Estados), etc. passaram a ser sujeitos da *ação afirmativa*.

Não se teve, nem seria de se esperar que se tivesse, a erradicação do preconceito e o fim de todas as formas de discriminação nestes trinta anos de prática do princípio da igualdade jurídica concebido com a compreensão da *ação afirmativa*.

Mas se teve, e ainda se tem, a reversão do conceito jurídico do princípio da igualdade no Direito em benefício dos discriminados. De um conceito jurídico passivo mudou-se para um conceito jurídico ativo, quer-se dizer, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas passou-se a um conceito positivo de condutas promotoras da igualdade jurídica.

É importante salientar que não se quer ver produzidas novas discriminações com a *ação afirmativa*, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de *ação afirmativa* adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas, ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir, etc., com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos, etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de *ação afirmativa* deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer, etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não-discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade.

Assim, a definição jurídica objetiva e

racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante na sociedade. Por esta *desigualação positiva* promove-se a *igualação jurídica* efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A *ação afirmativa* é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

A ação afirmativa, tal como aplicada nos Estados Unidos, de onde partiu como fonte de outras experiências que vicejaram nas décadas de 70 e 80, é devida, em grande parte, à atuação da Suprema Corte.

O papel dessa Corte norte-americana no tema dos direitos humanos, sua responsabilidade pelo repensamento e refazimento do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao princípio jurídico da igualdade, têm sido considerados fundamentais, especialmente no período que se seguiu à 2ª Grande Guerra. A ela – e, em geral, ao Poder Judiciário, nos Estados em que ele desempenha um papel forte como direta e efetivamente responsável pelo respeito e pela prática da Constituição, ou às Cortes Constitucionais, nos Estados onde a elas cabe esse mister – tem sido atribuído o avanço das concepções e execuções efetivas e eficientes das normas dos direitos fundamentais.⁴

Enquanto até a década de 30 o Poder Legislativo era o principal responsável pelo alargamento dos direitos fundamentais, que passavam, por meio de leis, a comporem o quadro reconhecido daqueles que eram assegurados, tocando ao Poder Executivo o papel garantidor do respeito a eles, a partir da 2ª Grande Guerra o Poder Judiciário nos Estados Unidos, por meio da Suprema Corte, basicamente sob a presidência de Earl Warren, e as Cortes Constitucionais nos Estados europeus passaram a ser os principais pólos institucionais não apenas garantidores, mas

⁴ Leciona Archibald Cox que “... all the theories assert that the ultimate protection for minorities, for spiritual liberty, for freedom of expression and political activity, and for other personal liberties rightfully comes from the Judiciary.”(Op. cit., p. 179)

ativadores, em parte, do reconhecimento de novos direitos tidos como fundamentais a partir de então. O que se acredita é que, a partir do período imediatamente pós-guerra e até o início da década de sessenta, passou-se a ter consciência de que os litígios constitucionais, mesmo traduzindo interesses individuais, continham elementos que se espalhavam e densificavam em toda a sociedade e, dessa forma, constituíam fonte de reconhecimento de direitos fundamentais para todos na sociedade. Os grupos minoritários, mesmo os grupos politicamente organizados mas não-participantes dos esquemas dos governos em exercício, passaram a vislumbrar o processo judicial constitucional como um processo político de conquistas ou de reconhecimento de direitos conquistados, mas ainda não-formalizados, expressamente, nos documentos normativos.

Nos Estados Unidos, a denominada *constitucional adjudication* passou a ser traduzida como um dos instrumentos da mutação constitucional necessária e amadurecida no seio da sociedade, a dizer, a mudança informal da Constituição fez-se encaminhar exatamente pela via judicial, e não pela via legislativa. Iniciou-se, então, o movimento chamado de *realismo legal*, pelo qual se reconheceu que não bastava a formalização da norma constitucional, sendo imprescindível a interpretação da norma segundo a experiência socio-histórica a qual ela é aplicada.⁵

No fluxo dessa mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra é que se entronizou, no sentimento jurídico dos povos, a consciência de uma necessária transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os

fundamentais. Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade.

Na esteira desse pensamento, pois, é que a *ação afirmativa* emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados. Daí a necessidade de se pensar a igualdade jurídica como a igualação jurídica que se faz, constitucionalmente, no compasso da história, do instante presente e da perspectiva vislumbrada em dada sociedade: a igualdade posta em movimento, em processo de realização permanente; a igualdade provocada pelo Direito segundo um sentido próprio a ela atribuído pela sociedade.

No caso *University of California Regents v. Bakke*, votava o Juiz da Suprema Corte Americana William Brennan pela constitucionalidade da fixação de assentos para a minoria, adequada que seria, para ele, o ato em exame, porque compatível com a *Equal Protecting Clause*

“articulated purpose of remedying the effects of past societal discrimination (is) sufficiently important to justify the use of race-conscious admissions programs where there is a sound basis for concluding that minority underrepresentation is substantial and chronic, and that the handicap of past discrimination is

⁵ É, ainda, Archibald Cox que expõe: “In the 1960s, the same impulses inspired dreams of Camelot and President Lyndon B. Johnson’s thrust toward ‘the Great Society’. Then the Court (Supreme Court) and much of the political world marched of the same tune.

At the same time that the Court’s sense of responsibility for individuals and minorities was growing, losers in the political process were becoming more conscious of the potentials of constitutional adjudication for achieving goals not attainable through the political process, and they were also becoming better equipped to use them. ...

The jurisprudence identified as ‘legal realism’ encouraged the work of reform in the name of Constitution. ... The legal realists poked fun at those

who followed ‘the law up there’, conceiving law to be ‘a brooding omnipresence in the sky.’ Their text ... became Holmes observation the ‘the life of the law has not been logic but experience.’ Law, he and they asserted, is made by human hands and reflects the judges’ morals, policies, and prejudices. This view, when pressed to its logical extreme to the exclusion of other forces in decision making, frees the contemporary judge on a court of last resort to decide as he pleases, writing his own values and social policies into the law whenever he can win the assent of a majority of his colleagues. Law becomes ‘policy science’; the social good, not adherence to law, becomes the judge’s obligation. Few judges accepted the extremes of legal realism. Many were deeply influenced”. (Ibidem)

impeding access of minorities to medical school”.

Nesse mesmo julgamento pronunciava-se o Juiz Harry Blackmun:

“In order to get beyond racism we must first take account of race.... and in order to treat some people equally we must first treat them differently”.⁶

O conteúdo, de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam – sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica – encontrou uma nova interpretação no acolhimento jurisprudencial concernente à ação afirmativa. Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje.

2. A ação afirmativa na Constituição da República de 1988 e na legislação infraconstitucional

O princípio da igualdade jurídica é de sempre da norma constitucional brasileira. O preconceito é de sempre da prática brasileira. Desde a primeira Constituição brasileira – a Carta Imperial de 25 de março de 1824 – a igualdade é contemplada como princípio insculpido entre os direitos fundamentais assegurados ao indivíduo. A escravidão, então vigente, nem considerava todo indivíduo gente, que dirá igual...

A doutrina constitucional brasileira, desde a voz augusta de Pimenta Bueno, celebra a

igualdade jurídica como pedra de toque do constitucionalismo democrático a ser tomado como objetivo fundamental do Estado brasileiro. Nem o constitucionalismo, nem a democracia, nem sequer o Estado brasileiro têm sido realizados como seria de se desejar até hoje. Por isso é que ser brasileiro é lutar todo dia como cidadão pela realização de uma cidade política justa para todos, sem chance para esmorecer pelo tanto que há a fazer...

Não foi, pois, sem razão ou causa que o constituinte pátrio de 87/88 fez emergir, com peculiar força jurídica, no sistema constitucional por eles promulgado, o princípio da igualdade como um dos pilares mestres do edifício fundamental do Direito Positivo pátrio.

Mas não apenas ali se reiterou o princípio da igualdade jurídica, senão que se fez o seu paradigma, o seu conteúdo se renovou e se tingiu de novas cores, tomou novas formas, construiu-se, constitucionalmente, de modo inédito.

A passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patenteada em toda a estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. A ação afirmativa está inserida no princípio da igualdade jurídica, concebido pela Lei Fundamental do Brasil, conforme se pode comprovar de seu exame mais singelo.

A Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a idéia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se chegue a tê-los. Em texto sobre a Constituição, relevava o Presidente do Congresso Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, que “a Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade”.

Essa convulsão tem, no olho do vulcão, a desigualdade social, econômica, regional, que tem enredado o tecido político brasileiro.

Por isso mesmo é que, mesmo não tendo força de norma, mas tendo a função de elucidar o rumo palmilhado pelo constituinte, o preâmbulo traduz a preocupação de se “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais,... a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”.

Já, então, vê-se que, pela positivação da

⁶ BLACKMUN apud cox, p. 279.

ordem constitucional de 1988 reestruturando o Estado Brasileiro e reorganizando a República Federativa, não apenas se pretendeu proibir o que se tem assentado em termos de desigualdades de toda ordem havidas na sociedade, mas que se pretende instituir, vale dizer, criar ou recriar as instituições segundo o modelo democrático, para se assegurar, dentre outros, o direito à igualdade, tida não apenas como regra, ou mesmo como princípio, mas como valor supremo definidor da essência do sistema estabelecido.

O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República).

Mas não se poderia pensar que ele apenas comparece de maneira mais freqüente ou vigorosa no sistema constitucional de 1988, tendo o mesmo conteúdo que lhe era próprio na vigência de Constituições e Cartas brasileiras anteriormente vigentes.

E a sua transformação essencial ofereceu-se à mostra, clara e indubitavelmente, no art. 3º, I, III e IV, que vale a pena transcrever:

“Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

...

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos,

especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º da Lei Fundamental da República traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído.

Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.

Pois daqui para a frente, nas novas leis e comportamentos regulados pelo Direito, apenas seriam impedidas manifestações de preconceitos ou cometimentos discriminatórios. Mas como mudar, então, tudo o que se tem e se sedimentou na história política, social e econômica nacional? Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos.

O art. 3º traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo a universalidade desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que, não dispondo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa.

Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos.

E não é solidária porque fundada em preconceitos de toda sorte.

O art. 3º traz também uma afirmação: a de que, conquanto retratada a inexistência de uma autêntica República Democrática, o Direito organizou um modelo de Estado que se põe exatamente para realizá-la.

Daí porque, entre os objetivos fundamentais da República, estabeleceu-se, primariamente, a determinação de se construir uma nova sociedade brasileira, segundo paradigmas constitucionalmente traçados.

Mais que isso, e esclarecendo que o movimento de mudança teria que ser feito em direção determinada pela norma fundamental da República, a Constituição traz, naquele dispositivo, o mandamento de se *erradicar a pobreza* (uma das fontes de maior discriminação e preconceitos no Brasil) e a *marginalização*, e, ainda, *reduzir as desigualdades sociais e regionais*.

A pobreza – mais que isso, e bem pior, a miséria, que predomina em bolsões enormes – reduz à total impraticabilidade um dos princípios da República, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Até porque a pobreza extrema, qualificada pela miséria, destitui da pessoa a sua própria humanidade. Daí a determinação de se projetarem políticas públicas e comportamentos administrativos públicos e privados (porque a ordem do dispositivo não é para a exclusiva ou única ação das entidades públicas) no sentido válido somente quando permitirem ou se voltarem à erradicação da pobreza e da marginalização.

Mais ainda, no mesmo inciso III do art. 3º, determina-se que se tenha em vista o objetivo fundamental a ser perseguido, o de *reduzir as desigualdades sociais e regionais*, de maneira tal que não é suficiente, nos termos postos expressamente na Constituição, que não se tolerem desigualdades; antes, cuida a Lei Fundamental de expressar a exigência de que se adotem procedimentos para reduzir aquelas que são havidas na sociedade brasileira.

O inciso IV do mesmo art. 3º é mais claro e afinado, até mesmo no verbo utilizado, com a ação afirmativa. Por ele se tem ser um dos objetivos fundamentais *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Verifica-se, então, que não se repetiu apenas o mesmo modelo principiológico que adotaram constituintes anteriormente atuantes no país. Aqui se determina agora uma *ação afirmativa*: aquela pela qual se promova o bem *de todos, sem preconceitos (de) quaisquer... formas de discriminação*.

Significa que universaliza-se a igualdade e promove-se a igualação: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República.

Se fosse apenas para manter o que se tem,

sem figurar o passado ou atentar à história, teria sido suficiente, mais ainda, teria sido necessário, tecnicamente, que apenas se estabelecesse ser objetivo manter a igualdade sem preconceitos, etc.

Não foi o que pretendeu a Constituição de 1988. Por ela se buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justo e solidário. Com promoção de mudanças, com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sócio-político é que se movimentou no sentido de se recuperar o que de equivocado antes se fez.

O significado maior do art. 3º da Lei Fundamental da República é, pois, a demonstração de uma mudança essencial do constitucionalismo brasileiro, de uma proposta de sociedade diferente da que percebeu o constituinte de 87/88 e que não lhes pareceu livre, justa, fraterna e solidária.

Pode-se, ainda, ter clara a mudança havida na concepção do princípio da igualdade jurídica, pela sua positivação no art. 5º da Constituição.

Alterando a formulação que tradicionalmente se fizera nas Constituições brasileiras, nas quais o princípio da igualdade jurídica vinha sempre entre os incisos (ou parágrafos, segundo a técnica empregada pelo constituinte) do artigo que cuidava, em cada uma, dos direitos fundamentais reconhecidos e assegurados (art. 179, incisos 13, 14, 16, dentre outros, da Carta de Lei Imperial, de 25 de março de 1824; art. 72, § 2º, da Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891; art. 113, inciso 1, da Constituição da República, de 16 de julho de 1934; art. 122, inciso 1º, da Carta de 10 de novembro de 1937; art. 141, § 1º, da Constituição da República, de 18 de setembro de 1946; art. 150, § 1º, da Carta de 24 de janeiro de 1967; art. 153, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), a Constituição da República de 5 de outubro de 1988 inicia o articulado sobre direitos e garantias fundamentais exatamente com a referência expressa ao princípio da igualdade jurídica, que é repetida no texto do mesmo dispositivo logo em seguida.

Vem a pêlo, nessa passagem, transcrever-se o dispositivo:

“Art. 5º – *Todos são iguais perante*

a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...”.

A topografia do princípio, alterada, pois, em seu tratamento constitucional tradicional, demonstra bem o cuidado com a igualdade na estruturação do sistema fundamental inaugurado em 1988.

Iniciado o tratamento dos direitos fundamentais com a afirmação do princípio da igualdade, expõe, ainda, a Constituição a extensão de sua obrigatoriedade ao legislador infraconstitucional, pelas duas normas havidas nos incisos XLI e XLII do mesmo art. 5º, segundo os quais

“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”,

e

“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Transformado o tratamento constitucional do princípio da igualdade em sua alocação e em sua dicção constitucionais, seria de se pensar que o seu conteúdo se tivesse mantido o mesmo de antes das modificações radicais processadas no Direito?

Parece que não é o que autoriza pensar o conjunto de princípios e regras que se enredam sobre o tema permanentemente voltado à igualação, preocupação muito maior do que a mera igualdade estática antes vislumbrada e assegurada.

Não fosse pelo tratamento diferenciado do que antes se havia tido constitucionalmente sobre o tema, necessário seria apenas que se atentasse a algumas regras expressas do sistema promulgado em 1988, para se certificar da correção do entendimento segundo o qual a modificação do princípio, o avanço em sua concepção são flagrantes no texto, mais que apenas no contexto da Constituição.

Tome-se como primeira regra contenedora do princípio da igualdade pensado em sua concepção de afirmação necessária da igualação dos desiguais na sociedade (conceito dinâmico e transformador de uma realidade injusta, desigual e, portanto, nem fraterna e nem

solidária) o art. 37, VIII, da Lei Fundamental da República, que estabelece:

“Art. 37 -...

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

O que vem a ser tal determinação normativa senão o que a prática e a jurisprudência constitucionais norte-americanas denominaram *ação afirmativa*?

Os portadores de deficiência vêm se ressentindo, há séculos, das mais variadas formas de preconceitos. Até há pouco, considerados *castigados* por alguma divindade e *marcados por essa pena* também socialmente, eram eles privados do acesso às oportunidades de trabalho e de obtenção de condições mínimas de dignidade e da igual liberdade de realizar-se como ser humano.

Não é novidade a ocorrência, em muitas ocasiões, de afastamento de portadores de deficiência física de alguns cargos públicos, para os quais eram reprovados nos concursos públicos, ao argumento das bancas examinadoras de que a deficiência os estigmatizariam e impediriam o seu exercício de autoridade, de que alguns cargos se revestiam.

Não era, pois, a comprovação de que a deficiência os deixava inabilitado física ou psicologicamente para o desempenho que os conduzia à reprovação; era tão-somente a deficiência moral dos espíritos menores agrilhoados em seus preconceitos.

Daí o advento da norma supra transcrita, que reserva percentual dos cargos e empregos públicos para aqueles que se vêem a braços com essa insidiosa forma de discriminação, afirmando-se, então, constitucionalmente, a ação que desiguala desiguais sociais para igualar juridicamente os sujeitos de uma relação cultural e tradicionalmente equivocada e injusta.

Não duvido, assim, que, se sobrevier um concurso público para Procurador do Estado, destinado a prover, por exemplo, dez cargos daquela carreira, e vier a ser classificado um portador de deficiência visual (o que não o inabilita para o desempenho do cargo postulado) em 12º lugar, sem que se tenha previsto qualquer percentual diverso e sem que entre os dez primeiros se apresente qualquer outra pessoa portadora de deficiência, poderá ingressar em juízo o interessado classificado e,

inexistindo lei específica, por meio de mandado de injunção, poderá ele obter a garantia de nomeação para um dos dez cargos, pois a afirmação está assegurada constitucionalmente como direito preferencial do portador de deficiência.

O que se tem pela regra do art. 37, inciso VIII, da Constituição da República é a expressão ou a revelação do que se contém no princípio da igualdade jurídica, segundo a concepção dinâmica e positiva do constitucionalismo contemporâneo: cota ou percentual de cargos ou empregos públicos reservados a uma categoria desiguada historicamente por preconceito ou discriminação injusta, que se pretende superar, desiguando, agora, positiva e afirmativamente.

A definição dos critérios de admissão dos portadores de deficiência para a execução da ação constitucionalmente determinada é entregue ao legislador, na forma disposta na norma em foco, pois cada cargo ou emprego tem as suas peculiaridades, que precisam ser confrontadas com algumas particulares condições dos postulantes do direito preferencial.

Não destoa da mesma orientação a regra contida no art. 170, IX, da Constituição da República, em sua feição originária e mesmo com a nova norma introduzida no lugar daquela preliminarmente promulgada, com a Emenda Constitucional nº 6 de 1995.

O art. 170 da Constituição da República, no qual se elencam os princípios gerais da ordem econômica com o fim de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, repete, em seu inciso VII, o princípio da igualdade jurídica como ação voltada à redução das desigualdades regionais e sociais (repetindo-se, portanto, o objetivo fundamental da República estabelecido no inciso III do art. 3º). No inciso que àquele se segue, estampa-se a imposição da *ação afirmativa* “privilegiadora” de determinados grupos sociais que não receberam o tratamento coerente com a sua condição desigual, segundo se entendeu, na gestão da Lei Fundamental, como sendo necessária.

Assim, dispunha a norma no art. 170, inciso IX, quando da promulgação do texto originário da Constituição:

“Art. 170 -...

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.”

A Emenda Constitucional nº 6 de 15 de agosto de 1995⁷ introduz a seguinte norma no sistema fundamental vigente, modificativa daquela supratranscrita e que foi, então, suprimida pelo advento desta:

“Art. 170 -...

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

Verifica-se que tanto a primeira quanto a segunda norma dispõem de uma definição voltada a um “tratamento favorecido” para as empresas ali nomeadas, apresentando-se, pois, a regra como reflexo ou desdobramento aplicado do princípio da igualdade jurídica tal como concebido no constitucionalismo contemporâneo.

É certo que a desigualação favorecedora, aqui, não tem a mesma natureza daquelas outras introduzidas em passagens diversas do texto constitucional, quer-se dizer, não tem a mesma natureza de condição pessoal, étnica, racial, ou algo no gênero.

Mas tem-se, com certeza, uma ação afirmativa determinada constitucionalmente no sentido do favorecimento de um grupo que dispõe de condição social e econômica de tal forma especial que se considera necessário ser tratado diferentemente para ter as mesmas oportunidades de permanência e crescimento, no caso, na atividade econômica.

⁷ A nova norma constitucional surgida com a promulgação da emenda mencionada tem sido referida como “com nova redação dada pela Emenda...”.

Cuida-se, a toda evidência, de um equívoco na descrição do fenômeno da reforma das leis e, inclusive, das normas constitucionais.

Dar nova redação a uma norma jurídica é deixar que se permaneça a mesma norma, apenas conferindo-se a ela uma outra forma de expressão. Dando-se nova redação a qualquer texto, legal ou não, não se modifica o dito, apenas reveste-se-lhe de nova forma. Assim, inobstante quase todas as emendas constitucionais trazerem em suas respectivas ementas a referência a uma nova redação, o que se tem é a promulgação de uma nova norma, com novo texto, conteúdo e forma, pelo que não se cuida, absolutamente, de mudança apenas de redação como ao mais mal avisado poderia parecer.

Daí a referência acima feita de que ao que se tem, no caso da emenda constitucional – como, de resto, em todas as demais que proliferam no sistema brasileiro –, sobrevêm novas normas por meio de cada uma delas.

A Constituição Brasileira aponta, ainda, para a “proteção especial” às crianças e aos adolescentes (aqui não como uma afirmação de condições passadas, mas de uma prevenção e perspectivas de melhorias para o futuro desses grupos), em seu art. 227 e §§, bem como aos portadores de deficiência física, sensorial ou mental, aos idosos, em seu art. 230, revelando, todas essas passagens, que a Constituição desiguala para realizar o princípio da igualdade, ou para efetivar a igualação jurídica para sobrepor à desigualação física, social e econômica um padrão que assegure, eficazmente, a dignidade humana como princípio maior do Direito Constitucional Contemporâneo.

Se em algumas passagens a Lei Fundamental da República define comportamentos específicos favorecedores de grupos desfavorecidos histórico-social e histórico-economicamente, não se tenha serem eles os únicos que se poderiam considerar dotados ou dotáveis de condicionamentos especiais no Direito Positivo. O que com eles se tem é, basicamente, a amostragem, o norte, a baliza fundamental para a aplicação devida e justa do princípio da igualdade jurídica sustentador do sistema constitucional.

O que se demonstra com os exemplos do art. 37, VIII, ou com o art. 170, IX, ambos da Constituição da República, dentre outros que se poderiam enfatizar, é tão-somente o conteúdo explicitamente caracterizado da nova concepção do princípio constitucional da igualdade jurídica.

Pelo que não apenas a Constituição, mas o sistema jurídico nacional em sua inteireza curva-se, condiciona-se, efetiva-se pela apreensão do princípio figurado com aquela concepção consagradora da obrigação de adoção de comportamentos que afirmam diferenças injustas, historicamente ou mesmo no presente, para que se superem as discriminações e se tenha a prática eficaz da igualdade no Direito.

Dai os exemplos que se podem arrolar de adequação das normas jurídicas infraconstitucionais que dão aplicação plena àquele princípio, transformando um entendimento que antes prevalecia quanto à igualdade jurídica.

Dai se tem, por exemplo, na Lei nº 8.666/93, denominada “Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos”, o seu art. 24, inciso XX, que estabelece:

“Art. 24 - É dispensável a licitação:

...

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

A hipótese de dispensabilidade de licitação por associação de portadores de deficiência física, desde que atendidas as condições da regra, significa o acolhimento, no Direito infraconstitucional, de tratamento favorecido em razão de situação peculiar de marginalização e dificuldades sócio-culturais com repercussões econômicas a que se sujeitam os associados da entidade descrita.

Por isso mesmo é que, para se ter uma igualação que a sociedade não promoveu por si, o Direito afirma um favorecimento que conduz a uma condição igual no movimento da norma, que se faz pela aplicação e criação de situação social concreta.

Não se afirma – ninguém assevera com seriedade – que a regra da Lei de Licitações estaria a agredir o princípio constitucional da igualdade, porque o que ela faz é, antes, fomentar um processo de igualação que permite seja aperfeiçoado, não apenas na forma, mas principalmente no conteúdo, aquele dogma fundamental.

Na esteira da ação afirmativa concebida como elemento de essência do princípio constitucional da igualdade no sistema jurídico vigente, sobreveio o art. 11, § 3º, da Lei nº 9.100, que “estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências”.

Reza o preceito:

“Art. 11 - Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher.

...

§ 3º - Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres”.

Novamente aqui se tem, expressamente, a fixação de percentual destinado ao preenchimento por grupo denominado dentre as *minorias*, no caso, as mulheres.

Não há qualquer distinção, pois, entre o que aqui se tem e o comando constitucional

determinador de fixação de cotas para os deficientes físicos, ou o favorecimento das empresas de pequeno porte, ou a proteção especial de determinadas categorias sociais.

Também não se vislumbra, no espectro do Direito Constitucional Comparado, máxime em relação à prática norte-americana do constitucionalismo contemporâneo, como antes lembrado, absolutamente nada de novo, ou de inédito, ou de esquisito, ou de inusitado.

E, no entanto, em relação a essa norma, os clamores foram ouvidos. Alegou-se, até mesmo, *manifesta inconstitucionalidade* da norma. Na forma? No conteúdo? Pela fixação do percentual que feriria a igualdade dos iguais homens brancos, médios, ocidentais, letrados, que são os que se encontram em melhor condição de disputa eleitoral desde sempre na história brasileira, na qual a mulher somente começou a ter direito a votar na década de trinta? Mas se percentual é definido na própria Constituição brasileira para outros casos, apontando, assim, a Lei Fundamental para a ação afirmativa, como é que não se poderia atribuir ao legislador a tarefa de desigualar os desiguais históricos para se atingir a igualação jurídica formalmente acolhida no sistema em vigor? Se pequenas empresas podem ser favorecidas com percentuais, se deficientes têm percentuais de cargos públicos a eles definidos e para eles resguardados, se índios têm estatuto próprio, por que não poderiam as mulheres serem afirmadas em condição de *desigualação positiva*, para virem a ocupar o espaço político que lhes foi negado tradicionalmente, numa atitude histórica indubitável de absoluto preconceito e desconsideração social? As mulheres têm as mesmas oportunidades que os homens na sociedade brasileira *para os cargos de comando*? Porque para os empregos e cargos de menor significação político-decisória não apenas se têm os mesmos direitos, como alguns são considerados *destinados às mulheres*. São assim aqueles que se vocacionam ao desempenho de tarefas domésticas ou artesanais, são assim aqueles que se têm, no serviço público, como atividades-meio, dentre outros que se poderiam citar. E na esfera política? As mulheres do mundo deste quase século XXI, sendo mais da metade da população, sendo quase a metade da população incumbida da atividade econômico-produtiva, são quase a metade das pessoas que ocupam os cargos de comando político-institucional nos Estados? Têm elas as mesmas condições de disputa? Representam sem

preconceito ou discriminação na igualdade do seu desempenho sócio-econômico e cultural? Recebem a mesma educação para a competição que os homens? São iguais no Direito? Em que Direito?

Curioso, contudo, é que, quando a Constituição definiu, inovadoramente, o princípio da igualdade, não se abalaram os homens – mesmo aqueles que são superiores espiritual e intelectualmente e já não se dispõem à convivência com prejuízos mais banais e superáveis como aqueles que dominam quanto à mulher – a arguir qualquer demasia ou excesso na igualação de desiguais como os negros (que a Constituição do Estado da Bahia, por exemplo, trata com preferencialidade, afirmando o que foi desigualado historicamente), os portadores de deficiência, etc..

É que não se tinha levado a ação afirmativa aos postos de comando político, como se cogita ter ocorrido, agora, com o advento do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.100/96.

Tem-se, assim, que o *assombro admirativo* com que reagiram os homens apenas demonstra, inequivocadamente, o preconceito que continua a prevalecer na sociedade em relação à mulher e, assim, a necessidade de se aplicar o princípio da igualdade com mais democracia e justiça do que a concepção tradicional, acanhada e formal, fazia nele conter.

Não se vislumbra inconstitucionalidade manifesta, nem sequer novidade, na norma do art. 11, § 3º, da Lei nº 9.110/96. E se mais não tiver de positivo, tem a possibilidade de estampar preconceitos que se afirmam inexistentes mesmo por figuras masculinas respeitadas, admiradas e reconhecidas pela defesa dos direitos iguais de todos. É apenas um vício esse preconceito, tatuado, de tal maneira arraigado na história das sociedades, que nem quem lhe traz à alma o reconhece às vezes.

3. Conclusão

O grande avanço jurídico do princípio constitucional da igualdade é que esse passou, nas últimas duas décadas, de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito democrático dinâmico e positivo, vale dizer, de um momento em que por ele apenas se proibia a desigualação jurídica a uma fase em que por ele se propicia a promoção da igualação jurídica. O princípio constitucional da igualdade deixou de ser um dever social

negativo para tornar-se uma obrigação política positiva.

A *ação afirmativa* é, pois, a expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na e pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativa ou administrativamente imposto ou permitido.

Por ela revela-se não apenas um marco equivocado da discriminação havida no passado em relação a determinados grupos sociais, mas, principalmente, uma transformação presente que marca um novo sinal de perspectivas futuras, firmadas sobre uma concepção nova, engajada e eficaz do princípio da igualdade jurídica. A *ação afirmativa* traduz também o verdadeiro primado do interesse histórico e integral da sociedade sobre o interesse momentâneo e singular do indivíduo. Sem se deixar o direito desse ao desabrigo – tanto que apenas um percentual é fixado para a definição das minorias, deixando-se ao talento pessoal as disputas gerais dos cargos, empregos, oportunidades gerais para obtenção das condições necessárias para cada qual segundo a sua vocação à competição e coordenação de todos –, a *ação afirmativa* reconstrói o tecido social, introduzindo propostas novas à convivência política, nas quais se descobrem novos caminhos para se igualar, na verdade do direito e não apenas na palavra da lei, o que o preconceito de ontem desigualou sem causa humana digna.

A construção da proposta constitucional e prática política, administrativa e social da *ação afirmativa* traduz em nosso tempo, segundo as novas cores da experiência social vivida neste final de século, o princípio da igualdade. Afinal, como afirmava Aristóteles, na *Ética de Nicômacos*,

“In the field of moral action, truth is judged by the actual facts of life, for it is in them that the decisive element lies.

So we must examine the conclusions we have reached so far by applying them to the actual facts of life; if they are in harmony with the facts, we must accept them, and if they clash, we must assume that they are mere words.”

A *ação afirmativa* constitui, pois, o conteúdo próprio e essencial do princípio da igualdade jurídica tal como pensado e aplicado, democraticamente, no Direito Constitucional Contemporâneo.

Por último, vale lembrar ainda uma vez Ulysses Guimarães, que, no inrôito dos primeiros exemplares da Constituição de 1988, promulgada pelo Congresso Constituinte por ele presidido, salientava que “o homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania.” A *ação afirmativa* é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é, na letra da lei fundamental, assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. E, no entanto, no Brasil que se diz querer republicano e democrático, o cidadão ainda é uma elite, pela multiplicidade de preconceitos que subsistem, mesmo sob o manto fácil do silêncio branco com os negros, da palavra gentil com as mulheres, da esmola superior com os pobres, da frase lida para os analfabetos... Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que não lhe rebuscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história feita pelas mãos calejadas dos discriminados.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis

ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Espécies de controle.* 3. *Ação direta de inconstitucionalidade.* 4. *Ação de inconstitucionalidade por omissão.* 5. *Efeitos da declaração em tese.* 6. *A prejudicial de inconstitucionalidade.* 7. *Procedimento nos tribunais.* 8. *Conclusão.*

1. Introdução

Como todos os discursos sobre a matéria que a epígrafe anuncia, este começará lembrando o princípio da supremacia constitucional. Com efeito, visto ser a Constituição um complexo de regras estruturais de uma sociedade política, fonte de validade de todas as normas, há que reconhecer-lhe a superioridade, pois não é possível conceber, como expressão determinante da vontade, nenhuma outra lei que a supere. Isso posto, como explicariam os positivistas kelsenianos a chamada *norma fundamental* de Kelsen, que é fundamental em relação a todas as leis, inclusive à Constituição? Vamos tentar resumir, em muito poucas palavras, a concepção do chefe da Escola de Viena:

“Impende, para conviver em sociedade com segurança, hierarquizar a vontade política.”

É dessa colocação que advém o postulado, isto é, a norma fundamental kelseniana:

“Devemo-nos conduzir como a Constituição prescreve.”

Agora, a explicação necessária: a norma fundamental em relação a todas as leis, inclusive à Constituição, não é de *jus positum*. Não é norma de direito positivo, quer dizer, posta obrigatoriamente. Não é norma posta –

Artur Oscar de Oliveira Deda é Professor aposentado do Departamento de Direito da UFS e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

expressão volitiva; é norma suposta – criação do pensamento. Não é criação da vontade determinante; é ficção que serve ao estudo jurídico. É norma conjectural, pressuposto gnosiológico da ciência do direito.

Tarcísio Burity Miranda, no estudo intitulado *Kelsen e o Pensamento Conjectural*, registrou:

“Dentro de sua filosofia neokantiana, Kelsen afirma que a sua norma fundamental é uma hipótese lógico-transcendental. Da mesma maneira que Emmanoel Kant põe a questão de saber como uma interpretação dos fatos dados aos nossos sentidos é possível dentro das leis naturais formuladas pelas ciências da natureza, da mesma maneira a Teoria Pura do Direito põe a questão de saber como é possível uma interpretação da significação de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas, descritas segundo proposições de direito, numa interpretação que não necessite recorrer a autoridades metajurídicas tais como Deus ou a Natureza”.

“A norma fundamental, portanto, não determina o conteúdo das normas jurídicas positivas; apenas constitui a razão do fundamento lógico-transcendental delas. Não é norma posta mas simplesmente pressuposta pelo pensamento científico”.

Depois dessa digressão, tornamos ao princípio da suprallegalidade constitucional, que não admite a existência de qualquer norma jurídica em oposição à Lei Maior. A antinomia conjuntural, o contraste episódico entre a lei ordinária e a Constituição gera o vício da inconstitucionalidade. A salvaguarda constitucional opera-se, então, pelo controle, político ou jurisdicional, conforme se realize por um órgão político ou seja exercido por um órgão do Poder Judiciário. No Brasil, no sentido repressivo, não há o controle político. É jurisdicional.

2. Espécies de controle

O controle tanto pode ser preventivo, como repressivo. É preventivo antes de a norma existir, isto é, na fase de sua elaboração, o que se verifica com os projetos de lei na comissão legislativa competente (art. 58 da CF) ou no próprio Executivo (art. 66, parágrafo 1º, da CF).

Diferente do preventivo, o controle repressivo tem por finalidade expungir o mundo jurídico da conflitância existente entre a lei ou ato normativo e a Constituição.

Neste passo, convém trazer a palavra esclarecedora de Michel Temer:

“Por leis, não de entender-se as espécies previstas no art. 59, emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos-legislativos e resoluções. Por atos normativos, entende-se: a) decretos do Poder Executivo; b) normas regimentais dos Tribunais federais e estaduais e suas resoluções”.¹

O controle repressivo – que é, entre nós, jurisdicional – cumpre-se pelas seguintes formas: ação direta, inconstitucionalidade por omissão e prejudicial de inconstitucionalidade.

3. Ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta tem por finalidade a declaração da inconstitucionalidade em tese. Não há um caso concreto. E compreende a ação direta *interventiva*, prevista no art. 36 da CF, e a *genérica*, contemplada no art. 102, I, a.

Antes da Constituição de 1988, a ação direta era da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Com a nova constituição, a ação direta, genérica ou interventiva, cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal quando o conflito for entre leis ou atos normativos federais ou estaduais e a Constituição Federal. O constituinte admitiu, inovando, que compete aos Tribunais de Justiça dos estados o julgamento da ação direta quando o conflito for entre leis ou atos normativos estaduais e municipais, em face da Constituição Estadual. Mas...se o conflito for entre lei ou ato normativo municipal, em face da Constituição Federal? Eis a questão. Não se pode dizer que na prática o problema não aconteça, sob argumento de que as constituições estaduais repetem todos os princípios da federal. Nem sempre. Claro que se um princípio da federal encontra-se, também, na estadual, a antinomia *lei municipal* “versus” *Constituição Estadual* autoriza a ação direta, a ser julgada pelo Tribunal de Justiça.

Em razão do silêncio da Lei Maior, não

¹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989. p. 44.

é cabível a ação direta para expungir o ordenamento jurídico da contradição entre a lei municipal e a Constituição Federal. Há, porém, quem diga não estar excluída a possibilidade, em tal caso, de caber a declaração em tese ao tribunal estadual. O certo é que existiu a omissão lamentável do constituinte.

Partes legítimas para intentar a ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo, são as pessoas relacionadas no art. 103 da Constituição, desde o Presidente da República às entidades de classe de âmbito nacional.

Citado previamente, o Advogado-Geral da União tem o dever de defender “o ato ou texto impugnado”. Há quem afirme exista, em qualquer hipótese, esse dever, diante do teor da norma. Pensamos que não. Quando, fora de qualquer dúvida, existir o vício, a defesa é inconcebível, por ofender a consciência jurídica. No âmbito do estado, *id est*, quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, a citação prévia será do Procurador-Geral do Estado.

A audiência prévia do Procurador-Geral da República, no Supremo, e do Procurador-Geral da Justiça, nos tribunais estaduais, é, também, obrigatória. Alguma vez o Ministério Público, em Sergipe, tem argüido preliminar de nulidade do processo, sob argumento da indispensabilidade de sua audiência antes da citação inicial. Pensamos que assim não deve ser compreendida a norma cogente. Ser ouvido previamente significa antes da sessão de julgamento, como em todos os processos. É o que acontece com o lançamento do parecer, nos autos respectivos. Outra não pode ser, a nosso juízo, a compreensão da norma editada no parágrafo 1º do art. 103 da CF e a regra correspondente da Carta sergipana (art. 108, parágrafo 1º).

4. Ação de inconstitucionalidade por omissão

Ação de inconstitucionalidade por omissão é a ação direta por que se pretende a declaração ou reconhecimento judicial de uma omissão do poder que, em virtude de mandamento constitucional, deveria realizar determinado ato e não o praticou, ofendendo, assim, a Lei Maior.

A primeira observação relevante é que o Supremo tem competência para a ação de inconstitucionalidade por omissão, sem interferir, porém, na realização do ato, para não invadir a esfera competencial do outro poder. Sua atuação, portanto, na hipótese de a ação

ser julgada procedente, limita-se a declarar existente a omissão e a assinar prazo para a efetivação do ato. Diz-se que, quando a omissão for debitada a autoridade administrativa, possível é a identificação de crime de responsabilidade. Quando, entretanto, o caso for concernente à elaboração de uma lei, como obrigar o Legislativo a fazê-lo, diante da impossibilidade de o Judiciário suprir a omissão?!

A competência será sempre do Supremo quando a omissão for de preceito fundamental. Por outro lado, não nos parece cabível hipótese em que, por via indireta, seja argüível a inconstitucionalidade por omissão.

Não há confundir as figuras distintas de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, posto que, numa e noutra, haja sempre inconstitucionalidade por omissão alegada. Como já tivemos oportunidade de mostrar, no mandado de injunção a omissão que vulnera a Lei Maior é consistente na falta da norma regulamentadora indispensável ao exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. Na ação de inconstitucionalidade por omissão, entretanto, o desfrute do direito constitucional independe de regulamentação, ou, quando depende, já existe a lei complementar necessária, faltando apenas a providência material por parte da autoridade competente.²

² Em acórdão de 19 de agosto de 1992, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, examinando questão preliminar, acolheu, unanimemente, o voto do Relator, assim:

“A questão da impropriedade da via electa é levantada, como preliminar, pelo Governador do Estado de Sergipe, firmado no magistério do eminente constitucionalista José Afonso da Silva, segundo o qual ‘o mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar, concretamente, em favor do impetrante, o direito, liberdade e prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa a obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). É equivocada, portanto, *data venia*, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa à expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Isso quer apenas dizer que o mandado de injunção não passaria de ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária, a dizer: como os titulares dessa ação

5. Efeitos da declaração em tese

Estamos a tratar da declaração judicial em tese, hipótese em que a decisão produz efeitos *erga omnes*. Diferente da declaração incidental ou por via de exceção, como veremos adiante, a decisão atinge a coletividade. A controvérsia existente é sobre a eficácia no tempo, *id est*, se tais efeitos limitam-se ao futuro (*ex nunc*) ou se operam retroativamente (*ex tunc*). A respeito, baseada em estudo de Cappelletti, Regina Ferrari mostra que a solução diverge, conforme o sistema adotado. Com efeito, há dois sistemas. Para o austríaco, a declaração opera *ex nunc*; para o americano, a decisão é retroativa.³

Entre nós, é viva e acesa a divergência jurisprudencial e doutrinária, todavia predomina o entendimento de que a lei é declarada írrita, nula, a decisão produzindo efeitos *ex tunc*. Alguns poucos recomendam “soluções diferenciadas pelas razões apresentadas”.⁴

(art. 103) se omitiram no seu exercício, então fica deferido a qualquer interessado o direito de utilizar o procedimento injuncional para obter aquilo que primeiramente ocorria àqueles titulares buscar’.

Passamos a expor, com o necessário desdobramento, o raciocínio conducente à solução desta reliminar.

Impende frisar que o pedido respeitante à concessão de liminar, fundamentadamente denegado, é matéria ultrapassada. O pleito final resume-se, portanto, à edição de lei complementar que torne factível o princípio isonômico, ou, não cumprida a ordem judicial, o deferimento, ao impetrante do direito constitucional postulado.

Apresentado o fato e deduzida a pretensão, cumpre-nos aplicar o direito. *Jura curia novit*.

Segundo pensamos, à luz da lógica, no mandado de injunção há sempre inconstitucionalidade por omissão, posto não se confundam as figuras realmente distintas do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Sim, porque no mandado de injunção a omissão que vulnera a Lei Maior é consistente na falta de norma regulamentadora indispensável ao exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. Na ação de inconstitucionalidade por omissão, entretanto, o desfrute do direito constitucional independe de regulamentação, ou, quando depende, já existe a lei complementar necessária, faltando, apenas, a providência material por parte da autoridade competente.

Ao julgar o Mandado de Segurança nº 05/90, este Tribunal assim decidiu:

‘Isonomia: Defensoria Pública e Ministério

6. A prejudicial de inconstitucionalidade

Ao lado da declaração de inconstitucionalidade em tese, por meio de ação direta, existe a declaração incidental, indireta, por meio de exceção. É a declaração *incidenter tantum*, quer dizer, incidentalmente, apenas. Agora, a questão da inconstitucionalidade da lei, em vez de configurar o mérito, constitui mero incidente. A parte interessada a argúi como questão prévia. Comumente, os advogados chamam essa questão prévia de “preliminar de inconstitucionalidade”. Outros, a nosso juízo com mais rigor, denominam-na “prejudicial de inconstitucionalidade”. Qual a melhor terminologia?

Sobre distinguir preliminar e prejudicial, têm controvertido os processualistas. Para uns, as palavras têm o mesmo sentido. Para outros, convêm distingui-las. A maioria pensa assim. Citamos, a propósito, Adroaldo Furtado Fabrício:

Público, Norma Constitucional Programática.

Embora afirme compreendidas pelo princípio da assimilação as funções do Ministério Público e da Defensoria Pública, é programática a norma da Constituição do Estado de Sergipe determinante da isonomia, porquanto seu implemento depende da organização em carreira dos Defensores Públicos, através de lei complementar.’

Neste caso, o que se verifica é a ausência da regulamentação indispensável ao exercício do direito constitucional postulado. Cabível, portanto, é o mandado de injunção quando a parte objetiva a edição da lei complementar.

Quando o Professor José Afonso da Silva proclama que o mandado de injunção ‘não visa a obter a regulamentação prevista na norma constitucional’, porquanto ‘não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão’ (art. 103, § 2º), não contradiz o que o primeiro afirmou, isto é, que ‘o mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar, concretamente, em favor do impetrante, o direito, liberdade e prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício’ (fl. 59).

Pareceu-nos bastante claro que o que preocupou o eminente constitucionalista foi a preservação da esfera competencial do Poder Legislativo, não cabendo ao Judiciário editar a lei, mas assinar prazo para que o faça o poder competente.”

³ FERRARI, Regina. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 147.

⁴ *Ibidem*.

“A imprecisão da terminologia empregada com o uso freqüentemente indiscriminado ou com variável correspondência conceitual das expressões questão prévia, questão preliminar e questão prejudicial complica sobremaneira qualquer investigação a respeito, a ponto de tornar-se impossível saber-se, algumas vezes, em que sentido os diversos autores as estão empregando. Em seu excelente estudo, Barbosa Moreira observa que a confusão daí resultante levou ao desalento alguns estudiosos, aos quais pareceu mais prudente abdicar de qualquer veiledade de formular um conceito exato de prejudicialidade e desterrar de vez da terminologia do processo a expressão questão prejudicial, como único meio de evitar mal-entendidos”.⁵

A verdade é que a maioria dos processualistas tem feito a distinção, como buscaremos demonstrar agora. Efetivamente, preliminar é uma questão prévia que, uma vez acolhida, impede o conhecimento do mérito da causa, ao passo que a prejudicial, também questão prévia, julgada procedente, influi no mérito, prejudicando-o. Imaginemos que alguém vá a juízo cobrar uma dívida e que o réu, ao defender-se, alegue a prescrição e, no mérito, afirme o pagamento. Ora, a prescrição é prejudicial; o pagamento é mérito. Uma vez acatada a prescrição, não mais interessa a questão do pagamento; com esta o juiz não vai mais ocupar-se, e outra ação não pode ser proposta, porquanto a questão de mérito está prejudicada.

Cuidemos, agora, da prejudicial de inconstitucionalidade. Suponhamos que alguém, com base em lei, pretenda certo benefício, alegando preencher as exigências estatuídas, mas o réu, como questão prévia, suscite a inconstitucionalidade da mesma lei e, no mérito, negue haja o autor atendido às exigências ou preenchido as condições legais para auferir o benefício ou vantagem postulada. Ora, resolve-se primeiro o problema da constitucionalidade. Se procedente a prejudicial, o mérito está prejudicado. É que não adianta saber se a parte preenche as condições ou requisitos de uma lei que foi declarada írrita, nula, sem validade. Ela não vai gerar direito. A questão morreu aí.

⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro : Forense. p. 60 e 61.

A prejudicial pode ser suscitada por qualquer interessado, pois a matéria é de ordem pública; a questão da inconstitucionalidade é do interesse coletivo, podendo argüi-la o Ministério Público, quando lhe couber intervir, como pode o juiz decretá-la de ofício. E não preclui. Argüida ou decretada pode ser a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Será possível a argüição incidental da inconstitucionalidade por omissão? Parece-nos que não. Pensamos que, na praxis, a suscitação não possa acontecer. Estamos de acordo com Antônio Cezar Lima da Fonseca, quando afirma:

“O argumento favorável a tal tese não é convincente, pois não vemos como possa prosperar que alguém alegue descumprir uma lei inexistente. Tal hipótese – s.m.j. –, é solucionada no campo do próprio processo: há falta de possibilidade jurídica do pedido”.⁶

Outra questão interessante é sobre a admissibilidade da via da exceção além da prejudicial. Pensamos ser possível. A defesa indireta da parte, sob argumento da inconstitucionalidade, não se dá, necessariamente, com a argüição da prejudicial, em que ela assume o pólo passivo. Em outras palavras, nem sempre a parte interessada na declaração precisa intentar a ação direta ou aguardar a cobrança judicial. Na posição de autor, pólo ativo da relação processual, é possível a parte requerer a declaração de inconstitucionalidade, sem que deixe de existir a via indireta ou exceção. A propósito, escreve Celso Bastos:

“Com efeito, isto seria esquecer-se que o interessado pode assumir uma posição ativa, atacando o ato inquinado do vício de suprema ilegalidade por meio dos recursos judiciais colocados à sua disposição, entre os quais o mandado de segurança e o *habeas corpus*, sem com isto desfigurar a via de defesa ou exceção”.⁷

A declaração *incidenter tantum* não produz efeito *erga omnes*, mas *inter partes*.

⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1, n. 2, p. 10, jan./mar. 1993.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1990. p. 325.

7. Procedimento nos tribunais

O art. 97 da CF dispõe que

“somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

A questão, portanto, é submetida a julgamento pelo plenário do tribunal, ou do órgão especial respectivo. Mas, se a argüição *incidenter tantum* verificar-se em órgão fracionário? O Código de Processo Civil trata do procedimento nos arts. 480 a 482. O relator ouvirá o Ministério Público previamente e submeterá a questão à turma ou câmara (art. 480). Se for rejeitada a argüição, o julgamento prossegue; se acolhida houver, será lavrado acórdão a fim de o tribunal pleno resolver a questão prejudicial (art. 481). Norma do Regimento Interno do STF, no entanto, edita que, considerada relevante a argüição em processo da competência da Turma, submeter-se-á ao Plenário, independente de acórdão, após ouvido o Procurador-Geral (art. 176, § 1º).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no art. 173, edita que, efetuado o julgamento com o *quorum* legal,

“proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato normativo, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros”.

Ousamos registrar que a redação do preceito não nos parece isenta de censura, à luz da lógica. Ora, se a argüição é de inconstitucionalidade, proclamada não deve ser a constitucionalidade. Não estamos diante de uma ação de constitucionalidade, que, aliás, ao tempo da norma, ainda não existia. A ação direta de constitucionalidade foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 3/93.⁸ Só para

⁸ A ação direta de constitucionalidade foi introduzida em nosso direito constitucional por via da Emenda Constitucional nº 3/93. A decisão que proclama a constitucionalidade tem força vinculante, quer dizer, opera *erga omnes*. Sua função é dissipar dúvidas sobre a constitucionalidade.

É discutível se, em face do art. 25, parágrafo 1º, da CF, as constituições estaduais podem instituir a ação de constitucionalidade. A questão é bastante controvertida. Afirmam os que defendem a instituição que a declaração é, apenas, da constitucionalidade de leis e atos normativos em face da Constituição estadual. Não da federal, que a decisão não pode ter força vinculante para outro Estado.

argumentar, no processo penal brasileiro, quando o juiz absolve o réu por falta de prova de sua culpa, não o declara inocente (CPP, art. 386, IV). Acrescentamos que, se o julgador tiver dúvida sobre a constitucionalidade, nem por isso deve proclamar a inconstitucionalidade, mas julgar improcedente a argüição.

O art. 174 do citado regimento não salva da crítica o dispositivo anterior pela correção da parte final, uma vez que se ressentida da mesma imperfeição logo no começo:

“Proclamada a constitucionalidade... julgar-se-á improcedente a argüição”.

Last but not least, uma coisa é presumir a constitucionalidade; outra é proclamá-la.

8. Conclusão

Não tivemos a intenção de exaurir o tema eleito, nem seria possível, é claro, considerando os limites deste trabalho, que não é resultado de profundas reflexões, mas correspondente a observações ligeiras sobre a matéria enfocada, com a manifestação de nosso pensamento sobre alguns pontos controvertidos. Não nos demoramos, por isso, quando tratamos dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nem mesmo trouxemos ao debate outras questões ocorrentes na prática forense, que não nos pareceram relevantes. Assim, por exemplo, se é competente o Tribunal de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de norma da Constituição estadual em face da federal. É claro que, em tese, a competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Diante do caso concreto, porém, não só o Tribunal, como o próprio juiz singular, tem o dever de guardar a ordem constitucional. Só não é possível declarar inconstitucional, em tese ou incidentalmente, uma norma em relação a outra da mesma constituição, porque, em tal hipótese, o problema se resolve pela opção da regra aplicável. A propósito, registramos a lição de Norberto Bobbio:

“Quanto ao juiz que se encontra frente a uma antinomia entre normas, por exemplo, de um código, ele também não tem nenhum dever juridicamente qualificado de eliminar a antinomia. Simplesmente, no momento em que duas normas antinômicas não puderem ser ambas aplicadas ao mesmo caso, ele se encontrará na necessidade de aplicar uma e desaplicar outra. Mas trata-se de

uma necessidade de fato, não de uma obrigação (ou de uma necessidade moral). Tanto é verdade que as duas normas antinômicas continuam a subsistir no ordenamento, lado a lado, e o próprio juiz num caso posterior ou no mesmo caso (por exemplo, um juiz de segunda instância) pode aplicar, das duas

normas antinômicas, aquela que anteriormente não foi aplicada ou vice-versa.”⁹

Esclarecemos que o tema versado pelo jusfilósofo italiano não é propriamente o controle da constitucionalidade, mas a coerência do ordenamento jurídico. Contudo, a lição é aplicável quando enfrentar o juiz situação semelhante.

⁹ BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo : Polis, 1990. p. 112.

O estadista Agamemnon Magalhães

O julgamento do país – a consagração nacional

JARBAS MARANHÃO

Refiro-me à sessão de 25 de agosto de 1952 – dia seguinte ao de sua morte – na Câmara dos Deputados, em homenagem à sua memória.

Resumirei os discursos, que foram como que um julgamento.

E o julgamento, uma consagração do homem, de sua inteligência e cultura, de sua honestidade e capacidade de trabalho, energia e resistência, a preocupação com o bem coletivo, dedicação aos humildes, coragem de opinar e divergir, a solidariedade social, o desprendimento pessoal, tudo que identificou Agamemnon Magalhães como um homem do povo e exemplo de estadista.

Assim, uma constante na palavra de todos que se pronunciaram foi a exaltação ao seu espírito público, o que realmente era uma de suas características marcantes. E do mesmo modo acentuaram suas excepcionais qualidades de administrador.

Nereu Ramos

Disse o Presidente da Câmara dos Deputados, Nereu Ramos, (depois Senador, Presidente do Congresso Nacional e, por alguns meses, Presidente da República) da perda irreparável, sofrida pelo país, de um dos seus grandes valores, uma individualidade do maior relevo político; que era uma figura exponencial: se tinha adversários políticos – e ele devia tê-los porque sempre fora uma personalidade forte –, tinha por igual a admiração de quantos sabem prezar a inteligência, a cultura e a probidade. E acrescentou que Pernambuco e o Brasil haviam perdido uma dessas figuras para as

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.

quais se voltam sempre aqueles que têm a preocupação do bem público e dos interesses nacionais.

Eurico Sales

Eurico Sales, falando pelo líder Gustavo Capanema, que se encontrava doente, salientou o grande desfalque no corpo de líderes do Partido Social Democrático e que a agremiação haveria de lembrar-se sempre do eminente homem público “como inspiração indispensável a fim de que pudesse realizar um Brasil digno da fé e do idealismo de Agamemnon Magalhães”.

Ulisses Lins

O Deputado Ulisses Lins lembrou a curiosa coincidência de sua morte com o desejo por ele manifestado, muitas vezes, aos íntimos, de que desejava morrer em Pernambuco e repentinamente; que homem rudemente atacado, em meio à efervescência das paixões partidárias, sempre encarou com indiferença as hostilidades, como se tivesse confiança no seu destino e consciência de uma missão a cumprir.

Luiz Viana Filho

Procurarei resumir o discurso de Luiz Viana Filho, dos mais significativos, por ser de homem de outro Partido, historiador, renomado biógrafo.

Um dos grandes que honraram a política nacional – registrou –, Agamemnon, vindo de um lar humilde, haveria de vencer obstinadas resistências e o fez graças à energia férrea e a uma inteligência percuciente e ilustrada pelo trato das boas letras e da ciência jurídica, qualidades com as quais se afirmou no Parlamento como uma das suas cintilantes figuras.

Acentuando sua fiel preocupação com a sorte dos humildes, com as causas mais humanas e beneméritas, assinala que Agamemnon era um homem integrado no seu tempo, nas idéias contemporâneas e que, embora homem de partido, não se afastava das linhas traçadas pelos seus sentimentos e convicções.

Ele exclama: Que companheiro! Que altura deu ele à vida política nacional!

Aponta as qualidades de ordem moral e o caráter de Agamemnon Magalhães, que, tendo passado pelos altos postos da administração, deles jamais se valeu para auferir qualquer proveito de natureza material.

Falava com a consciência segura de quem pratica um ato de justiça, pois, neste momento, por certo, não é fácil e nem fácil será encontrar outro homem da estatura de Agamemnon Magalhães para substituí-lo, não apenas no seu Partido mas na própria vida política brasileira.

Arruda Câmara

O Deputado Arruda Câmara (PDC), referindo-se à carreira política de Agamemnon Magalhães, disse que ele se filiou à grande bancada da Aliança Liberal, pugnando pela renovação dos costumes políticos; e que, apesar de ser seu adversário, vinha proclamar o brilho e a proficiência com que ocupou os mais altos postos da política e da administração, honrando o seu Estado.

Aliomar Baleeiro

Aliomar Baleeiro (UDN) recordou iniciativas pioneiras do saudoso líder pernambucano no campo da legislação trabalhista, quando ela apenas se esboçava, o que reafirmava sua fidelidade ao homem humilde do Brasil, uma constante em sua vida pública.

Ernani Sátiro

Ernani Sátiro (UDN) traçou expressivo perfil. Começou por dizer que na personalidade de Agamemnon Magalhães o traço preponderante sempre foi o espírito público e que ele mesmo proclamara certa vez, num desses momentos de descrença que atingem todos os homens, que o espírito público é um castigo que Deus deu aos homens que nasceram com a vocação de servir.

E não se diga – acrescentou – que esta justiça lhe é feita apenas, agora, quando a morte desarma os espíritos diante de um corpo também desarmado por ela. Muitos de nós ainda temos viva a lembrança do que foi a sua despedida na Comissão de Constituição e Justiça... É que todos tinham a intuição de que, com ele, perdia-se também naquele instante

parte do dinamismo com que funcionava aquele órgão técnico. E aquela hora não fora uma hora de ditirambos elouvaminhas. Foi certamente uma consagração, mas uma consagração a que faltaria qualquer parcela de grandeza se o perfil do homenageado não tivesse surgido com seus traços mais característicos.

Assinala que a luta contra os trustes e cartéis foi nele uma idéia constante, mas outras idéias que sempre o preocuparam foram o parlamentarismo, a geografia política, principalmente do nordeste, a educação como fator decisivo à prática da democracia, o partido político nacional, a sindicalização, uma política de estradas em grande escala.

Observa que algumas delas encerram certa contradição com o temperamento do Dr. Agamemnon Magalhães. E que uma dessas contradições mais características estaria na sua fidelidade à doutrina parlamentar.

É que para Ernani Sátiro ele era uma vocação executiva, presidencialista.

“Dirão os parlamentaristas que o seu regime não exclui as vocações para o mando, tanto que ali também existem os cargos de execução, sem os quais não se poderia governar o país... Mas estamos tentando um perfil, que representa, pelo menos, uma homenagem digna do grande homem que o Brasil acaba de perder. Pois bem, senhores deputados, diremos sem receio que, embora com idéias parlamentares, Agamemnon era um temperamento presidencialista. Sendo um parlamentar de múltiplos talentos... preferiu ele, na última fase de sua vida na Câmara, plantar-se na Comissão de Justiça e fazê-la andar. ‘O deputado assinou o livro e retirou-se? Está muito bem, o seu voto será computado em favor do relator. Este projeto é contra o interesse público? Pois ele vai dormir um pouco na gaveta.’”

E Ernani Sátiro insiste:

“Era assim o homem. Não se pode negar que dessa conduta resultaram também injustiças. Mas era o espírito público, o móvel honesto que o impulsionava.

“Homem de oposição, combateu governos com toda a força de sua combatividade. No governo, defendeu as prerrogativas do poder com todas as energias de que dispunha.

“Quando o país se preparava para a reconstitucionalização, escreveu com uma coragem rara neste país: ‘Agora vou agir

politicamente.’ Não se penitenciou dos excessos cometidos. Se o fizesse naquela hora, não seria o homem que foi.”

Na minha opinião o Dr. Agamemnon sentia-se também à vontade no Parlamento que, para ele, era um campo agradável, pois lhe propiciava o debate das idéias. Gostava, por isso, muito da Câmara, que ele designava de Clube da Inteligência.

E se, como observou Ernani Sátiro, no Executivo não cedia uma vírgula dos preceitos que lhe definem as funções, na Câmara, ninguém tocasse nas prerrogativas do Congresso. Era ele o mais vigilante de seus defensores.

Escreveu ainda o deputado paraibano, no seu bonito discurso, que Agamemnon Magalhães era uma inteligência objetiva, para ele só existindo problemas, e que, como se definisse a si próprio, afirmou certa vez: “Em todas as teorias que não assentam em fatos concretos, há um sectarismo religioso ou filosófico, que exalta a multidão, mas não constrói. A prática é outra. As revoluções devoram as ideologias.”

O orador continua para salientar que ele foi um dos grandes brasileiros de seu tempo.

“Homem de talento, de tato político e de compostura, estadista sempre atento para todos os problemas sociais, era um fator que se tinha sempre de considerar na solução dos grandes problemas políticos nacionais... Exemplo de honestidade e de trabalho, sabendo ler nos homens e nas coisas, muitas vezes desabusado e impulsivo – eis o estadista, senhores deputados, que abriu um claro tão grande na vida pública brasileira.”

E arremata:

“Do ponto em que o vemos – nós os seus adversários da União Democrática Nacional – cremos poder afirmar que já se projeta para a História.”

Vieira Lins

Vieira Lins, do PTB do Paraná, em palavras de sentimento e evocação, acentuou o sentido de solidariedade humana, de dedicação aos humildes, que caracterizou o saudoso líder pernambucano como um homem do povo; e que também falava pela bancada da imprensa que lhe dera a incumbência de dizer que ela sentia, como todo o Brasil,

profundo pesar pelo desaparecimento de Agamemnon Magalhães.

Leite Neto

Leite Neto (PSD), deputado e depois senador por Sergipe, enfatizou, no home-nageado, a corajosa atuação na política brasileira, a coerência inflexível na luta contra o abuso do poder econômico, a capacidade de emitir opinião sem preocupação de ordem pessoal e de ordem política e afirmou que não sabia quem, neste país, mais justamente se pudesse proclamar o legítimo defensor das classes trabalhadoras do que Agamemnon Magalhães.

Alde Sampaio

Alde Sampaio (UDN, Pernambuco) associou às homenagens a bancada udenista de Pernambuco e ele próprio, pois, apesar de adversário, sempre haviam sido amigos, pesando-lhe sobremodo esse desaparecimento repentino de Agamemnon Magalhães que “foi, na verdade, um desses políticos que se transformam em estadistas e então a Nação fica a dever-lhe a contribuição valiosa, e a sentir as manifestações do seu espírito. E sob esse prisma, realmente, Agamemnon Magalhães aparecerá na história brasileira como um dos estadistas de seu tempo”.

Berbert de Castro

Berbert de Castro (PSD, Bahia). Com laços indestrutíveis de fraternidade espiritual e patriótica, desde que entraram na Câmara Federal em 1924, não vinha traçar-lhe a biografia e sim associar-se às manifestações de pesar de todo o país pela perda de Agamemnon Magalhães, que se consagra como um notável estadista da República.

Daniel Faraco

Daniel Faraco (PSD, Rio Grande do Sul). Num estilo incisivo e emocionado, declarou que com a morte de Agamemnon Magalhães perdiam as instituições um líder político e a Nação um estadista; que ele possuía, como poucos, o sentido quase divinatório que caracterizava os gênios da engenharia política.

“A Constituição que aí está traz, em muitos pontos, a marca da sua genialidade... Homens como Agamemnon não se improvisam; são produto de vida política longa e intensamente vivida por cidadãos de extraordinário valor... Morreu Agamemnon, mas não morreu a chama que o animava. Devemos recolhê-la e incorporá-la em nossa chama, em nosso espírito, no espírito que não se dobra, no espírito que não vacila e sobretudo no espírito que não descrê... O PSD gaúcho, que tão bem compreendia Agamemnon e a quem Agamemnon bem sabia compreender, curva-se reverente ante o túmulo deste grande brasileiro.”

Artur Bernardes

O Deputado Artur Bernardes, ex-Presidente da República, falando em nome do Partido Republicano, referiu-se, com suas próprias palavras, à iluminada inteligência, aprimorada cultura, ao conhecimento dos homens e dos problemas nacionais, que faziam de Agamemnon Magalhães um guia, na acepção da palavra, e guia inspirador de confiança; que, por maiores que tivessem sido os seus serviços, não seriam talvez maiores do que aqueles a que estava destinado a prestar-nos em época não distante da atual; que ele pertencia ao rol dos homens de vontade, e não ao rol dos homens de rebanho, com coragem para contrariar dominantes, se necessário, e seria também uma espécie de caixa de ressonância, em torno da qual reuniria consideráveis forças políticas em benefício da nação; que seu espírito público e sua orientação nacionalista seriam ainda uma garantia contra a onda de corrupção que engolfa o país, ameaçando sua integridade econômica e política; e que, se isso se deu e ele morreu sonhando com epopéias, não teria sido demasiado a sua aspiração, pois ele tinha merecimento e capacidade não só para ocupar a Presidência como sobretudo exercê-la, com proveito para a Nação.

Benedito Valadares

Para Benedito Valadares, deputado e depois senador, falando pelo PSD de Minas Gerais, Agamemnon Magalhães era um nome que encheu uma época com o fulgor de sua inteligência e o rumor de sua atividade esplêndida... nome que avultará, cada vez mais, com o curso dos tempos na história da nossa Pátria.

Galeno Paranhos

Galeno Paranhos, em seu nome e no de toda a representação de Goiás, sem distinção de partidos, rende, pelo Estado, comovida homenagem ao grande brasileiro e assinala o seu interesse continuado e nunca desmentido pela valorização do homem do trabalho, inclusive pela desamparada classe dos obreiros do campo.

Dolor de Andrade

Dolor de Andrade, pela bancada da UDN e pelo governador de Mato Grosso, observou como o recinto da Câmara, tão revoltoso nos últimos dias, mantinha-se, naquela hora, no silêncio profundo da tristeza que invade os corações de todos os parlamentares diante do desaparecimento prematuro de Agamemnon Magalhães, que ele, entre as tendências individualista e socialista, conseguira marcar o ponto de equilíbrio na Carta Política, com os novos princípios que haviam de regular a vida brasileira, a ordem econômica, tendo por fundamento a justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Disse de sua profunda admiração pelas lições de direito constitucional proporcionadas pela figura marcante do líder pernambucano, onde quer que a sua palavra fosse ouvida, e que desaparecera deixando um exemplo de capacidade de trabalho e de probidade administrativa, de inteligência e cultura para os homens públicos do Brasil.

Mendonça Júnior

Mendonça Júnior (PSD, Alagoas), dizendo-se dominado por avassalante emoção, via em Agamemnon Magalhães, um dos condutores mais firmes, um dos guias mais experimentados, mais prestigiosos e dignos de seu Partido; que, servidor eminente, marcara sempre as suas atitudes pelo desinteresse pessoal e por um elevado e nobre sentido do bem coletivo; que dedicara sua vida à nação, servindo-a com o mesmo espírito público, o mesmo senso de dignidade, a mesma honradez, o mesmo patriotismo dos estadistas excelsos cujo nome nossa história registra... Homens como ele atuam sempre na vida nacional, atuam, sobretudo, depois de mortos... É que

eles se transformam em modelos a serem imitados, em caminhos a serem seguidos com fidelidade.

Joel Presídio

Joel Presídio (PTB, Bahia), num longo discurso tocado de afetividade, diz da grande desgraça que desabara sobre o Brasil, o desaparecimento de um lutador que soube unir o pensamento à ação. Narra vários episódios da carreira política de Agamemnon Magalhães, como, entre outros, sua participação na campanha da Reação Republicana ao lado de Nilo Peçanha e J. J. Seabra e nas lutas da Aliança Liberal. Em certo momento declara não existir, em nenhum dos outros partidos políticos do Brasil, homem de afinidades espirituais, dirigente capaz de inspirar tanta confiança ao PTB e às massas proletárias como aquele estadista insigne. E conclui sua oração afirmando que Agamemnon Magalhães era um grande fanal, capaz de nos iluminar a estrada para felicidade do país.

Parcifal Barroso

Parcifal Barroso (PTB, Ceará), depois ministro, governador e senador, definiu o eminente pernambucano como um homem de idéias, mas queria declarar, como deputado trabalhista, que, em sua opinião, o seu valor fundamental residia precisamente na encarnação perfeita que ele sabia operar, na sua personalidade, tão rica de matizes, de todos os ideais da política trabalhista.

Odilon Braga

O ex-Ministro Odilon Braga, presidente da União Democrática Nacional, em comentário à imprensa assim se pronunciou:

“O súbito desaparecimento de Agamemnon Magalhães, no instante em que o seu vulto mais se elevava entre os maiores, não só do seu partido, como da política nacional, surpreende-nos e contrista. A dignidade de sua conduta no governo de Pernambuco, as declarações que fez em sua última mensagem sobre a excelência do regime e a responsabilidade dos partidos nacionais haviam-no restituído à confiança dos que amam a

democracia e se devotam à causa de sua preservação e do seu aperfeiçoamento. Pessoalmente, como seu antigo companheiro de ministério, lamento a perda do amigo, de convívio culto e atraente.”

Otávio Correia

Otávio Correia (em nome dos sociais-progressistas) disse da lamentável perda não só para Pernambuco como para o Brasil; que, nascido nos carrascais sertanejos de Serra Talhada, Agamemnon Magalhães fora em toda sua vida, na magnífica expressão do estilista de *Os Sertões*, antes de tudo um forte. E salientou sua valiosa contribuição às leis trabalhistas e à legislação eleitoral.

Ranieri Mazzilli

Para Ranieri Mazzilli (PSD, São Paulo), os discursos proferidos comoviam a todos, pois punham em relevo os altos predicados de um admirável cidadão, de raras e excepcionais qualidades, que combateu sempre o bom combate. E acrescentou: “O homem em Agamemnon Magalhães, a pessoa humana sensível a todas as coisas que dizem respeito à humanidade em si, jamais se desassociou do político, que era precisamente para atingir aquele objetivo de felicidade do maior número.”

Raul Pilla

O eminente brasileiro Raul Pilla, presidente e líder do Partido Libertador, afiançou não saber de perda que, na situação política brasileira do momento, pudesse ser mais sensível que a de Agamemnon Magalhães, um verdadeiro homem público e dos mais notáveis entre os verdadeiros; que ele era, acima de tudo – o que se estava tornando cada vez mais raro – um homem dotado de verdadeiro espírito público; e, como político, um homem de pensamento, com idéias, princípios e uma orientação superior. E mais: não pretendia dizer que não se verificavam contradições em sua ação política, mas era quase sempre a inevitável contradição entre o que deve e o que pode ser, contradição em que, uns muito mais, outros muito menos, todos os políticos incidimos. Mas ainda, neste caso, não

deixava de haver grandeza em Agamemnon Magalhães; que, espírito eminentemente probo, não compreendia o meio termo, o compromisso que desnatura os princípios de que se tece. Teremos democracia? – perguntava ele. Pois tratemos de realizá-la de verdade – isto é, com o sistema parlamentar.

E ainda: numa federação cada vez mais precária, em que os Estados vão perdendo, com a autonomia, por tantos modos tolhida, a própria dignidade de unidades federadas, o Governador Agamemnon Magalhães soube manter bem alto, verdadeiramente e inatingível a dignidade de seu cargo.

Eis a principal razão por que, sendo em quaisquer circunstâncias uma grande perda, o seu desaparecimento é, neste momento, uma perda desastrosa. Com ele ia por certo uma grande, uma formidável resistência. Estes e muitos outros, são os motivos – cresce – por que todos os partidos do Brasil e todos os Estados da Federação lhe sentem a morte. Mas o seu pequeno partido tinha um motivo especial para lamentar a morte de um dos nossos maiores homens públicos. Lamentava também o desaparecimento de um quase correligionário, tão afins eram com os nossos os seus ideais.

Daniel de Carvalho

Daniel de Carvalho (Partido Republicano, Minas Gerais), ex-ministro, apresentando o adeus da Comissão de Constituição e Justiça, salienta o homem político que se pronunciava de acordo com os seus sentimentos e convicções e fazia a política dos grandes interesses nacionais. “Trabalhamos numa sala que tem o nome de Afrânio de Melo Franco, mas Agamemnon lá deixou, como membro e presidente, traços inapagáveis... Dificilmente outro homem terá reunido na sua pessoa, tão perfeitamente, as qualidades de jurista, de político e de chefe... Hoje, celebramos o Dia do Soldado, na pessoa de Caxias, isto é, as virtudes, a honra e a coragem militares. Pois bem, Senhor Presidente e Senhores Deputados, poderemos um dia sintetizar, na pessoa de Agamemnon Magalhães, as virtudes, a honra e a coragem civis.”

Ari Pitombo

Para Ari Pitombo, a bancada de Alagoas não podia deixar de associar-se às homenagens

prestadas a Agamemnon Magalhães, pois o Nordeste perdia um de seus maiores filhos e o Brasil um dos mais destacados homens públicos na época. Lembrou sua valiosa contribuição no campo da legislação social e, por isso, das lutas que enfrentou e que, como administrador, atingiu o ápice de sua vida pública. Apontou gestos de coração e humanidade que eram virtudes do morto, amigo da pobreza, defensor leal e incondicional do povo. A sua perda era irreparável, porém a sua vida haveria de servir de exemplo aos que desejassem trabalhar por um Brasil maior.

Vitorino Correia

Para Vitorino Correia (Piauí), já lhe parecia desnecessário, àquela altura, fazer referências à vida cheia de fatos notáveis de Agamemnon Magalhães. Assim, encaminhava discurso à Mesa associando-se às homenagens, pois participava igualmente da imensa dor que a perda irreparável de Agamemnon Magalhães traz a sua família, ao PSD, a Pernambuco e ao Brasil.

Pereira da Silva

Pereira da Silva, em longo e emocionado discurso, transmite o imenso pesar do Estado do Amazonas debruçado, pela sua voz, sobre a figura solar de Agamemnon Magalhães. Não sabia bem, homem do Norte, representando uma unidade perdida nos extremos do setentrão brasileiro, como classificar a brutalidade confrangedora desse golpe, vibrado de surpresa contra os destinos e as esperanças da parte injustiçada do Brasil, que acreditava nesse homem e tudo esperava dele, para reerguer-se na hora exata em que o povo o fosse buscar para funções mais altas, como reserva de dignidade pessoal, como padrão de energia cívica, consciência jurídica, individualidade voltada para o bem público e necessidades sociais, como caráter incorruptível diante das seduções de uma época, em que os trustes dominavam as nações pacíficas, e temido e respeitado pelos políticos de sentimentos bastardos... É que todos os homens políticos do Brasil, do Sul, do Centro, do Leste, do Norte, do Oeste... pronunciavam no coração, sentindo a explosão íntima de um desejo de salvação pública, um nome que era um desafogo e uma garantia para a sobrevi-

vência do Brasil – Agamemnon!... É que, sem negar a existência de outros brasileiros ilustres e patriotas, Agamemnon tornara-se nestes tempos uma das maiores, senão a maior esperança do Brasil democrático, pela posição destacada e inconfundível em que se colocou, neste período agitado de nossa vida republicana.

Lembrou palavras do Vice-Presidente Café Filho: “Morre Agamemnon no momento em que para ele estavam voltadas todas as vistas dos homens do Norte pela grande obra que vinha realizando.” Mas não era o Norte apenas, observa Pereira da Silva. Era o Brasil todo, orgulhoso de sua personalidade marcante, que agora se agigantava... e que não poderia desatender ao chamamento cívico de seus concidadãos, na hora exata em que a bandeira da democracia estivesse outra vez para ser desfraldada pelo povo, na luta da sucessão.

Lembra, em seguida, a compreensão patriótica de Agamemnon Magalhães, na Assembléia Nacional Constituinte, durante os trabalhos da Grande Comissão. Quando ali se votava a emenda do saudoso Leopoldo Peres de que resultou o artigo 199 da Constituição e quando o Senador amazonense Valdemar Pedrosa erguia-se para defender a proposição, Agamemnon Magalhães impediu-o para dizer emocionado: – “Essa emenda dos homens da Amazônia não precisa ser defendida – deve ser aprovada por nós todos, de pé, com uma salva de palmas”. E, juntando a palavra ao gesto, levantou-se, no que foi acompanhado por todos os membros da Grande Comissão. E, por isso, deixava ali a lágrima de sua gratidão ao grande homem público.

Falaram também os Deputados Oscar Carneiro e Orlando Dantas, cujos discursos – entregues aos oradores para revisão – deixo de transcrevê-los por não constarem da publicação In Memoriam que serviu de fonte para este capítulo.

Afirmção de liderança

Mas não podia deixar de ser assim, de tal maneira Agamemnon Magalhães se impôs ao mais alto apreço de seus pares.

Há anos, destacada figura na vida do país, a convivência na Câmara dos Deputados permitiu a muitos conhecê-lo mais de perto e melhor.

A sua presença, naquela Casa do Congresso

Nacional, revelou, com a maior nitidez, um elenco de admiráveis qualidades.

Foi mesmo uma espontânea afirmação de liderança que se mostrou em toda plenitude.

É preciso definir essa liderança para acentuar as razões de minhas palavras.

Não se trata de um líder messiânico no sentido de um redentor, de uma individualidade providencial, dotada da presciência do que há de vir ou acontecer, o que não poderia prevalecer e nada construir, senão perturbar, em ambiente democrático, de personalidades livres e seguras de si mesmas.

Mas de um homem público com o conjunto de qualidades especiais que configuram uma

liderança conforme os verdadeiros estilos do Congresso, num comportamento constante de inteligência, ação, equilíbrio, compostura, de um grave senso de responsabilidade, de respeito à Constituição e zelo quanto à competência e prerrogativas do Poder Legislativo, tudo corroborando, numa conduta de dedicação à causa pública, o homem de Estado, o autêntico político.

O que vimos, com esses discursos de representantes de todos os Partidos e dos Estados, e na emoção dos pronunciamentos, foi o reconhecimento nacional dos méritos de Agamemnon Magalhães e a exaltação dos grandes serviços por ele prestados ao Congresso e ao país.

O princípio da igualdade no concurso público

RAQUEL DISCACCIATI BELLO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Considerações. 2.1. Sobre os princípios no direito. 2.1.1. Sobre o princípio da isonomia. 2.2. Sobre o concurso público. 3. Aplicação do princípio isonômico nos concursos públicos. 4. Conclusões.

1. Introdução

Os princípios de direito desempenham função de essencial importância quanto à formação do ordenamento jurídico e no tocante à interpretação das leis. Não obstante seu valoroso papel, tem-se notado, na atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que nem sempre os princípios são observados. Muitas leis são elaboradas em completa dissonância com os preceitos basilares do direito, inseridos no Texto Constitucional. Por outro lado, há também uma tendência de se interpretar o direito de forma dirigida a uma lei específica. Curiosamente, deixam por último – quando o fazem – o exame dos princípios prestigiados na Constituição da República.

Àqueles que se dedicam ao estudo do direito público é maior a necessidade de conhecer o conteúdo normativo dos princípios constitucionais, dada a ausência de um código e a excessiva profusão de leis. Na verdade, o estudo do direito em geral, público e privado, deve ter início nos princípios, que são a base lógica do ordenamento jurídico.

O princípio da isonomia, em particular, pretende garantir que, na elaboração das leis, sejam respeitadas as diferenças entre as pessoas, fatos e situações, e que a interpretação seja feita dentro dos limites e possibilidades da lei. Este princípio é assegurador de um tratamento justo

e de proteção contra os eventuais abusos do Estado, em suas manifestações de poder.

No caso específico do concurso público, o princípio da igualdade é de ampla aplicação. Por meio dele, permitem-se aos candidatos iguais condições de concorrência, obedecidos os requisitos legais. Neste ponto, ou seja, na possibilidade de se estabelecer condições para a investidura em cargos, empregos ou funções públicas, residem muitas questões, que só podem ser respondidas após a análise do conteúdo jurídico do princípio da isonomia.

2. Considerações

2.1. Sobre os princípios no direito

Toda ciência é construída sobre princípios, que fornecem as bases para a sua evolução. De acordo com conceito de Cretella Júnior¹, os

“princípios de uma ciência são as *proposições básicas*, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

A função inicial dos princípios, dentro do sistema jurídico, é a de permitir o ato de conhecimento. Parte daí a identificação do direito público e do direito privado. Eles permitem, ainda, o embasamento de decisões políticas fundamentais, que podem resultar na elaboração de novas normas.

O direito público, ao contrário do direito privado – que tem a maior parte de suas normas codificadas –, é de formação basicamente pretoriana, e suas normas encontram-se dispersas em um emaranhado de leis. Assim, torna-se imprescindível conhecer os princípios informadores do direito público e também aqueles afeitos somente ao direito administrativo.

Os princípios, assim como as regras, integram o ordenamento jurídico. Mas, como idéias primordiais e nucleares de um sistema, estão em posição hierárquica superior a elas. Segundo Sundfeld², isso ocorre porque o princípio jurídico

“determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do

ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas”.

Mais adiante, afirma que

“aquele que só conhece as regras ignora a parcela mais importante do direito – justamente a que faz delas um todo coerente, lógico e ordenado. Logo, aplica o direito pela metade”.

No mesmo sentido, Bandeira de Mello³:

“violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Os princípios, como afirmamos, fazem parte do ordenamento jurídico, ou seja, não são idéia ou ideal de direito. Têm valor normativo, são fonte de inúmeras regras. Os princípios de direito público estão, em sua maioria, dispostos no Texto Constitucional, como, por exemplo, aqueles do art. 37, *caput*, que vinculam todos os atos da administração pública direta e indireta. Podem, ainda, estar implícitos no ordenamento jurídico, resultantes diretos de alguma norma, e deduzidos do sistema. Isso vem reafirmar que *todo* princípio está inserido na ordem jurídica.

Os princípios constitucionais podem ter conteúdo organizacional, relativos à forma do Estado, tipo e sistema de governo. Existem também aqueles de caráter programático, que estabelecem valores ou fins a serem perseguidos. Por derradeiro, há os princípios que estabelecem direitos, resguardam situações jurídicas e delimitam os poderes do Estado em relação aos administrados – como, por exemplo, o princípio da isonomia, nosso objeto de estudo.

Não podem os princípios ser desconhecidos pelo legislador, ao elaborar as normas, nem pelo administrador ou pelo juiz, ao aplicarem a lei *in concreto*. Ao legislador cumpre observar a

¹ CRETELLA JÚNIOR apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 3. ed. São Paulo : Atlas, 1992.

² SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, *Revista de direito público*, n. 57-58, p. 247, jan./jun. 1981.

adequação entre a norma nova e os princípios já consagrados. O publicista Canotilho ensina, com propriedade, que a discricionariedade do legislador deve ser aferida dentro dos princípios abraçados pela Lei Máxima, porque são os “vetores” de todo o sistema normativo⁴.

O mesmo deve-se verificar quando da aplicação do direito, conforme valiosa lição de Sundfeld⁵:

“a) é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios;

b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios;

c) quando a regra tiver sido redigida de tal modo que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio.”

2.1.1. Sobre o princípio da isonomia

O princípio da isonomia esteve sempre presente no constitucionalismo republicano do Brasil: na Constituição de 1891, art. 72, § 2º; na Constituição de 1934, art. 112, I; na Carta de 1937, art. 122; na Constituição de 1946, art. 141, § 1º; na de 1967, art. 150, § 1º; na de 1969, art. 153, § 1º; e agora, na Constituição de 1988, art. 5º, *caput*, ao estabelecer que “todos são iguais perante a lei”.

O direito, como valor, deve buscar a realização de seu ideal máximo: a justiça. Os princípios jurídicos, da mesma forma, buscam este objetivo, e esta é a primeira vocação do princípio da igualdade: realizar a justiça. Por isso, a lei deverá buscar um tratamento equitativo, que não conceda vantagens indiscriminadas para uns e abusos injustificados contra outros.

O estudo sobre o princípio da isonomia tem início na máxima de Aristóteles de que *a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*. Deve-se partir daí, porque é nessa assertiva que surgem os primeiros questionamentos sobre o conteúdo jurídico do princípio em tela: quem são os iguais? E os desiguais? Qual é a medida exata

para tratá-los diferentemente, sem que sejam lesados em seus direitos? Em quais casos pode-se estabelecer diferenças, sem prejuízos ao princípio isonômico?

É fundamental dizer, de antemão, que o preceito isonômico deve servir como baliza tanto para o legislador, quanto para o aplicador da lei. Daí se traçarem diferenças entre as expressões “igualdade perante a lei” e “igualdade na lei”.

A *igualdade perante a lei* é dirigida ao aplicador do direito, que deve observar apenas as discriminações integrantes da lei. Ou seja, não cabe a ele criar outros critérios desigualadores. Para Kelsen⁶, o problema da igualdade perante a lei resume-se no *princípio da regularidade da aplicação do direito* em geral, segundo o qual “as normas devem ser aplicadas conforme as normas”.

A *igualdade na lei*, segundo lição de San Tiago Dantas⁷, deve fundar-se na razoabilidade da discriminação feita pela lei. Na falta dela, haverá um *undue process of law*, o que equivale dizer que as classificações legais não de ser “lógicas, razoáveis, obedientes a discrímenes próprios”. É a igualdade, pois, um limite para a lei e para o poder discricionário do legislador. O jurista fala, ainda, da necessária observância dos princípios explícitos ou implícitos da Constituição, quando da elaboração da norma legal. As leis devem, portanto, nascer em acordo com os princípios e garantias valorados constitucionalmente.

Na verdade, é próprio da lei desigualar, discriminar situações, tratar diferentemente as pessoas no mundo objetivo. Kelsen⁸, sobre isso, lecionou:

“A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de forma idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo,

⁴ CANOTILHO apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 41.

⁵ SUNDFELD, op. cit. p. 141-142, nota 2.

⁶ KELSEN apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 10.

⁷ DANTAS apud FIGUEIREDO, p. 40, nota 4.

⁸ KELSEN, op. cit. p. 11, nota 6.

entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.”

O que se examinará adiante é em quais casos as desigualdades violam o princípio da isonomia, ou seja, qual é o limite da lei na sua função desigualadora.

Alguns autores entre nós já se debruçaram sobre o tema, como Ferraz e Figueiredo⁹, ao tratarem de aspectos da licitação – procedimento em vários aspectos semelhante ao concurso público, principalmente quanto aos princípios informadores, dentre os quais o princípio da igualdade. São deles as considerações seguintes:

“Na verdade, se a lei desigual, se a sentença desigual, ao contrário do que pareça, deflui necessariamente do princípio constitucional de igualdade; a desigualdade não é repelida, o que se repele é a desigualdade injustificada.

Tudo está, portanto, em lançar com nitidez a razão de ser para um fator diferencial; e essa parece ser uma só: são válidas as eleições discriminatórias, quando signifiquem o caminho possível, de *conexão lógica*, para a realização do fim jurídico buscado, *desde que esse fim*, por seu turno, *tenha agasalho no ordenamento jurídico*”.

Para melhor exame da correlação lógica e da necessária compatibilidade com interesses juridicamente protegidos, valer-nos-emos das lições de Bandeira de Mello, brilhantemente expostas na obra *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*.

Ele estabeleceu três questões para o estudo das desequiparações permitidas: a primeira é o elemento usado para desigualar; a segunda é a conexão lógica e racional que justifique o tratamento diferenciado; por último, a existência de afinidades com o sistema normativo vigente. Adverte-nos, ainda, que é fundamental a coexistência dos três fatores, vale dizer: a falta de um deles é bastante para lesar o princípio da isonomia.

Sobre o fator de discriminação, o mestre nos ensina, em síntese, que a lei não pode erigir um critério de diferenciação que singularize o destinatário da norma, o que acarretaria obrigações ou vantagens incidentes sobre uma

⁹ FERRAZ, Sérgio, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 21-22.

só e mesma pessoa, sem conseqüências para as demais. A norma pode até mesmo dirigir-se a uma certa categoria de pessoas, ou a um só sujeito, mas desde que sejam indeterminados e indetermináveis no presente.

Na correlação lógica entre o fator de diferenciação e a desequiparação está, para o jurista, a chave para se analisar a validade ou invalidade do *discrímen* levado a efeito. Observa, a princípio, que tanto a aceitação quanto a rejeição à norma discriminadora ocorrem de forma natural, são perceptíveis mesmo ao leigo. Algumas normas nos parecem *prima facie* absolutamente agressivas à isonomia, pela inexistência de lógica que as justifique. Outras, ao revés, mostram-se racionais, plenamente viáveis, por guardarem lógica, ou seja, por serem justificáveis.

Para se chegar à análise pretendida, é necessário examinar o que se estabeleceu como critério de discriminação e se há uma razão lógica que o justifique. Na hipótese de inexistência de correlação lógica entre ambos, tem-se violado o princípio da isonomia.

É importante observar que o reconhecimento desta pertinência pode sofrer variações no tempo e no espaço, já que essa análise não escapa de fatores culturais próprios de uma época. O que era considerado inaceitável por determinada sociedade pode, hoje, ser admitido como valor absoluto. Assim, certos *discrímenes* podem vir a ser aceitos ou repugnados pelas pessoas, conforme o momento histórico.

A adequação com os interesses absorvidos constitucionalmente significa que

*“as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional”*¹⁰.

Deve haver, portanto, além de razões de ordem fática ou racional, um fundamento adequado aos interesses acolhidos constitucionalmente, que legitime a diferenciação.

2.2. Sobre o concurso público

O vocábulo “concurso” deriva-se do latim *concursum*, formado pelo verbo *con*, que significa convergência, e do nome *curso*, que quer dizer corrida, carreira. Etimologicamente,

¹⁰ MELLO, op. cit. p. 40, nota 6.

significa carreira para determinado lugar. Tem sentido analógico a concorrência, onde várias pessoas participam de um mesmo ato. Pode significar, além de disputa, a simples conjunção ou integração de coisas ou pessoas.

No Direito Administrativo, “concurso” tem o significado amplo de processo de seleção.

De acordo com Cretella Júnior¹¹, concurso é “a série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham para a obtenção de uma ou mais vagas e que submetem voluntariamente seus trabalhos ao julgamento de uma comissão examinadora”.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹², “os concursos, sejam eles internos ou externos, constituem procedimentos administrativos, isto é, sucessão itinerária e encadeada de atos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, “concurso, em rigor técnico, é um processo de seleção em que se enseja disputa, competição, entre os candidatos”.

Dallari¹⁴ define concurso público como “um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados”.

A Constituição Federal de 1988 trata da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas no art. 37, incisos I a V. No inciso I

está presente princípio assente em todas as Constituições brasileiras: o do amplo acesso. Este princípio remonta à Carta de 1824, art. 179, n. 14, que dizia que “todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes”.

A exigência de concurso público para provimento de cargos públicos, por sua vez, consta de todas as Constituições deste século: na de 1934, art. 170, § 2º; na de 1937, art. 156, b; na de 1946, art. 186; na de 1967, art. 95, § 1º; na de 1969, art. 97, § 1º; e na Constituição de 1988, art. 37, II.

O concurso público tem como finalidade última selecionar os melhores candidatos para provimento dos cargos, empregos ou funções públicas, mediante aferição do mérito de cada um e de acordo com requisitos exigidos no interesse da administração. Dessa afirmação surgem alguns elementos que merecem esclarecimento.

Primeiramente, é necessário conceituar o que vem a ser *provimento*. De maneira geral, define-se provimento como preenchimento de cargo público. Sob esse ângulo, o cargo é considerado um lugar que está vago e que deverá ser ocupado. O provimento está, portanto, relacionado ao cargo vago. Quanto à natureza do provimento, alguns entendem ser ato administrativo, e outros, procedimento.

Camarossano¹⁵ elenca algumas dessas opiniões: para Masagão, provimento é “o ato administrativo pelo qual se designa titular ao cargo público”; Meirelles conceitua-o como “o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação do seu titular”; na lição de Cintra do Amaral, “o provimento é o ato pelo qual um cargo é preenchido, completando-se com a investidura, que é a aquisição, pela pessoa escolhida, da titularidade do cargo”; Moreira Neto diz que “provimento é, na realidade, um procedimento administrativo que culmina com a integração de relação jurídica funcional – a investidura”; finalmente, José Afonso da Silva afirma que o provimento é “o procedimento mediante o qual se atribui cargo público a um titular”.

O provimento pode ser originário ou derivado. O primeiro é aquele que vincula inicialmente a pessoa ao cargo, emprego, ou

¹¹ CRETELLA JÚNIOR., José. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo : Forense, 1967. v. 4, p. 276-277.

¹² MELLO, O. apud CAMAROSSANO, Márcio. Concurso interno para efetivação de servidores, *Revista de direito público*, n. 92, p. 193-196, out./dez. 1989.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 44.

¹⁴ DALLARI, Adilson Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 36.

¹⁵ CAMAROSSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984. p. 24.

função, mediante nomeação ou contrato. Já o provimento derivado impõe que haja vínculo anterior da pessoa com a administração, estando bastante reduzido seu âmbito de aplicação com o advento da Constituição de 1988, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o disposto no art. 37, II.

Ao contrário do provimento, que se refere ao *cargo*, a investidura está relacionada com a *pessoa* que irá ocupá-lo. Daí a afirmação de Cintra do Amaral¹⁶ de que “há completa impropriedade, porém, em dizer-se que essa pessoa é provida no cargo. Provido é o cargo. A pessoa escolhida é investida nesse cargo”.

O concurso pode ser de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, II). Por meio delas, afere-se a capacidade do candidato, o *mérito* de cada um. O julgamento há de ser objetivo, mediante criteriosa correção dos exames de conhecimentos e análise dos títulos relativos à experiência e qualificação do interessado. Isso decorre diretamente dos princípios da publicidade e da motivação dos atos administrativos, e só assim admitir-se-á uma avaliação justa sobre o *merecimento* e permitir-se-á o adequado controle dos atos praticados.

A norma constitucional do art. 37, inciso I, refere-se a *requisitos legais* para a acessibilidade, que deverão ser preenchidos pelos candidatos. Inicialmente, cumpre que tais requisitos sejam estabelecidos *por lei*, em sentido formal, ou seja, a lei enquanto ato normativo votado pelo Poder Legislativo e sancionado pelo Chefe do Executivo. Nenhum outro ato, ainda que próprio da administração, como editais, resoluções ou portarias, poderá fixar tais exigências para provimento de cargo público. A lei será federal, estadual, municipal ou distrital, conforme o cargo pertença aos quadros de uma dessas entidades políticas. Há de ser lembrado, ainda, princípio constitucional segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II).

É essencial, entretanto, que a lei que estabeleça requisitos respeite e observe os princípios e interesses protegidos pela Constituição. Como exposto, os princípios, que são a base de todo o sistema normativo, estão em posição hierárquica superior às leis. O estabelecimento de requisitos para preenchimento de cargos, empregos ou funções

públicas gera muitos conflitos, principalmente quando parecem transgredir ou quando efetivamente desobservam o princípio da igualdade.

3. Aplicação do princípio isonômico nos concursos públicos

Os princípios do concurso público e da acessibilidade estão normatizados no Texto Constitucional para permitir a todos igualdade de condições para concorrer a cargos, empregos ou funções na administração pública direta e indireta. A Constituição da República, além de prestigiar esses princípios, assegura outros, de importância fundamental.

Conforme o disposto no art. 7º, XXX, é expressamente vedado estabelecer discriminações por motivos de sexo ou idade para fins de admissão em emprego, estendendo-se a exigência para provimento de cargos, empregos e funções públicas, ex vi do art. 39, § 2º. Também o art. 5º, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, firma outro princípio basilar – o da *isonomia*.

Em outra passagem, afirmamos que o princípio isonômico deve assegurar tratamento justo. Em algumas hipóteses, serão legítimas restrições ou limitações desde que não violem o princípio da isonomia, melhor dizendo, desde que sejam justificáveis. A isto, retomemos os três requisitos necessários: análise do elemento usado para desigualar; conexão lógica que justifique o tratamento diferenciado; existência de afinidades com o sistema normativo vigente.

Entre os estudiosos que já trataram do tema, repousa unânime a idéia de que a Constituição pretende vedar as discriminações *injustificadas*, que favoreçam uns em desfavor de outros. Nesse passo, admitem a exigência de qualidades específicas para preenchimento de cargo, emprego ou função, sem as quais ficaria prejudicado seu perfeito exercício. Então, conforme o caso, poderá a lei estabelecer como requisito de provimento condições relativas a idade ou sexo, por exemplo.

Tais exigências são relativas ao *provimento* – por isso, próprias do cargo, dadas as atribuições da *função* a ser exercida. Outras poderão existir para fins de investidura – ou seja, relativas à pessoa –, como boa saúde, quitação com o serviço militar e eleitoral, etc.

¹⁶ AMARAL apud CAMAROSSANO, p. 25, nota 15.

Para Themístocles Cavalcanti¹⁷,

“nada justifica, no momento presente, distinções baseadas na diferença de sexo, na determinação dos direitos de acesso às funções públicas (...); exceções devem, entretanto, ser abertas a essa regra, não somente atendendo a *peculiaridade do serviço* que, pela sua natureza, só pode ser exercido por pessoas de um dos sexos (especialmente cargos de natureza militar), mas ainda tendo-se em consideração a incompatibilidade decorrente da organização da família”.

Di Pietro¹⁸ também afirma que

“embora o objetivo do constituinte tenha sido o de proibir o limite de idade, a proibição não pode ser interpretada de modo absoluto; primeiro, porque o artigo 37, I, deixa para a lei ordinária a fixação dos requisitos de acesso aos cargos, empregos e funções; segundo, porque, para determinados tipos de cargos, seria inconcebível a inexistência de uma limitação, quer em relação a sexo, quer em relação a idade”.

Quanto ao requisito de idade no concurso público, Bandeira de Mello¹⁹ leciona:

“Observou-se que tal requisito como regra não pode ser exigido. Isto porque haverá hipóteses nas quais o fator idade pode resultar uma *específica incompatibilidade com algum determinado cargo ou emprego*, cujo satisfatório desempenho demande grande esforço físico ou acarrete esforço excessivo, inadequados ou impossíveis a partir de certa fase da vida. Não se tratará, pois, de uma pretendida limitação indiscriminada e inespecífica – inadmitida pelo Texto Constitucional – mas, pelo contrário, da inadaptação física, para o satisfatório desempenho de *certas funções* como consequência natural da idade.

Tais hipóteses serão raras e excepcionais, mas não são de se excluir.”

Sobre o requisito sexo, Bandeira de Mello tece as mesmas considerações, ou seja, justifica-se desde que para o fiel desempenho da função pública.

¹⁷ CAVALCANTI apud DALLARI, p. 33, nota 14.

¹⁸ DI PIETRO, op.cit., p. 316-317, nota 1.

¹⁹ MELLO, op. cit. p. 51, nota 13.

Dallari²⁰ diz que

“a Constituição veda restrições estabelecidas por mera discriminação, por puro preconceito. A enumeração de alguns fatores de discriminação no texto do dispositivo não significa que outros sejam tolerados. A relação é meramente exemplificativa, pois dela não consta a distinção por motivo de raça (implicitamente contida no inciso XLII, do art. 5º) (...)

Assim sendo, tanto o estabelecimento de condições referentes à altura, à idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitos ou não, caso respeitem ou violem o princípio da isonomia, isto é, caso sejam ou não pertinentes, o que se verificará em cada caso concreto. Condição pertinente será somente aquela ditada pela natureza da função a ser exercida, ou seja, circunstância, fator ou requisito indispensável para que a função possa ser bem exercida, o que não se confunde com a mera conveniência da administração, nem com preferências pessoais de quem quer que seja.”

Vê-se, com isso, que aos princípios também se admitem restrições, sob pena de tornarem-se injustos ou inaplicáveis. A inteligência inflexível dos dispositivos pode vir em direção contrária ao interesse público que se pretende proteger. Ao promover o concurso público, a administração deve atender esses interesses e buscar a seleção dos melhores candidatos para o serviço público.

Em síntese: é razoável que a administração pública, dadas as peculiaridades de certas funções públicas e em atenção aos requisitos de proteção ao princípio da isonomia, estabeleça condições de provimento. Na inexistência dessas razões justificadoras, incumbe ao Poder Judiciário o exame da legalidade e da moralidade dos atos praticados, consoante o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir deste Poder a apreciação de lesão ou ameaça a direito.

4. Conclusões

1) Os princípios são os pilares de todas as ciências, os responsáveis pela coerência e lógica das idéias supervenientes. No direito, os princípios exercem as funções de conhecimento

²⁰ DALLARI, op. cit. p. 32, nota 14.

e de formação do sistema normativo. Assim como as regras, os princípios também participam do ordenamento jurídico, mas estão hierarquicamente superiores a elas, por serem fundamento da ordem jurídica. O desatendimento aos princípios é das mais graves ilegalidades.

2) Os princípios são dotados de valor normativo e estão, em sua maior parte, inseridos no Texto Constitucional. Podem, entretanto, ser extraídos de outras normas. O conteúdo dos princípios jurídicos pode ser organizacional, programático ou de proteção e defesa de direitos e interesses.

3) A igualdade perante a lei é dirigida àqueles que a aplicam e significa que deve ser executada conforme ela é, ou seja, não cabe ao aplicador da lei estabelecer outras discriminações que não as nela mesma previstas.

4) Quando a lei finca diferenças, três questões devem coexistir para que se aceitem essas desigualdades: o elemento desigualador; a correspondência lógica e racional entre a

diferença existente e o tratamento diferenciado que lhe é proporcionado; e, por derradeiro, a necessária afinidade com o sistema normativo vigente. A inobservância de qualquer dos três elementos é causa de violação do preceito.

5) Concurso é um processo de seleção que permite a concorrência entre os candidatos interessados; sua finalidade é selecionar os melhores candidatos para provimento dos cargos, empregos ou funções públicas, após comprovado merecimento, e de acordo com os requisitos exigidos em lei.

6) Provimento é o preenchimento de cargo público vago. Difere-se da investidura, que está relacionada com a pessoa que irá ocupá-lo.

7) Havendo requisitos para provimento, devem os mesmos estar previstos na lei (em sentido formal) e consoantes com os interesses protegidos constitucionalmente. No que toca ao princípio da isonomia, as exigências devem acatar os três requisitos de validade das desigualdades legais.