

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIROMARÇO 1997 • BRASÍLIA • ANO 34 • Nº 133



SENADO FEDERAL
SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 34 • nº 133

janeiro/março – 1997

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

Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS

Angelina Almeida Silva, Paulo Roberto Moraes de Aguiar,

Iane Abiorana Campos e Maria Idalina A. da Cruz

EDITORACÃO ELETRÔNICA

Heloisa Solino Evelin e Paulo Henrique Ferreira Nunes

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO

Centro Gráfico do Senado Federal

CAPA

Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

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

Solicita-se permuta.

Pdese 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 34 · nº 133 · janeiro/março · 1997

- | | |
|---|---|
| Carlos Frederico Marés de Souza Filho | O Direito Constitucional e as lacunas da lei. 5 |
| Semira Adler Vaisencher e Angela Simões de Farias | Júri popular: algumas possibilidades de condenação ou absolvição 17 |
| Cláudio Roberto C. B. Brandão | A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime 23 |
| Oswaldo Rodrigues de Souza | Reflexões sobre os institutos da transposição e transformação de cargos públicos 33 |
| Ricardo Antônio Lucas Camargo | O direito ao desenvolvimento, a sociedade ocidental e a sociedade tribal no caso brasileiro 39 |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha | Sobre a súmula vinculante 51 |
| Sérgio Sérvulo da Cunha | Conflito possessório e positivismo ético. O agente público em face da decisão legal 65 |
| Antônio Carlos Moraes Lessa | Instabilidade e mudanças: os condicionamentos históricos da política externa brasileira sob Geisel (1974-1979) 73 |
| Marçal Justen Filho, Egon Bockmann Moreira e Eduardo Talamini | Sobre a hipoteca judiciária 83 |
| Maria Paula Dallari Bucci | Políticas públicas e direito administrativo 89 |
| Guilherme Silva Barbosa Fregapani | Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis 99 |
| Marcílio Toscano Franca Filho | A Alemanha e o Estado de Direito: apontamentos de teoria constitucional comparada 109 |
| Carlos David S. Aarão Reis | A matematização do Direito e as origens da Parte Geral do Direito Civil 121 |
| Jete Jane Fiorati | A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982 e os organismos internacionais por ela criados 129 |

Sílvio Dobrowolski	Crime de omissão de recolhimento de impostos e de contribuições: aspectos constitucionais 155
Kátia Magalhães Arruda	A responsabilidade do juiz e a garantia de independência 165
A. Machado Paupério	Os irracionais de nossa democracia III 173
Fernando Braga	Conservadorismo, liberalismo e social-democracia: um estudo de direito político 183
Álvaro Melo Filho	Resolução sobre passe: irracionalidades e injuridicidades 191
Fabiano André de Souza Mendonça	Democracia e legalidade da tributação na Constituição Federal de 1988 197
Fernando Cunha Júnior	Suspensão condicional do processo. Homicídio. Omissão de socorro 207
Paulo José Leite Farias	Mutação constitucional judicial como mecanismo de adequação da Constituição Econômica à realidade econômica 213
Maria Coeli Simões Pires	Reforma administrativa: reflexões sob a perspectiva político-filosófica 233
Jarbas Maranhão	O Estadista Agamemnon Magalhães: a Lei Antitruste e a Conferência do Clube Militar 253
Roberto Freitas Filho	A “flexibilização” da legalidade nas práticas conciliatórias na Justiça do Trabalho 259
Nuria Belloso Martín	Comunidades Europeas, Unión Europea y Justicia Comunitaria 271
Francisco Eugênio M. Arcanjo	Convenção sobre Diversidade Biológica e Projeto de Lei do Senado nº 306/95: soberania, propriedade e acesso ao recursos genéticos 287
Vítor Rolf Laubé	A Previdência no âmbito municipal 305
Claudia de Rezende M. de Araújo	Extrafiscalidade 329

O Direito Constitucional e as lacunas da lei

CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO

SUMÁRIO

1. O direito e suas lacunas. 2. A supremacia da Constituição. 3. A eficácia das disposições constitucionais. 4. As lacunas. 5. As omissões parciais. 6. O direito à emanção da norma. 7. O mandado de injunção. 8. A ação direta de inconstitucionalidade. 9. Mais uma vez a eficácia das normas constitucionais.

1. O direito e suas lacunas

O Estado moderno, ao organizar-se, garantindo as liberdades, a segurança e a propriedade, estabeleceu, também, e aos poucos, um sistema jurídico único, codificado, abrangente, que regulasse todas as situações jurídicas pensáveis.

Esse sistema, assim surgido, tinha como base e fonte principal a lei, que, evidentemente, não podia, apesar da vontade idealizada pelos seus criadores, cobrir todo o universo das relações sociais que tivessem ou viessem a ter relevância jurídica. Assim, à medida que as leis eram elaboradas e aplicadas, regulando a vida em sociedade, que avançava e rapidamente se modificava, iam-se revelando fissuras no sistema, espaços não legislados que requeriam providências dos órgãos públicos para resolver a situação criada.

A solução ideal para o sistema seria criar nova lei pelo órgão legislativo, mas a lei sempre se projeta para regular situações futuras, não para casuisticamente acertar inaptações passadas, aliás nisso reside todo o sentido de justiça do sistema: a edição da norma é impessoal, geral e abstrata. Portanto, a lei pode suprir lacunas para o futuro, mas não resolve a ausência atual. As lacunas abertas é que são o tema de discussão, os fenômenos relevantes

Carlos Frederico Marés de Souza Filho é Procurador do Estado do Paraná, Professor de Direito Agrário e Ambiental da PUC-PR, Mestre em Direito Público, Doutorando pela UFPR e Presidente do Instituto Socioambiental.

para o direito ou para o sentido de justiça, para a solução de problemas públicos.

A lacuna legislativa é uma fatalidade, dizia José de Oliveira Ascensão, podendo ocorrer por deficiência de técnica legislativa, por intenção de não regular a matéria e por imprevisibilidade. Entretanto, qualquer que seja a razão de sua existência, ocorrendo a lacuna, é necessário que seja suprida para resolver o caso concreto. Seguramente, será diferente a solução para colmatá-la se a lacuna for intencional ou causada por imprevisibilidade, mas há de se fazê-lo em qualquer hipótese¹.

A lacuna é uma incompleição do sistema. Portanto, ela somente pode existir se a falha, a fissura, a incompletude se der em situação valorada pelos princípios ou Plano Geral do sistema, que necessariamente tem de haver. Assim, se é apresentada, em um juízo, uma ação para dirimir a dúvida sobre como deve ser entendido um estilo literário ou arquitetônico, não pode o juiz aceitá-la, porque o sistema não valora esta questão como jurídica; nesse caso, não há lacuna da lei, a falta de regulamentação é intencional no sistema, não há relevância jurídica na interpretação literária. Entretanto, se o fato apresentado versasse sobre direitos individuais não-regulados, e como direitos individuais relevantes para o sistema, o juiz tem a obrigação de decidir, suprimindo a lacuna da melhor forma que lhe fosse possível.

Assim, o próprio sistema cria os meios para suprir a lacuna. O exemplo clássico é a disposição do Código de Napoleão que, em seu art. 4º, dispunha:

“O juiz que se recuse a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser perseguido como culpado de denegação de Justiça”.

O sistema jurídico brasileiro adotou a fórmula de utilizar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, como expressa a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º) e o Código de Processo Civil (art. 126).

Exatamente por isto, Vanossi, apoiado em Cossio, afirmava que, se há juízes, não há

lacunas, mesmo que o juiz negue o pedido por falta de lei que o fundamente². Com esse raciocínio, Vanossi deseja demonstrar que a existência de lacunas no direito é logicamente impossível, pois, se há lacuna, o juiz não pode deferir o pedido, e, se o pedido foi indeferido, fica demonstrado que lacuna não há.

Ruy Cirne Lima, em pequeno estudo sobre lacunas e conflitos de leis, realizado a partir de idéias de Emilio Betti, esboça a tese de que somente são pensáveis lacunas se houver duas normas com a mesma intensidade, valor, hierarquia e tempo que se contradigam. Nesse caso, as duas normas se excluem, gerando uma lacuna de aplicação irremovível³. Imagina, assim, que só pode se falar em lacuna se houver norma jurídica que tornou aquele fato relevante para o direito. Mas se há a norma, não há lacuna. Portanto, é necessário que haja outra norma de igual valor, hierarquia e tempo, para que as duas sejam ao mesmo tempo aplicáveis e revogadas. É um exercício de imaginação, de fantasia ou de sonho.

Essa discussão, porém, é bizantina e sem nenhum resultado prático. Os que defendem a possibilidade lógica das lacunas e os que a negam chegam à mesmíssima conclusão: o juiz, no caso concreto, deve julgar; não havendo lei aplicável, aplicará o costume, a analogia, a equidade e os princípios gerais do direito ou negará o direito individual.

Ora, os argumentos de cada uma das correntes chega ao mesmo lugar, e não apresentam nem revelam a profundidade das divergências. Ou se diz que não há lacuna porque o próprio sistema criou um meio de integrá-las, ou se diz que, se o sistema encontrou um meio de integrá-las, é porque elas existem.

Vanossi apresentava, em 1961, na revista *Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquia* (Medellin, Colombia), uma análise das lacunas a partir do ponto de vista da teoria pura, usando para isso principalmente os trabalhos de Cossio, mas também de Kelsen⁴.

² VANOSSO, José Reinaldo. *Teoría constitucional* : supremacía y control de constitucionalidad. Buenos Aires : Depalma, 1976.

³ LIMA, Ruy Cirne. *Lacunas e conflitos de leis*. Porto Alegre : Sulina, 1964.

⁴ VANOSSO, op. cit. Apêndice, p. 469-86. O autor esclarece que republica este artigo quinze anos depois, exatamente porque atualmente a discussão aiventou-se com a “chamada jurisdição constitucional”.

¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito : introdução e teoria geral* : uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra : Almedina, 1991. p. 355 e 368-416. O autor desenvolve longo capítulo sobre a integração das lacunas, partindo do princípio que é um dever jurídico a sua integração pelo Estado. Quer dizer, o próprio sistema jurídico tem que desenvolver dentro dele mecanismos que garantam essa integração.

Para isso, descrevia as diversas posições jurídicas existentes em categorias especialmente criadas para este fim. Desta forma, expõe as “correntes” do pensamento jurídico contemporâneo sobre o tema: o realismo ingênuo, o empirismo científico, o pragmatismo, o ecletismo e o apriorismo filosófico, além, está claro, da teoria pura.

Chama de realismo ingênuo a idéia de que o ordenamento jurídico é tão-só um “catálogo abstrato dos casos contemplados pelo legislador”; essa corrente, com visão mecânica do direito, assistemática, vislumbra lacunas geradas na própria limitação da inteligência humana. É claro que, para que se negue ou se reconheça a existência de lacunas, até mesmo para que se considere o caso, é necessário que se identifique o direito como um sistema, caso contrário perde sentido a discussão.

O empirismo científico nega a existência de lacunas, porque é universalmente válido o princípio “em direito tudo o que não está proibido está permitido”. Citados como principais defensores dessa corrente, Zitelman e Donati entendem que toda restrição à liberdade jurídica dos indivíduos é uma exceção à regra geral, fundamental, negativa do direito de que tudo é permitido.

O pragmatismo é a teoria de Coviello, pela qual, evidentemente, há lacunas no direito, mas é necessário se comportar como se não existissem porque, caso contrário, a sociedade ficaria fragilizada por temer que o direito possa, em determinadas situações, não resolver os casos concretos. Diz Vanossi que essa postura utilitária não merece a crítica da ciência, mas da ficção.

Os ecléticos (García Máynez, entre outros) a seu turno, ainda segundo Vanossi, imaginam que não há lacunas no direito, mas sim na lei. Afirmam que essa idéia está presente em Ihering quando distingue entre a plenitude do direito “latente” e as lacunas do direito “conhecido”. Vanossi tece dura crítica a esses pensadores e cita Cossio:

“El derecho como un todo, además de la suma de normas, es la estructura que las totaliza en una unidad y que cualquier <todo> empírico no tiene una realidad separable de cualesquiera de aquéllas”⁵.

O apriorismo filosófico, diz Vanossi, “parte de la base *a priori* de la primacía

⁵ COSSIO apud VANOSSO, p. 473.

necesaria y absoluta del <todo> sobre sus partes, no admitiendo que existan casos fuera del <todo>, pues ello implicaría una contradicción (ya no sería <todo>)”⁶.

No mesmo sentido, Vanossi explica a posição da teoria pura como desenvolvimento do apriorismo filosófico, já que igualmente trata do todo, reconhecendo o direito como uma totalidade que regula a própria criação e se integra com sua aplicação. Assim, diz Vanossi,

“el juez participa en el proceso creador, otorgando a la norma individual una fisionomía típica. Vemos así que el juez tiene parte activa en la integración del ordenamiento jurídico e que la sentencia que dicta es la última etapa del proceso de creación jurídica que va de lo general y abstracto a la esfera de lo individual y concreto.”⁷

Kelsen considera as lacunas a diferença entre o direito positivo e uma ordem melhor, mais justa e mais correta⁸. Portanto, para a teoria pura a lacuna existe apenas num mundo de sonho e ficção, que, em consequência, não é jurídico. Trazer a discussão para dentro do direito só é possível por quem espera do juiz um julgamento pelos princípios subjetivos da justiça, e não pelas razões técnicas da lei.

Em todo caso, no mundo da realidade ou dos sonhos, quando o juiz julga interpretando ou substituindo a lei, está recriando o direito e assim completando-o, por existir lacuna, ou aplicando-o, por não existir. A obrigação de julgar leva o juiz a entender o direito como uma totalidade e, cada vez mais, o direito volta ao princípio napoleônico de que não pode haver recusa sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Essa obrigação de julgar gera para o indivíduo um direito subjetivo de encontrar solução, oferecida pelo Estado por meio do Judiciário, ao caso concreto litigioso.

Tendo assim visto, fica claro que é possível encontrar um denominador comum a todas as “correntes”: as divergências se acomodam e todas reconhecem que, com lacuna ou sem ela, o direito de estar em juízo e obter uma decisão é realidade jurídica.

Tomemos como exemplo a mais ostensiva lacuna do direito brasileiro: o instituto da manumissão. Não há uma única linha, em toda

⁶ Op. cit. p. 474.

⁷ Ibidem, p. 475.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1962.

a legislação novecentista brasileira, acerca da manumissão dos escravos, porém era, efetivamente, um direito. Há vários julgados conhecidos em que esse direito foi reconhecido, bastava que o escravo pagasse seu preço perante a autoridade para se ver livre, por sentença. Mas não havia lei, e, seguramente por isso, muitas manumissões foram liminarmente negadas⁹.

Sob a ótica de qualquer das teorias descritas por Vanossi, a ausência da manumissão de escravos no direito brasileiro poderia demonstrar claramente:

a) a existência de lacunas no direito, o que obrigava aos juízes julgarem, por sua obrigação de julgar, fundados no costume, apesar de não ter lei;

b) a completude do direito, tanto que os juízes sequer precisavam de lei para julgar.

Assim, essa discussão perde sentido e utilidade, porque se resolve por si mesma no reconhecimento universal do direito à sentença. Entretanto, se passarmos à esfera do Direito Constitucional contemporâneo, a discussão ganha novas proporções, porque então já não se trata de direito à sentença que solucione a causa concreta levada a juízo, mas do direito à existência de norma reguladora do exercício de determinado direito consagrado, mas não regulamentado na Constituição. O direito público subjetivo e individual impõe ver ditada a sentença que transforma em direito público coletivo a emanação de norma.

2. A supremacia da Constituição

Todas as doutrinas citadas por Vanossi, refutando ou demonstrando a existência de lacunas, não levavam em conta a Constituição, porque a forma integrativa era proposta, exclusivamente, na aplicação infraconstitucional. Entretanto, à medida que o direito público, em especial o Direito Constitucional, começou a deixar de ser um receituário para a organização estatal e ganhou *status* de ordenador da sociedade, à medida que o direito começou a deixar de ser a ciência normativa das relações entre pessoas, na qual a propriedade acabava por ser o grande e paradigmático direito, novos problemas afloraram.

⁹ Ver sobre omissão da lei em casos de escravos e índios em meu trabalho *O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. Estudos Jurídicos*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 20-36, ago. 1993.

O primeiro deles, e o que mais importa para o estudo das lacunas, foi a migração dos princípios gerais do direito, do âmbito das relações interpessoais civis, para princípios constitucionais que inspiram não apenas as relações privadas, mas, principalmente, as de caráter social, coletivo, geral. Deixam de ser princípios obrigacionais para virem a ser princípios de ordem social. O Plano Geral do Direito – seus princípios e fundamentos – passou a ser insculpido na Constituição com caráter normativo e impositivo.

O primeiro passo dado foi o fim da concepção liberal de Constituição e de Estado. O Estado deixou de ser só a garantia da liberdade para se transformar em ordenador da economia e da estrutura social. Para isso, o Estado necessitava de instrumentos jurídicos poderosos não só para intervir na propriedade privada (conceitos como função social da propriedade e limitações administrativas), mas para garantir o bem-estar social e pôr fim à indigência e à injustiça que se instalavam ou cristalizavam na sociedade.

Com isso mudaram as Constituições, que deixaram de ser instrumentos de organização do Estado e das garantias individuais e passaram a definir a ordem econômico-social e os parâmetros das políticas públicas. Hesse, em 1959, dizia:

“A Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.”¹⁰

As Constituições passaram a definir tarefas para a sociedade, a preparar o futuro, e cada povo que, a partir daí, escrevia a sua nova Constituição em liberdade o fazia com perspectivas de futuro. Por isso, Carlos Maximiliano, ao apresentar os princípios da hermenêutica, sustentou que:

“O Código fundamental tanto prevê no presente como prepara o futuro. Por isso, ao invés de se ater a uma técnica interpretativa exigente e estreita, procura-se atingir um sentido que torna efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não que o contrariem ou reduzam à inocuidade.”¹¹

¹⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1991. p. 15.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense. 1979. p. 307.

As Constituições atuais e democráticas, portanto, ao lado da legitimidade outorgada pelo prestígio popular, exercem no sistema jurídico uma supremacia, que significa conformar o sistema, todas as normas jurídicas, à sua vontade e orientação. Elas são dotadas de normatividade e determinam ao legislador a obrigação de regular determinadas matérias por lei. Assim como o juiz tem obrigação de julgar qualquer caso, e sempre que chamado a fazê-lo, o legislador é obrigado a prover a sociedade de leis que regulem as matérias determinadas pela Constituição. O corolário disso é que, assim como o cidadão tem direito à prestação jurisdicional, a sociedade, ou a cidadania, tem direito à emanção da norma.

A supremacia da Constituição não é apenas jurídica, há nela também um sentido ideológico, isto é, ela desempenha um papel de organização do sistema sócio-político, conservando o existente ou propondo transformações para ele. Portanto, quando uma Constituição propõe alterações no sistema sócio-político, essas alterações são impositivas e devem ser feitas ou observadas.

Desse entendimento não se furta o jurista cubano Julio Fernández Bulte:

“...la supremacía constitucional tiene que entenderse, a fortiori, como supremacía normativa y como supremacía político-ideológica. En este último sentido, la supremacía constitucional desempeña el rol de conservación del sistema socio-político de las relaciones económicas consagradas.”¹²

Mas nem tudo está escrito, claro e pronto na Constituição. Ela compõe-se de um dever-ser construído depois pelas normas legais:

“A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição, resultam da correlação do ser e dever-ser”¹³

A Constituição não enche toda a ordem jurídica, como dizia Pontes de Miranda:

“Quando Hans Kelsen viu, na respeitabilidade maior da Constituição, sinal

¹² BULTE, Julio Fernández. Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy. *El Otro Derecho*, Bogotá. v. 6, n. 2, 1994.

¹³ HESSE, op. cit. p. 24.

de ser total e parciais a lei federal e as locais, esqueceu-se de que a Constituição também não é total, não enche toda a ordem jurídica do Estado, e muitas vezes se limita a pontos capitais de organização.”¹⁴

O que houve, na verdade, é que a ficção ou o sonho da humanidade, por aquilo que Kelsen chamava uma ordem melhor ou mais justa, e que estava fora do direito, foi introduzida ao direito como norma constitucional. Os povos, ao escreverem as suas Constituições, não estão apenas querendo dizer como são ou como é sua sociedade, mas como sonham que seja. Essa diferença entre a realidade normativa e o sonho, que Kelsen chamou de lacuna do lado de fora do direito, agora é realidade jurídica, ainda difícil de concretizar, mas impossível de negar e agora dentro do direito.

3. A eficácia das disposições constitucionais

Sendo os dispositivos constitucionais dotados de poder normativo e impositivo, cumpre saber da eficácia dessas normas, porque a lacuna, agora introduzida no sistema jurídico, é a diferença entre a vontade da norma constitucional e a possibilidade real de sua aplicação, ou, dito de outra forma, o fim da norma e sua eficácia.

Utilizando a classificação proposta por José Afonso da Silva, de que as normas constitucionais podem ter *eficácia plena e aplicabilidade direta*; *eficácia contida e aplicabilidade direta e eficácia limitada*¹⁵, podemos, de imediato, concluir que, se estamos diante de normas de plena eficácia, não há hipótese de haver lacunas; mas as normas de eficácia contida e limitada podem gerar lacunas quando há uma determinação, imposição ao legislador a completá-la, e ele não a cumpre.

Quer dizer, se a norma constitucional, dotada de normatividade, impõe ao legislador a feitura de norma infraconstitucional para ela adquirir eficaz plenitude, estamos diante de uma lacuna criada pela Constituição, porque há um assunto de relevância jurídica que,

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1963. t.1.

¹⁵ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.

4. As lacunas

embora assim reconhecido pela Constituição, por falta de concretização por meio de normas infraconstitucionais, não gera na sociedade os efeitos reguladores que deveria ter. Dito ainda de outra forma, a Constituição criou direitos que, para serem gozados, dependem de leis determinadas pela mesma Constituição. Se o legislador não cumpre essas determinações, em desobediência ao comando constitucional, está criada uma lacuna dentro do direito e não fora dele.

Aqui encontramos espaços vazios, fissuras, falhas que precisam ser preenchidas. Essas fissuras não retiram a normatividade dos dispositivos constitucionais, apenas diminuem a sua eficácia. A normatividade dos dispositivos constitucionais exige dos poderes do Estado a criação de normas jurídicas que lhe dêem plena eficácia.

Toda norma constitucional tem, como demonstra Clèmerson Merlin Clève¹⁶, aptidão para revogar as disposições em contrário, vincular o legislador e conferir direitos subjetivos negativos, além de informar o sentido da Constituição, definindo sua interpretação e integração, e condicionar o legislador impondo certos deveres e ações.

As quatro primeiras aptidões são cumpridas sem qualquer problema, imediatamente, não se questionando sua eficácia. É claro, promulgada a Constituição, as disposições da legislação anterior em contrário não serão recepcionadas, restando revogadas; o legislador está imediatamente vinculado à elaboração de normas de acordo com imposição constitucional, e ninguém poderá ser compelido a ação contrária àquele dispositivo. Porém, quando a norma impõe deveres e ações ao legislador, enquanto não houver tal prática, pode a Constituição, naquele dispositivo, prescindir de eficácia. Quer dizer, a omissão do legislador que frustra a vontade constitucional cria uma lacuna no sistema, dentro dele, positivamente a ele compreendido.

No dizer de Canotilho, a omissão do legislador é juridico-constitucionalmente relevante quando não concretiza ou não concretiza completamente uma imposição constitucional concreta¹⁷.

¹⁶ CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 216 e seg.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* : contributo para a compreensão das normas

Talvez não seja correto chamar estas fissuras abertas pela necessidade de regulamentação das normas constitucionais para dar-lhes plena eficácia de lacunas constitucionais. A lacuna não está na Constituição, não foi o constituinte originário que a gerou com sua omissão. Ao contrário, o constituinte originário apenas ordenou que o legislador constituído regulasse determinado direito para que pudesse ser eficazmente exercido, ou criou o direito esperando que seu exercício fosse regulamentado pelo legislador ordinário.

Somente existiriam lacunas constitucionais propriamente ditas se, aceito o conceito de normas materialmente constitucionais, em contraposição às formalmente constitucionais, encontrássemos fissuras que representassem ausências de idéias constitucionais que deveriam ter sido reguladas e não o foram. Porém essa discussão e verificação é talvez ainda mais inútil que a travada sobre as lacunas no sistema jurídico. Isso porque, se uma Constituição deixasse de lado alguma idéia culturalmente fundamental para determinada sociedade, ou ela seria ilegítima ou a sociedade a teria como princípio constitucional ainda que não escrito.

Por exemplo, uma Constituição contemporânea e ocidental que não garantisse o direito à vida ou à integridade física de seus cidadãos estaria descomprometida com seu tempo e seria apenas uma folha de papel, como dizia Lassalle.

O que ocorreria, neste caso, seria um repúdio à Constituição ou o entendimento de que o princípio omitido, de tão óbvio, nem precisava ser escrito, apenas obedecido. Esse é o sentido da afirmação de Hesse:

“A Constituição Jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.”¹⁸

Fora disso, as omissões materialmente constitucionais são omissões conscientes ou “silêncios eloqüentes”, ou ainda, parafraseando constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Ed. 1992.

¹⁸ HESSE, op. cit. p. 24.

Bartolomé Clavero, o silêncio da Constituição é também Constituição¹⁹.

Portanto, não se trata aqui de analisar eventuais lacunas ou silêncios da Constituição, como a falta do Poder Moderador. Trata-se de analisar a omissão do legislador constituído que, obrigado a editar norma concretizada da Constituição, omite-se, ainda que parcialmente. Somente pode-se falar em lacuna quando houver obrigação do legislador em concretizar direito expresso na Constituição, não quando simplesmente se descobre situação fática nova não coberta pelo sistema jurídico, pois, nesse caso, estamos diante da velha, surrada e dispensável discussão sobre as lacunas do sistema infraconstitucional.

Essas lacunas surgem conscientemente, ou porque não há consenso suficiente entre os constituintes originários para formatar integralmente o novo direito, ou porque o grau de dificuldade ou detalhamento exige discussões posteriores. Pode haver também, evidentemente, lacunas geradas por deficiências técnicas, inconscientes, dos constituintes.

Durante a elaboração da Constituição de 1988, no Brasil, os constituintes, muitas vezes, não podiam deixar de contemplar determinados direitos, porque eram desejados e exigidos pela sociedade, mas, ao mesmo tempo, não havia maioria suficiente para garanti-los na íntegra. Rapidamente, aprenderam que poderiam incluí-los na Constituição, mas retirar-lhes eficácia imediata; poderiam impor uma regulamentação infraconstitucional que diferisse a discussão para outro fórum em outra oportunidade. Por isso, os capítulos mais polêmicos foram, também, os mais relativizados. Nos quatro artigos que tratam da reforma agrária, há cinco remissões a leis que retiram a eficácia plena das normas.

A fissura nasce no exato momento da promulgação da Constituição, mas não pode ser inquinada de inconstitucional imediatamente, pois a inconstitucionalidade ou a prática inconstitucional do legislador se opera quando, tendo tido tempo para legislar, não o fez. Quer dizer, a lacuna nasce com a Constituição, mas seu estado de inconstitucionalidade é adquirido

com o tempo. A Constituição brasileira, ao regulamentar o processo legislativo, definiu que os trâmites urgentes têm um prazo máximo de 45 dias para se completar. Assim, seria impensável que a inconstitucionalidade ocorresse antes desse prazo (§ 2º do art. 64).

Hoje, no Brasil, passados seis anos da promulgação da Constituição de 1988, fica irrelevante a discussão do razoável quanto ao tempo de preenchimento das lacunas oriundas das determinações constitucionais. Todas as omissões são, nesta altura, práticas inconstitucionais. É claro que sempre é oportuna a discussão, já que as emendas constitucionais podem também gerar lacunas.

As lacunas podem ser vistas, a partir do enfoque, como bloqueantes do exercício de direito subjetivo pessoal e bloqueantes de direito geral (coletivo ou difuso) ou como totais e parciais. Cada uma dessas situações se apresenta como problema diverso, de evidente solução diferente.

5. As omissões parciais

Quando o legislador ordinário é compelido a editar uma norma, ele pode fazê-la ou não. Se não a fizer, estamos diante de uma omissão total. Se a fizer, mas não cobrir todo o espaço jurídico abrangido pelo dispositivo constitucional, estamos diante de uma omissão parcial. Se para a omissão total poderia sempre haver a discussão do prazo, do tempo razoável de formulação e processo legislativo, para a parcial já fica excluída essa análise e podemos de plano dizer que estamos diante de uma inconstitucionalidade, imediatamente seja publicada a Lei incompleta.

Entretanto, será esta inconstitucionalidade por omissão ou por ação? Será inconstitucional a parte omitida, ou a parte concreta exatamente porque omitiu situação que não poderia ter omitido? pode-se perguntar ainda se a omissão foi voluntária, intencional, silêncio eloquente, sendo, portanto, lei, como diz Clavero, ou foi esquecimento, imperícia, ignorância do legislador?

A todas essas perguntas somente tem sentido buscar uma resposta se, e quando, for possível ajudar no preenchimento da lacuna aberta. Nesse passo, podemos esquecer um pouco o Direito Constitucional e buscarmos uma solução infraconstitucional. Pois bem, nas

¹⁹ Bartolomé Clavero, o historiador do direito constitucional espanhol, professor da Universidade de Sevilla, ao analisar o silêncio da Constituição espanhola sobre certas atribuições do poder judiciário, diz: "la falta de la ley, también es ley". CLAVERO, Bartolomé. *El tercer poder*. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 1992.

omissões parciais, é evidente uma lacuna do direito, e a solução, se se tratar de mera imperícia, esquecimento ou ignorância, está contida na velha Teoria Geral, a analogia e a equidade a resolvem na adequação da norma ao caso concreto pelo juiz.

Temos um efetivo problema de relevante inconstitucionalidade, quando a omissão for intencional. A intencionalidade, porém, há de ser aferida pela própria norma ou conjunto de normas. Caso não esteja clara a intenção do legislador em excluir da regulamentação determinadas situações ou pessoas, a presunção há de ser que houve uma omissão não desejada, aplicando-se a regra hermenêutica de Carlos Maximiliano: “Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato da autoridade.”²⁰

A norma pode manifestar evidência na intenção de ser omissiva, utilizando palavras como “só”, “somente”, “exclusivamente”, etc, ferindo o mandamento constitucional, especialmente o princípio da igualdade. Nesse caso, a inconstitucionalidade é manifesta e de fácil solução, basta excluir da norma o que é excludente para que ela retome a constitucionalidade. Pode ocorrer que a manifestação de intencionalidade não seja tão clara, nem tão facilmente removível, mas, apesar de sutil, terá de ser revelada e, se assim o for, sua exclusão colocará a norma na situação daquelas omissivas por imperícia, olvido ou ignorância, e o próprio sistema tem já meios de superá-la.

Portanto, a existência de omissões parciais parece não trazer ao direito grandes problemas, já que sua solução não necessita senão de juízes, como dizia Cossio. Surge para o direito efetivamente um problema quando a falta de norma impede o exercício de direito, individual ou coletivo, estabelecido na Constituição (portanto, existente no direito positivo), fazendo com que o juiz o negue a seu titular exatamente porque falta norma reguladora.

6. O direito à emanção da norma

O problema das lacunas normativas surge, assim, quando, unidos a editar norma regulamentadora da Constituição, sem a qual sua eficácia positiva fica comprometida, os poderes públicos, em tempo razoável, não o fazem. Nessa situação, a efetividade da Constituição, em compasso de espera, não pode ser realizada

²⁰ MAXIMILIANO, op. cit. p. 307.

e, em se tratando de uma Constituição compromissória, que garantiu a participação na sociedade e a aquisição de direitos a largos espectros sociais, essa omissão acarreta prejuízo concreto, sempre para a sociedade e muitas vezes para o indivíduo, impedindo a realização de direitos individuais subjetivos.

As lacunas da lei, dizia Kelsen, não são mais do que a diferença entre o direito positivo e uma ordem melhor, mais justa e mais reta, existente no sonho dos homens, mas absolutamente fora do direito²¹. Ocorre, como já dissemos, que o sonho dos homens foi normatizado em uma Constituição comprometida com seu tempo. A Nação, por seus representantes, quis esse sonho transformado em direito. Agora, portanto, temos nova categoria de lacuna, que é a diferença entre o direito positivo infraconstitucional e a ordem melhor, mais justa e mais reta existente no direito positivo constitucional.

Assim, se antes poder-se-ia argumentar que a tarefa de preencher, colmatar, integrar as lacunas era meramente política, hoje é uma tarefa eminentemente jurídica, porque o que se deseja é a concretização de um conjunto normativo, impositivo, legislado na Constituição, ainda que para isso seja necessária a mobilização das forças políticas.

Quer dizer, para usar os termos de Lassalle, a vontade que existia na Constituição real foi finalmente plasmada na Constituição jurídica. Mais do que nunca, é necessário que ela não seja de papel, mas de fino aço, suficientemente flexível para vergar à força dos novos ventos, mas inquebrantável para impor sua vontade aos legisladores, juízes e administradores públicos.

Portanto, ao reconhecemos a lacuna e ao caracterizarmos-la como interna ao direito, temos de encontrar, ou inventar, material jurídico suficiente que a preencha.

A analogia, os costumes e a equidade já não são materiais suficientes e de qualidade para a tarefa de preenchimento dessa nova categoria de lacuna. Quando a norma constitucional autolimita a sua eficácia para que se cumpra determinada condição, ato ou tempo, ela está afastando a analogia e os costumes (solução encontrada na Lei Civil), porque, nesse caso, a norma constitucional está intervindo na realidade e não apenas a descrevendo, e, se assim é, busca alterar costumes e regras que

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1962.

considera superados ou por superar. A criação do novo direito individual ou coletivo é, evidentemente, nova, ou existiria no ordenamento anterior e seria apenas corrigida ou recepcionada pela nova ordem.

Se a Constituição quer intervir na realidade, o que deseja é uma nova lei, é a criação, invenção, produção de nova lei. Entretanto, é também bom deixar claro que a Constituição sempre baliza essa nova lei. Não é qualquer lei, em qualquer sentido, o que interessa para colmatar a lacuna conscientemente criada, mas uma lei que tenha determinada direção, conteúdo e sentido. Quer dizer, a Constituição deu o parâmetro pelo qual se regerá o legislador, de tal forma que, ao não segui-lo, incorrerá em inconstitucionalidade por ação.

Sendo assim, não é que a Constituição, por capricho, queira um trabalho legislativo novo. Longe disso, o que há é o estabelecimento de novo direito ou novos parâmetros para a compreensão de direitos velhos e, por isso, necessidade de nova lei. Este trabalho legislativo, por isso mesmo, é pautado dentro de coordenadas de direção, portanto não é criação aleatória e discricionária, mas regulamentação do exercício de um direito já criado. Evidentemente há, neste ato de regulamentação, apesar das diretrizes já traçadas, grandes espaços de formulação, caso contrário, não haveria lacuna.

Com isso, fica consagrado o direito à emanção da norma que pode ser visto a partir do direito subjetivo individual ou do direito da sociedade de ver cumprido o desiderato da Constituição que elaborou por meio de seus representantes. Portanto, o direito à emanção da norma não é apenas mais um direito individual, que somente pode ser exercitado no momento em que se frustra um interesse ou direito imediato do titular. Quer dizer, esse não é um direito apenas patrimonial. Longe disso, o direito à emanção da norma entra na categoria dos direitos difusos, interesse de todos, que cada um tem por ser membro de uma comunidade, e não por ser titular de um patrimônio.

A solução ideal prevista na Constituição de 1988 para colmatar estas lacunas é o processo legislativo, com suas legitimidades, tempos e competências. É justamente quando esse processo não ocorre que se está diante de uma omissão inconstitucional. Por isso, a Constituição de 1988 apresentou dois instrumentos diferentes do processo legislativo para tentar suprir essas faltas: o mandado de injunção e a

ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

7. O mandado de injunção

O mandado de injunção é remédio constitucional para que a ausência de norma regulamentadora não torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais. Disposto no art. 5º, LXXI, da Constituição federal, não dá margem a dúvidas de que se trata de direito e garantia fundamental do cidadão, posto que inserido neste capítulo da Constituição²².

São pressupostos do mandado de injunção: a) a falta de regulamentação; e b) a inviabilização ou obstaculização do exercício de direito ou liberdade constitucional, segundo Marcelo Figueiredo²³.

O que está dito na Constituição é que, se há omissão do Legislativo ou do Executivo em regulamentar o exercício do direito, o Poder Judiciário poderá intervir para, no caso concreto, garantir o exercício, inclusive quanto ao seu modo.

Fica claro que não se trata aqui da possibilidade de o Judiciário transformar-se em Poder legislador, substituindo o legislador ou o administrador, usurpando-lhes as funções, mas de conformar o exercício de direito ou liberdade constitucional, em concreto, com o desiderato da Constituição, inviabilizada ou obstaculizada pela inércia dos outros poderes.

A finalidade do mandado de injunção, segundo José Afonso da Silva, é

“conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação”²⁴.

Portanto, não é criar a norma, mas encontrar, no próprio sistema jurídico constitucional, fundamento para garantir o exercício do direito ou liberdade obstaculizados.

²² “Art. 5º, LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

²³ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 33.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989. p. 387.

O titular do direito obstaculizado, pessoa física ou jurídica, tem legitimidade para ingressar em juízo em busca da concreção de seu direito por meio de mandado de injunção. Entretanto, há de ser seu o direito, não sendo lícito postular em nome próprio direito alheio.

Competente para receber o mandado de injunção, processá-lo e julgá-lo é o STF quando a norma regulamentadora não-editada fora atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal; excetuados esses casos, a competência é do Superior Tribunal de Justiça²⁵.

Em que pese alguns juristas brasileiros atribuírem a fonte do mandado de injunção à tradição inglesa (José Afonso da Silva e Marcelo Figueiredo), parece haver uma distinção muito grande entre este remédio brasileiro e aquele.

O mandado de injunção brasileiro somente tem sentido num sistema positivista de direito se dermos à Constituição um caráter normativo integral. Isto é, somente faz sentido se forem abandonadas as velhas idéias de que as normas programáticas de uma Constituição somente têm valor para um orientação longínqua no momento de elaboração legal, quer dizer, servem de parâmetro para um dia, quando o legislador for produzir normas infraconstitucionais, tê-las em conta. O sistema inglês é totalmente diferente.

Na realidade, todas as normas da Constituição, do preâmbulo às disposições transitórias, são normativas e cogentes. Exatamente por isso, se o legislador ou o administrador não cumpre o desiderato da Constituição realizando a norma regulamentar, o próprio sistema repara a falha por meio do Poder Judiciário.

No sistema brasileiro, porém, o Poder Judiciário se vê inibido de completar a norma, porque estaria substituindo o legislador e, portanto, ferindo a divisão de poderes. Assim tem entendido o Supremo Tribunal Federal e tem sido muito tímido na solução dos mandados de injunção.

²⁵ Apud MEIRELLES, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 13. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989. p. 135 e seg.

Na verdade, trata-se de interpretação e de colmatagem interpretativa, ainda que isso possa implicar verdadeira realização de norma complementar à Constituição. Entretanto, este é o caminho determinado pela própria Constituição.

8. A ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade não é uma novidade na história das Constituições brasileiras, mas em 1988 foi fortemente alterado o seu caráter.

Antes de 1988, a arguição era competência exclusiva do Procurador-Geral da República, nomeado *ad nutum* pelo Presidente da República. Isto é, apenas no interesse da Administração Pública Federal eram arguidas inconstitucionalidades de leis ou atos normativos. O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, não era um Tribunal Constitucional, mas apenas a cúpula do Sistema Judiciário brasileiro.

Em 1988, muda a concepção de Constituição, passa a ser normativa, impositiva e, por isso mesmo necessitar de um Tribunal Constitucional que tivesse como finalidade principal, senão exclusiva, o controle da constitucionalidade dos atos normativos.

Essa mudança de direção geral impôs à ação direta de inconstitucionalidade novas legitimações, ainda não tão amplas como poderia desejar a cidadania, mas suficientes para garantir um mínimo controle efetivo.

A par de ampliar o leque de legitimação e estender o controle da constitucionalidade às Constituições estaduais, criou-se a possibilidade de arguir-se a inconstitucionalidade não só das normas existentes, mas das situações de conduta inconstitucional omissiva.

A inconstitucionalidade por omissão é uma original criação ibérica, primeiro portuguesa e, posteriormente, adotada na Espanha.

Jorge Miranda ensina em seu Manual que “pode haver inconstitucionalidade por omissão de actos legislativos (ou, o que para aqui vale o mesmo, por omissão de normas legislativas). Pode haver inconstitucionalidade por omissão de actos políticos ou de governo”²⁶.

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Ed. 1988. t. 2. p. 394.

O grande problema da declaração de inconstitucionalidade por omissão é a natureza e o conteúdo da decisão. Não pode o Poder Judiciário substituir, singelamente, o Legislativo e elaborar a norma legal. Serve pouco, por outro lado, uma simples manifestação de alerta ao Poder Legislativo ou Executivo de que deve proceder à normatização imposta pela Constituição.

O direito positivo ainda não encontrou uma solução melhor do que intimar o poder faltoso a “envidar esforços no sentido de que seja elaborada a norma”. A solução somente seria efetiva se pudesse ser acompanhada de uma punição ao poder faltoso, como, por exemplo, impedi-lo de decidir sobre qualquer outra norma antes de editar a exigida pelo ordenamento. Entretanto, esta disposição teria de ser constitucional e elaborada pelo próprio Poder Legislativo, correndo o risco de ser ainda mais prejudicial à cidadania.

Outras soluções poderiam ser pensadas, sempre aduzindo à não-edição da norma uma cláusula punitiva.

O interesse dessa ação é coletivo, nunca individual; por isso a legitimidade para propor a ação é de entes coletivos, sempre interessados em defesa do interesse público.

O valor, apontado por alguns juristas, de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão é de servir de título para eventual indenização pelo Estado se houver dano material na omissão. Entretanto, no caso concreto, havendo responsabilidade omissiva ou comissiva do Estado, haverá obrigação de indenizar, independentemente de arguição de inconstitucionalidade por omissão, apenas para abreviar o caminho. Se apenas esse fosse seu objetivo, ficaria extremamente diminuída a finalidade deste nobre instituto.

Uma rápida comparação entre os dois institutos nos mostra o caráter ainda eminentemente individualista do direito.

Em todo o sistema jurídico vigente, as garantias ao direito individual são sempre muito mais concretas e viáveis que as de direito coletivo, difuso ou público no sentido genérico do termo. Assim, por exemplo, os frutos pendentes, os comorientes, são detalhadamente tratados pela legislação, enquanto o salário mínimo é apenas citado.

Nesses dois institutos se revela esta marca

do direito ocidental. O mandado de injunção, que deve ser aplicado ao caso concreto, ao direito individual não realizado, é de concreção infinitamente mais fácil (embora ainda haja reações) do que a ação direta de inconstitucionalidade, genérica, protetora de difusos valores sociais e públicos. O caminho, por isso mesmo, é longo, mas a trilha parece certa.

9. Mais uma vez, a eficácia das normas constitucionais

Há uma interrogação que retorna depois de estar quase superada: terão eficácia todos os princípios, normas e regras constitucionais, ou somente aqueles que independem de regulamentação ou dependentes do desejo do legislador ordinário ou quando outorgam direito individual subjetivo?

Excluída a situação de eficácia negativa, parece que da atual normatividade da Constituição não é possível esperar mais do que isto. Entretanto, a questão que se coloca agora é: há campo de batalha doutrinária para se avançar mais ainda ou chegamos no limite? Em outras palavras, é possível, neste sistema que conhecemos, encontrar ainda formas de efetivação de todas as normas constitucionais, compulsoriamente exigindo a sua colmatagem ou não?

Embora o Judiciário brasileiro claudique em dar a extensão que deve ter o mandado de injunção, a doutrina aceita a aplicação das normas em estado de omissão para regular casos concretos de garantia dos direitos constitucionais individuais subjetivos com mínimas restrições.

Entretanto, quando a questão ultrapassa o direito subjetivo individual, há uma restrição profunda que leva o Professor Canotilho a afirmar:

“Não basta levar a sério as consequências desfavoráveis do *non facere* normativo e defender posições antropológicamente ‘amigas’ dos direitos fundamentais. A pergunta clássica continua a subsistir: a admitir-se um direito contra omissões normativas, qual a via processual adequada para dar operatividade prática a esse direito?”²⁷

Com a mesma perplexidade e a mesma sensação de impotência frente a tão arrasadora realidade, o Professor Clèmerson Merlin Clève afirma em igual tom:

²⁷ CANOTILHO, op. cit.

“Não se pode aceitar, evidentemente, que o juiz se substitua, sem mais e num Estado que se quer democrático, à atividade positiva do legislador.”²⁸

Se essas duas sérias e profundas objeções opostas pelos Professores Canotilho e Clèmerson servem para aceitar a determinação de que, diante de uma omissão que obstaculiza direitos sociais, coletivos, difusos, direitos da Nação, das minorias, que foram reconhecidos e normatizados na Constituição, especialmente nesta Constituição de 1988, que contou com a participação popular e se fez como Constituição compromissória e dirigente, como dizem aqueles autores, então é o momento de rever os dogmas mais profundos de nosso direito.

E que dogmas são esses? Vamos pensar em alguns deles:

a) a divisão do Estado em Poderes, independentes e harmônicos;

b) a pessoa e a titularidade de direitos subjetivos individuais como o paradigma de todo o direito;

c) a dicotomia público/privado.

É impensável que estes valores, inventados pelo homem para garantir os direitos individuais, sejam os responsáveis pela inexecução, inaplicabilidade e ineficácia dos direitos coletivos tão duramente conquistados pela cidadania. A ser isso verdade, voltemos aos tempos de Lassalle e confirmemos que a Constituição é uma folha de papel, rasgado a cada momento pela classe dominante.

Se é possível que a cada momento de imprecisão e a cada lacuna o direito coletivo,

altissonantemente anunciado pela Constituição, seja declarado inexistente, por legalmente inexecutável, nós estamos diante de uma Constituição folha de papel pintado, agora em cores, mas cada risco do arco-íris esconde uma armadilha para entorpecer a liberdade.

Não é possível! Os juristas comprometidos com a construção de uma sociedade mais justa e harmônica, democrática e pluralista, os juristas que sonham com um direito que realize internamente o sonho que existia fora dele não podem aceitar esta realidade.

Repensar os dogmas não significa necessariamente destruí-los. A divisão de poderes vem sendo repensada desde seu nascimento como garantia das liberdades individuais. E, se é possível a adoção de medidas provisórias, por exemplo, pelo Poder Executivo (ao gosto e ao abuso, como está ocorrendo no Brasil hoje), sem que se veja nisso um duro e profundo rompimento da ordem democrática, por que não seria pensável uma medida provisória do Judiciário para colmatar lacuna de regulamentação de direitos constitucionais?

Outras formas, idéias e soluções podem ser pensadas ou estão sendo, como a punição do Congresso Nacional inadimplente, seja deslocando a competência para os Estados-Membros, seja impedindo de legislar ou mesmo de receber vencimentos enquanto não for emanada a norma a que o povo tem direito.

Quem sabe o esforço dos juristas e de todos os cidadãos faça com que um dia o direito, tão eficiente na garantia dos direitos patrimoniais, seja ainda mais eficaz na garantia dos direitos vitais e culturais do povo que o escreve!

²⁸ CLÈVE, op. cit.

Júri popular: algumas possibilidades de condenação ou absolvição

SEMIRA ADLER VAINSENER E
ANGELA SIMÕES DE FARIAS

No Brasil, o júri como instituição jurídica foi criado em 18 de junho de 1822, por D. Pedro I, com a competência restrita aos delitos de imprensa, sendo composto de vinte e quatro jurados. O primeiro tribunal popular, todavia, só foi instalado em 1825, no Rio de Janeiro.

Na primeira Constituição brasileira, o júri integrava o Poder Judiciário¹, com a competência para julgar todas as infrações criminais e civis. O Código de Processo Criminal do Império, de 1832, estabelecia vinte e três jurados para o júri de acusação e 12 jurados para o júri de sentença. Em 1850, foram retirados da sua competência vários delitos: moeda falsa, roubo, homicídio nos municípios de fronteira do Império, resistência, tirada de presos e bancarrota. Posteriormente, em 1871, voltam esses delitos para a órbita do júri.

Até a Constituição de 1937, a competência material do júri continuou a mesma, ficando regulamentada apenas na lei ordinária², deixando de ser preceito da Lei Maior. Só com a Carta democrática de 1946, o júri voltou a ser garantia constitucional e, a partir de então, a competência *ratione materiae* englobou os crimes dolosos contra a vida (TUBENCHLAK, 1991).

¹ Constituição brasileira de 1824, artigo 151.

² Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, com a competência para julgar homicídio doloso (simples ou qualificado), homicídio concausal, envenenamento (venefício), infanticídio, induzimento ao suicídio, homicídio em duelo e latrocínio, consumados ou tentados.

Semira Adler Vainsencher é pesquisadora social da Fundação Joaquim Nabuco (FUNDAJ).

Angela Simões de Farias é promotora de justiça titular do Tribunal do Júri (Recife/PE).

À semelhança das Constituições de 1967 e EC nº 1 de 1969, a atual Constituição de 1988³ elevou o júri a preceito magno, mantendo a federalização.

Compete ao júri, atualmente⁴, julgar, nas formas tentadas e consumadas, os crimes de homicídio doloso em suas três formas⁵ – simples, privilegiado e qualificado –, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio⁶, o infanticídio⁷, e o aborto em suas quatro formas⁸.

A organização e a dinâmica do júri estão previstas no Código de Processo Penal, do artigo 406 ao 497 (ACOSTA, 1981). De acordo com essa legislação, como dito anteriormente, o júri é formado por um juiz de direito, que é o presidente, e sete jurados. Esses são sorteados dentre uma amostra preliminar de vinte e um jurados, os quais, por sua vez, são escolhidos dentre os cidadãos alistados, maiores de vinte e um anos (sendo isentos os maiores de setenta anos), em uma lista anual, sob a responsabilidade do juiz-presidente. O critério de escolha daqueles baseia-se no conhecimento pessoal do juiz ou em informações fidedignas para a composição da lista. Para esse fim, o juiz pode requisitar os jurados às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas.

Garante a lei, no artigo 437 do Código de Processo Penal, que o exercício efetivo dessa função seja serviço público relevante, com a presunção da idoneidade moral, e assegura para os jurados prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo, bem como preferência, em igualdade de condições, nas concorrências públicas (GRINOVER, 1990).

Depreende-se, pelo que foi visto acima, que o grande esteio do júri popular é, formalmente, o recrutamento dos juízes de fato do seio da sociedade.

³ Inciso XXXVIII, do artigo 5º: “é reconhecida a instituição do júri com a organização que lhe der a lei, assegurados o sigilo das votações, a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

⁴ O Júri de Imprensa foi previsto na Lei de 18 de junho de 1822, a primeira lei do júri no Brasil, e o Júri de Economia Popular foi criado com a Lei nº 1.521/51. Ambos os júris foram abolidos com a vigente Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) e o DI 2, de 1966, respectivamente.

⁵ Artigos 121, caput; 121, 1º, 121, 2º, do Código Penal.

⁶ Artigo 122 e seu parágrafo, do Código Penal.

⁷ Artigo 123, do Código Penal.

⁸ Artigo 124, 125, 126 e 127, do Código Penal.

Daí por que qualquer análise dos atores principais daquela instituição deve levar em consideração, também, a influência da cultura na qual os jurados se inserem. Cultura essa que, segundo Freire (1942), foi forjada mediante um processo de equilíbrio entre senhores e escravos, valores europeus *versus* indígenas e africanos, bacharéis *versus* analfabetos, dentre outros. E que, frente ao cruzamento étnico e à permuta de valores culturais, pode-se constatar, ainda, de acordo com Ribeiro (1980), um grande espírito de tolerância que o brasileiro herdou do colonizador português.

Faz-se necessário observar, por outro lado, que a vida interna dos indivíduos não consiste numa simples coleção de atitudes, idéias e estereótipos, mas numa organização complexa de crenças e convicções (KIMBALL, 1957).

Dessa forma, todo e qualquer indivíduo, durante a sua existência, sedimenta um sistema de valores, ao longo de um contínuo de importância, como um subproduto das experiências vivenciadas, passando tal sistema a determinar a ordem de classificação dos seus modos de conduta e meta de vida. E isso tudo vai depender, no entanto, da forma como ele interpretará o seu lugar no mundo, na família, dentre outros referenciais (REICH/ADCOCK, 1976).

Assim, tendo-se como pano de fundo, de um lado, o complexo e plural desenho da formação social brasileira e, de outro, os elementos culturais que influenciam as condutas coletivas e individuais nessa mesma sociedade, é que se decidiu realizar uma pesquisa exploratória com os jurados da Comarca do Recife, com o intuito de procurar parte desse universo: o das idéias preconcebidas, o das predisposições individuais, universo esse materializado por intermédio de veredictos que representam o conjunto de decisões tomadas em nível individual.

Dentro dessa ordem de idéias, o presente estudo teve o objetivo de procurar aferir alguns dos elementos significativos que poderiam afetar os resultados concernentes ao binômio condenação/absolvição. Em outras palavras, intencionou-se verificar se certos fatores, intrínsecos ou extrínsecos ao processo de julgamento criminal propriamente dito, podiam influenciar as decisões dos jurados, independentemente do conteúdo do caso jurídico.

Em se tratando da caracterização dos

jurados, foram selecionadas, para a obtenção do seu perfil, as variáveis sexo, idade, profissão, estado civil, escolaridade e número de sessões de júri de que participaram.

Do lado do acusado, no questionário da pesquisa, foram selecionadas as seguintes variáveis como objeto de investigação: idade e sexo, nível sócio-econômico, situação perante a sociedade e a justiça, desvios de ordem sexual, embriaguez, fatores de ordem emocional, influências exógenas sobre o corpo de jurados etc. No tocante à vítima, procurou-se examinar se algumas dessas características – como a sua situação perante a sociedade e a justiça – podiam influenciar as decisões dos jurados.

Em se tratando dos procedimentos metodológicos, adotou-se como ponto de partida a utilização da lista fornecida pelo Cartório do Tribunal do Júri da Comarca do Recife. Dos 476 jurados nela constantes, apenas pouco mais de uma quarta parte (110 membros) já haviam participado efetivamente de algum julgamento. Ao serem contatados, cinco deles declararam não mais fazer parte do corpo de jurados ou nunca terem participado de qualquer julgamento, enquanto outros cinco não puderam de forma alguma ser localizados. Desse modo, o universo ficou reduzido a uma centena de jurados. Por motivos diversos, a amostra final somente pôde congrega 48 dos 100 jurados, os quais constituíram, de fato, a amostra a ser pesquisada.

Com esses, foram feitas entrevistas padronizadas, privilegiando-se o anonimato dos respondentes. Desde o início, foi o mesmo garantido de forma absoluta, com o objetivo de elevar a fidedignidade das respostas ao deixá-los mais à vontade para discorrer sobre os tópicos propostos.

Há que se aludir, também, à questão das entrevistas propriamente ditas. Essas constaram tanto de perguntas fechadas como de perguntas abertas a respeito dos tópicos de interesse à investigação. Vale destacar que, por uma questão de ordem ética, as entrevistas foram realizadas, exclusivamente, pela pesquisadora Semira Adler Vainsencher, a fim de evitar qualquer envolvimento dos jurados com a outra co-autora deste trabalho, por ser esta promotora do Tribunal do Júri do Recife.

As entrevistas foram longas e o respectivo tempo necessário variou entre quarenta minutos e uma hora e meia, dependendo tanto do espírito de colaboração de cada jurado, como do

seu poder de síntese, experiência no Tribunal do Júri, retórica, entre outros.

Em muitos casos, as entrevistas transformaram-se e funcionaram como verdadeiras catarses. Na ocasião, afloraram problemas pessoais, angústias e, até mesmo, sonhos. Evidentemente, não se fez qualquer registro a respeito.

A distribuição dos jurados que fizeram parte da pesquisa foi examinada em função das variáveis sexo, idade, estado civil, nível de instrução, emprego (segundo a vinculação pública ou privada) e número de sessões de júri em que efetivamente participaram.

Do total de entrevistados, 63% foram homens e 37%, mulheres. Essa amostra manteve, quanto ao sexo, a mesma proporcionalidade que a existente no seio do universo pesquisado.

No tocante à idade (ver Tabela 1), verificou-se maior concentração de jurados na faixa de 40 a 49 anos (40% dos casos), seguida por aquela de 50 a 59 anos (36% dos casos). Apenas 14% dos integrantes da amostra tinham idades que variavam de 30 a 39 anos, sendo ainda menor (4%) a proporção das pessoas bem jovens, com idades inferiores a 30 anos. Foi também bastante reduzido o percentual (6%) de pessoas idosas com 60 anos e mais. Portanto, três quartas partes dos entrevistados concentraram-se na grande faixa etária dos 40 a 59 anos.

TABELA 1
DISTRIBUIÇÃO DOS ENTREVISTADOS
POR IDADE E SEXO (EM %)*

IDADE	HOMEM	MULHER	AMBOS OS SEXOS
Até 29	–	11	4
30 a 39	16	11	14
40 a 49	37	44	40
50 a 59	40	28	36
60 ou mais	7	6	6
TOTAL			
Nºs relativos	100	100	100
Nºs absolutos	30	18	48

Fonte: Pesquisa direta, 1992.

*Exceto quando indicado.

N = 48.

Quanto ao estado civil, a maioria dos respondentes declarou-se casada (65%), não

tendo sido observadas diferenças significativas a respeito entre os sexos. Os solteiros representaram 19% da amostra, enquanto 16% incluíram-se na categoria de “outros”.

Conforme a Tabela 2, pode-se constatar que a maior parte dos entrevistados possuía o grau de instrução superior completo (73% dos casos) e 13% o 3º grau incompleto. Dessa forma, 86% dos jurados haviam passado pela universidade ou concluído algum curso universitário. Verificou-se, entretanto, uma diferença entre os sexos: as mulheres, em 94% dos casos, possuíam o 3º grau completo ou incompleto, enquanto 80% dos homens é que declararam se encaixar nessas duas categorias. Observou-se também que 17% dos homens possuíam o 2º grau completo; 3%, o 2º grau incompleto; e 6% das mulheres cursaram, apenas, o 1º grau completo.

TABELA 2

DISTRIBUIÇÃO DOS ENTREVISTADOS POR NÍVEL DE INSTRUÇÃO, SEGUNDO O SEXO (EM %)*

NÍVEL DE INSTRUÇÃO	HOMEM	MULHER	AMBOS OS SEXOS
1º grau incompleto	–	–	–
1º grau completo	–	6	2
2º grau incompleto	3	–	2
2º grau completo	17	–	10
3º grau incompleto	17	6	13
3º grau completo	63	88	73
TOTAL			
Nºs relativos	100	100	100
Nºs absolutos	30	18	48

Fonte: Pesquisa direta, 1992.

*Exceto quando indicado.

Coincidentemente ou não, 40% dos diplomados declararam ser bacharéis em Direito; e 14% daqueles que concluíram o 3º grau confirmaram haver cursado Filosofia, Pedagogia, Sociologia e Serviço Social. Aqueles formados em Jornalismo, Biblioteconomia e Letras foram da ordem de 16% dos casos. Observou-se, ainda, que somente 9% dos homens diplomados haviam concluído os cursos de Engenharia, Matemática, Física e Química.

A grande maioria dos jurados (83% dos casos) já estava bem familiarizada com a dinâmica do Tribunal do Júri, porquanto 56% já haviam participado de 20 a 59 sessões de júri; e 27% dos entrevistados, de 100 ou mais

sessões. Apenas 17% dos integrantes da amostra é que haviam tomado parte em até 19 sessões de júri (ver Tabela 3).

TABELA 3

DISTRIBUIÇÃO DOS ENTREVISTADOS POR SEXO, SEGUNDO O NÚMERO DE PARTICIPAÇÕES EM SESSÕES DE JÚRI (EM %)*

IDADE	HOMEM	MULHER	AMBOS OS SEXOS
Até 19	17	17	17
20 a 59	53	61	56
60 a 99	–	–	–
100 ou mais ¹	30	22	27
TOTAL			
Nºs relativos	100	100	100
Nºs absolutos	30	18	48

Fonte: Pesquisa direta, 1992.

*Exceto quando indicado.

¹ Cinco dos jurados entrevistados participaram de 200 ou mais sessões e apenas um ultrapassou o número de 400 sessões.

Em linhas gerais, delinea-se o seguinte perfil para o corpo de jurados da Comarca do Recife: são, em sua totalidade, funcionários da administração pública, na ativa ou já aposentados, do sexo masculino, com predominância de idade entre 40 e 59 anos, casados, com nível de instrução superior completo (a maior parte bacharel em Direito) e com experiência em Tribunal do Júri (tendo participado de 20 a 59 sessões).

Cumpra agora discorrer sobre algumas influências que podem pesar nas decisões finais dos jurados, ou para absolver ou para condenar um acusado de homicídio, independentemente do conteúdo do caso levado a julgamento. Destaca-se, também, que alguns elementos não afetam de maneira muito significativa as avaliações do corpo de jurados.

Dentre todas as variáveis pesquisadas, aquela que parece exercer uma maior influência em favor da absolvição é a primariedade do acusado. Quanto a isso, não foram encontradas diferenças expressivas por sexo. Ser primário e de bons antecedentes traz em seu bojo, por conseguinte, o involuntarismo, a fatalidade, a casualidade do homicídio ocorrido. Tudo se passa como se todos possuíssem o direito de

errar uma vez, de ter uma oportunidade. Respaldados, provavelmente, na definição de acusado primário e de bons antecedentes do Código Penal brasileiro, os jurados tendem, uníssonos, a perdoar o acusado, como que fechando os olhos para o ato, em decorrência das características positivas do autor. Como um dos principais argumentos para perdoarem um acusado primário e de bons antecedentes, enfatizam a decadência do sistema penitenciário: “é uma ‘fábrica’ onde se produzem mais criminosos”.

É interessante observar, no entanto, que alguns fatores de absolvição pesam diferentemente para os homens e para as mulheres. Essas últimas, por exemplo, levam em consideração, mais do que os homens, uma condenação em definitivo, da vítima, por crime de maior potencial ofensivo; o arrependimento; a presença de familiares no julgamento; a velhice; a posição de destaque na sociedade e o choro do acusado.

A esse respeito, surge uma distinção relevante entre os sexos. Nela, é possível visualizar que os estímulos externos – os que podem suscitar sentimentos de remorso, pena e tristeza – parecem ser mais eficazes junto às representantes do sexo feminino. Isso pode ser explicado, talvez, pelo processo de socialização das mulheres, no qual os componentes emocionais, bem como a sua externalização, parecem ser menos reprimidos do que junto aos homens.

Em contrapartida, pesam mais para os homens do que para as mulheres, no sentido absolutório em relação ao acusado, os maus antecedentes sociais da vítima.

Vale a pena salientar que alguns veredictos, no sentido absolutório, podem ficar mais a dever à estrutura do sistema penitenciário do que, propriamente, ao crime em si: são decisões por exclusão. Dito de outra forma: certas variáveis adquirem mais força em detrimento das falhas e lacunas de outras.

No que se refere aos fatores de condenação, é possível afirmar, sem sombra de dúvida, que, no topo da pirâmide, jaz uma condenação em definitivo do acusado por crime de maior potencial ofensivo. O repúdio à violência fez-se marcante e presente para ambos os sexos: a reincidência não é suportada pelos jurados. Visto como um elemento nefasto ao meio social, um acusado com essa característica teria uma probabilidade muito alta de ser condenado.

Neste trabalho, outros pontos merecem ainda ser destacados. Um deles refere-se às tentativas de interferência nas decisões dos jurados, em que se constatou que a grande maioria desses já havia sido pressionada pelo acusado e/ou por terceiros (mediante pedidos), para optar no sentido absolutório.

Isso faz lembrar as palavras de Gomes (1977:33-44), sobre a existência de uma filosofia, no Brasil, que introjetou o fanatismo da concórdia. Nela, as divergências devem ser dissolvidas, excluídas, posto que não se admite o choque de idéias. Se algo apresenta contradições, a única coisa a fazer é suprimir a oposição. Em sendo assim, prevalece a idéia do brasileiro como um indivíduo conciliador, obediente e cordial, em que o herói é o esperto, aquele que consegue ludibriar outrem de modo especial.

Portanto, conforme foi constatado, o júri popular sofre pressões de autoridades e/ou de indivíduos influentes no meio social no sentido de direcionar o seu voto de consciência. As questões de ordem ética passam ao largo, como que esquecidas. Quanto a esse aspecto, os integrantes do conselho de sentença confirmam não levar em conta os pedidos como fator de influência em seu julgamento, considerando-os como uma interferência indevida em sua função. Aliás, por ser esse conselho um colegiado fica até mais protegido da abordagem do que o juiz monocrático, apesar de esse tipo de interferência ser possível ocorrer junto a qualquer órgão de decisão.

Por fim, cabe salientar que essa pesquisa buscou apreender parte do processo de decisão que leva os jurados a optarem pela absolvição ou pela condenação do réu, nos bastidores da sala secreta, para sair-se um pouco do terreno da imaginação e das conjecturas e, ao mesmo tempo, tentar mostrar que a instituição do júri não representa, somente, um verdadeiro “jogo de azar”.

Bibliografia

- ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro : Editora do Autor, 1981.
- FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala*. 25. ed. Rio de Janeiro : J. Olympio, 1987.
- GOMES, Roberto. *Crítica da razão tupiniquim*. Porto Alegre : Movimento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1977.

- GRINOVER, Ada Pellerini. *Novas tendências do Direito Processual*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- REICH, Ben, ADCOCK, Christine. *Valores, atitudes e mudanças de comportamento*. Rio de Janeiro : Zahar, 1976.
- RIBEIRO, Darcy. *Os brasileiros, livro I : teoria do* Brasil. Petrópolis : Vozes, 1980.
- TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri : contradições e soluções*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- YOUNG, Kimball. *Handbook of social psychology*. London : Routledge & Kegan Paul, 1957.

A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime

CLÁUDIO ROBERTO C. B. BRANDÃO

SUMÁRIO

1. Da antijuridicidade. 2. Conceituação de Mezger. 3. Conceituação de Beling. 4. Conceituação de Welzel. 5. Conceituação de Maurach. 6. Conceituação de Antolisei. 7. Conceituação de Battaglini. 8. Conceituação de Bettioli. 9. Conceituação de Petrocelli. 10. Conceituação de Bruno. 11. Conceituação de Hungria. 12. Conceituação de Reale Júnior. 13. A conceituação de Everardo Luna. 14. A antijuridicidade objetiva. 15. A antijuridicidade subjetiva. 16. A antijuridicidade formal e material.

1. Da antijuridicidade

A antijuridicidade também é denominada de injuridicidade ou ilicitude. Pode ser definida como a relação de contrariedade do fato do homem com o Direito. Como salta aos olhos, essa relação não existe no mundo fenomênico dos fatos, por isso ela é uma categoria lógica, uma criação da mente humana. A importância dessa relação é tamanha que, sem ela, a conduta do homem sequer chega a ser considerada criminosa, por isso ela é a categoria lógica *mais importante do Direito Penal*. Ela traduz a essência do crime. Considerá-la como um elemento do mesmo é um erro e uma tautologia. Erro porque é a essência; tautologia porque, sendo um crime um fato jurídico, seus elementos têm de ser, necessariamente, jurídicos¹.

Faz prova de ser a antijuridicidade a essência do crime o fato de todos os elementos do crime só adquirirem significação jurídico-penal à luz da antijuridicidade. A culpabilidade

(As citações em italiano foram traduzidas pelo autor para facilitar a leitura do texto).

¹ LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura Jurídica do Crime*. 4 ed. São Paulo : Saraiva. 1994. p. 49.

a partir da doutrina de Welzel, qual seja, a Teoria Finalista, é a consciência da antijuridicidade; a ação humana só se transmutará em *injusto* à luz do juízo de valor que a torna contrária às exigências do Direito; a tipicidade – que de início foi considerada por seu criador (Ernst von Beling) como indício da antijuridicidade – evoluiu para ser a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade.

O crime é uma violação a uma proibição legal, definida em lei, sob ameaça de uma pena. A antijuridicidade traduz-se nessa proibição. Ela é um juízo de valor negativo ou desvalor, que atribui ao fato do homem a qualidade de ser contrário ao Direito, dando à ação o caráter não-querido pelo Ordenamento Jurídico.

A antijuridicidade é uma inferência feita pelo julgador, que encerra um juízo de valor, o qual expressa dois significados: 1º) Que a ação humana foi contrária às exigências do Direito; 2º) Que o agente não poderia omitir-se de praticar esta ação. Ocorre que, por ser a antijuridicidade puro juízo de valor, não pode ser regulada pelo Direito. Como sabido, o Direito regula condutas, não juízos. Se não é regulada pelo Direito, a antijuridicidade nunca pode ser elemento do crime. É, enfatizamos, sua essência.

Agora vem-nos o questionamento: como o julgador fará o juízo de contrariedade ao Direito? Fá-lo-á livremente, ou fa-lo-á *vinculadamente*?

O juiz utilizar-se-á, primeiramente, da relação de adequação da ação com a norma, ou seja, deve utilizar-se da tipicidade. Nesses termos, como dito, a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Em segundo lugar, deve o juiz analisar se o conteúdo proibitório da norma penal deve ser afastado, por estar a ação abrangida por uma causa que exclua a antijuridicidade. Daí se conclui que o juízo de antijuridicidade é feito vinculadamente, tendo como base o tipo penal.

Quando o julgador reconhece que a ação humana não poderia ser omitida, ela passa a ser uma ação *justificada*, ou seja, conforme às exigências do Direito, e por isso reveste-se de juridicidade. Desse modo, a ação humana abrangida pelas causas de justificação (excludentes de ilicitude) não é simplesmente uma ação tolerada pelo Direito, mas uma ação querida pelo Direito.

Por fim, trazemos à baila a consideração de Bettiol. Ele acentua que são os valores que dão conteúdo e motivação às figuras singulares do

crime e, apesar de considerar a antijuridicidade como elemento do crime, reconhece que

“entre os elementos constitutivos do crime não há outro que dê tamanha tonalidade e relevo à matéria quanto a contradição do fato com as exigências do Direito, vale dizer, esse choque entre o fato e a norma”².

2. Conceituação de Mezger

Os autores alemães deram uma significativa contribuição para a compreensão da antijuridicidade. Os principais expoentes da doutrina da antijuridicidade tedesca são Edmund Mezger, Ernst von Beling, Hans Welzel e Reinhart Maurach.

Mezger afirma que a antijuridicidade é um juízo sobre a ação, pelo qual a questão da ação adquire uma determinação jurídico-normativa:

“O juízo, que a ação contrasta com o ordenamento jurídico e com a norma legal, caracteriza qualitativamente a ação como ‘ilícita’ ou na verdade ‘antijurídica’”³.

Salienta ainda que, no Direito Penal, uma ação é vedada ou permitida, não havendo meio termo. Por isso a ação é lícita ou ilícita, não há a ação antijuridicamente indifferente⁴.

Considera o Professor de Direito Penal da Universidade da Baviera a antijuridicidade como uma ofensa objetiva ao Direito, posto que o juízo de ilicitude reveste a ação como um todo, mas recai especialmente sobre o seu elemento constitutivo essencial: a exteriorização da manifestação da vontade.

3. Conceituação de Beling

Beling entende que a antijuridicidade não comporta divisões. Quando uma ação é antijurídica, ela o é em todos os ramos do Direito; porém quando ela extrapola certos limites objetivamente previstos na lei, estará sujeita a uma sanção penal. Não há que se falar, pois, em uma antijuridicidade administrativa, civil,

² BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1977. p. 358-359.

³ MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. Tradução italiana de Filippo Mandalari. Padova : CEDAM, 1935. p. 182.

⁴ *Ibidem*, p. 181-182.

tributária, penal, etc., visto que ela é uma só para todo o Ordenamento.

A antijuridicidade da conduta, para o professor da Universidade de Munique, é o pressuposto geral da sanção penal. Quando uma conduta não entra em contradição com o Ordenamento Jurídico, *não há que se falar em ação punível* na esfera penal, *ainda quando* contradiga um Ordenamento estranho, como a moral ou os costumes, ou, ainda, quando ocorram delitos putativos ou delitos imaginários.⁵

4. Conceituação de Welzel

Welzel define a antijuridicidade como “el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho que se realizan en la vida social”⁶. A ação é constituída de uma unidade de elementos objetivos e subjetivos; o elemento objetivo é a modificação no mundo exterior e o subjetivo consiste no psiquismo do agente.

Para o professor da Universidade de Bonn e criador da doutrina finalista da ação, a antijuridicidade é um juízo de valor objetivo, feito sobre o substrato exterior da ação, qual seja, a modificação no mundo exterior. Esse juízo se realiza tendo como base uma escala geral, a saber: o Ordenamento Social-Jurídico.

Sintetiza o Mestre de Bonn:

“frecuentemente se denomina como un ‘juicio de valor’ negativo o ‘juicio de desvalor’ del derecho sobre la acción, en lo que se debe tener siempre presente el gráfico del término, ya que la antijuridicidad no es, naturalmente, un mero juicio de desvalor, sino una característica de desvalor de la acción. Por ello, la antijuridicidad es un juicio de valor ‘objetivo’”.⁷

5. Conceituação de Maurach

Maurach inova a teoria da antijuridicidade em seu *Tratado de Direito Penal*. Afirma que, apesar de aparentemente paradoxal, a teoria da antijuridicidade é a teoria do jurídico e não do

⁵ BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. Tradução castelhana de Sebastián Soler. Buenos Aires : Depalma, 1944. p. 21-22.

⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Tradução castelhana de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires : Depalma, 1956. p. 57.

⁷ *Ibidem*, p. 57.

antijurídico. Isso se dá porque a função da antijuridicidade é revelar quais ações estão acobertadas pelas causas de justificação. Assim

“la teoría de la antijuridicidad es, en la práctica, una teoría de lo conforme al derecho, a saber, la presentación de aquellas conductas que, apesar del cumplimiento del tipo, son, en caso particular, no antijurídicas, y por lo tanto irrelevantes para el Derecho Penal.”⁸

Para o professor da Universidade de Munique, a ilicitude se limita à caracterização negativa do ato humano. Com a tipificação da conduta, esse juízo provisoriamente se instala e torna-se definitivo se não for acobertado por uma causa justificante.

6. Conceituação de Antolisei

A “Escola Italiana” é indubitavelmente a que, em toda a história do Direito Penal, maior contribuição deu ao desenvolvimento da doutrina sobre a antijuridicidade. A primeira tese exclusivamente sobre antijuridicidade, e – podemos afirmar sem temor – até hoje insuperada, foi a de Bagio Petrocelli. Também doutrinam com maestria sobre o tema Giuseppe Bettiol, Francesco Antolisei, Giulio Battagline.

Antolisei considera a antijuridicidade como a contradição, o contraste da conduta com um preceito do Ordenamento Jurídico. Diz, com muita precisão, que a antijuridicidade não é um elemento do crime, pois é a essência mesma, o crime em si. Como o crime é uma infração a uma norma penal, essa relação de contradição exaure sua essência.

Com relação à essência da antijuridicidade, esta traduz-se em um juízo, mais precisamente um juízo de relação. É um juízo sobre a ação humana, para reconhecer o fato como contrário a um preceito do Direito. Tal juízo é efetuado pelo juiz, que é o intérprete do Ordenamento, o qual considera o fato como contrário aos fins do Estado, reproduzindo

“em si a valoração do ordenamento jurídico, o qual, ao proibir um fato, reveste-o da reprovação, considerando-o como contrário aos fins do Estado.”⁹

⁸ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona : Ariel, 1962. p. 347.

⁹ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*: parte generale. Milão : Giuffrè, 1947. p. 95-96.

O professor de Direito penal da Universidade do Torino não admite que a antijuridicidade seja objetiva ou subjetiva, é simplesmente a relação de contradição do fato unitariamente considerado, pois

“A antijuridicidade, como caráter essencial ao crime, é imanente a ele: investe-o na sua totalidade, isto é, em todos os fatores que o constituem.”¹⁰

7. Conceituação de Battaglini

Battaglini acentua que a antijuridicidade existe em todos os ramos do Direito, pois todos apresentam contradição do fato com a norma, sendo correto falar-se em antijuridicidade penal, administrativa, civil, etc. O crime é constituído do ilícito penal, não interessando a este ramo do Direito os outros ilícitos.

Quanto à natureza da antijuridicidade, diz o professor da Universidade de Pavia que esta “não pode ser elemento (e nem mesmo característica) do crime porque... é o crime mesmo!”¹¹ Desse modo, o doutrinador considera a antijuridicidade como o crime em si, a essência mesma do delito.

8. Conceituação de Bettioli

Bettioli, em excepcional trabalho, afirma que a antijuridicidade é a violação do fato à norma. O fato viola a norma e a norma reage e reintegra com a pena a lesão ao Ordenamento. Define-a como a “valoração que realiza o juiz acerca do caráter lesivo de uma conduta humana”.¹²

A relação entre fato e valor, que é feita em consonância com a norma, cabe basicamente ao Direito Penal. Fora da esfera dos valores, o Direito Penal perde sua razão de existir e se transforma num instrumento de arbítrio. São precisamente os valores que dão o contorno ao crime e dão o conceito intrínseco da ação humana. É por meio dos valores que o legislador vai atribuir o sentido do justo e do injusto, do certo e do errado. É, destarte, a valoração que leva o legislador a considerar

¹⁰ Ibidem, p. 98.

¹¹ BATTAGLINE, Giulio. *Diritto Penale*: parte generale. 3. ed. Pádua : CEDAM, 1949. p. 162.

¹² BETTIOL, op. cit., p. 360. Ver também BETTIOL, Giuseppe, MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diritto Penale*. 124. ed. Padova : CEDAM, 1986. p. 325.

determinados fatos como delitos.

Todo problema do Direito Penal adquire sentido quando relacionado à antijuridicidade. Não só o valor tutelado ajuda na compreensão do crime, mas também interfere na compreensão da posição do sujeito passivo na causa, na capacidade de delinquir e na intensidade do dolo. Isto posto, numa visão teleológica do crime, a antijuridicidade é o elemento principal, que dá forma à teoria do delito.

Para o professor da Universidade de Pádua, a antijuridicidade é um elemento do crime,

“mas um elemento diverso daquele naturalístico sobre o qual o crime sempre se lastreia. Ela se resolve num juízo de que um fato é lesivo a um bem jurídico. Essa lesão realmente não tem uma realidade perceptível aos sentidos”¹³. “Todos os elementos do crime são, portanto, polarizados para a antijuridicidade”.¹⁴

9. Conceituação de Petrocelli

Petrocelli, na sua magistral tese *L'antigiuridicità*, define a antijuridicidade como a qualidade do fato de ser contrário ao Direito. Na realidade, como os fatos advindos dos animais e das forças da natureza modernamente estão excluídos do Direito Penal, só o fato do homem, decorrido da manifestação da vontade humana, pode contrariar o Direito.

Porque o Direito manifesta a sua vontade mediante as normas, a antijuridicidade é a violação dessas normas. Toda norma tutela um interesse e impõe um dever. A ação humana, destarte, contraria o dever imposto e o interesse tutelado. Com relação à contrariedade do interesse juridicamente protegido, a antijuridicidade é formal e material; com relação à contrariedade do dever imposto ao homem, é objetiva e subjetiva.

A ação antijurídica viola a norma. É certo que não viola a letra da norma, a qual continua intacta, mas toda norma é dotada de uma autoridade e de uma força ideal que junte o homem a se comportar conforme o que é regulado por ela. É esta autoridade e força ideal que é violada pela ação, qualificando-a de antijurídica, posto que

¹³ BETTIOL, op. cit. p. 364. BETTIOL, MANTOVANI, op. cit. p. 328-329.

¹⁴ BETTIOL, op. cit. p. 361. BETTIOL, MANTOVANI, op. cit. p. 326.

“A respeito da abstrata validade jurídico-positiva, na verdade, há uma autoridade e força ideal da lei, elemento indivisível e potente de sua validade e eficácia, que a infração indubitavelmente golpeia”.¹⁵

Isto se dá vez que o ato vai diretamente de encontro ao imperativo da norma, violando, como dito, uma obrigação jurídica e agredindo o interesse tutelado. Por isso se define pura e simplesmente a antijuridicidade como a contradição da conduta humana com a norma do Direito.

Para o professor da Universidade de Nápoles, a antijuridicidade é um elemento do crime, e não se deve confundir esse elemento com o fato antijurídico, o qual é o crime em si. O fato antijurídico é composto da antijuridicidade, da culpabilidade e do fato, enquanto a antijuridicidade, abstratamente considerada, é uma relação de contradição. Não pode ser considerada como o crime em si, *postoque* versa

“apenas sobre parte do crime, bem se pode definir, sobre esse aspecto, a característica que o fato assume quando reúne em si todos os coeficientes aptos a produzir o contraste com a norma e os efeitos jurídicos desta estabilidade.”¹⁶

10. Conceituação de Bruno

Dos autores brasileiros que mais se destacaram no estudo da antijuridicidade, selecionamos os conceitos de Everardo da Cunha Luna, Miguel Reale Júnior, Aníbal Bruno e Nelson Hungria. Everardo Luna foi um dos autores nacionais que mais se debruçou no estudo do problema, posto que trata dele em sua *Estrutura Jurídica do Crime* – que é citado por Bettiol e Mantovani – e em seus trabalhos *Injuridicidade e Antijuridicidade*. Reale Júnior escreveu sua tese de livre-docência sobre o tema, com o título de *Antijuridicidade Concreta*; esta também citada por Bettiol. Bruno e Hungria trataram do tema em seus *Direito Penal e Comentários ao Código Penal*, respectivamente.

Bruno considera a antijuridicidade como elemento do crime. O crime é formado pela

¹⁵ PETROCELLI, Bagio. *L'antiquiridicità*. 2. reimp. Padova : CEDAM. 1947. p. 14.

¹⁶ *Ibidem*, p. 2.

antijuridicidade e a tipicidade, e é punível quando se reveste da culpabilidade. Define o Catedrático da Faculdade de Direito do Recife a antijuridicidade de um fato como

“esse contraste em ele se apresentar em relação às exigências da ordem jurídica, ou mais propriamente esse contraste entre o fato e a norma.”¹⁷

A antijuridicidade é uma categoria comum a todos os ramos do Direito, não sendo exclusiva do Direito Penal. Não há que se falar, destarte, em uma antijuridicidade penal, mas é possível falar-se em ilícito penal. Esse ilícito é a ação antijurídica revestida da tipicidade.

A antijuridicidade como a contradição do fato do homem e da norma do Direito é a antijuridicidade formal. Mas, em que pese a existência da antijuridicidade formal, com um exame mais apurado, como a norma jurídica tutela um interesse, materialmente a antijuridicidade é a contradição do fato com o interesse protegido pela norma. Essa contradição exprime a anti-socialidade da ação.

A antijuridicidade formal transcende o Direito. Ela preexiste a ele, devendo o legislador atender à formalização da antijuridicidade material a fim de que o Direito Penal corresponda às exigências da sociedade. Sem a mencionada *formalização da antijuridicidade*, não é possível falar-se em existência de delito, por força do princípio *nullum criimen, nulla poena sine lege*.¹⁸

Bruno conclui seu entendimento afirmando que esse juízo de contradição tem de ser feito no seu aspecto objetivo. *Isto se dá porque a reprobabilidade da ação independe das condições psicológicas do agente, visto que ela é feita a partir da sua realidade objetiva, qual seja, da modificação ocorrida no mundo exterior.*

11. Conceituação de Hungria

Hungria considera a antijuridicidade como um elemento do crime. Para ele o crime constitui uma ação a um só tempo típica e antijurídica. Define a ação antijurídica como aquela que está positivamente em contradição com a ordem jurídica, porque a excepcional licitude de uma conduta típica só é encontrada na órbita do Direito positivo.

¹⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1956. p. 347.

¹⁸ *Ibidem*, p. 348-350.

A antijuridicidade deve sempre ser inferida objetivamente, “isto é, não depende da opinião do agente, nem estão condicionadas a sua capacidade de Direito Penal”.¹⁹ Desse modo, não importa se o fato é cometido por um louco ou uma criança, que tornaria a ação impunível por inimputabilidade, ou se o agente age acobertado com uma causa de isenção de pena; a antijuridicidade do fato sempre subsiste.

Por fim, o Ministro do Supremo Tribunal Federal e revisor do Código Penal de 1940 atribui à antijuridicidade a terminologia de *injuridicidade*, denominação inicialmente aceita por Everardo Luna e Heleno Cláudio Fragoso, mas depois repelida por estes em virtude de estar em desacordo com a maioria da doutrina.

12. Conceituação de Reale Júnior

Reale Júnior, em sua obra *Antijuridicidade Concreta*, qualificada por Bettiol, em seu *Diritto Penale* (edição de 1986), como um estudo profundo e moderno, ensina que o Direito é um elemento da cultura. Destarte, o Direito está sujeito à modificação pelo condicionamento social. Os valores que constituem a realidade cultural estão em constante mudança, e é desses valores culturais mutantes que se depreende a noção de uma

“antijuridicidade pré-normativa, ou melhor, de uma antijuridicidade genérica ainda não consubstanciada em preceitos precisos e certos”²⁰. “Há, portanto, em cada época, uma antijuridicidade genérica, pré-normativa, parte desta atmosfera que constitui o mundo circunstante, que está presente na consciência jurídica dos indivíduos e que irá presidir e inspirar todo o ordenamento”²¹.

Entretanto, para a segurança das relações jurídicas, é necessária uma normatização desta antijuridicidade genérica. O Direito, com efeito, é fato, norma e valor, e é norma que constitui o momento culminante onde estão em contínua tensão o fato e o valor. A norma se instala devido à razão reflexa, mas não se distancia da

¹⁹ HUNGRIA, Nélsion. *Comentários ao Código Penal*. 42. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, t. 2, p. 22

²⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo : Bushatsky., 1974. p. 2.

²¹ *Ibidem*, p. 6.

realidade cultural, posto que está voltada para o concreto, tanto no momento de sua criação, como no momento de sua interpretação e aplicação.

A antijuridicidade concreta, ainda não normatizada, é, pois, apenas a antijuridicidade na forma larvar e elementar. É o proibido pré-normativo, que precisa ser regulamentado pelo Direito, visto que a dita normatização é

“a qualidade científica culminante do Direito, que expressa, de forma abstrata, objetivações resultantes da incidência valorativa sobre os dados fáticos”²².

Para o Professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, o tipo penal não pode ser considerado como mera descrição. Ele está impregnado de conteúdo valorativo, podendo ser considerado a expressão legal da antijuridicidade. Toda ação típica, desse modo, é antijurídica; incidindo as causas de justificação, não há adequação típica, porque o agente não atua com o fim de violar o valor tutelado na norma, mas age com o intuito de resguardar outro valor, o qual também é protegido pelo Direito.

A antijuridicidade, desta feita, é um juízo que não acrescenta nada ao fato que já não lhe seja próprio, porque, antes da positivação do ilícito pela tipicidade, este já traz consigo o caráter de proibido, de injusto.

“Ao juiz cumpre compreender, pelo ângulo e perspectiva do Direito, esse caráter *do fato*, presente em sua realização e que se infere no sentido que o anima, favorável ou contrário a um valor cuja positividade é imposta pelo ordenamento”²³.

13. A conceituação de Everardo Luna

Everardo da Cunha Luna define a antijuridicidade como a “relação de contrariedade entre a ação humana e a norma do Direito”²⁴. Relacionar é contrapor um objeto ao outro, sendo, na antijuridicidade, os termos relacionados à ação humana e à norma do Direito. A ação é o fato valorizado, a norma, o fato valorizante.

A ação humana, o primeiro dos termos relacionados, é a unidade dialética entre querer e fazer. A contradição do “fazer” com a norma

²² *Ibidem*, p. 2.

²³ *Ibidem*. Nota de rodapé à página 49.

²⁴ LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 113.

dá origem à antijuridicidade objetiva; a contradição do “querer” com a norma dá origem à antijuridicidade subjetiva. As concepções objetiva e subjetiva da antijuridicidade, destarte, são decorrentes da ação humana.

A norma jurídica, o segundo dos termos relacionados na definição da antijuridicidade, é a unidade dialética entre preceito e conteúdo. A contradição da ação humana com o preceito da norma origina a antijuridicidade formal; a contradição da ação humana com o conteúdo da norma origina a antijuridicidade material. Assim, as concepções formal e material da antijuridicidade decorrem da norma jurídica.

Para o Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife, não existe propriamente uma antijuridicidade formal em contraposição a uma antijuridicidade material, nem uma objetiva em contraposição a uma subjetiva. A antijuridicidade é uma só, havendo, apenas, o aspecto objetivo, subjetivo, formal e material, que coexistem e não se excluem.²⁵

A antijuridicidade é um juízo, juízo de contrariedade ao Direito, de valor negativo ou desvalor. Como puro juízo, existe no sentido objetivo do ser e não no sentido material do fato. A antijuridicidade constitui a essência do crime, e esse dito juízo de valor é uma *abstração jurídica*.

14. A antijuridicidade objetiva

A antijuridicidade objetiva tem sua mais remota origem na doutrina da responsabilidade objetiva, ou reponsabilidade sem culpa.

Na responsabilidade objetiva não se considera nenhum outro elemento para a configuração do delito, senão o puro ato de *fazer ou não fazer* do agente. Este agente não precisa ser pessoa humana, pois é sabido historicamente que se puniam coisas e animais que agissem de modo “criminoso”.

Em síntese, na responsabilidade objetiva só se observa a ocorrência do dano, desprezando-se toda circunstância e elemento de cunho subjetivo, aí incluídos a qualidade do sujeito e a manifestação da vontade na prática do ato.

A antijuridicidade objetiva é um juízo de valor objetivamente feito, o qual relaciona a ação à norma. É óbvio que não se desprezam

²⁵ Idem. *Injuridicidade*. Recife : UFPE, 1970. p. 158.

os elementos e circunstâncias de ordem subjetiva; todavia – para esta corrente – as valorações subjetivas interessam a um elemento do crime, qual seja, a culpabilidade.

A antijuridicidade é, destarte, um juízo onde se depreende uma reprovação da ação, tendo em vista exclusivamente o conteúdo proibitório da norma, definindo-a Mezger “como uma ofensa objetiva à regra de valoração do direito”²⁶. Alheia-se, pois, a qualquer valoração de ordem ética ou social, tendo como única e exclusiva referência o Ordenamento Jurídico.

Resumimos a noção de antijuridicidade *objetiva*, reportando-nos aos precisos argumentos de Petrocelli, que preceituam que a relação de contradição sobre a qual se funda a antijuridicidade tem com seu termo o fato e a norma de direito, *mas esta não subjetivamente como fonte de obrigação. A norma jurídica, por conseguinte, é vista apenas como ordenamento objetivo*.²⁷

Entretanto, sabe-se que nem todo elemento subjetivo corresponde somente à *culpabilidade*. Do mesmo modo, nem todo *elemento objetivo* corresponde à antijuridicidade.

A teoria da antijuridicidade objetiva, com efeito, é inconciliável com alguns aspectos da antijuridicidade, que são subjetivos. São denominados de elementos subjetivos do injusto, e podem ser encontrados em vários tipos penais.

Podemos exemplificar este entendimento com a conduta do art. 159 do Código Penal:

“Art. 159. Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.”

Nesse tipo penal há dois elementos subjetivos.

O primeiro está contido na expressão *para si ou para outrem*. Essa expressão traz uma finalidade da conduta interna do agente, posto que só no âmbito intersubjetivo é que o agente direcionará o produto do crime para um destinatário.

O segundo está na expressão *com o fim de*, porque o objetivo, a finalidade, depende da vontade do agente.

Asúa ensina que os elementos subjetivos do antijuridicidade existem, ainda que não estejam expressamente previstos no tipo, posto que só esse elemento subjetivo é hábil para diferenciar,

²⁶ MEZGER, op. cit. p. 184.

²⁷ PETROCELLI, op. cit. p. 35.

por exemplo, “el reconocimiento médico sobre el corpo de una muchacha, de la apalpación impudica del sátiro”.²⁸

15. A antijuridicidade subjetiva

A antijuridicidade subjetiva apregoa a antijuridicidade como parte da conduta interna do agente. Já não é mais juízo de valor objetivamente feito, porque – para esta corrente – a antijuridicidade confunde-se com a concepção psicológica da culpabilidade.

Essa concepção foi baseada na doutrina de Hegel, vez que este não distingue o direito da moral, sendo o direito apenas uma ordenação ética objetiva. Com efeito, não importa para a configuração da antijuridicidade a exteriorização da conduta, visto que o ato antijurídico torna-se perfeito e acabado com a simples vontade criminosa do agente.

A antijuridicidade subjetiva teve seu ponto culminante na Alemanha, durante o período nazista. Nesta época surgiu a escola penal cognominada Escola de Keil, *que se prestou a dar um subsídio filosófico às atrocidades e arbitrariedades cometidas pela Alemanha hitlerista*.

Doutrinava esta Escola que o Direito Penal era um direito de luta, devendo-se lutar contra a periculosidade criminal, com o fim de extingui-la. Quem revele periculosidade deve ser sancionado antes de praticar o ato criminoso, pois o ato antijurídico perfaz-se com a vontade de praticá-lo.

Cada indivíduo tem uma parcela de dever para com o povo, e a antijuridicidade é a violação desse dever. Ocorre que esse dever não é captado por todos, mas só por uma seleta minoria de indivíduos, quais sejam, os seus líderes.

Esta vontade de delinqüir e, por conseguinte, de trair o dever para com o povo é originada de bacilos que surgem no corpo do ser humano por conta da vontade de cometer delitos. Surge, pois, a Bacteriologia Criminal.

Modernamente, o festejado penalista italiano Petrocelli doutrina a antijuridicidade subjetiva, porém com fundamentos totalmente diversos dos da Escola de Keil. Para o mestre da Universidade de Napoli, se é da vontade humana que depende a atuação do Direito e o

²⁸ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Direito Penal*. Buenos Aires : Losada. 1951. t. 2, p. 717.

cumprimento de suas normas, é também da vontade humana que depende o contrário. É, portanto, da manifestação de vontade contrária à ação regulada pelo Direito, com o ato contrário ao querido pelo Direito, que surge o fato antijurídico.

A manifestação de vontade humana viola, não a letra da norma, a qual permanece intacta, mas o comando ideal desta. A norma, portanto, impõe um dever ao sujeito, que é violado, e é nesta violação do dever que surge a antijuridicidade, que é subjetiva.

16. A antijuridicidade formal e material

A dicotomia antijuridicidade formal e material foi formulada por Franz von Litz, por influência de Rudolf von Jhering. Para Litz, o Direito tem por objeto a defesa *dos interesses da vida humana*. Os interesses protegidos são os bens jurídicos, os quais não são criados pelo Direito, mas preexistem a ele.

O Direito, pois, existe para proteger os interesses. A maneira de se proteger o multirreferenciado interesse é por meio da coação, encontrada na norma. Tal coação advém do fato de que a ordem jurídica é uma ordem de luta, posto que ela utiliza a força para dobrar a vontade individual ante a vontade coletiva.

São três as formas de coação do Estado: 1ª) Execução coativa ou forçada. 2ª) Restabelecimento das coisas ao estado anterior. 3ª) Pena, como castigo à desobediência.

É na terceira forma que o Direito Penal se manifesta. O Direito Penal tem a missão peculiar de aplicar

“La defensa más enérgica de los interés especialmente dignos y necesitados de protección, por medo de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente”.²⁹

O crime é um ato contrário ao Direito, e a reprovação que recai neste ato é dupla. O crime é formalmente antijurídico e materialmente antijurídico.

É formalmente antijurídico porque é uma transgressão a uma norma estabelecida pelo Direito; é materialmente antijurídico porque é uma conduta contrária à sociedade, violando os interesses vitais desta.

²⁹ LIZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal*. Tradução de Luís Jimenez de Asúa. Madrid : Réus, [192-?]. t. 2, p. 9.

A antijuridicidade material, isto é, a anti-socialidade da ação, independe de sua exata apreciação pelo legislador, porque a norma jurídica não cria a anti-socialidade da ação. Na realidade, a tarefa do legislador é apenas a de positivizar o interesse juridicamente protegido³⁰.

Bibliografia

- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale: parte generale*. Milão : Guiffirè, 1947.
- BATAGLINE, Guilio. *Diritto Penale: parte generale*. 31. ed. Padova : CEDAM, 1949.
- BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal*. Traducción Sebastian Soler. Buenos Aires : Depalma, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- _____, MANTOVANI, Luciano Petoelo. *Diritto Penale: parte generale*. 12. ed. Padova : CEDAM, 1986.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1956. t. 1.
- HUNGRIA, Néelson, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978. v. 1, t. 2.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires : Losada. 1953. t. 3.
- LIZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Luís Jimenez de Asúa. Madrid : Réus. [192-?]. t. 3.
- LUNA, Everardo Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1985.
- _____. *Estrutura jurídica do crime*. 44. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- _____. *Injuridicidade*. Recife : UFPE, 1970.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado De Derecho Penal*. Traducción Juan Córdoba Roda. Barcelona : Ariel, 1962.
- MEZGER, Edmund. *Diritto Penale: parte generale*. Traduzione Filippo Mandalari. Padova : CEDAM, 1935.
- PETROCELLI, Bagio. *Lantiguirídicità*. 21. reimpr. Padova : CEDAM, 1947.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo : Bushatsky, 1974.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Traducción Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires : Depalma, 1956.

³⁰ Ibidem, p. 335-336.

Reflexões sobre os institutos da transposição e transformação de cargos públicos

OSVALDO RODRIGUES DE SOUZA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Planos de Classificação de Cargos: sede natural desses institutos. 3. Breve referência histórica. 4. Distinção e consistência de cada um. 5. Viabilidade jurídica da continuidade de sua prática. 6. Conclusão.

1. Introdução

Têm sido objeto de abordagem e questionamento doutrinário e jurisprudencial as transposições e transformações de cargos, em face do preceito constitucional que exige o concurso público para investidura em cargos e empregos públicos.

Neste singelo artigo, valendo-me da minha experiência de mais de três lustros no trato da legislação de pessoal e da minha formação em Administração (Pública) e Direito, tento oferecer alguma contribuição na busca da adequada compreensão desses dois institutos, que não são formas de provimento, como demonstrarei adiante.

A confusão que se tem feito a esse respeito decorre ou da imperfeição técnica de certas normas legais autorizativas, ou de deliberado disfarce administrativo para fugir da competição que há de ser aberta a todos, no evidente propósito de favorecer servidores.

2. Planos de Classificação de Cargos: sede natural desses institutos

De tempos em tempos, o Governo institui um plano de classificação de cargos. Isso talvez seja mais uma conseqüência (negativa) do processo inflacionário que tem assolado a economia brasileira, nas últimas décadas, visto que normalmente desatualiza os vencimentos

dos cargos públicos, a despeito das revisões gerais efetivadas anualmente, as quais, via de regra, não acompanham o incremento da inflação.

Os planos de classificação de cargos são implantados com o aproveitamento dos cargos existentes (vagos e ocupados) e precedidos de estudos objetivando a (nova) definição da chamada *lotação ideal* das categorias funcionais, cuja fixação não depende de lei. A sistemática adotada pelo Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei nº 5.645/70 prevê a sua aprovação mediante decreto.

Definida a nova *lotação ideal* das categorias funcionais, vale-se dos institutos da transposição e transformação de cargos existentes na implantação do novo plano, o que se me afigura natural.

As transposições e transformações de cargos ou empregos são, desse modo, procedimentos administrativos, autorizados em lei, decorrentes de política de pessoal, com o propósito de aprimorar e compatibilizar planos de retribuição de cargos no serviço público, voltada essa política para a valorização dos servidores.

Motivam ou influenciam isso, também, a natural evolução dos conhecimentos tecnológicos e científicos, as modernas técnicas organizacionais, a criação ou supressão de serviços, enfim, a necessidade e conveniência de adaptação do serviço público às novas realidades, no tocante a recursos humanos.

Seria muito pouco razoável se a administração pública não dispusesse de condições de sair de eventual imobilismo em termos de plano de classificação de cargos.

As transposições e transformações de cargos do sistema antigo para o novo são, pois, instrumentos naturais com que conta a administração para a implantação dos novos planos de classificação.

3. Breve referência histórica

No âmbito federal, nos últimos 50 anos, tivemos dois grandes planos de classificação de cargos, a saber: o instituído pela Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960, e o criado pela Lei nº 5.645, de 23 de dezembro de 1970.

Os institutos da transposição e transformação de cargos foram previstos apenas no último plano de classificação. O estabelecido pela Lei nº 3.780/60 valeu-se da figura do *enquadramento*, para ajustar os cargos e funções existentes à nova sistemática adotada.

Estabeleceu três tipos de enquadramento: o direto, o específico e o genérico, todos consistentes no deslocamento dos cargos do antigo para o novo sistema, e, se preenchidos, com os respectivos ocupantes nas condições que indicou.

Ao fixar as diretrizes para a classificação de cargos no serviço civil da União e das autarquias federais, como dito na sua ementa, a Lei nº 5.645/70, no atinente aos institutos em estudo, estatui, no art. 9º, este critério, *verbis*:

“Art. 9º A transposição ou transformação dos cargos, em decorrência da sistemática prevista nesta lei, processar-se-á gradativamente considerando-se as necessidades e conveniências da Administração e, quando ocupados, segundo critérios seletivos a serem estabelecidos para os cargos integrantes de cada Grupo, inclusive através de treinamento intensivo e obrigatório.”

O Grupo a que alude essa disposição legal é a reunião de categorias funcionais, classificadas consoante a correlação e atividade, a natureza dos trabalhos afetos ou o nível de conhecimentos aplicados, abrangendo várias atividades.

Diferentemente do plano precedente, que especificou os seus cargos, distribuídos por diversos grupos ocupacionais, o criado pela Lei nº 5.645 foi projetado em aberto, como previsto no art. 12 desse diploma.

A lotação qualitativa e quantitativa das categorias funcionais, observadas as diretrizes estabelecidas, via de regra, foi fixada mediante decreto. A lei conferiu ao Poder Executivo expressa competência para elaborar e expedir o novo Plano de Classificação de Cargos.

4. Distinção e consistência de cada um

Até mesmo por imperativo de lógica, haveria de fazer-se a distinção entre transposição e transformação de cargos, visto que seria por demais confuso se uma e outra pudessem ser empregadas indistintamente.

A transformação do cargo, evento de maior consistência e relevância, assumiu, ultimamente, foro constitucional, eis que expressamente mencionada no § 4º do art. 40 e art. 48, X, da vigente Carta Política.

Sem que me ocorra apor algum reparo de ordem técnica, o Decreto nº 70.320, de 23.3.72 – que “estabelece normas essenciais à implan-

tação do sistema de classificação de cargos instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970” –, diz, no art. 9º, § 1º, que a transposição é o deslocamento de cargo do antigo para o novo sistema de classificação, sem mudança (relevante) de atribuições; ao passo que a transformação implica alteração de atribuições.

Infere-se, portanto, que a essência da distinção entre um e outro instituto reside na mudança das atribuições do cargo existente. Isso autoriza dizer que a simples modificação nominal do cargo não tem maior relevância. As responsabilidades a ele pertinentes decorrem de suas atribuições.

Ponto de relevo são os vencimentos. De ordinário, sofrem eles elevação, nos novos planos de classificação de cargos. Numa economia instável, em que os salários do setor público não conseguem acompanhar a perda do seu poder aquisitivo, é de todo natural que haja elevação da retribuição dos cargos públicos, quando da implantação de um novo plano de classificação.

5. Viabilidade jurídica da continuidade de sua prática

Restringindo-se ao que se expôs até agora, creio que nem mesmo o analista menos avisado se arriscaria dizer que a administração não tem condições de continuar realizando transposição e transformação de cargos, autorizadas em lei.

Aqui entra, entretanto, o obstáculo considerado: o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, que exige concurso público para investidura em cargos e empregos públicos.

O leitor sem maior afinidade com o tema e suas implicações poderá falar que uma coisa nada tem que ver com a outra. Digo eu que a questão, no seu deslinde, não comporta tamanha simplicidade.

Bastaria trazer à colação reiteradas decisões dos tribunais superiores do país, que, fundamentadas no citado dispositivo constitucional, asseveram a inviabilidade jurídica da utilização dos institutos da transposição e transformação, concebidos como formas de provimento de cargo, no que me permito discordar, com perdão da ousadia.

O atual estatuto dos servidores públicos civis (Lei nº 8.112/90) arrola, no art. 8º, estas formas de provimento de cargo público: nomeação, promoção, ascensão, transferência, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução.

No meu entender, essa enumeração é *numerus clausus*. No âmbito da legislação federal, desconheço a existência de outras formas de provimento. Pode haver, sim, variação terminológica, como o antigo acesso, no lugar de ascensão, e a designação, no de nomeação.

Não descarto, porém, que existam ou possam existir outras formas de provimento de cargo público, no ordenamento jurídico dos Estados-Membros e Municípios. Mas todas, em qualquer hipótese, sob pena de desfiguração do significado do ato administrativo em causa (provimento), partirão de um pressuposto absolutamente necessário: a vacância do cargo. De maneira que, se ele estiver preenchido, não faz sentido falar em provimento.

Confirma isso o magistério do notável Celso Antônio Bandeira de Mello, quando diz que “formas de provimento são as diferentes maneiras de se preencherem os cargos...” (*Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. 1. ed. impr. Revista dos Tribunais, 1984. p. 29).

Como visto anteriormente, a transposição ou transformação pode incidir sobre o cargo vago ou preenchido. Nesta última hipótese, o evento operacionaliza-se com o respectivo ocupante, até mesmo porque o servidor – corpo físico – não poderia ficar no vácuo, muito embora, na prática – diga-se –, a aplicação desses institutos tem subordinado a efetivação do ato à observância de certos critérios seletivos, como, por exemplo, haverem os funcionários ingressado no cargo mediante concurso público, para que o seu cargo seja transposto ou transformado. Não atendidos os requisitos estabelecidos, os servidores ficam em quadro suplementar, em processo de extinção.

O obstáculo jurídico que se aponta para a continuidade do uso de ambos os institutos em estudo, *data maxima venia*, é inaplicável à espécie, com a ressalva vista adiante. É de notar que a disposição constitucional em referência estatui que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos...” (art. 37, II. Grifei).

Outra vez recorro ao ensinamento do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, para esclarecer a significação de investidura ou provimento. Diz o professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo que “*provimento* é a designação de uma pessoa para titularizar um cargo público”. (*Regime*

Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. Revista dos Tribunais, 1990. p. 22).

Observa-se, facilmente, dessa definição que o objeto do ato de provimento é a titularização do cargo vago. Numa palavra: preenchimento.

A ordem constitucional precedente falava em *primeira* investidura (art. 97, § 1º). É voz corrente que a supressão, na Carta vigente, da palavra *primeira* foi intencional, para coibir os artifícios tendenciosos utilizados, consistentes no ingresso, por concurso público, em categorias modestas, para, em seguida, obterem os servidores acesso a cargos elevados, mediante ascensão funcional, baseada em concurso ou seleção interna, em detrimento do interesse de pessoas não-pertencentes aos quadros funcionais da repartição, que também poderiam concorrer aos lugares existentes, amparadas que são pela regra do livre acesso aos cargos ou empregos públicos (Estatuto Político, art. 37, I).

É assente, por igual, que a exigência constitucional do concurso aberto a todos, para ingresso nos cargos ou empregos públicos, visa também fortalecer o *merit system*, no serviço público.

Com o devido respeito aos doutos pensamentos em sentido contrário, entendo que nenhum dos propósitos do constituinte entra em colisão com as transposições e transformações de cargo, se efetivadas dentro da boa técnica aplicável ao tema.

Como dito em linhas pretéritas, a fixação da *lotação ideal* de uma categoria funcional pode ser feita mediante decreto. A criação dos cargos e fixação dos vencimentos é que depende de lei.

Enquanto não forem criados os cargos ou efetuadas as transposições ou transformações dos existentes, e verificada a sua vacância, neste último caso, não se pode falar em cargos públicos a serem providos. Há, por enquanto, *claros de lotação ou vagos*, como é da regulamentação pertinente.

A transposição de cargo do sistema antigo para o novo é procedimento destituído de maior significação, visto que não implica mudança de atribuições. Exemplos típicos são os cargos de bibliotecário, médico, odontólogo, etc., que, na nova situação, não sofrem alteração, salvo quanto aos estipêndios, que podem ser majorados. Será que a lei não pode fazer isso? Obviamente que sim. O tema está no seu campo de regência, totalmente, uma vez que sequer é mencionado na Constituição Federal.

E se esse cargo estiver preenchido, não pode ser feita a transposição? Não vejo, no ordenamento constitucional, qualquer tipo de obstáculo, a despeito de o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no Acórdão nº 69.716, referente ao MS nº 2.932/92 (DJ de 11-5-94), estampar, na respectiva ementa, que “A transposição é forma derivada de provimento...”. Sob o aspecto técnico, peço vênia para esclarecer, em repetição, que a transposição é do cargo, que pode se encontrar provido, advindo daí a impossibilidade material de a transposição constituir forma autônoma ou derivada de provimento. Numa e noutra hipótese, como dito antes, o pressuposto da vacância é absolutamente necessário.

A Lei (DF) nº 13/88, mencionada na ementa do acórdão em referência, é bom registrar, tomou a “transposição” ali autorizada como forma de provimento, incidindo no vício de inconstitucionalidade, pelo que o *decisum* colacionado deveria ter usado o termo entre aspas, como bem o fez o Pretório Excelso (ADIn nº 266-RJ), referindo-se também à transformação. Nos dois julgados em apreço, parece ter havido mesmo provimento de cargo público, disfarçado dos institutos em estudo, talvez por equívoco do legislador.

No terreno jurídico, ousou dizer, pois, que as transposições de cargo são inteiramente viáveis.

A transformação de cargo, a seu turno, é ou pode ser evento significativo. Sem dúvida, está compreendida, igualmente, no campo da lei ordinária (art. 48, X, da Carta Magna).

Só pode ser transformado o que existe. Estando vago o cargo, não acredito que haja quem duvide da possibilidade jurídica de haver a sua transformação (dispositivo constitucional retrocitado, com a confirmação vista no teor do § 4º do art. 40, também do Magno Texto). Esta última disposição constitucional parece confirmar, realmente, a viabilidade de transformações de cargo, visto que, ferindo de morte o princípio do *tempus regit actum*, na parte dos estipêndios, assegura aos servidores aposentados os benefícios decorrentes da eventual transformação do cargo em que se inativou. Seria razoável entender que os inativos beneficiam-se dos efeitos de uma transformação de cargo, negando-se os mesmos benefícios a quem se encontra em plena atividade? Deixo a resposta para quem defende a impossibilidade da transformação de cargos, em qualquer hipótese.

O questionamento cabível dessa viabilidade é se o cargo estiver preenchido. Decisões do Supremo Tribunal Federal têm sido pela impossibilidade da transformação, com fundamento no art. 37, II, da Lei Maior – exigência do concurso público.

Aqui, sou levado a reconhecer que a questão é por demais complexa. Exige do analista profunda reflexão, na busca do seu adequado deslinde. O aspecto da valorização do sistema do mérito, que, como visto, é um dos objetivos da obrigatoriedade da ampla competição, para investidura em cargo público, afigura-se-me que fica superado, na hipótese de transformação sem elevação do nível de complexidade das atribuições. Como, *v.g.*, a transformação de um cargo de contador no de economista (mantida ou não a retribuição), cujo ocupante preencha o requisito de escolaridade.

Esse tipo de transformação é possível? Admito que a resposta correta enseja discussão. À primeira vista, pode-se dizer que o ato administrativo em comento, desde que autorizado em lei, é plenamente viável. Aprofundando-se a análise, entretanto, depara-se com algum tipo de embaraço. Pode-se argumentar que o princípio da acessibilidade aos cargos públicos, garantido pela Constituição, alcança a simples unidade de poderes e deveres estatais, em que se consubstancia o cargo público efetivo, a função pública considerada. De modo que, se a administração necessitar e se dispuser a contar com o respectivo agente, a esse lugar as pessoas têm o direito de concorrer, em competição aberta a todos quantos preenchem os requisitos de inscrição no certame. Essa tese é simpática, mas a ela não me filio, porque entendo que o preceito constitucional que firma tal princípio não possui tamanho alcance. A meu critério, restringe-se ao direito de todos concorrerem ao provimento de *cargo público*, vago, obviamente, criado “por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos...” (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90).

Desse modo, aquele lugar (teórico), representado por *claro de lotação*, em que se agasalhará o cargo (preenchido) objeto da transformação, autorizada regularmente, na minha modesta avaliação, está fora do alcance do princípio da acessibilidade aos cargos públicos, bem como da exigência do concurso público, uma vez que esse procedimento administrativo não é forma de investidura.

Outro tipo de transformação de cargo juridicamente factível é quando o ato importar diminuição do nível de complexidade das atribuições e responsabilidades do ocupante, que, consoante entendimento jurisprudencial, não tem direito de ver mantido o seu *status* funcional. Se essa alteração acarretar diminuição de vencimentos, em vista da vedação constitucional a respeito, assegurar-se-á ao funcionário a diferença de estímulos, em caráter individual.

Por fim, complicada mesmo é a transformação que implique elevação da complexidade das atribuições do cargo, responsabilidades pertinentes a seus vencimentos – esta a ressalva de indicação prometida. Estando o cargo preenchido, todos os obstáculos jurídicos possíveis podem ser levantados, a saber: os princípios de incidência genérica (impessoalidade e moralidade) e os de aplicação específica (acessibilidade aos cargos públicos e fortalecimento do sistema do mérito).

Sobre os primeiros, dispense-me de fazer aqui qualquer abordagem, considerado o propósito deste artigo.

Os últimos são, em realidade, os empecilhos que se colocam a respeito da viabilidade da transformação de cargos.

Aceita a razoabilidade da tese que sustento neste trabalho, esses obstáculos ficariam restritos ao último tipo de transformação indicado. Se o cargo estiver preenchido, o princípio da acessibilidade não pode ser invocado. Remeto o leitor ao que consignei, neste tópico, concernentemente à transformação de cargo sem alteração da complexidade de suas atribuições.

Mas, neste tipo de transformação de cargo, o princípio do fortalecimento do sistema de mérito, reconheçamos, constitui-se forte entrave à continuidade do procedimento administrativo que vinha sendo praticado antes da vigente ordem constitucional.

Com efeito. Muito embora convicto de que transformação não é forma de provimento de cargo público, a que se limita o art. 37, II, da Constituição Federal, saindo do terreno da literalidade, penso que o procedimento administrativo, no caso específico, é juridicamente inviável, visto que o concurso público é o modo (objetivo) de aferição de mérito eleito pela Carta Magna para investidura em cargo e emprego público.

Essa inviabilidade, convém assinalar, evita artifícios voltados para favorecer servidores, que poderiam beneficiar-se indevidamente de transformação de cargos modestos noutros de nível elevado, sem a comprovação de possuírem a devida qualificação, aferível mediante concurso público. A transformação seria uma disfarçada espécie de “ascensão funcional”.

Desse modo, resumindo, entendo que as transformações de cargo que importam diminuição ou manutenção do nível de complexidade das respectivas atribuições e da escolaridade exigida são juridicamente viáveis, na forma disposta em lei.

As que implicam elevação do nível de complexidade ou de escolaridade apresentam-se inviáveis, em face do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, que objetiva também o fortalecimento do sistema do mérito, no serviço público, e que deve ser objeto de interpretação teleológica.

As transformações de cargo, assim, devem ser devidamente avaliadas, sem o que não podemos distinguir aquelas que são factíveis, no plano jurídico.

De conseguinte, a legislação ordinária autorizativa foi recepcionada pela vigente ordem constitucional, com a ressalva acima.

6. Conclusão

As considerações expendidas autorizam concluir, além das observações que se seguem, que as transposições e transformações de cargos

públicos são procedimentos administrativos adotados sobretudo na implantação de planos de classificação de cargos, instituídos por lei.

Os planos de classificação de cargos derivam-se do processo natural de evolução dos conhecimentos e das técnicas organizacionais, tendo por motivação especial, no Brasil, a constante perda do poder aquisitivo dos vencimentos dos cargos públicos, em virtude do perverso processo inflacionário que tem assolado a economia brasileira, nas últimas décadas.

A transposição consiste no deslocamento do cargo do sistema antigo para o novo, sem mudança das atribuições. A transformação implica alteração das atribuições. Nisso está a distinção entre um e outro instituto.

As transposições e transformações têm sido confundidas com formas de provimento de cargo público, decerto em virtude de imperfeição técnica, em certos casos, da legislação autorizativa. Em verdade, esses procedimentos administrativos não são formas de provimento de cargo público, a que se restringe a exigência constitucional do concurso público para a respectiva investidura, daí serem juridicamente viáveis, com a ressalva que se segue.

As transformações de cargo que importam elevação do nível de complexidade das respectivas atribuições ou a escolaridade exigida para ingresso, a teor de exegese teleológica, estão inviabilizadas pelo disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, que imprime o fortalecimento do sistema do mérito funcional, aferível mediante concurso público.

O direito ao desenvolvimento, a sociedade ocidental e a sociedade tribal no caso brasileiro

RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO

SUMÁRIO

1. O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos. 2. O direito ao desenvolvimento da sociedade tribal e da sociedade ocidental no contexto brasileiro. 3. O convívio de duas culturas 4. O Direito Internacional: a Convenção n° 169, de 1989, da OIT. 5. O Direito Econômico e o direito ao desenvolvimento. 6. Abrindo o debate.

1. O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos

Assevera Paulo Bonavides¹ que os direitos humanos chamados *da 3ª geração*

“tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”.

Antônio Augusto Cançado Trindade² vai mais longe: observa ser arbitrária a divisão dos direitos humanos em gerações, observação essa que passa a ser compartilhada pelas organizações internacionais.

Ricardo Antônio Lucas Camargo é Procurador do Estado do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais.

O presente trabalho desenvolve tema incidente de trabalho apresentado à X Conferência Continental em Santiago do Chile em 1994 intitulado *O indígena brasileiro e o direito ao desenvolvimento*.

OBS.: NOTAS AO FINAL DO TEXTO

Em monografia específica sobre o direito ao desenvolvimento, Juan Alvarez Vita³ afirma que as Nações Unidas paulatinamente ampliaram a problemática do desenvolvimento econômico, antes circunscrita ao campo da cooperação econômica e social, para subsumi-la ao campo dos direitos humanos, a partir da verificação concreta dos problemas sócio-político-culturais do Terceiro Mundo.

Cabe, outrossim, trazer a lume o comentário de Washington Peluso Albino de Souza⁴, que localiza na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados os elementos conceituais do direito ao desenvolvimento, referindo não apenas a eliminação dos obstáculos ao progresso econômico dos países em vias de desenvolvimento, como mesmo ações concretas de promoção, pelos Estados, do desenvolvimento econômico, social e cultural do seu povo pela mobilização e utilização cabal de seus recursos de sorte a se efetuarem reformas econômicas e sociais progressivas, assegurando a plena participação social no progresso e benefícios dele decorrentes.

Tais as razões por que preferimos acompanhar, coerentes com a posição que afirma ser o ordenamento jurídico um todo orgânico que não se concebe contenha expressões puramente ornamentais, a doutrina mais atualizada.⁵

Quanto às dificuldades no seu atendimento, esgrimidas por alguns autores como argumento para considerarem-se os direitos de solidariedade não como verdadeiros direitos, mas como simples petições de princípio bem intencionadas⁶, sustentamos, por ocasião da IX Conferência Continental da Associação Americana de Juristas, tese no sentido de que o direito ao desenvolvimento caracterizar-se-ia pela oponibilidade *erga omnes*, cabendo sua invocação, no mínimo, para impedir ações aptas a atravancá-lo⁷.

As contribuições de Fábio Konder Comparato⁸ e Gilmar Ferreira Mendes⁹ conduziram-nos a abandonar a visão que limitava a exigibilidade do direito ao desenvolvimento a uma série de deveres negativos correlatos para aceitarmos, também, a existência de deveres positivos a ele correlatos.

2. O direito ao desenvolvimento da sociedade tribal e da sociedade ocidental no contexto brasileiro

O desenvolvimento no contexto jurídico-

econômico indígena é completamente díspar do desenvolvimento da civilização ocidental.

Convém salientar que ele tem sua contrapartida e sua razão de ser nas desigualdades instauradas pelo Pacto Colonial.¹⁰

A aspiração à igualdade aos padrões da metrópole não é, e não pode ser, considerada como o sentido das disposições normativas que o prevêm, pois que isso seria a consolidação dos termos do Pacto Colonial por meio da negação da própria identidade da nação.¹¹

O estabelecimento da autarquização como rompimento total das relações internacionais também não se mostra possível.

*Os fenômenos da globalização, com os inerentes problemas da interdependência e modificações nas formas de direção e controle dos regimes e sistemas políticos, levam, necessariamente, à questão de saber como se devem estruturar deveres e obrigações para lá dos confins do Estado territorial.*¹²

Destarte, o desafio que se nos antolha: como compatibilizar o desenvolvimento das comunidades indígenas com o desenvolvimento da sociedade brasileira? O desenvolvimento desta última pressupõe necessariamente a aniquilação daquelas?

3. O convívio de duas culturas

Descartemos a hipótese do que seriam tais comunidades hoje se não fosse a chegada do homem branco. Isso se põe no plano de uma conjectura irrealizável.

Voltemos os olhos, ao contrário, para a possibilidade de se estabelecerem as relações entre civilizados e silvícolas de sorte que, do entrelaço cultural, seja possível a formação de uma cultura autônoma.

Não se trata da defesa de uma utopia romântica, nem tampouco do ressurgimento da ideologia da catequese.

Trata-se, sim, de observar que o mundo, hoje, acha-se dividido de acordo com os moldes estabelecidos pela civilização européia.

As relações internacionais, todas elas, têm determinado seus termos dentro do contexto cultural europeu, com as idéias de *mercado*, *soberania*, *emprego* e tantas outras alheias ao contexto cultural indígena¹³.

Entretanto, o aproveitamento racional do meio ambiente e a preservação da própria identidade são contribuições significativas do

índio à cultura européia, essencialmente predatória.¹⁴

Alcida Rita Ramos¹⁵ coloca a questão em seus devidos termos: ao invés de absorver-se o silvícola na sociedade nacional, mister há de dissolver os mistérios desta para ele, a fim de que tenha a condição não apenas de promover sua própria defesa, com muito mais peso do que se feita por um não-índio, pondo-lhe em mãos o instrumental do português e da escrita, como também de verificar que não há relação hierárquica entre as culturas.

O que estamos propondo aqui não é um projeto político pessoal, incompatível, aliás, com o espírito de qualquer trabalho científico, mas sim a verificação da forma de dar-se concreção a direitos humanos internacional e nacionalmente reconhecidos em nível formal.

4. O Direito Internacional: a Convenção nº 169, de 1989, da OIT

De suma importância como esforço no sentido de compatibilização entre o direito do indígena à preservação do seu patrimônio cultural e o direito ao desenvolvimento é a Convenção nº 169, de 1989, da Organização Internacional do Trabalho, pela qual se promoveu a revisão da Convenção nº 107, de 1957, cujo conteúdo era marcadamente assimilacionista¹⁶.

A título exemplificativo, o seu art. 7º estabelece o direito dos povos indígenas de decidirem suas próprias prioridades no tocante ao processo de desenvolvimento, na medida em que este afete suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual e as terras por eles de alguma forma ocupadas ou utilizadas, bem como de controlarem seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

O art. 23, 1, reconhece como fatores importantes da manutenção de sua cultura, bem como de sua auto-suficiência e desenvolvimento econômico, o artesanato, as atividades rurais, a economia de subsistência e outras atividades tradicionais, não se descartando, caso haja pedido dos próprios silvícolas, as assistências técnica e financeira apropriadas, que levem em conta as suas técnicas tradicionais e as suas características culturais.¹⁷

Esses dois dispositivos demonstram, indubitavelmente, o reconhecimento, no plano internacional, de que a noção do desenvolvimento não é unívoca e que se faz mister, para

que tanto o silvícola quanto a sociedade de modelo europeu tenham seu direito ao desenvolvimento assegurado, a adoção de uma política econômica equilibrada¹⁸.

A política indigenista, pela nova Convenção, não pode ser agitada como desculpa para que não se concretizem os direitos econômicos, sociais e culturais dos integrantes da sociedade de cariz ocidental¹⁹.

Uma interpretação precipitada poderia enxergar no art. 23, 3, da Convenção, referente à assistência técnica, a possibilidade de abertura do solo pátrio ao ingresso desenfreado de capitais alienígenas²⁰.

Entretanto, desde que o direito ao desenvolvimento se põe como antípoda ao fortalecimento dos termos do Pacto Colonial, deve ser rechaçada qualquer leitura que conduza à possibilidade de utilização do silvícola como instrumento de reforço de nossa situação de colônia.²¹

Observe-se, ainda, que a referida Convenção 169 não chega a propor formação de Estados Indígenas, já que deixa bem claro em seu art. 1º, 3, que a expressão *povos indígenas* não deve ser interpretada como tendo qualquer implicação com a conotação que à palavra *povos* se dá em Direito Internacional.

Antes, define a responsabilidade dos governos de desenvolver, com a participação do indígena, ação coordenada e sistemática no sentido da proteção de seus direitos e da garantia de sua integridade²².

O documento em questão mostra-se, assim, de sumo interesse no exame das profundas relações guardadas entre a definição do direito ao desenvolvimento e o *modus vivendi* das populações indígenas.

5. O Direito Econômico e o direito ao desenvolvimento

Consoante ensaiado acima, a concreção do direito ao desenvolvimento das populações indígenas em face do direito ao desenvolvimento da sociedade de cariz ocidental requer a adoção de uma política econômica equilibrada²³.

Tendo-se por correta essa premissa, tem-se que o Direito Administrativo não se mostra suficiente para estudar a situação do silvícola perante o ordenamento jurídico pátrio.

Não basta definir-lhe as terras como sendo de propriedade da União²⁴ ou estabelecer os requisitos formais de validade do ato administrativo mercê do qual determinada gleba passa

a ser declarada como imemorialmente por ele possuída.

Não basta, tampouco, definir a natureza jurídica da entidade encarregada de cuidar de seus interesses, nem dizer a qual Ministério, dentro da estrutura administrativa da União, estará ela vinculada.

É necessário estabelecer, efetivamente, a possibilidade da manutenção do sistema econômico tribal – coletivista – na área demarcada, relacionando-o, contudo, ao sistema econômico do território onde o Estado brasileiro exerce sua soberania, a fim de que não se desprovejam os silvícolas dos bens aptos à satisfação de necessidades que se incorporaram a seu contexto cultural²⁵ e de que se tenha a prova concreta de que a sua sobrevivência não significa um escolho aos elevados interesses nacionais²⁶.

Os balizamentos jurídicos da política econômica concernente a esse campo serão dados, efetivamente, pelo Direito Econômico.

Com efeito, têm sido contrapostos os interesses dos silvícolas aos do desenvolvimento da produção agropecuária, da indústria extrativa, da mineração, da abertura de vias de comunicação.

De outra banda, os problemas da preservação ambiental como condição inafastável da qualidade de vida do ser humano, da especulação imobiliária no plano urbano e rural, das lesões à saúde e segurança coletivas afetam diretamente tanto o homem das selvas como o civilizado.²⁷

Põe-se também o fato de os produtos industrializados estrangeiros e de as respectivas tecnologias de fabricação servirem como instrumentos de consolidação do Pacto Colonial e, portanto, de fortalecimento da dependência dos países do Terceiro Mundo ante os países *soi disant* desenvolvidos²⁸.

Não se pode esquecer, tampouco, o papel desempenhado pela maior facilidade na obtenção dos recursos naturais na definição dos pólos da relação de dependência²⁹.

Assim, se a defesa das populações indígenas se coloca como um imperativo, não uma caridade da sociedade de cariz ocidental, em prol do respeito à dignidade que lhes é inerente, devido à sua condição de seres humanos³⁰, não pode ela ser interpretada como uma possibilidade de os Estados terceiro-mundistas abrirem mão de sua soberania econômica³¹.

Abre-se aqui para o estudioso do Direito

Econômico um amplo leque, que se inicia na superação da concepção que reduz a importância do patrimônio cultural para a nossa disciplina ao regime jurídico do turismo, passando pela negação da economia de mercado como expressão de uma ordem natural, pelos balizamentos da política concernente aos recursos naturais e desaguando na perquirição do sentido do comando constitucional concernente à diminuição dos desníveis entre pessoas e regiões e à promoção do bem-estar igualitário de toda a população.³²

Nos termos da Constituição brasileira de 1988, trata-se de verificar a harmonia entre os seguintes dispositivos:

Art. 5º, XXII – propriedade privada como direito;

Art. 170, *caput* – liberdade de iniciativa como fundamento da ordem econômica;

Art. 170, I – soberania nacional;

Art. 170, II – propriedade privada como princípio da ordem econômica;

Art. 170, III – função social da propriedade;

Art. 170, VI – proteção ao meio ambiente como princípio da ordem econômica;

Art. 176 – titularidade dos recursos minerais e energéticos;

Art. 184 – balizamentos da política agrária;

Art. 215 – balizamentos da política cultural;

Art. 219 – proteção ao mercado interno;

Art. 225 – proteção ao meio ambiente;

Art. 231 – titularidade das terras indígenas.

A formulação de regras gerais mostra-se temerária, porquanto não se pode dizer, *a priori*, se uma demarcação de terras, em verdade, estaria a mascarar o atendimento aos interesses de potências estrangeiras, públicas ou privadas, interessadas em reduzir os países do Terceiro Mundo à simples condição de mercados consumidores de seus produtos e serviços, ou se, ao contrário, a omissão em demarcá-las é que traduziria o atendimento aos interesses da especulação imobiliária, da exploração predatória do ambiente, do etnocídio³³.

Foi bem observado no voto prevalecente do Ministro Milton Luiz Pereira, em julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça³⁴:

“Frente à realidade estampada no art. 231, CF, irretorquivelmente, devem ser cumpridos os princípios destinados ao relacionamento com as nações indígenas, mas de modo a não semear a discórdia ou o desajuste social ou, com o sacrifício da cidadania, a duras lidas, semeada pela Constituição Federal.”

Tudo depende da reconstituição fático-probatória a ser feita mediante perícia antropológica. Conforme a conclusão a que chegue a perícia – que poderá ser livremente valorada pelo juiz, nos termos do art. 131 do Código de Processo Civil brasileiro – verificar-se-á qual dentre os dispositivos constitucionais acima referidos efetivamente incide³⁵.

A dificuldade da fixação de regras apriorísticas para o julgamento das questões envolvendo os silvícolas – decorrente, inclusive, de não existir uma *raça índia*, mas sim povos diferentes entre si, que habitavam o continente americano antes dos europeus aqui chegarem, que possuem ou possuíam características culturais próprias que os identificavam a uns e outros³⁶ – passa a deixar ao juiz estatal uma larga margem de “discricionariedade” na composição da lide³⁷, de tal sorte que dificilmente poderia ela passar pelo crivo dos tribunais superiores em sede de recursos de natureza extraordinária³⁸.

A regra da primazia da realidade econômica, inferida da necessidade de se evitar a emissão de normas condenadas à ineficácia por absoluta falta de correspondência com os fatos sobre os quais incidiria – o que não autoriza, contudo, o seu manuseio para as recusas de cumprimento da norma decorrentes da absoluta falta de correspondência com a vontade política de seu destinatário –, emerge, assim, ilustrada pela situação que ora examinamos³⁹.

Otávio Mello Alvarenga⁴⁰, entretanto, apresenta uma regra fundamental para a solução de problemas dessa natureza: *a defesa dos direitos coletivos dos índios terá de se basear nos seus usos e costumes*. Essa regra se coloca, tendo em vista que a decisão que se preferiria em um tal caso abrangeria integrantes de população cuja capacidade de adaptação ao modelo social brasileiro é tão difícil como seria a de qualquer de nós, nascido e crescido no contexto cultural ocidental-cristão, ao modelo social sueco, por exemplo. Outrossim, mister

observar que a fidelidade aos usos e costumes do povo cujo espaço se pretende demarcar – algo completamente diferente das reservas em que foram confinados os peles-vermelhas norte-americanos para darem lugar às pastagens de gado e aos campos petrolíferos – tem implicações, inclusive, na quantificação da área⁴¹.

Outra regra importante foi estabelecida no voto do Ministro Francisco Peçanha Martins⁴² no tocante à demarcação: embora seja ela necessária, tendo em vista que dela decorrerá, caso se chegue à resposta afirmativa em relação a traduzirem as glebas em questão terras indígenas, a extinção do direito de propriedade do particular sobre elas, o interessado deve ter participação no procedimento administrativo em que ela tem lugar, dada a possibilidade – não remota – da ocorrência do desvio de finalidade.

Essa postura é adotada em defesa da própria dignidade do silvícola, que não pode e não deve ser tratado como um mendigo da nossa civilização. A demarcação há de ser feita para que se reconheça ao índio o direito ao *habitat*, presentes que estejam os pressupostos para tanto, e não para cercear, pura e simplesmente, direitos do representante da sociedade européia⁴³, de sorte a, inclusive, ser atribuída ao pretense beneficiário uma área inferior àquela de que necessita para sua sobrevivência e para o desenvolvimento do seu modo de vida, repetindo-se a trágica experiência das reservas norte-americanas⁴⁴.

Uma vez, entretanto, que se consolide o assentamento da população indígena em gleba que, mediante comprovação *cabal*, ao final se tenha como não-enquadrável no conceito de terra imemorialmente possuída, mantém-se o assentamento, resolvendo-se a questão em perdas e danos.⁴⁵

A razão de ser de um tal tratamento radica em que, mesmo lesado o direito de propriedade – pedra de toque do capitalismo –, o desalojamento teria uma conseqüência mais nefasta, porquanto estariam postos em confronto os interesses de toda uma população e um interesse individual⁴⁶.

6. Abrindo o debate

Com a queda do Muro de Berlim, ganha prestígio determinada concepção de justiça baseada na relação custo-benefício.

Conforme essa concepção, nem valeria a

pena estarmos escrevendo sobre uma tentativa de se harmonizar a concreção do direito ao desenvolvimento da sociedade de cariz ocidental com a do direito ao desenvolvimento das sociedades tribais, porquanto, sendo essas últimas improdutivas, mais vantajoso para os cofres públicos seria a sua extinção.

Essa argumentação, que se pretende isenta de qualquer comprometimento ideológico, amarra-se francamente aos supostos da mercadologia e, no contexto do Terceiro Mundo, onde, mercê de sucessivos desacertos em sede de políticas econômicas inadequadas, vive-se premido pela insegurança econômica, pretende desalojar a linguagem dos direitos do cidadão, conforme a apreensão fundada de Guiomar Estrella Faria.⁴⁷

notas

¹ *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 481.

² A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais : evolução e tendências. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 43, n. 175, p. 11, jan./jun. 1990.

³ *Derecho al desarrollo*. Lima : Ed. Cuzco, 1988. p. 30-32.

⁴ *Direito Econômico*. São Paulo : Saraiva, 1980. p. 220-223; id. Direitos econômicos na Constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 684, p. 256, out. 1992.

⁵ SOUZA, op. cit. p. 201; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 : interpretação e crítica* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 181-182; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico e reforma do Estado* : 1 – a experiência europeia de Constituição Econômica socialista : bases para a crítica. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1994. p. 45.

⁶ REZEK, José Francisco. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 224.

⁷ *A atualidade dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1995. p. Esta tese nada tem de estranha ou inovadora, porquanto em peso a doutrina civilística reconhece a oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais e dos direitos da personalidade.

⁸ A nova cidadania. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 14, 1992, *Anais*. Vitória.

⁹ O apelo ao legislador – *Apellentscheidung* – na prática constitucional alemã. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v. 23, n. 56, p. 144, jan./abr. 1992.

De qualquer sorte, temos revelado mais um tema que, usualmente confinado aos conceitos do Direito Administrativo, tem nuances que se mostram, nitidamente, como manifestação de determinadas medidas de política econômica, onde se abre então ao juseconomista a chance de fornecer os dados complementares à solução das controvérsias envolvendo de um lado os índios, de outro, os civilizados.

Sem excluir a pertinência do exame do tema ao prisma do Direito Administrativo, o Direito Econômico surge aqui como indispensável auxiliar, sobretudo em se tratando de tornar efetiva a compreensão, presente no seio das Nações Unidas, do direito ao desenvolvimento como um direito humano.

¹⁰ ALVAREZ VITA, op. cit. p. 51.

¹¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte : Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1995. v. 1, p. 123.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 17.

¹³ Estamos completamente de acordo com Dani Rudnicki quando observa a superação da dialética marxista, cujo pressuposto material é a economia de mercado, polarizada entre proprietários e proletários (*AIDS e Direito* : papel do Estado e da sociedade na prevenção da doença. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996. p. 94-95).

O tema que temos sob exame traduz-se na tentativa de seres humanos inseridos num contexto de economia de subsistência e, por excelência, coletivista sobreviverem ante o avanço dos interesses egoísticos glorificados pelos idólatras do deus-Mercado. A crítica marxista insere-se no contexto da economia capitalista (MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Communist manifest*. Translation Edward Aweling. London : Encyclopædia Britannica, 1978. p. 422), contra a qual, aliás, não faz nenhuma objeção ética (CAMARGO, op. cit. p. 26).

¹⁴ No drama wagneriano (*Götterdämmerung*), Siegfried, antes de ser destruído por Hagen, recusa-se a entregar às Filhas do Reno o anel forjado com o ouro que lhes fora subtraído por Alberich por lhe parecer uma armadilha da fraqueza feminina, desafiando a pujança e a coragem masculina, e não a via mercê da qual se poderia livrar de ser assassinado (HOLLINRAKE, Roger. *Nietzsche, Wagner e a filosofia do pessimismo*. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro : Zahar, 1986. p. 98-99).

Muito embora o caráter eminentemente germânico do exemplo mitológico invocado – que tem um precedente legítimo, porquanto confessada a dívida para com o resgate do mito levado a cabo por Richard Wagner pelo antropólogo Claude Levi-Strauss (O

cru e o cozido. Tradução Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo : Brasiliense, 1991. p. 43) –, cabe perfeitamente a aplicação do simbolismo nele contido, especialmente tendo em vista que o ouro, para as Filhas do Reno, representava apenas a iluminação do fundo do rio, enquanto para os demais personagens significava o poder sobre todos os seres viventes no Universo, nem que para isso fosse necessária a renúncia ao amor.

Do mesmo modo, o espaço que, para o civilizado significa uma fonte de lucros para a instalação de determinados confortos, para o habitante da selva significa o *habitat*, o local onde obtém os recursos para sua sobrevivência, seja plantando, seja caçando, seja pescando, seja aproveitando diretamente os recursos naturais, sem, contudo, explorá-los à exaustão.

A conscientização de que os recursos naturais não são inesgotáveis, não existem em função da ilimitada ambição do capitalismo e, em grande parte, não são renováveis, centrando o eixo da política econômica em *buscar alternativas eficientes para alocar os recursos escassos da sociedade* (MOLL, Luíza Helena. Externalidades e apropriação : projeções do Direito Econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional* : estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1995. p. 153), demorou a fazer-se no contexto ocidental, onde tradicionalmente a natureza foi vista como um inimigo a ser destruído (SOUZA, op. cit. 1996. v. 2, t. 2, p. 391-392; MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial* : o homem unidimensional. 6. ed. Tradução Giasone Rebuá. *Novos paradigmas em Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro : Zahar, 1978. p. 218-219; DINIZ, Artur José Almeida. *Novos paradigmas em Direito Internacional Público*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1995. p. 100).

Quando, entretanto, o êxodo rural passou a fazer com que a oferta de empregos nas cidades diminuísse, quando o homem saído do campo, sem perspectiva de trabalho na cidade e com o meio de onde tirava os bens necessários à sua sobrevivência sendo destruído, com todas as suas possibilidades esgotadas em prol do sacrossanto interesse no lucro, converteu-se no marginal dos centros urbanos, quando o espaço urbano foi se tornando de penosa habitabilidade, o problema ambiental deixou de ser apenas um devaneio estético e passou a ser entendido em sua real dimensão – a da qualidade de vida do ser humano (SOUZA, op. cit. v. 2, t. 2, p. 415; BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*. 2. ed. Fortaleza, 1987. p. 595-596; FIORILLO, Celso A. Pacheco, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental e patrimônio genético*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p.101) –.

Trata-se de verificar se, afinal de contas, sob um prisma estritamente utilitário, seriam benéficos à sobrevivência do sistema os efeitos sociais da devastação ambiental e do desalojamento dos povos da floresta, com a destruição de sua cultura e, destarte, com o aumento do número de marginais, que todos os motivos teriam para se rebelarem contra o sistema social que os aniquila (SOUZA, op. cit. v. 1, p. 26; BONAVIDES, op. cit. p. 623-624; RUDNICKI, op. cit. p. 25-27).

Para Siegfried, que partiu a lança de Wotan e assinalou, com isso, o fim dos deuses, a crença na própria onipotência e auto-suficiência, tal como ocorre com os tecnocratas, o aviso de que se desfazer do anel que fazia dele o ser mais poderoso do Universo seria o preço de sua salvação não passava de uma ameaça. Esse descaso custou-lhe a vida (HOLLINRAKE, op. cit. p. 87-88).

Assim, o tecnocrata, com a poderosa matemática, com a onipotente estatística, a provar que, em nome dos números condcentes a fazer do Estado uma potência, vale, inclusive, a coisificação do homem, com a eliminação daqueles que constituam, de qualquer sorte, a negação dos pressupostos inegáveis e inexoráveis de que parte, tão inconsciente quanto o Wälsung, trabalha inconsciente pela destruição do próprio sistema cuja sobrevivência pretende manter (SOUZA, op. cit. p. 125; BONAVIDES, op. cit. p. 231-232).

Como se vê, o mito germânico, colhido e transfigurado por Richard Wagner, em seu simbolismo, complementa os mitos brasilíndios de Aukê e Vanmegaprana. Esses mitos, colhidos entre os krahó e os apinajé, respectivamente, versam a contínua e compulsória absorção dos habitantes primevos do Brasil pela sociedade de cariz ocidental, com suas armas de fogo, seus utensílios de metal, seus soldados e sua benevolência de senhor caridoso, mas severo (BALDUS, Herbert. *Estórias e lendas dos índios*. 2. ed. São Paulo : Edigraf, 1963. p. 12-13; LEVI-STRAUSS, Claude. *Histórias de Lince*. Tradução Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo : Companhia das Letras, 1993. p. 59-60).

Calham aqui as marteladas – a imagem, por ele mesmo cunhada, não deixa de ter um parentesco, *malgré lui-même*, com as marteladas com que o sapateiro e poeta Hans Sachs, na comédia wagneriana (*Die Meistersinger von Nürnberg*), marca os erros cometidos por Beckmesser em sua desastrada serenata – do inquieto gênio do final do século passado num cientificismo que se pretendia e se pretende onipotente:

Em boa lógica, não há ciência incondicional; tal ciência é absurda, paralógica: a ciência pressupõe uma filosofia, uma “fé” que lhe dê direção, finalidade, limite, método (NIETZSCHE, Friedrich. *A genealogia da moral*. Tradução Joaquim José de Faria. São Paulo : Ed. Moraes, [s.d.]. p. 105-106).

¹⁵ Intervenção. In: TRINDADE, Antônio Augusto

Cançado (org.). *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional* : perspectivas brasileiras. Brasília : IIDH, 1992. p. 243-244.

¹⁶ Para um exame de como a OIT passou a cuidar das questões indígenas: SWEPSTON, Lee. Enfoques del “problema indígena” en América Latina. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 97, n. 2, p. 165-166, abr./ jun. 1978.

¹⁷ Artur Diniz, a propósito, aponta para a objeção procedente posta por Frei Francisco de Vitória à tese defendida por Gines de Sepúlveda quanto a constituírem as Américas *no-one lands* (op. cit. p. 116).

¹⁸ ALVAREZ VITA, op. cit. p. 91-92. Aliás, Darcy Ribeiro observa que o mais grave problema no tocante à sobrevivência das sociedades tribais no contexto americano em geral e no brasileiro em particular sempre foi a conciliação entre um sistema jurídico-econômico de caráter coletivista e um sistema jurídico-econômico de caráter competitivo (*Os índios e a civilização*. 4. ed. Petrópolis : Vozes, 1982. p. 210).

¹⁹ Aos tempos do regime militar, antes, portanto, de entrar em vigor o Texto de 1988, mas sob a égide de Constituição que previa a posse dos indígenas sobre terras imemorialmente por eles habitadas e a reforma agrária – EC 1/69, arts. 198 e 161, respectivamente –, a FUNAI obteve o apoio das polícias estaduais do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Paraná e do SNI para promover a expulsão de colonos que estavam em terras reivindicadas pelos Kaingangos.

Conforme os dados trazidos por Sílvio Coelho dos Santos (*Povos indígenas e a Constituinte*. Florianópolis : Universidade Federal de Santa Catarina, 1989. p. 22), tal fato ocorreu à época em que se pretendia promover a emancipação do silvícola, com o que, fatalmente, desapareceria um dos suportes fáticos da proteção dispensada pela norma constitucional, possibilitando, assim, a remoção dos assentados para a realização de projetos.

O plano de emancipação malogrou, dada a resistência tenaz oferecida por juristas e antropólogos (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A cidadania e os índios. In: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO. *O índio e a cidadania*. São Paulo : Brasiliense, 1982. p. 46-47; CHAVES, Antônio. Índio – I. In: FRANÇA, Rubens Limongi (org.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo : Saraiva, 1980. v. 43, p. 454).

Contudo, o silvícola, aqui, foi utilizado como desculpa para postergar-se a solução do problema agrário. De outra banda, o problema agrário também já foi utilizado como desculpa para o agravamento da questão indígena.

Em 1963, desconsiderando por completo o comando do art. 216 da Constituição de 1946, a Prefeitura Municipal de Ibirama-SC resolveu promover o assentamento de colonos sem-terra na Reserva Indígena Duque de Caxias, ao argumento de que mister se fazia tornar produtiva aquela vasta

extensão territorial rica em madeira-de-lei (SANTOS, op. cit. p. 40).

Dir-se-á que, com isso, a Prefeitura do Município catarinense em questão mais não fez que tirar do marasmo aquela região, dando concreção ao comando contido na Constituição de 1946 referente à promoção do desenvolvimento nacional.

Entretanto, a concepção da madeira como simples mercadoria comprada pelo proprietário rural fundamenta uma política econômica desde sempre voltada ao fortalecimento dos termos do Pacto Colonial, voltada para as grandes extensões, para o fortalecimento das grandes empresas e conglomerados, quase sempre ligados a empresas multinacionais (SOUZA, op. cit. v.2, t. 2). Logo, não se pode falar em semelhante atitude como forma de concreção do direito ao desenvolvimento.

Esse dado, outrossim, mostra-se fundamental na revelação das razões de ter o constituinte brasileiro elevado o planejamento à condição de função do Estado (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Efetivação jurídica dos objetivos da política econômica* : eficácia da norma de Direito Econômico. Belo Horizonte : Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1996. p. 149).

²⁰ Aliás, a soberania, considerada como argumento de somenos importância, em se tratando de abertura da economia aos capitais externos, é erguida como barreira quando se trata da proteção de direitos humanos, consoante a crítica feita com toda procedência por Antônio Augusto Cançado Trindade (*O Brasil e a proteção internacional dos Direitos Humanos* : fundamentos jurídicos para a consolidação da nova posição do Brasil. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, v. 42/43, n. 72/74, p. 183, jan. 1990/ jun. 1991).

²¹ SOUZA, op. cit. v. 1, p. 36.

²² Na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, realizada em 1993, propôs-se a ratificação da Convenção 169/OIT por todos os países que tivessem em seu território remanescentes de populações autóctones e incorporassem as suas disposições aos respectivos ordenamentos internos (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos, Viena, 1993. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 39, n. 80, p. 170, jan. 1995).

²³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo : LTr, 1994. p.25.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula da Jurisprudência Predominante. Verbete nº 480; ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986. p. 208-209.

²⁵ RIBEIRO, op. cit. p. 231-234: o contato com o homem branco caracteriza-se por um misto de terror e fascínio. O primeiro, pela experiência dos conflitos; o segundo, pela maior eficiência do equipamento pelo branco trazido na ação sobre a natureza.

²⁶ Cumpre explicar melhor esse período. Não se está a dizer que a sobrevivência das nações indígenas somente se justifica em função dos elevados interesses nacionais, mas sim que estes não se vêem atingidos pelo simples fato de se lhes garantir a sobrevivência (GENRO, Tarso Fernando. *Introdução crítica ao Direito*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1983. p. 35).

²⁷ MARÍA CERDA, Ana. Algunos aspectos de realidad medioambiental en Chile. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.) *Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente*. San José de Costa Rica : IIDH, BID, 1995. p. 241; FIORILLO, RODRIGUES., op. cit, p. 132-133; SOUZA, op. cit. p. 360; GONZALEZ VOLIO, Lorena. El problema de medio ambiente en Mexico. In: TRINDADE, op. cit. p. 253.

²⁸ SOUZA, op. cit. p. 224.

²⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Minérios, índios e (in)dependência. In: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. *A questão da mineração em terra indígena*. São Paulo : 1985. p. 79-81.

³⁰ É de se ter em conta o relato de Darcy Ribeiro a respeito da sistemática da repartição dos resultados da produção agrícola nos postos instalados no Sul do Brasil, em que o maquinário, em larga escala, substituiu a mão-de-obra indígena (Op. cit. p. 211).

³¹ SOUZA, op. cit. p. 510-512. Foi, aliás, essa a preocupação que conduziu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região a manter liminar concedida em processo cautelar a empresários rurais, com títulos de filiação centenária, cujas propriedades, onde estavam sendo desenvolvidos projetos agrícolas com financiamentos da SUDENE e do Banco do Brasil, foram incluídas no processo demarcatório promovido pela FUNAI (Agravo de instrumento 3155/94. Relator: Juiz José Delgado. *Diário de Justiça da União*. Brasília, p. 34.011, 24 jun. 1994, Seção 2).

³² BISOL, José Paulo. *Uma questão de direitos*. Brasília : Senado Federal, 1988. p. 122; MOLL, Luíza Helena. Formal/ informal : as expressões protéticas constitucionais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 23, p. 56-57, 1990; FARIA, Werter. *Constituição Econômica* : liberdade de iniciativa e de concorrência. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1990. p.119.

³³ Ilustrativo, a esse respeito, julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no sentido de considerar bem invocada a garantia da ordem pública para a decretação da prisão preventiva de agente que procedia à venda de imóveis onde assentados índios no Maranhão (Habeas corpus 93.01.37638. Relator: Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 9.314, 14 mar. 1994).

³⁴ Mandado de segurança 1835. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 193, p. 307, jul./set. 1993.

³⁵ SOUZA, op. cit. p. 183-185.

³⁶ Inclusive o grau de aculturação, para efeitos de se verificar até que ponto se está diante de índio no real sentido do termo. Socorrer-nos-emos de um exemplo extraído de um parecer de Roberto A. O. Santos para tornar mais clara a assertiva: a realização de contratos de parceria pecuária com os Kadiwéu – experientes cavaleiros e pastores, que utilizaram o cavalo para dominarem um amplo território delimitado pela área próxima a Cuiabá até as cercanias de Assunção, no Paraguai, e pelas aldeias de Chiriguano, nas encostas andinas, até as matas que margeiam o Rio Paraná – não se mostraria temerária, diferentemente do que ocorreria se tais contratos fossem celebrados com os Yanomami (A parceria pecuária em terras indígenas. In: PLURES. *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1993. p. 198-199). Para maiores pormenores, RIBEIRO, op. cit. p. 222-227.

³⁷ Inclusive os preconceitos desempenham um papel de não pequena monta na formação do ato judicial. É de se ter presente que o silvícola, de um modo geral, desconfia das instituições dos destruidores de sua cultura, e se a elas recorre, é somente por saber que, no conflito com os integrantes da sociedade ocidental, estes jamais acatarão o que for decidido por um tuxáua (STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho consuetudinario indígena en América Latina. In: _____ & ITURRALDE, Diego. *Entre la ley y la costumbre* : el Derecho consuetudinario indígena en América Latina. México : IIDH, Instituto Indigenista Interamericano, 1990. p. 42; RIBEIRO, op. cit. p. 0204-207).

³⁸ O problema da necessidade de dilações probatórias amplas foi objeto dos seguintes julgados: BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação em mandado de segurança nº 89.323. Relator: Ministro Lauro Leitão. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 23 jun. 1988; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 20.556. Relator: Célio Borja. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 120, n., p.570, ; Idem. Mandado de segurança nº 20.722. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v.128, n., p.627, ; *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 111, n., p. 1008, ; *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 117, n., p. 529, ; *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 124, n., p. 948, BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação em mandado de segurança 119084. Relator: Ministro Miguel Jerônimo Ferrante. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 23 jun. 1988; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança nº 116. Relator: Ministro Jacy Garcia Vieira. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 2 out. 1989; Idem. Recurso especial nº 64.010. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 23 out. 1995; Recurso especial nº 62.972. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 20 maio 1996; Mandado de segurança nº 1426. Relator: Ministro Jacy Garcia Vieira. *Diário de Justiça da União*,

Brasília, 5 out. 1992.

³⁹ SOUZA, op. cit. p. 174.

⁴⁰ *Política e Direito Agroambiental*. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 223.

⁴¹ Uma das críticas endereçadas à demarcação do território dos Yanomami foi o tamanho da área, equivalente à superfície de Portugal. Entretanto, como observado pelo senador e constitucionalista Afonso Arinos de Mello Franco – insuspeito defensor da economia de mercado –, de 1975 a 1988 foram celebrados vários contratos de risco para a prospecção de petróleo, entregando a empresas transnacionais uma área que somava os territórios da Inglaterra, Suíça, Itália, Suécia e Portugal. As transnacionais perfuraram 79 poços contra 8.203 da Petrobrás – que fora obrigada a procurar o combustível no mar. Naquele período, a produção da Petrobrás passara de 169 barris/dia a 720 mil barris/ dia, enquanto a das transnacionais tivera resultado praticamente nulo (*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, Brasília, p. 10.081, 29 abr. 1988). E o mais curioso em tudo isso é que os mesmos órgãos de imprensa que dirigiram as investidas contra a demarcação tiveram como alvissareira a emenda constitucional que derrubou o veto aos contratos de risco e não se lembraram em absoluto dessa real entrega do território nacional a potências estrangeiras...

Aliás, a imprensa omitiu-se sobre a devastação do território dos Yanomami, do aumento da incidência de epidemias no seio daquela nação indígena, da destruição de comunidades em consequência de invasões verificadas no ano de 1980, documentada no Caso 7.615 examinado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e mercê do qual se determinou que o Estado brasileiro, em cumprimento ao disposto nos arts. 1º, 8º e 9º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, procedesse à demarcação do Parque Yanomami, realizando os programas educacionais, de proteção médica e integração social (TRINDADE, op. cit. p. 141-142).

A mesma imprensa, outrossim, nada viu de anormal no fato de ser a Manasa – Madeireira Nacional S/A – proprietária de mais de 10 milhões de hectares no Estado do Amazonas, ou de 200 mil hectares estarem concentrados em mãos do Sr. Dimas Seelig no Estado de Roraima, tampouco na transferência das terras dos Xavantes em S. Félix do Araguaia – ultrapassando milhões de hectares –, em 1966, ao Grupo Ormetto de São Paulo, que as alienou, por seu turno, à Liqueigás, controlada pelo Grupo Ursini, cuja falência, na Itália, implicou a sua aquisição pela ENI, empresa estatal peninsular, em 1979 (FERRAZ, Iara, MAMPIERI, Mariano. Suya-Missu : um mito refeito. *Carta*, Brasília, v. 2, n. 9, p. 76-77, 1993).

Não foi apontada, tampouco, nenhuma anormalidade na atuação de empresas madeireiras no sul do Brasil que seduziram o silvícola com facilidades da civilização – eletrodomésticos,

supérfluos –, pagaram-lhe um salário razoavelmente superior ao pago aos empregados civilizados para as auxiliarem na devastação de seu próprio território (MARTINS, Edilson. *Nossos índios, nossos mortos*. 4. ed. Rio de Janeiro : Codecri, 1982. p. 273-274). Aliás, este aliciamento para o atendimento aos interesses da indústria extrativista já foi apontado por Darcy Ribeiro como uma das mais aperfeiçoadas técnicas de destruição das culturas tribais (op. cit. p. 242).

A mesma imprensa que criticou a demarcação do Parque Yanomami nada de errado viu no acordo realizado entre o Brasil e a República Federal da Alemanha em 1975, noticiado pelo *New York Times*, complementar ao acordo nuclear, a respeito de reservas de urânio situadas na Serra do Surucucu/RR – território Yanomami – que seriam entregues aos interesses das mineradoras tedescas (DALLARI, op. cit. p. 80).

Também a mesma imprensa deixou de fazer qualquer campanha a respeito da realização, pela FUNAI, de convênios com a Petrobrás para a exploração de petróleo nas terras indígenas, ao fundamento de que o combustível em questão não estaria incluído entre os recursos sujeitos ao usufruto dos incolos (BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Apelação cível nº 91.01.13946. Relator: Juiz Nelson Gomes da Silva. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p. 29.667, 2 ago. 1993. Seção 2).

A mesma imprensa foi pronta em se inflamar contra os assaltos às fazendas de gado por parte dos silvícolas, mas omitiu-se estranhamente quanto a ter isso decorrido da ruptura do equilíbrio ecológico em geral e do afugentamento da caça em particular (RIBEIRO, op. cit. p. 242).

Dir-se-á que isso nada mais seria que o respeito e a humildade perante aqueles que, com seu trabalho – mesmo sem nunca terem visto tais glebas –, foram capazes de torná-las propriedades capitalistas produtivas ou, se as deixaram ociosas, por certo, foi em prol da preservação da natureza. Nem que o preço para isso seja o estabelecimento de uma horda de marginalizados amnésicos esmolando em português – aceitando, assim, a idéia que a sociedade de cariz ocidental deles faz, de párias, seres inúteis, abortos da natureza, indignos de continuarem vivos, por serem um fardo para o homem branco (Ibidem, p. 213) –, ao invés de terem direito a serem respeitados como seres humanos que são.

Por certo, a muitos deve seduzir, realmente, o exemplo de Rosas (1833) e Júlio Roca (1878), que, à custa do extermínio de nações autóctones, distribuíram largas extensões de terras a estancieiros (BARBOSA, Francisco de Assis, HOLLANDA, Guy de. Argentina – I. In: HOUAISS, Antônio (ed.) *Enciclopédia Mirador Internacional*. São Paulo : Encyclopædia Britannica do Brasil, 1975. v. 3, p. 735-736), reduzindo a população autóctone da Argentina a menos de 3% do total de habitantes daquele país, confinando-os à fronteira com o Paraguai e a Bolívia (FERREIRA, Carlota da

Silveira, GUIMARÃES, Alberto Passos. Argentina – II. In: HOUAISS, op. cit. v. 3, p. 743). Socorra-nos Nietzsche mais uma vez:

“Aqui a mentira chama Bondade à Impotência, Humildade à Baixeza, Obediência à Submissão Forçada (eles dizem que obedecem a Deus). A Cobardia, que está sempre à porta do fraco, toma aqui um nome muito sonoro e chama-se Paciência” (op. cit. p. 19).

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança nº 1835. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 193, p. 301-302, jul./set. 1993.

⁴³ O indigenismo à *outrance*, tão vergastado por Paulo Bonavides, não traduz, efetivamente, uma defesa do direito das populações indígenas à sobrevivência, mas sim uma mistificação destinada a colocar o atendimento dos interesses destas como manifestamente antagônico à concreção do direito ao desenvolvimento da sociedade de cariz ocidental, desservindo à ruptura das relações baseadas no Pacto Colonial e contribuindo para se fortalecerem os ânimos em prol de sua extinção (*Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 258; COOK, Scott, JOO, Jong-Taick. Ethnicity and economy in rural Mexico : a critique of the indigenist approach. *Latin American Research Review*, Albuquerque, v. 30, n. 2, p. 47, 1995). Barbara Tedlock, em relação à cultura maia, na Guatemala, observa que o seu fascínio residiria justamente na manutenção de seus traços culturais, embora absorvendo os traços da cultura dos colonizadores – por exemplo, professores maias, estudando e ensinando a cultura maia, em universidades “brancas” –, de sorte a torná-la respeitada por eles (Mayans and mayan studies from 2000 b. C. to A. D. 1992. *Latin American Research Review*, Albuquerque, v. 28, n. 3, p. 167-169, 1993). Parece-nos emergir daí a inspiração dos arts. 215 e 231 da Constituição de 1988.

Há um aresto sumamente interessante, no que

toca ao equilíbrio entre os interesses da população autóctone e os da população descendente de imigrantes, em que se firmou a tese segundo a qual o fato de via de circulação de grande alcance social e econômico passar por área indígena não implicaria, necessariamente, injuridicidade, a menos que comprovado prejuízo à sua cultura ou causado impacto ambiental de expressão (BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Agravo de instrumento nº 94.01.06.666. Relator: Juiz Vicente Leal. *Diário de Justiça da União*, Brasília, p.51.929, 19 set. 1994. Seção 2).

⁴⁴ Têm-se aqui fatores os mais diversos, como a fauna, a flora, a fertilidade do solo, o relevo, conforme salientado por Alcida Rita Ramos (Intervenção. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional : perspectivas brasileiras*. Brasília; San José de Costa Rica : IIDH, 1992. p. 238).

⁴⁵ MAIA, Luciano Mariz. Comunidades e organizações indígenas : natureza jurídica, legitimidade processual e outros aspectos jurídicos. In: PLURES. *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1993. p. 281.

⁴⁶ Uma reflexão mais aprofundada do conceito de desenvolvimento sustentável, infelizmente, não se comportaria nos limites do presente texto (i. a., DINIZ, op. cit. p. 164-185; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. As consultas mundiais das Nações Unidas sobre a realização do direito ao desenvolvimento como um direito humano. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, v. 42/43, n. 72/74, p. 91-100, jan. 1990/ jun. 1991; MADRIGAL, Patrícia. La legislación como un instrumento para el desarrollo sostenible. In: TRINDADE, op. cit. p. 229-237; SOUZA, op. cit. p. 157; OSSA HENAO, Carmela. Política ambiental en Colombia: normatividad, práctica y perspectivas. In: TRINDADE, op. cit. p. 245-251).

⁴⁷ *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994. p. 95.

Sobre a súmula vinculante

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Súmula vinculante. 3. A súmula vinculante na proposta de reforma constitucional. 4. Críticas e proposta de alternativas. 5. Conclusão.

1. Introdução

Todas as discussões atuais da comunidade jurídica passam por duas preocupações básicas: a imperiosidade de se assegurar, concreta e universalmente, o acesso de todos à justiça, nos termos determinados na Constituição da República, e a necessidade de se dotar o Estado de uma organização, material e formal, voltada à prestação jurisdicional rápida, eficiente e eficaz. Daí por que a proposta constitucional de reforma do Poder Judiciário põe-se como núcleo central de todas as discussões da comunidade jurídica, especialmente, e da sociedade brasileira, de maneira geral.

É que a reforma do Poder Judiciário mostra-se a todos necessária e urgente. Essa necessidade e urgência é atestada pelos próprios membros do Poder Judiciário, pelos advogados e pelos membros do Ministério Público, congregando, assim, todos os operadores do Direito, e, principalmente, pelos cidadãos, que se têm ressentido das falhas havidas na prestação jurisdicional e, conseqüentemente, na garantia dos seus direitos fundamentais.

O Estado mudou, a sociedade mudou, o Direito mudou. Não se teria como manter apenas um dos poderes do Estado – e, em especial, aquele que se ressentiu mais diretamente da transformação havida na sociedade e na cidadania, que busca os seus direitos segundo o sistema jurídico atual – à margem das mudanças havidas e com os mesmos

Cármem Lúcia Antunes Rocha é Professora Titular de Direito Constitucional da PUC/MG e Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB.

contornos e organização de um século atrás. Por isso, há concordância de todos quanto à urgência da reforma do Poder Judiciário e das formas de prestação da jurisdição (aplicação garantidora do direito previsto no art. 5º, inciso XV, da Constituição da República), ficando as discussões havidas apenas quanto ao conteúdo e à forma das mudanças a serem processadas.

Não é que a chamada “crise do Poder Judiciário” seja novidade ou, pelo menos, recente. Desde a década de quarenta, no mínimo, há a referência contundente e reiterada quanto a essa crise. Se se atentar, é de se verificar que nos últimos cento e vinte anos, vale dizer, desde as últimas décadas do Império brasileiro, o Poder Judiciário tem sido considerado inadequado à prestação da jurisdição como esperado, necessitado e desejado pela sociedade. A reiteração desta identificação da “crise do Poder Judiciário” neste século, especialmente desde a década de quarenta, no Brasil, pode ser arrolada pela pleora de trabalhos sobre este tema e decorre da constatação do desequilíbrio entre a demanda social da jurisdição e a resposta do Estado quanto à oferta e garantia desse serviço. Também o “excesso de serviço” dos juízes, tantas vezes apresentado como causa da “crise do Poder Judiciário”, não é causa única nem compreende toda a “crise” referida na expressão, conquanto seja certo que é um dos motivos da carência de prestação jurisdicional ao indivíduo no Estado Contemporâneo em geral e no Brasil, em particular, onde a demanda jurisdicional pela sociedade em níveis elevados tem estado além do quanto tem respondido o Estado. Essas observações conduzem a uma diferença na postura adotada pelo crítico em relação à questão da alternativa a ser oferecida para superação do atual e inadequado modelo de prestação jurisdicional no sistema constitucional.

E, então, não por serem esses debates travados “apenas quanto ao conteúdo das mudanças a serem processadas”, as diferenças de posições são pequenas ou de efeitos leves.

As mudanças apresentadas, por exemplo, na proposta de emenda constitucional e, mais especialmente, no substitutivo do Deputado Jairo Carneiro, sobre o tema da reforma constitucional do Poder Judiciário, dão margem a discussões sérias e com alternativas muito diferentes entre os debatedores da matéria.

Não são poucos os pontos que mereceriam uma análise aprofundada naquele substitutivo, o que vem sendo repetidamente feito e divulgado amplamente.

Todavia, cabe-nos, aqui, fundamentalmente, a análise e crítica de dois temas: a questão denominada “da súmula vinculante” e o “incidente de inconstitucionalidade”.

2. Súmula vinculante

Em dois sentidos se tem empregado a palavra súmula no direito positivo brasileiro: no primeiro, tem-se a súmula como sendo o resumo de um julgado, enunciado formalmente pelo órgão julgador; no segundo, constitui ela o resumo de uma tendência jurisprudencial adotada, predominantemente, por determinado tribunal sobre matéria específica, sendo enunciada em forma legalmente definida e publicada em número de ordem.

No primeiro significado, a súmula nasce de um julgamento, enquanto, no segundo, ela nasce de uma repetição de julgamentos que cristalizam ou direcionam a interpretação de uma norma ou de uma matéria contida no Direito Positivo em determinado sentido.

A súmula predominante, especialmente aquela oriunda do Supremo Tribunal Federal, é que constitui objeto de preocupação desse brevíssimo estudo, pelo que apenas quanto a ela serão tecidas as observações seguintes.

A denominada “súmula de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal” foi introduzida no Brasil em 1963 e entrou em vigor em 1964 como resultado de uma proposta encabeçada, fundamentalmente, por Victor Nunes Leal, então Ministro daquela Corte.

Naquela ocasião, ponderava aquela autoridade que a súmula consistia em “método de trabalho, instituído pelo STF, por emenda ao Regimento publicada em 30-8-63”. Tida como “repertório oficial de jurisprudência da Alta Corte”, salientava Victor Nunes Leal que, com a sua introdução na organização dos trabalhos do Supremo Tribunal, buscava-se uma solução aos problemas de excesso de serviço de que ele se via acometido, sem que para tanto se buscasse repetir a sugestão anteriormente muito utilizada de, para se alcançar aquele objetivo, buscar-se “reduzir a nossa competência (que) tem sido, durante muito tempo, a solução preferida pelos juristas.”¹

A definição de uma orientação interpretativa predominante em determinado tribunal

¹ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Rev. Forense*, v. 208, p. 15, 1964.

não era desconhecida no Brasil quando foi implantada na década de 60.

Mais que apenas uma orientação quanto à interpretação predominante, conheceu-se no Direito adotado no Brasil o instituto dos “assentos”, que se impunham como única hermenêutica aos órgãos jurisdicionais.

Os antecedentes portugueses do Direito brasileiro é que por primeiro dão notícia dos *assentos*, que eram firmados pela Casa da Suplicação, nos termos das Ordenações Manuêlinas, com a finalidade precípua de extinguir dúvidas jurídicas suscitadas em causas submetidas a julgamento. As soluções dadas aos casos que se constituíssem objeto de dúvida por aquela Casa e definidas nos *assentos* convertiam-se em normas, tendo sido adotada essa figura pelas Ordenações Filipinas. Se entre os juízes da Casa de Suplicação não se chegasse a uma deliberação quanto à dúvida, em razão de sua extensão a todos eles, a matéria seria encaminhada para a solução do Rei, que a sanaria mediante lei, alvará ou decreto.

Na seqüência desta prática, e enfatizando a competência da Casa da Suplicação, a Lei da Boa Razão, de 18-8-1769, em seu § 8º, excluiu das Relações do Porto, do Rio de Janeiro e da Bahia tal atribuição, mantida apenas para aquela. Tal exclusão veio a ser superada em 1808, quando à Relação do Rio de Janeiro foi outorgada essa competência.

Os assentos da Casa da Suplicação e, posteriormente, da Relação do Rio de Janeiro tinham natureza normativa, mas não constituíam óbice ao conhecimento de casos e recursos contra decisões judiciais neles fundamentadas.

Em 1828, a Lei de 18 de setembro instituiu o Supremo Tribunal de Justiça, criado pela Constituição Imperial, e definiu, em seu art. 19, a competência desse órgão máximo do Poder Judicial do Império para enviar

“todos os anos ao Governo uma relação das causas, que foram revistas, indicando os pontos sobre que a experiência tiver mostrado vício, ineficiência da legislação, as suas lacunas e incoerências, para o Governo propor ao Corpo Legislativo, a fim de se tomar a resolução que for conveniente”.

Significa tanto que, não obstante as decisões tomadas e que poderiam ter caráter genérico, as deliberações que merecessem mudanças eram encaminhadas aos órgãos e poderes

competentes, e que elas não determinavam supressão do acesso e discussão em ocasiões posteriores.

A República extinguiu o debate e a prática sobre os assentos.

Conheceu-se e adotou-se, entretanto, desde 1891 (mesmo ano da primeira Constituição Republicana), o prejudgado, primeiramente em matéria processual civil (art. 861 do Código de Processo Civil de 1939) e, posteriormente, em matéria trabalhista. Em qualquer dos casos, o prejudgado contém um pronunciamento prévio quanto à interpretação de uma norma diante de um real ou iminente conflito na hermenêutica a ser produzida em face de situações concretamente postas à decisão judicial.

A súmula de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal foi introduzida, como salientado antes, na década de 60, no direito brasileiro, como resposta à chamada “crise do Supremo Tribunal Federal” e, conforme sublinhou então o seu principal fator, Ministro Victor Nunes Leal, surgiu com base em

“razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, (que) aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro do 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 sua finalidade não é somente proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões frequentes”².

Para atingir as finalidades a que se propunha com a adoção das súmulas é que os seus criadores tiveram o cuidado de dotá-la da condição de “orientação predominante e segura”, mas sem força vinculativa obrigatória e definitiva para todos os órgãos do Poder Judiciário. Esse tem, entre as garantias dos indivíduos outorgadas aos magistrados, a da independência. Tal garantia é do indivíduo e das instituições democráticas e por isso mesmo não poderia ficar tolhida, atacanhada, talvez mesmo excluída, se não pudesse o juiz interpretar e julgar segundo a interpretação dada a

² Ibidem.

determinada norma de Direito caso submetida à sua competência decisória.

Por isso é que Victor Nunes Leal acentua, em escólios sobre o tema e em citação muitas vezes transcrita, que

“a ‘súmula’ realizou o ‘ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência... ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, ‘para a inteligência geral e perpétua da lei’, e a virtual inoperância dos prejulgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da Justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a ‘súmula’ regula o procedimento pelo qual pode ser modificada... 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 STF possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando e diminuindo os dissídios da jurisprudência”³.

Não se repetiu, assim, na experiência republicana, o instituto dos assentos, que petrificava a jurisprudência e tornava-se fonte de norma jurídica, sem que o Poder de que ela emanava obedecesse ao princípio democrático representativo, que se tem na base do sistema adotado no Brasil.

A súmula da jurisprudência predominante nos tribunais e, inclusive, no Supremo Tribunal Federal não tem, pois, natureza normativa vinculativa, obrigatória e definitiva.

De José de Moura Rocha é a lição sobre a súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que

“súmula não é, simplesmente, a jurisprudência dominante ou predominante. É a jurisprudência predominante possuidora de caráter... ‘quase normativo’”⁴.

Nesse sentido é que o próprio Victor Nunes Leal, em preleção acima lembrada, enfatizava não ser “um bem” dotar a súmula de natureza impositiva definitiva e efeito normativo obrigatório.

³ Ibidem.

⁴ ROCHA, José de Moura. *Enciclopédia Saraiva*. p. 325 : Súmulas Jurisprudenciais.

O próprio Supremo Tribunal Federal não descurou o tema. Em voto no Recurso Extraordinário nº 104.898 – RS, o Ministro Oscar Corrêa relatava o caso e a condição da súmula, afirmando que

“não se infere daí a obrigatoriedade formal de obediência às súmulas do STF, nem isso pretendeu a Corte: dar caráter normativo cogente à sua orientação, que não é lei... Essas considerações objetivam lembrar a necessidade de assegurar-se o respeito à jurisprudência sumulada da Corte, o que não importa em impedir o livre pronunciamento de Juízes e Tribunais, mas busca efetivar a uniformidade jurisprudencial – essencial à boa distribuição da justiça”⁵.

No mesmo sentido, Álvaro Melo Filho observa que

“O Direito Sumular condensando entendimento jurisprudencial já consagrado *exerce uma função diretiva, de orientação, apesar de não ter força vinculante.*”⁶

Também Victor Nunes Leal foi enfático ao esclarecer que

“Nem a súmula ficou com efeitos que se pudessem comparar com os da lei, nem a adoção de novos enunciados se faz de modo automático, pela só razão da maioria qualificada ou da reafirmação de julgados.”⁷

Ainda que a observância da súmula predominante no Supremo Tribunal Federal e nos demais Tribunais constitua fonte de orientação que acaba por definir a conduta julgadora dos magistrados, não têm eles a obrigação insuperável

⁵ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 113, p. 452.

⁶ MELLO FILHO, Álvaro. *Direito Sumular Brasileiro. Revista de Processo*, v. 43, p. 245.

É certo que não se pode deixar de anotar opiniões conflitantes, como a que emite Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, segundo o qual “a súmula goza pois de força heteronômica. Constitui uma regra de direito, conquanto de origem interpretativa, que opera eficácia no Tribunal que a editou ou sobre um juízo hierarquicamente inferior. ... As súmulas têm efeito normativo. Se carecem de força obrigatória e formal, intrinsecamente elas obrigam, pois a sua inobservância importa em sanção específica que é a reformulação do julgado que não as atendeu.” *Direito do Trabalho*. São Paulo : LTr, 1978. p. 257 : (Os prejulgados, a súmula e o TST).

⁷ LEAL, op. cit., p. 290.

vel de adequar o seu entendimento ao quanto nela definido, nem têm eles deixado de assim agir, inclusive determinando-se, com essa independência de atuação, a modificação do quanto nela se definiu inicialmente.

Por não ser vinculativa, não basta ao magistrado a simples referência à súmula para que a sua decisão não necessite de fundamentação, pois essa é que identifica a correção da interpretação e aplicação da norma jurídica à espécie em julgamento.

Assim, a súmula não pretendeu dotar-se de natureza normativa, nem se desejou, conforme expressa e reiteradamente o alegou Victor Nunes Leal quando da criação do instituto, arvorar-se o Poder Judiciário em legislador de segundo grau ou em constituinte derivado.

Não têm faltado, contudo, tentativas de se restabelecer o vetusto instituto português.

Em duas ocasiões – primeiramente em 1946, em proposta apresentada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros à Constituinte da qual resultou a Constituição da República daquele ano, e em 1964, no Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas –, Haroldo Valladão sugeriu a adoção, no sistema brasileiro, da “resolução unificadora da jurisprudência do STF”. Essa resolução teria natureza obrigatória para os juízes e tribunais. A sugestão não logrou resultado positivo em qualquer das duas ocasiões.

No início da década de 70, nova apresentação da “jurisprudência obrigatória” veio a ter lugar com o Projeto de Código de Processo Civil. Alfredo Buzaid, no anteprojeto daquele documento, apresentava a reintrodução dos assentos vinculantes da legislação portuguesa, o que, afinal, não foi acatado pela contundente crítica contra tal proposta, que, segundo se afirmou então, colidiria com o princípio da separação dos poderes, porquanto por ela se estaria a expedir norma jurídica.

A Comissão Revisora rejeitou a proposta assim apresentada, adotando-se, no Código de Processo Civil, a edição de súmula para uniformização de jurisprudência.

Volta-se, agora, ao tema em duas empreitadas paralelas: a primeira, contida no Projeto de nº 3.804-A/93, pelo qual se alterariam os arts. 478 e 479 do Código de Processo Civil, e a segunda, contida na Proposta de Emenda Constitucional nº 96/92.

A primeira tentativa foi rejeitada pela

Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara, cujo relator, Deputado Paes Landim, entendeu contrário à Constituição o estabelecimento de mecanismos cerceadores do acesso à Justiça pelos interessados, o que ocorreria com a redação adotada. A segunda, em tramitação no Congresso Nacional, é que será objeto de maiores cuidados no presente estudo.

3. A súmula vinculante na proposta de reforma constitucional

A minuta de Parecer à “Proposta de Emenda Constitucional nº 96”, de 1992, pela qual se modifica o capítulo III (“Do Poder Judiciário”) do Título IV (“Da Organização dos Poderes”), contém a seguinte sugestão:

“Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no art. 107, parágrafo 2º, e os Tribunais Superiores, após reiteradas decisões da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderão editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos a sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento.

§ 1º - A súmula vinculante terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º - A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria; pelo Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, os Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar caberá reclamação

para o Tribunal que a houver editado, o qual, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

§ 4º - O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções.”

A minuta de Parecer analisada traz, ainda, a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar “a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões e súmulas vinculantes” (art. 107, I, r).

Essa norma reintroduz, assim, no Direito brasileiro, e inova a tradição jurídica republicana com a súmula obrigatória, vinculante.

Tal como está na minuta de Parecer, a ser objeto de apreciação e decisão do Congresso Nacional, o Poder Judiciário editará súmula que terá a mesma obrigatoriedade e generalidade da norma jurídica. Essa qualificação da súmula não a dotaria apenas de “força de lei”, aqui tomada em sentido formal, a dizer, ato emanado do Poder Legislativo segundo processo próprio definido constitucionalmente, mas de “força de constituição”, pois a matéria a ser o seu objeto pelo Supremo Tribunal Federal seria, exatamente, a Lei Magna.

Daí o extremo cuidado e atenção a ser dada à análise da matéria.

4. Críticas e proposta de alternativas

Pretende-se, conforme posto expressamente na minuta de Parecer da PEC nº 96/92, atribuir à súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores natureza vinculativa, vale dizer, obrigatória para todos.

Não se afirme que a vinculação é apenas para o Poder Judiciário e para o Poder Executivo. Antes se afirme que a vinculação ressalva a possibilidade de modificação da “norma” criada, havida e “positivada” (posta à obrigatoriedade observância de todos) pelo Poder Legislativo. Se fosse incluído esse Poder, o Direito seria única e exclusivamente obra do Poder Judiciário, sem condições de ser contrastado nem por lei...

Muitas vezes se buscou vislumbrar, na súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, especialmente, uma “paralegilação”.⁸

Se a súmula for aceita no Direito brasileiro, segundo a fórmula proposta na minuta ora em foco, a modificação do sistema constitucional será substancial e com graves conseqüências, que devem ser assinaladas.

A súmula não terá apenas “força de lei”, mas “força de norma constitucional” somente modificável pelo Poder Legislativo por emenda constitucional. O Supremo Tribunal Federal estaria transformado em verdadeiro “poder constituinte de segundo grau”, ou “poder constituinte reformador”.

Deveras. A denominada “súmula vinculante” obrigará os órgãos do Poder Judiciário submetidos à jurisdição do autor da edição à sua imprescindível observância, bem como “à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Significa dizer que a “súmula vinculante” tem a mesma natureza obrigatória, genérica e abstrata que caracteriza a lei em sentido material. E lei, nesse sentido, será a “súmula vinculante”.

Posta a “súmula vinculante” à obrigatoriedade de todos, excluído apenas o Poder Legislativo pela natureza de suas funções, ou, dito de outra forma, positivada a norma nela contida, o que se tem, então, é uma modificação do sistema constitucional brasileiro em sua raiz, em seus fundamentos e em sua forma de aplicação.

Assim:

a) O art. 1º da Constituição da República estabelece que:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se *em Estado Demo-*

⁸ Nessa direção apontava José Pereira Lira ao afirmar que “tais ‘enunciados’ (das súmulas) marcam, com efeito, uma fase nova na história da Jurídica Pátria. Foram eles joeirados, classificados e ‘assentes’ com força de lei, pela cúpula do nosso Poder Judiciário. Constituem uma espécie de ‘paralegilação’, em que é o Supremo Tribunal Federal ‘um legislador’, verdadeiro e real, com a faculdade de, condicionadamente, ‘criar’ a norma, de alterá-la e, mesmo, de revogá-la”. Apresentação ao livro de Roberto Rosas, *Direito Sumular*, p. 8.

crático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O art. 14 da Lei Maior, à sua vez, reza:

“A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular”.

O art. 44 do mesmo Documento Magno define:

“*O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional*, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

Na esteira de tal definição, que torna a competência para legislar, a dizer, criar o Direito, inovar a ordem jurídica, determinar as restrições ao direito fundamental à liberdade exclusiva do Congresso Nacional, por ter sido apenas a ele entregue tal competência, determina-se, no art. 48 da Constituição da República, que:

“Cabe ao *Congresso Nacional*, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
...”

O Congresso Nacional é eleito pelo povo, na forma do art. 1º, parágrafo único, e o é para o exercício da sua função precípua – a de criar o Direito a ser acatado pela sociedade.

Por isso mesmo, dúvidas não pendem no Brasil sobre o princípio da democracia adotada no constitucionalismo pátrio: tem-se, aqui, a democracia semidireta, sendo que o exercício das funções políticas de governo e administração e de legislação é entregue aos órgãos titularizados por representantes eleitos pelo povo e que contam com a participação direta do povo.

Especialmente no que concerne à criação do Direito, que é o que se tem com a legislação, com a criação de normas jurídicas, o sistema constitucional estabeleceu que o cidadão tem o direito de participar ativa e diretamente, seja por meio de iniciativa popular de leis (art. 14, III, acoplado ao art. 61, § 2º), seja por meio de plebiscito ou referendo.

Essa previsão do modelo e fundamento do Estado Constitucional Democrático brasileiro estaria sendo, radicalmente, alterada com a introdução da “súmula vinculante”, pela qual se impõe uma norma jurídica judicial ao lado dos demais modelos legislativos havidos e previstos no art. 59 da Lei Magna.

É que o exercício da representação popular direta, ou pelo representante eleito e que tem o compromisso político-partidário e social, está sendo restringido.

Em efeito. O cidadão não terá como participar, direta ou indiretamente, da elaboração da norma contida na súmula, vendo-se marginal do processo de sua formação e positividade, e sendo-lhe retirado, assim, um dos direitos fundamentais, qual seja, o de poder vir a participar diretamente, até, pela iniciativa popular, do processo de sua elaboração.

Note-se que mesmo para a medida provisória, que tem a sua previsão constitucional no art. 59 da Constituição da República, firma-se a sua remessa ao Congresso Nacional, exatamente por se ter ali o foro próprio e democrático do amplo debate da formação do Direito. Sem a apreciação, votação e aprovação do Congresso Nacional, a medida provisória é rejeitada, retirada do mundo jurídico e desfeitas as consequências por ela provocadas.

Mais ainda, é de se notar que a exceção posta no sistema para a formação de norma “com força de lei”, como se tem na espécie da medida provisória, tem condicionantes constitucionais específicas e insuplantáveis.

Ao contrário de todos os princípios e direitos políticos fundamentais postos no sistema constitucional, a instituição da “súmula vinculante” não tem a) a fonte legítima da representação popular; b) o respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do Direito (art. 14); c) a garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo (arts. 59 e seguintes) para a criação de norma jurídica.

A “quase-normatividade” da súmula da

jurisprudência predominante, hoje encontrada no sistema jurídico, teria sido substituída com a “normatividade e definitividade” que o próprio Victor Nunes Leal, autor da idéia e instituidor da figura, não aceitou quando de sua obra.

b) Mais grave, contudo, é a “súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

É que a esse órgão máximo do Poder Judiciário da República compete “precipuamente a guarda da Constituição” (art. 102).

O objeto, pois, do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal é exatamente a matéria constitucional. Como a súmula terá, na fórmula proposta, vinculatividade, obrigatoriedade e definitividade, ela não terá, quando editada pelo STF, “força de lei”, mas “força de norma constitucional”.

Ocorre que a própria Constituição, no resguardo de sua garantia, fixou que ao Poder Judiciário compete uma das atuações que a salvaguarda de atentados e de fraudes, qual seja, a de exercício do controle da constitucionalidade. Entrega-se, contudo, a outro dos poderes do Estado, e ainda assim por um processo específico e rígido, o processo de sua modificação, qual seja, a emenda constitucional pela qual se veicula a sua reforma. Essa é controlada em sua correção e validade pelo Poder Judiciário, que não é e nem pode ser autor de modificação constitucional formal (sendo certo e aceitável que a mutação constitucional pode-se dar pela interpretação levada a cabo pelos órgãos desse Poder).

Com a introdução da “súmula vinculante do STF” no sistema constitucional, o que é uma mutação constitucional (mudança informal pela via da interpretação), passa a ser reforma constitucional, vale dizer, mudança formal, pois a interpretação se converterá, então, em norma de vigor constitucional em razão da matéria e do órgão judicial da qual emana, a saber, o Supremo Tribunal Federal.

Para a modificação dessa norma, apenas a emenda constitucional poderá sobrevir. E essa não apenas tem competência única no sistema hoje adotado no Brasil, como tem um processo de elaboração previamente traçado no art. 60 da Lei Fundamental da República.

Nesse sentido, ter-se-á inovado o sistema constitucional com uma transformação maior do que se pretendia anotar numa primeira análise, pois o cidadão não será apenas excluí-

do da criação de norma legal, mas de norma constitucional...

O Supremo Tribunal Federal terá sido erigido à condição de órgão reformador da Constituição, com a possibilidade de criar normas constitucionais, sem participação alguma do cidadão, sem possibilidade alguma sequer de sua mudança pelo processo legislativo infraconstitucional.

c) A finalidade que se afirma ser a buscada com a adoção do instituto da “súmula vinculante” é a de diminuição do serviço dos tribunais, especialmente os superiores.

Ocorre que, se há uma plethora de recursos extraordinários que têm como fundamento ou argumento o descumprimento de norma constitucional e se a súmula é o instrumento de uma norma que precisa ter o seu controle aperfeiçoado, há que se dotar o cidadão da possibilidade de ir ao Poder Judiciário contra a lesão ou ameaça que para ele decorra do seu desacato, como se dá com qualquer outra norma. Nem poderia ser diferente, aliás, por força do disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Ciente de tal condição, a própria minuta de Parecer sobre a Proposta de Reforma Constitucional nº 96/92 introduz uma nova competência do Supremo Tribunal Federal, e que se estenderá a outros órgãos do Poder Judiciário encarregados de editar “súmula vinculante”: cuida-se da “reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões e *súmulas vinculantes*”.

Se a finalidade é diminuir, desbastar os tribunais do excesso, a súmula vinculante é o único fator e verdadeiro fator voltado à garantia desse resultado?

A “súmula vinculante” torna o Poder Judiciário não mais apenas autor de uma pretensa “paraleglação”, a que se referia José Pereira Lira, mas autor de uma “legislação”.

A questão que aqui se põe é: não haveria aqui uma ruptura do princípio da separação dos poderes adotado no art. 2º da Constituição da República, o qual, por caracterizar em seu fundamento a matriz do modelo democrático acolhido, dota-se de uma super-rigidez que não pode ser abolido sequer por emenda constitucional (art. 60, § 4º, III)?

Críticas constantes e contundentes têm sido feitas quanto às medidas provisórias, quer pelo abuso cometido no curso destes oito anos de vigência da Constituição de 1988, quer pela sua natureza dita mais “parlamentarista” que

presidencialista, e que de alguma forma atinge o coração daquele princípio da separação de poderes. O que dizer então da “súmula vinculante”, que não constituiu objeto de acolhimento do constituinte originário de 87/88 e permite a um dos poderes passar a criar as normas que serão por ele mesmo aplicadas nos casos concretos? Como conciliar tal situação com o princípio que está na base do modelo constitucional brasileiro e que não pode ser alterado pelo constituinte reformador?

Mais ainda. O Poder Judiciário tem como característica de sua função fundamental de julgar a necessidade de ser provocado.

No caso da competência para editar “súmula vinculante”, entretanto, ele poderá atuar independentemente de qualquer provocação, quebrando-se, assim, não apenas a sua natureza, hoje adotada, de agir quando convocado por membro da sociedade, mas a condição constitucional da forma de seu exercício.

É de se examinar, ainda, um outro ponto nodular do sistema constitucional sujeito a substancial alteração com o advento da “súmula vinculante”. Cuida-se da sua criação e da conciliação de seus efeitos com os princípios e garantias fundamentais que configuram o estatuto constitucional da magistratura nacional.

Positivada a súmula como norma vinculante e vinculada para o magistrado, teria sido relativizada, por essa norma sumular, a sua independência ao julgar. É de se indagar se tanto pode ser admitido, por emenda constitucional, no sistema brasileiro.

O art. 95 da Constituição da República dispõe que os juízes gozam das seguintes garantias: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Tais garantias são postas para que o cidadão possa ter a segurança de ter a sua situação jurídica posta a exame e decisão de juízes que exercem o seu mister com independência. Para tanto, vê-se ele desembaraçado de submissão ao pensamento, raciocínio ou interpretação de outrem, caso em que já não mais se teria, na hipótese, independência, nem teria o juiz sequer de emitir juízo decisório, ficando apenas a repetir julgamento feito por outro órgão judicial e aplicável à causa. Esse órgão, contudo, estaria julgando sem o acesso aos dados de cada ação.

Nem a matéria é inédita nos debates havidos sobre o tema no Brasil, nem a sua solução foi, até o presente, aceita na maneira que ora se propõe.

O caso mais divulgado e consagrado quanto à interpretação vinculante imposta ao magistrado teve lugar no início da República, e nele atuou como advogado, em defesa do juiz e da sua independência necessária à garantia dos direitos dos jurisdicionados, Ruy Barbosa, que considerou criado – se prevalecesse a vinculação imposta então e submetida a julgamento – o “crime de hermenêutica”.

Em 1895, lei estadual do Rio Grande do Sul deixou de ser aplicada pelo juiz Alcides de Mendonça Lima, que foi, por isso, denunciado e julgado.

Na oportunidade da defesa, asseverava Ruy Barbosa que

“não era só a defesa de um magistrado que neste rápido improviso se empreende, mas a dos dois elementos que, no seio das nações modernas, constituem a alma e o nervo da Liberdade: o Júri e a independência da magistratura”.

Noticiando tal julgamento, Edgard Costa assinala que, “na segunda parte das suas razões – que intitulou ‘*novum crimen e o crime de hermenêutica*’ –... desenvolveu Ruy a defesa da atitude do juiz recorrente...”. Coube ao maior advogado brasileiro naquela defesa alegar:

“Se o tribunal reprova a decisão inferior, – qual o corretivo do erro cometido pelo magistrado inferior? A reforma da sentença? Ou a punição do juiz? Se, além da reforma da sentença, se houvesse de proceder a acusação do magistrado, uma jurisprudência tal negaria à consciência do juiz singular os direitos, que reconhece, no seu próprio seio, a todos os seus membros.... Não há delicto de interpretação. Por interpretação injurídica só é responsável o juiz quando ela ferir *disposição literal*; e, ainda nesse caso, não é o *erro*, que se reprime, é o *dolo*, a saber: a sentença dada por afeição, ódio, contempção ou para promover interesse pessoal seu. ... A teoria do Superior Tribunal do Rio Grande convertia o dissídio entre os julgadores em crime, para os membros da minoria vencida, ou para os magistrados inferiores, na escala da autoridade judiciária. E o delicto, então, resulta simplesmente de estar em minoria a opinião estigmatizada, ou exercer o acusado a sua jurisdição numa instância menos alta. Nunca se atribuiu, em parte

nenhuma, à magistratura este gênero de responsabilidade.”⁹

Tal como previa e temia Ruy Barbosa, a Proposta de Reforma Constitucional em questão *cria o crime de hermenêutica*. Fosse pouco a sua criação constitucional – pois é a própria norma proposta que tipifica a conduta do magistrado como apenável nos termos ali fixados –, ainda se estende a toda a Administração Pública o seu acatamento sem possibilidade de discutir a súmula vinculante e a sua validade.

Do crime de hermenêutica ao crime da liberdade é um passo.

Se ao próprio membro do Poder Judiciário, ao qual se atribui a competência para interpretar e aplicar a norma, retira-se tal garantia e impõe-se o acatamento da norma sumular, impondo-lhe que não exerça nenhuma liberdade de interpretação, quem está garantido que amanhã não será tipificado como crime também a liberdade do cidadão de pensar sobre outro tema, especialmente aquele jurídico-constitucional? E a quem, senão aos onze ministros do Supremo Tribunal Federal, terá sido então garantido efetivamente o exercício da liberdade?

Note-se que o que se tem com a “súmula vinculante” não é uma restrição, é a exclusão da independência do magistrado, pois não é sobre matérias afetas exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal que se impõe o não-pensar em interpretação diversa, mas a qualquer matéria que seja submetida ao seu julgamento.

Ao contrário da maior facilidade do trabalho da jurisprudência, pretendida com a criação da súmula, o que se busca com a súmula vinculante é a supressão da jurisprudência criadora atingida pelo silêncio imposto ao juiz.

Para se evitar tal silêncio subserviente e dependente, que se imporia ao magistrado com a súmula da jurisprudência predominante, é que Prado Kelly enfatizava que “o rigor da emenda aprovada a 28.8/1963 foi mitigado, na prática, pelo cômputo dos votos dissidentes na assentada de julgamento das espécies em que tenha lugar invocação da Súmula. *Nem poderia ser de outro modo, pois então estaria vulnerada a competência constitucional dos membros de colégio judiciário, como a desta elevada instância para*

‘julgar’, segundo a sua consciência, os feitos que lhes são submetidos”.¹⁰

Julgar impõe decidir. A “súmula vinculante” impede a decisão do magistrado. Ele não mais pode decidir, porquanto decidida terá sido a matéria previamente pelo órgão judiciário superior e contra ela não poderá ele atuar, mesmo se a sua consciência jurídica assim o determinar, pena de responder por isso.

Victor Nunes Leal acentuou, sempre, como antes visto, que “a ‘súmula’ não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência...”¹¹

No mesmo sentido, adverte Evandro Lins e Silva que

“Na verdade, a Súmula é um valioso elemento de persuasão, mas não obriga nem vincula nem mesmo os juízes de Primeiro Grau.... A Súmula não é lei e não pode ter força vinculante para os demais órgãos de qualquer grau de jurisdição subordinados ao Tribunal. Salvo o Supremo Tribunal Federal, que pode julgar, em tese, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, nenhum outro tribunal pode julgar, em *tese ou previamente*, questões que ainda se encontram em outras instâncias. Sua competência só se afirma no momento em que a causa lhe é aforada. Os tribunais têm competência originária e recursal definida na Constituição.... Parece claro que o Regimento (de que faz parte a Súmula) não pode ter essa força impositiva. Só a lei.”¹²

Também quanto aos direitos fundamentais do indivíduo, haverá repercussões pela introdução do instituto da “súmula vinculante”, se for o caso ou se a tanto se chegar.

A Constituição da República expressa como um dos direitos fundamentais individuais e coletivos o da jurisdição. Nem é esse, aliás, reconhecido apenas no Direito interno.

O art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem, afirmada pela ONU, em 1948, estabelece:

¹⁰ KELLY, Prado. *Enciclopédia Saraiva*. p. 315 : Súmula I.

¹¹ LEAL, op. cit., p. 295.

¹² SILVA, Evandro Lins e. A questão do efeito vinculante. *Revista do Conselho Federal da OAB*, n. 61, p. 54.

“Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja ouvida equitativamente e publicamente por um tribunal independente e imparcial, que decidirá seja de seus direitos e obrigações, seja da legitimidade de toda acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

O art. 5º da Constituição da República dispõe que “a lei não excluirá da *apreciação* do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV); “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV).

A apreciação da lesão ou ameaça a direito alegada pela pessoa e encaminhada ao Poder Judiciário não se aperfeiçoa pela única repetição de uma decisão, independentemente do exame e julgamento de razões e fundamentos alegados pela parte. A *apreciação* não é mera referência constitucional, é direito fundamental individual e coletivo. E, se sobrevier a “súmula vinculante”, ao magistrado estará vedada a *apreciação* no sentido largo previsto constitucionalmente, pois, independentemente do quanto ele aprecie, segundo tal apreciação não poderá ele, livremente, emitir qualquer julgamento quando destoe a sua conclusão do quanto sumulado.

Note-se que a independência do magistrado, posta na base do sistema constitucional adotado, encontra o seu fundamento mais nobre no direito fundamental do acesso à Justiça constitucionalmente assegurado. Tolhida aquela, restrito estará esse. Compatível com o preceito do art. 60, § 4º, IV, da Constituição essa definição assim feita?

Poder-se-ia talvez pretender afirmar que o “efeito vinculante” outorgado, constitucionalmente, à decisão do Supremo Tribunal Federal nas decisões emitidas na Ação Declaratória de Constitucionalidade e tido como válido por esse mesmo Tribunal é um antecedente da “súmula vinculante”.

Assim não me parece, porque a competência para o julgamento da matéria constitucional em abstrato (quer pela ação direta de inconstitucionalidade, quer pela ação declaratória de constitucionalidade) é exclusivamente outorgada (e a primeira o foi pelo próprio constituinte originário de 87/88) ao Supremo Tribunal Federal. Não se altera competência dos demais

magistrados, nem eles se acham tolhidos, porque não há norma criada, como se teria com a “súmula vinculante”, mas uma decisão judicial em matéria de competência exclusiva do próprio Tribunal. A ele compete “precipuamente a guarda da Constituição”, na forma ditada no art. 102.

Não há confusão, na natureza, entre o efeito vinculante “para os demais órgãos do Poder Judiciário” dado à decisão exarada na Ação Declaratória de Constitucionalidade e a “súmula vinculante”, que agora se pretende instituir.

Tem-se afirmado, freqüentemente, que a “súmula vinculante” é uma alternativa para “a crise do Poder Judiciário”. O que aqui se apelida “a crise” é, basicamente, o excesso de processos que se amontoam principalmente nos Tribunais Superiores e impedem o julgamento constitucionalmente garantido a todos. De resto, na plethora de processos que são conduzidos às instâncias superiores, e na estrutura por elas ostentada e com a qual não conseguem fazer face à demanda social, não se tem, efetivamente, o cumprimento daquele direito constitucional a que a lesão e ameaça a direitos sejam apreciadas pelo Poder Judiciário. Acaba-se por não se ter apreciação nesses casos, mas decisão que se impõe e que, ainda assim, pela mora em sua emissão, compromete o sentido da Justiça desejada e a confiança e respeito às instituições.

A questão da validade, inclusive operacional e não apenas jurídica, da “súmula vinculante” passa por uma indagação prévia, a saber, a “súmula vinculante”, tal como se contém na Proposta ora em questão, é uma solução válida, eficaz e eficiente para o problema do excesso de serviço dos Tribunais Superiores? Principalmente, se o for, a “súmula vinculante” é a única alternativa para aquele problema? E, supondo-se que a primeira resposta venha a ser positiva, de sua adoção não podem advir outros e mais graves problemas, como o do cerceamento do direito do indivíduo de ter acesso à Justiça?

a) Quanto à primeira indagação, como antes já afirmado, não se tem como certo seja a “súmula vinculante” uma resposta definitiva à questão do excesso de serviço.

Não representa “solução” para problema de “excesso de serviço” extinguir-se o serviço para aqueles que o pleiteiam...

De resto, mister é que se enfatizem dois pontos que têm sido reiterados em nossa história: o primeiro é aquele que demonstra que sempre que cresce a cidadania ou estendem-se os direitos do cidadão (e o direito de se ter assegurado o acesso à Justiça é uma demonstração da vitalidade da cidadania) no Brasil, e sempre que isso acarreta uma maior efetividade da busca pelo direito, ampliando-se a necessidade de atuação responsável e eficaz do Estado, alega-se uma sobrecarga de serviços que o poder público não teria estrutura para assumir, pelo que se busca restringir esse exercício ao invés de se ampliarem as possibilidades de prestação do serviço jurisdicional pelo Estado.

Esse tem sido um triste ponto repetido em nossa história: sempre que cresce a cidadania, e isso implica desempenho igualmente maior por parte do Estado, ao invés de repensar-se o Estado em sua forma de atuação, de modo a alargá-lo para atender à demanda social, procura-se, sempre, manter a mesma estrutura do Estado e (para fazer face à “crise” provocada pelo aumento da demanda) diminuir o cidadão.

Isso não é solução de crise. Isso é extermínio de direitos.

O cidadão brasileiro vai muito pouco a juízo.

Quem abusa dos meios de indagação judicial e de pleitos repetidos não é o cidadão, mas o próprio Estado. É a ele que se deve dirigir a solução, é contra os excessos não de demanda do Poder Judiciário, mas de pedidos e recursos do Poder Executivo especialmente que se tem de orientar.

A “súmula vinculante” constrange mais o cidadão que a própria entidade pública, pois este, mesmo que se veja impedido de questionar a decisão judicial, pode praticar novos atos com outra roupagem que venham a ter de ser objeto de demanda judicial.

Daí por que, à primeira indagação, é de se responder negativamente. Não é a “súmula vinculante” uma resposta eficaz socialmente para a denominada “crise (do excesso de serviço) do Poder Judiciário” para os brasileiros, mas uma amputação de possibilidades judiciais que se deve voltar, direta e objetivamente, ao próprio Poder do Estado.

b) À segunda indagação – e sobre não ser a “súmula vinculante” uma garantida solução para o excesso de serviço –, é de se verificar se ela seria “a única solução” havida para a questão.

É de se trazer a voz do próprio autor da súmula da jurisprudência predominante, Ministro Victor Nunes Leal, quando verberava, candente, que

“... a missão relevantíssima que ao STF incumbe, para dar maior agilidade e desafogo ao seu serviço, não se esgota nas normas que venha a receber, passivamente, do Congresso. Nem isso é hoje necessário... Não cabe, aqui, sequer, a enumeração de algumas providências que, tomadas por ele, teriam imediata difusão sobre toda a estrutura judiciária. Recorde-se, contudo, além da computação eletrônica..., a urgente necessidade de manter sempre atualizado um índice dos temas jurídicos pendentes no STF. Por ele, seu Presidente e os Presidentes das Turmas poderão, com os demais Ministros, programar as pautas das sessões. E assim se conseguiria muito maior produtividade, qualitativa e quantitativamente, pela proximidade do julgamento de temas congêneres.

A retomada da atualização da “Súmula” é outra tarefa inadiável para a qual... me aventuro a proclamar...”¹³

No último decênio não houve, no Supremo Tribunal Federal, atualização das súmulas da jurisprudência predominante. Por que, então, se chegar diretamente à “súmula vinculante”?

b.1 - Ademais, a solução da denominada “crise (por excesso de serviço) do Poder Judiciário” não se inicia, nem termina nos Tribunais Superiores, únicos dotados de competência, segundo a Proposta de emenda constitucional, para editar a “súmula vinculante”.

O Poder Judiciário tem o seu papel mais intenso nas instâncias inferiores e a “súmula vinculante” configura para esses apenas um “cabresto normativo”, que não impede que o juiz tenha de atuar, ainda que apenas como um repetidor de decisão alheia.

b.2 - Principalmente, é de se observar que, para se chegar à solução das repetições de ações que se acumulam nos Tribunais Superiores e que têm como principal provocador o Estado, as hipóteses seriam:

a) de se revogar decreto expedido ainda no Governo Médici (Decreto nº 73.529, de 21 de janeiro de 1974), pelo qual se obrigou a entidade pública a não

¹³ LEAL, op. cit., p. 299.

estender a outros casos pendentes de decisão administrativa o que judicialmente tinha sido julgado quanto a um interessado, e

b) de modificar-se a definição processual de coisa julgada, por meio de norma infraconstitucional, pela introdução de um parágrafo ao art. 468 do Código de Processo Civil, pelo qual se estabeleça que a decisão judicial tem força de lei extensiva aos demais casos em que seja parte a pessoa jurídica que componha Administração Pública Direta ou Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para a qual já tenha o Poder Judiciário decidido, terminativamente, a matéria e deliberado sobre os fundamentos apresentados.

Note-se que tal norma atingiria inclusive os atos do Poder Público emanados do Poder Legislativo de qualquer das entidades, quando fossem eles exarados no exercício de função administrativa, o que está sendo deixado ressaltado de controle judicial pela Proposta de Emenda Constitucional quanto às “súmulas vinculantes”.

b.3 - O aumento do número de magistrados nos Tribunais Superiores, exceção feita exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, por sua competência de “guarda da Constituição”, o que demanda uma unidade difícil de se chegar com número muito grande de juristas, é uma alternativa para a maior eficiência do serviço judicial.

A manutenção de um número de magistrados, nos órgãos colegiados, inferior ao que faria face à demanda é um embaraço para a presteza maior do serviço judicial. O aumento desse número como uma, conquanto não, evidentemente, única, alternativa para a celeridade do serviço judicial faz-se necessário e teria de ser adotado antes de se partir para solução como a da “súmula vinculante”.

b.4 - A especialização de varas e turmas nas diferentes instâncias e órgãos do Poder Judiciário impõe-se também e pode conduzir a um melhor aproveitamento e eficiência dos magistrados.

A gama de disciplinas e matérias cuidadas pelo Direito, na atualidade, impede que alguém possa ter igual agilidade intelectual e profissional em qualquer tema submetido a seu juízo, mormente na qualidade de julgador de uma causa, o que importa em solução de problemas de vidas humanas.

Assim, quanto mais afeito, em profundidade, ao tema trazido a seu conhecimento, mais o magistrado poderá entrever melhores e mais rápidos resultados em seu compromisso judicial.

b.5 - A criação dos juizados especiais, e o seu aprimoramento à medida que a experiência for demonstrando os pontos de aperfeiçoamento, é uma das alternativas a se apegar.

b.6 - A diminuição dos períodos de férias forenses ou o revezamento de turmas, câmaras e juízes nesses períodos, com competência para dar seguimento contínuo ao serviço judicial, impõe-se, igualmente, como uma das alternativas para a rapidez das soluções.

O serviço público tem, na continuidade de sua prestação, uma de suas características predominantes.

A jurisdição é o único serviço público que tem o seu aparelho estatal paralisado durante um período longo – sessenta dias no ano –, o que é causa de morosidade.

Sessenta dias sem audiência – ressalvados os casos especiais definidos legalmente – modifica a natureza e os efeitos da prestação judicial inutilmente.

b.7 - Finalmente, muito há a fazer, ainda, na legislação processual brasileira, que perdeu a sua finalidade de modo de fazer para dar segurança jurídica e passou a se configurar em modo de criar a insegurança jurídica, tantos e tamanhos os seus meandros e melindres a que pode conduzir em sua aplicação.

5. Conclusão

A “crise do Poder Judiciário” tem muito pouco de atual. E a ninguém é dado pensar que ela começa e termina no “excesso de serviço judicial”, conquanto esse seja um ponto de inegável problema para a eficiente prestação da jurisdição.

A adoção de “súmula vinculante” rompe a tradição constitucional republicana brasileira e os princípios constitucionais atuais brasileiros, tolhe direitos dos cidadãos, compromete o princípio da legitimidade democrática e o princípio da separação de poderes, segundo o modelo adotado na Lei Fundamental da República, afronta o princípio da independência do juiz, sem o qual o direito fundamental à jurisdição vê-se restringido, e não é dada como certa para a correção de rumos na eficiente e tempestiva prestação jurisdicional que é buscada.

O Poder Judiciário é, hoje, o baluarte das garantias constitucionais fundamentais. Sem o juiz, ao qual se confiar a garantia contra as lesões e ameaças praticadas, todos os direitos são ilusões legais.

Tanto quanto ao cidadão, a “súmula vinculante” compromete, enrijece e tolhe o próprio Poder Judiciário, tomado na inteireza de sua composição. O momento é de crescimento

responsável do Poder Judiciário, não de seu tolhimento. O momento é de cidadania, não de mordação. A Justiça, tenho dito, fala pelo juiz. Calar o magistrado é silenciar o homem. O bom juiz, disse antes, mal abre a voz, a Justiça fala. A “súmula vinculante” é, no Direito, o “silêncio obsequioso” imposto nas religiões sem democracia. E o momento não é dos mudos. A palavra é a senha do Direito. O silêncio, a sua morte.

Conflito possessório e positivismo ético

O agente público em face da decisão ilegal

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

*“Sabemos contar mentiras que
passam por verdade, e quando queremos
sabemos dizer verdades também.
Assim falaram as filhas de Zeus
mestras em jogar com palavras.”*

Hesíodo (Teogonia)

SUMÁRIO

1. Objeto deste estudo. 2. O problema da ordem ilegal no plano do Direito Administrativo. 3. Problemas da norma e da sentença ilegal. 4. A inexecução, por parte de agente público, da decisão ilegal. 5. Obedecer, cumprir, executar. 6. Democracia e pessoa humana.

1. Objeto deste estudo

No campo e na cidade, o Brasil vive uma aguda desigualdade social. A crescente concentração de riqueza tem gerado massas de excluídos, pessoas sem trabalho, sem moradia e sem terra.

Esses fatos têm-nos levado a refletir, no campo jurídico-dogmático, sobre a posse e sua proteção. Não obstante, crendo que o arcabouço legal brasileiro oferece proteção suficiente a essas pessoas (*A nova proteção possessória*, 2º Congresso Internacional de Direito Alternativo; Direito à moradia, *RIL* n. 127, p. 49), temos estudado e proposto novas medidas legais, que contribuam para soluções mais justas nos conflitos possessórios (*Seminário sobre direito agrário*, Câmara dos Deputados, julho de 1996). E temos assistido, impotentes, à execução de sentenças judiciais proferidas ou consumadas contra a lei, vitimando posseiros rurais ou urbanos.

Sérgio Sérvulo da Cunha é Advogado.

A crônica judiciária vem contabilizando grande número dessas violações e denunciando o comprometimento do Judiciário, não só em face de uma ordem social injusta, mas em face das próprias normas de direito material e ao devido processo legal, a dano do pobre.

Por isso, peço licença para debater um tema que mais pertence ao terreno da ética.

Quero discutir, aqui, a seguinte questão: a pessoa a quem, em razão de ofício público, cabe executar decisão judicial ilegal está autorizada a não fazê-lo? A título de conseqüência, põe-se também, secundariamente, outra questão: essa pessoa é obrigada a esclarecer-se sobre a legalidade das decisões que precisa executar?

Vejam que não se trata do direito de resistência nem da desobediência civil, mas da inexecução, por parte de servidor público, de uma decisão ilegal.

Creio que a maioria – senão praticamente a unanimidade das pessoas, e com mais razão as que possuem instrução jurídica – responderá, sem hesitar, com um redondo “não”. Mais do que isso, há de considerar ambas as perguntas como absolutamente descabidas. Como assinala Dalmo Dallari, em seu precioso opúsculo sobre “O poder dos juízes” (Saraiva : São Paulo, 1996), tornou-se lugar-comum o dito: “decisão judicial não se discute, cumpre-se”. Antes mesmo que o cérebro comece a elaborar a resposta ortodoxa (a desobediência às decisões judiciais violaria o princípio da convivência e da ordem social), fere-nos a sensibilidade a carga anárquica da indagação: seria subversivo subordinar a eficácia da coisa julgada, da decisão tomada pela autoridade legalmente e tecnicamente competente, à instância subjetiva e atécnica de um agente executivo?

Não obstante, estou convencido de ser afirmativa a resposta a ambas as perguntas. E, seja com o propósito de ser dissuadido caso não consiga convencê-lo, seja com o propósito de conseguir sua adesão ao meu ponto de vista, peço-lhe que acompanhe este raciocínio.

2. O problema da ordem ilegal no plano do Direito Administrativo

Quando questão idêntica se apresentou no campo do Direito Administrativo, suscitou, de início, a mesma repugnância: como seria possível, ao subalterno, desobedecer à ordem de seu superior hierárquico, alegando sua pretensa ilegalidade?

Até bem pouco tempo, aliás, ainda havia quem partilhasse, na doutrina, dessa estranheza. O grande administrativista Marcello Caetano, por exemplo, que sucedeu a Oliveira Salazar no governo de Portugal antes da Revolução dos Cravos, assim dissertava a respeito:

“A corrente hierárquica sustenta que o funcionário não pode nem deve apreciar a legalidade da ordem recebida. A diferenciação entre superiores e subalternos existe, justamente, para que os primeiros ordenem, definindo o que os segundos têm de fazer a fim de desempenharem a sua obrigação de serviço. Se estes pudessem sobrepor o seu critério ao dos superiores, discutir as ordens recebidas e executá-las ou não, segundo a interpretação que dessem à lei, seria destruída a ordem hierárquica. Quando muito, o subalterno, se duvidar da legalidade de uma ordem, poderá representar respeitosamente sobre essa dúvida ao superior; mas, caso a ordem seja reiterada, terá de a cumprir.” (*Manual de Direito Administrativo*. Coimbra : Almedina, v. 2, p. 732.)

Esse ponto de vista foi, evidentemente, superado. Porque, se a autoridade administrativa não pode, por si mesma, praticar ilegalidade, também não pode praticá-la com o concurso do subordinado, nem utilizar, para sua prática, o subordinado.

Com base em inúmeras decisões judiciais, entende-se hoje, no Direito brasileiro, que o funcionário público não está obrigado a obedecer à ordem ilegal (v. os arts. 194-VII do anterior estatuto dos funcionários civis da União – Lei nº 1.711/52 – e 116-IV do atual estatuto, a Lei nº 8.112/90), assim como ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O funcionário ou particular que dá curso a ordem ilegal assume-lhe a responsabilidade, juntamente com quem a emitiu, não tendo a seu favor a dirimente do exercício regular de direito ou do estrito cumprimento do dever legal, de que tratam os arts. 160-I do Código Civil e 23-III do Código Penal.

Conseqüentemente, se o subalterno que lhe dá curso torna-se também responsável pela ordem ilegal, tem o direito e o dever de esclarecer-se sobre a legalidade dessa ordem. É grande, aliás, seu interesse em informar-se sobre a legalidade das ordens que executa, a fim de não ser responsabilizado juntamente com

quem ordena. Sob esse aspecto, o Direito desempenha relevante função ética; o funcionário, não sendo uma peça mecânica, deve assumir plenamente os riscos de sua condição humana: nenhum pode acomodar-se sob o manto da decisão superior. Esse risco não é desprezível: se o funcionário desobedece à ordem que lhe parece ilegal, precisa estar preparado para demonstrar ou fazer com que se demonstre essa ilegalidade, sob pena de sofrer a respectiva sanção administrativa ou penal.

Dois fatores político-históricos contribuíram, na idade moderna, para o estabelecimento dessa licença, por parte do encarregado de cumprir uma ordem administrativa. O primeiro desses fatores foi a instauração da tripartição dos poderes e a adoção do princípio da legalidade. A conformidade com a lei tornou-se, a partir daí, padrão de comportamento da administração pública. Antes disso era inimaginável aquela faculdade por parte do subordinado, não só pela sacralidade da autoridade, mas porque na coroa se concentrava a integralidade da soberania. Decisão do rei, qualquer que fosse, não se discutia; devia ser cumprida.

3. Problemas da norma e da sentença ilegal

Nas democracias modernas, porém, não são apenas os atos administrativos que sofrem controle mediante seu cotejo com a norma legal. Com a constitucionalização, fixou-se um novo patamar no controle dos atos do poder público, passando-se a confrontar os próprios atos legislativos com um padrão superior, estabelecido na Lei Fundamental.

A crítica demolidora ao Executivo, que desaguou na República, concentrou-se modernamente sobre o Legislativo como objeto de suspeita. A presunção de que o legislador age movido pelo interesse geral e de que a norma legal corresponde à objetivação da justiça cede à experiência da corrupção dos parlamentos e de sua exposição a grupos de pressão.

A Constituição, por isso, consagra o Judiciário – como poder presumivelmente neutro – como apto a controlar a atividade do Executivo e do Legislativo, abrindo-lhe uma pauta larga de comportamento, na medida em que subordina a aplicação da lei à consecução de obje-

tivos programáticos, dos quais o principal é a realização da justiça (Constituição brasileira, preâmbulo e art. 3º).

Entretanto, não há corretivo, no ordenamento jurídico moderno, para a atuação do juiz iníquo, a não ser no duplo grau de jurisdição.

Precária garantia, se as liminares, cautelares e antecipatórias chegam à instância superior, como fatos consumados; se houver, nos tribunais, uma política de dissuasão de recursos; se os regimentos, o volume de serviço e a praxe fizerem repousar, sobre o relator, a responsabilidade das decisões colegiadas; e se os tribunais participarem dos preconceitos político-ideológicos da primeira instância.

Esses são fatores que tornam compreensível – dada a permeabilidade entre o Judiciário e os poderes locais – a instituição, no Brasil, de uma terceira instância federalizada, à qual acorre quem pode, na esperança de obter justiça.

Nessa evolução histórica que sai do Executivo, passa pelo Legislativo, e chega ao Judiciário, é impossível a progressão ao infinito. No Estado democrático de direito, qualquer instituição que se criasse para julgar as decisões do Judiciário estaria exercendo, ao fazê-lo, função judicial. E há de haver forçosamente uma instância judicial soberana que ponha termo às controvérsias.

Entretanto, quando críticos do Judiciário dizem que juízes e desembargadores agem como se tivessem o rei na barriga, não chegam a perceber que o rei de fato está ali dentro, inseminado pelo ordenamento e pela cultura jurídica. Foi esse ordenamento que conferiu ao juiz os atributos majestáticos da soberania, da vitaliciedade e da irresponsabilidade. Pouco falta, assim – talvez a veste augusta, talvez a restauração do crime de lesa-majestade (que se poderia chamar desobediência, atentado contra a dignidade da justiça, ou *contempt of court*), ou talvez a criação pretoriana da hereditariedade –, para que o juiz seja, de fato, rei.

4. A inexecução, por parte de agente público, da decisão ilegal

Transporto, agora, para o plano da decisão judicial e sua execução, o mesmo argumento que utilizei, acima, com relação à ordem administrativa: se o juiz não pode, por si mesmo, proferir decisão ilegal, executar deci-

são ilegal, ou executar de modo ilegal uma decisão legal, também não pode utilizar, com esse objetivo, a pessoa de servidor público.

Prevejo a objeção, prática, a esse argumento teoricamente irrefutável: o cerne do problema não é esse, mas consiste exatamente na caracterização da ilegalidade; há presunção *juris et de jure* da legalidade da decisão judicial transitada em julgado; a coisa julgada faz do branco preto e do quadrado redondo.

Concedo. A objeção todavia, procedente sob o ponto de vista das necessidades práticas, não destrói a veracidade teórica do argumento. Imaginemos a hipótese de que a última instância judiciária, contra cujas decisões não cabe recurso, resolve deixar de fundamentá-las, ou que resolva determinada lide afirmando:

“estou consciente de que essa decisão agride a lei e a Constituição, mas decido assim porque acho politicamente conveniente, e decidido está”.

Não se trata, aliás, de hipótese de realização improvável. Sem maior pesquisa, ocorre-me imediatamente um exemplo: a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo relator o ministro Nelson Hungria, denegatória de mandato de segurança impetrado pelo Presidente Café Filho, licenciado da presidência por motivo de saúde e impedido, na seqüência, de reassumi-la por veto militar (essa decisão, ao menos, tem a virtude, um tanto rara entre nós, de não haver tergiversado).

Executam-se, pois, sem discussão, decisões judiciais ilegais, com a mesma resignação com que, no passado, obedecia-se a absurdas ordens régias. O juiz – diz o desembargador Márcio Pugina – é a única pessoa com alibi perfeito para infringir a lei.

Montesquieu afirmava que

“a extrema obediência pressupõe ignorância naquele que obedece; faz suspeitar também ignorância naquele que comanda; neste caso ele não terá de deliberar, de duvidar e nem de raciocinar; não deverá senão querer”.

A escrupulosa recomendação de Marcello Caetano, ao cabo do texto anteriormente reproduzido, faz-me imaginar uma carta, postada de algum lugar como Auchwitz, Dachau ou Treblinka:

“Sehr geherter Führer

(Prezado sr. Adolfo)

Têm-me assaltado dúvidas de

consciência sobre a legalidade da ordem, que me incumbe executar, de exterminar os judeus em câmaras de gás. Assim, respeitosamente, endereço-lhe a presente representação, assinalando, desde já, minha firme determinação no sentido de cumprir aquela ordem, caso seja confirmada”.

O mais espantoso é que Hitler – caso se dignasse responder a carta ao invés de mandar também desinfetar o argüente – poderia assegurar que seus atos eram legais. Era essa, aliás, a defesa dos criminosos de guerra em Nuremberg: que apenas prestavam obediência a ordens legais.

Sustento, assim, que é lícito recusar-se o servidor público a executar ou auxiliar a execução de decisão ilegal. E, mais, que ele tem o dever ético de recusar-se a executá-la. Há uma diferença evidente, todavia, entre essa situação e a do servidor que se nega a obedecer à ordem administrativa ilegal: é que, nesse caso, ele pode discutir a ilegalidade da ordem, perante instâncias administrativas ou judiciais. E, naquele, inexistente instância que, por sua provocação, possa rever a decisão ilegal. O preço de sua recusa pode ser punição administrativa ou penal.

Contra essa opinião, que sustento, parece levantar-se um formidável opositor: ninguém mais, ninguém menos do que Sócrates. É famoso seu diálogo com Críton, que lhe oferece a fuga para escapar da condenação à morte. O filósofo recusa firmemente, fundado na sua adesão ao pacto social: onde ficaria sua promessa de respeitar os julgamentos realizados pela justiça do Estado? A pátria é o que há de mais sagrado; ele não pode, sem contradição, furtar-se à aplicação do ordenamento segundo o qual seus pais se casaram, de acordo com o qual foi nutrido e educado. Fugir para salvar-se seria injusto, seria agir como um escravo e violar a promessa de submissão à lei, que alicerçou toda sua vida como cidadão.

Para os membros da elite ateniense, a democracia resultava, sem dúvida, de um pacto. Sócrates admite ser injusta sua condenação, mas considera ser mais injusto, para salvar sua vida, romper aquele pacto. Podemos, entretanto, duvidar de que ele se dispusesse a executar, contra outrem, uma condenação injusta. Pois não é sua a afirmação de que a praticar uma injustiça é preferível sofrê-la?

Estamos em condições, agora, de recuar ao

início deste trabalho. Note que a resposta à primeira questão não envolve o conceito de legalidade, como não envolveria o conceito de justiça caso de seu enunciado, em vez de “decisão judicial ilegal”, constasse “decisão judicial injusta”. Veja que, sob o ponto de vista ético, permanece o mesmo dilema caso a questão seja assim formulada: “pode o agente negar execução à decisão judicial de cuja ilegalidade está convencido?” Suposto que o agente não age levemente, que se esclareceu sobre a decisão e está honestamente convencido da sua ilegalidade, a resposta é afirmativa.

O agente executor, ou quem o auxilia, é obrigado eticamente, e também juridicamente, sob pena de responsabilidade, a conferir a legalidade da ordem que executa ou ajuda a executar; e obrigado a abster-se de executá-la, se a ordem for ilegal.

Não estou falando aqui da responsabilidade do Estado por atos ilegais dos seus agentes. Essa responsabilidade é objetiva e independente da culpa dos agentes, seja dos que emitiram a ordem ilegal, seja dos que a executaram, ou lhe auxiliaram a execução. Não é difícil imaginar hipóteses dessa responsabilidade do Estado; é o que acontece com a execução de decisões ilegais liminares, cautelares ou antecipatórias que venham a ser reformadas; ou de decisões ilegais transitadas em julgado, que venham a ser revistas ou rescindidas; ou nos casos de anistia e de leis retroativas.

Falo, em primeiro lugar, do encarregado de executar a ordem judicial, seja oficial de justiça, governador ou secretário de Estado. Não há, com relação a qualquer deles, ordem judicial que possam executar sem o respectivo mandado. O mandado é a primeira medida da legalidade; serve tanto ao executor quanto ao executado, e dá a necessidade de contrafé. Ao recebê-lo, deve o executor examinar suas características extrínsecas, como, por exemplo, se está assinado e se a assinatura é de autoridade judicial.

Às formalidades extrínsecas estão associadas algumas questões que, mesmo sendo de alta indagação, não escapam à esfera jurídica do executor. Por exemplo: a ordem foi emitida por autoridade competente? Sendo nula a decisão proferida por autoridade absolutamente incompetente, o servidor público deve negar-lhe execução; por isso está autorizado, qualquer que seja sua formação ou nível de instrução, a ir além do mandado, para cotejá-lo com a lei.

Esse juízo – a que se acha humana e

profissionalmente obrigado o executor da ordem – ultrapassa o exame das formalidades extrínsecas do mandado e de questões processuais como as indicadas acima: ele se estende ao próprio mérito da decisão, como espero agora demonstrar. Darei um exemplo bem flagrante de caso em que o servidor, após conferir o mandado e achá-lo correto, após examinar a ordem sob o prisma processual e entendê-la sem mácula, deve negar-lhe execução: é o caso de uma sentença de morte. Nenhum agente público brasileiro, vigente o atual ordenamento, executará sentença de morte, porque sabe não haver, para essa pena, previsão legal. Nenhum jurista sustentará que esse mandado ilegal deve ser executado.

Creio já estar demonstrada a tese de que ordens ilegais não devem ser executadas; de que o agente público responde pela sua execução; de que, por isso, tem a obrigação de examinar a legalidade das ordens que recebe e o direito de recusar execução às ilegais.

Alguém dirá: a) que o exemplo acima (pena de morte) é evidente demais; b) que não envolve interpretação; c) que não envolve apreciação sobre matéria de fato.

Respondo. Quanto a “a)”: a tese, portanto, está demonstrada ao menos com relação a todos os casos em que a ilegalidade for evidente, em que a ordem for, por exemplo, em vez de matar, de torturar; observe-se, porém, que a maior ou menor evidência depende da acuidade com que se vê; na ilegalidade não há graus: é tão ilegal a decisão que manda matar alguém quanto a liminar concedida contra posse velha, com mais de ano e dia. Quanto a “b)”: toda norma ou ordem implica interpretação. Quanto a “c)”: a tese, portanto, está demonstrada ao menos com relação a todos os casos em que a ilegalidade for evidente e envolva apenas questão de direito; contudo, pode haver decisões envolvendo questões de fato tão flagrantemente ilegais quanto as que envolvam questões de direito.

Resumindo e concluindo. Em todos os casos em que é possível responsabilizar o Estado por execução ilegal, há direito de recusa, por parte do executor. Mesmo quando inexistir responsabilidade do Estado, pode haver recusa justificada do executor: quando o exercício do ato não se contém na esfera de atribuições do seu cargo; quando ele argúi objeção de consciência. Podemos, com efeito, imaginar um país onde se considerem legais a pena de morte e a tortura; inexistir violência que – sendo horrenda e

criminosa quando cometida por particular – não tenha sido já exercida pelo Estado. Não cabe portanto ao particular, de quem o poder público exija a prática de violência, o ônus de demonstrar a liceidade de sua recusa.

Algumas autoridades policiais pretendem lavar as mãos, alegando que, em casos de requisição de força policial pelo juiz, são meros auxiliares do oficial de justiça, a quem compete a execução. Por isso, estariam dispensadas até mesmo de conferir o mandato, cabendo-lhes exclusivamente atender às orientações do oficial de justiça. Sofisma. O oficial de justiça, na execução da ordem, não tem maior arbítrio que o juiz, cuja ordem executa. Se o juiz precisa fundamentar suas decisões, cabe ao oficial de justiça justificar seus atos, mediante a exibição do mandato, tanto ao executado quanto aos auxiliares da execução. Mesmo porque é a esses mesmos policiais, auxiliares da execução, que o executado deve pedir proteção contra o arbítrio do oficial de justiça. Em ações possessórias, esses são delitos habituais, praticados por oficial de justiça com apoio de força policial: extensão da execução a áreas contíguas, destruição de moradias, de benfeitorias, de plantações. Como o juiz nunca acompanha a execução de sua ordem, o real executor é o grileiro, de quem o oficial de justiça e a força policial agem, nesses casos, como auxiliares.

Não é objetivo deste trabalho a discussão das consequências práticas, sob o ponto de vista político e administrativo, do fato de que a legalidade das decisões judiciais passa pelo crivo pessoal dos agentes encarregados de sua execução. Creio que não se pode deduzir, deste trabalho, uma adesão à ética da convicção, em detrimento de uma ética da responsabilidade. Também não é meu intento que se recue à anarquia florianista. A supremacia do Judiciário corresponde a uma etapa irreversível dentro de uma evolução que precisa enfrentar agora uma nova fase histórica: a da sua dessacralização, paralela à sua legitimação social.

5. Obedecer, cumprir, executar

Tentei, no curso desta exposição, precisar o significado de alguns termos que soem ser usados negligentemente.

O termo “obedecer”, por exemplo, vem alcançando, na prática legislativa e judiciária, uma extensão que não lhe é própria. Esse termo implica uma relação de subordinação. Assim – ressalvado não ser a obediência mecânica nem

quando se trata com menores – é adequado dizer que o funcionário deve obediência ao superior hierárquico. Parece-me inadequado dizer que juízes e pessoas em geral devem obediência à lei. Aqui vêm à baila outros termos: os juízes e os destinatários da lei devem-lhe cumprimento, observância. A lei observa-se, cumpre-se.

Os advogados e as partes não devem obediência ao juiz. Evite-se, pelos excessos do autoritarismo, o uso desse termo quando inexistente relação hierárquica, mesmo se a autoridade exerce poder de polícia. Evite-se a processualização do Direito material e a criminalização do Direito processual.

A parte não deve obediência a decisão, ou a mandado judicial. Se não a cumpre, está sujeita às sanções legais previstas para o caso de descumprimento – basicamente, as sanções legais previstas para o caso de inadimplemento da obrigação que ensejou a decisão –, mas não pratica nisso desobediência, nem comete crime de desobediência. Em crime de desobediência só se pode falar se há, para aquele tipo de descumprimento, prévia e expressa cominação legal.

Discute-se se as ações mandamentais só se dirigem contra órgão da administração; caso se extraia mandado judicial para execução por órgão da administração, a inexecução não implica, *de per se*, a prática de um delito, salvo havendo sanção penal prévia e materialmente cominada; caso se admita ação mandamental contra particular, a sanção pelo descumprimento é ordinariamente a prevista na norma material de regência da respectiva obrigação; as injunções processuais não podem ferir o princípio da proporcionalidade e, notadamente, o princípio da insubordinabilidade, que transforma toda obrigação jurídica numa alternativa entre seu adimplemento e a exposição à respectiva sanção legal, prévia e abstratamente cominada.

A parte vencedora, o juiz, os serventuários de justiça, o agente do Executivo praticam atos de execução e atos auxiliares de execução da decisão judicial. Não assim a parte vencida, contra a qual se dirige a execução. Esta “cumpre” ou “descumpre” a decisão judicial.

6. Democracia e pessoa humana

O exercício do poder é uma atividade cada vez mais técnica, exigindo qualidades e conhecimentos especializados. Sem acesso aos fatos materiais e internos da administração, é difícil,

mesmo ao observador atento, fixar um juízo correto sobre o acerto dos atos políticos e administrativos. Na sociedade de massa, as impressões tomam o lugar das opiniões. O *glamour*, a dissimulação, a arte da manipulação ascendem à ribalta da democracia. Entretanto, é sobre o acerto das decisões administrativas, políticas e também judiciais, cujos condicionantes desconhece, que o homem comum deve -se manifestar, não só durante as eleições, mas no seu dia-a-dia como particular e como cidadão. A conformidade às regras procedimentais é invenção valiosa para medida dos atos de governo, que alguns (v.g. Giovanni Sartori, *Teoria da democracia*) querem entender como suficiente à caracterização da democracia (democracia mínima, ou procedimental). Não dispensa, entretanto, a legitimação que advém do exercício regular do poder.

A tese de que o homem comum é inapto para ajuizar sobre os negócios públicos é facilmente demonstrada no livro *Vestígios do dia* (Kazuo Ishiguro, Ed. Rocco), cujo enredo se passa nas décadas de 30 e 40: realiza-se, na Inglaterra, uma reunião de altas personalidades, que discutem assuntos de economia e de política internacional. O defensor dessa tese pede auxílio ao mordomo do anfitrião, e faz-lhe três perguntas sobre aqueles assuntos; o mordomo responde que, infelizmente, não tem como auxiliá-lo na resolução desses problemas.

O livro parece, portanto, um libelo contra a democracia.

Ao fim da guerra, morre no opróbrio Lord Darlington, o patrão a quem, durante toda sua vida, aquele mordomo servira com minuciosa eficiência e fidelidade. A mansão é vendida. O mordomo – representado, na versão cinematográfica, por Anthony Hopkins – sai em viagem de férias e encontra-se casualmente com um instigante personagem: outro homem comum, que lhe faz insistentes perguntas, entre as quais se não lhe despertara escrúpulos o fato de servir a um colaborador dos nazistas; o mordomo responde que desconhecia esse fato, e sempre confiara no patrão, de cujas intenções jamais cogitara duvidar.

O que parecia um libelo contra a democracia revela-se como a condenação da arrogância técnica; a caracterização da política como domínio comum do homem; e a apologia da intransferível responsabilidade pessoal, como sede da dignidade humana.

No papel de governanta, subordinada ao mordomo, está Emma Thompson. Quando Lord Darlington resolve dispensar duas serviçais, por serem judias, a governanta repreende o mordomo por sua concordância com a ordem e lhe assegura que, se as moças saírem, sairá também.

Posteriormente, reconsidera a decisão e fica. Reconhece, vexada: “não tenho família, nem para onde ir; é isso que vale toda a minha indignação: no fundo, sou uma covarde” (cito de memória).

Instabilidade e mudanças: os condicionantes históricos da política externa brasileira sob Geisel (1974-1979)

ANTÔNIO CARLOS MORAES LESSA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A conjuntura internacional dos anos 70. 3. O choque do petróleo e a crise econômica mundial. 4. A conjuntura internacional e a política externa brasileira. 5. As fases da política externa brasileira de Castello Branco a Médici (1964-1974). 6. O II Plano Nacional de Desenvolvimento e suas conjunções com a política externa. 7. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo discutir, em suas linhas gerais, os condicionamentos históricos colocados à formulação e implementação da política externa do Brasil durante o governo do Presidente Ernesto Geisel (1974-1975), considerando os fatores constrangedores proporcionados pelo início do rearranjo da ordem mundial do pós-guerra, que já se observa desde o fim dos anos 60, e o legado de princípios e linhas de orientação externa herdado pela diplomacia brasileira¹.

Com efeito, assiste-se ao aprofundamento das modificações no cenário mundial em direção à desestruturação da ordem internacional que emergiu do segundo pós-guerra, construída sobre a bipolaridade ideológica e estratégica entre Estados Unidos e União Soviética, com a conseqüente formação de blocos político-militares antagônicos. Em termos políticos, essa desestruturação é conseqüência da perda de coerência do sistema de

Antônio Carlos Moraes Lessa é Professor de Relações Internacionais da Universidade de Brasília e mestre e doutorando em História das Relações Internacionais da UnB.

¹ O presente artigo é extensivamente baseado em um dos capítulos de minha dissertação de mestrado, *Brasil, Estados Unidos e Europa Ocidental no contexto do Nacional-desenvolvimento* : estratégias de diversificação de parcerias. Brasília : Universidade de Brasília, 1994. 118 p.

alianças e da redefinição de hegemonias nas antigas áreas de influência das superpotências. No interior dos blocos políticos, começam a ganhar força as iniciativas de resistência aos desígnios das potências hegemônicas, ditadas pelo peso mais preponderante dos elementos nacionais, o que diminuiu a capacidade das superpotências de controlar suas respectivas áreas de influência. O bloco socialista dá os primeiros sinais de desagregação com o conflito sino-soviético. No bloco ocidental, verificou-se o fortalecimento da Europa Comunitária e do Japão, as primeiras experiências de países periféricos na busca de maior autonomia no cenário internacional e a tendência ao esfacelamento de alianças militares construídas no pós-guerra, como a Organização do Tratado do Sudeste Asiático (SEATO). O fortalecimento econômico da Europa Ocidental e Japão, que passaram a ter escalas de produção semelhantes às dos Estados Unidos, chegando por vezes a disputar mercados com os norte-americanos, faz com que possam adquirir uma crescente importância no processo de criação e transferência de capitais e a reivindicar uma maior margem de autonomia política².

Concomitantemente, estabelece-se uma multiplicidade de processos que indica o desgaste da fórmula de arranjo do poder mundial. Assiste-se, desse modo, à progressiva liquidação dos antigos impérios coloniais, à emergência de potências intermediárias de caráter regional e ao recrudescimento de conflitos localizados³. A ascensão econômica de alguns países periféricos e as seqüelas do movimento de descolonização contribuíram para que aumentasse sua capacidade de pressão sobre os Estados Unidos por meio de uma atuação mais ativa por parte de alguns países isoladamente, ou mediante grupos de pressão articulados, como o Movimento dos Países Não-Alinhados e o Grupo dos 77.

2. A conjuntura internacional dos anos 70

Ao ter início a década de 70, já era evidente

² LAFER, Celso. *Paradoxos e possibilidades: estudos sobre a ordem mundial e sobre a política exterior do Brasil num sistema internacional em transformação*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1982. p. 155.

³ LIMA, Maria Regina Soares de, MOURA, Gerson. A trajetória do pragmatismo : uma análise da política externa brasileira. *Dados*, v. 25, n. 3, p. 349-364, 1982.

a decadência do ordenamento mundial instituído no pós-guerra. Observa-se um crescente processo de multipolaridade entre os centros de poder, estimulado pela distensão entre as superpotências, assim como pela progressiva dispersão do poder econômico no interior do núcleo capitalista e pela crescente diversificação de opções políticas que se verifica na esfera socialista. Assiste-se ao fim do processo de rápida expansão econômica que viveu o mundo industrializado a partir do pós-guerra, ao início de um período caracterizado por uma aguda instabilidade e por tendências inflacionárias e recessivas crônicas, e ao declínio das taxas de crescimento das economias planificadas⁴.

Na órbita dos grandes acontecimentos políticos e econômicos, o controle da oferta de petróleo pelos países produtores (1973) provocou uma nova redistribuição do poder mundial em detrimento dos demais países subdesenvolvidos e dos países industrializados⁵.

No aspecto político-estratégico, a *détente* empreendida por Nixon e Kissinger minimizou os elementos referentes à segurança internacional frente à paridade nuclear alcançada pela União Soviética, refletindo a configuração de um sistema internacional de caráter multipolar em nível político e economicamente interdependente. Com efeito, o processo de distensão minimizou os elementos referentes à segurança e reduziu a dependência dos países ocidentais em relação aos Estados Unidos, permitindo a ampliação das oportunidades econômicas e políticas, tanto para os países desenvolvidos quanto para alguns países periféricos. Permite, pois, que no aspecto político, surja uma certa margem de manobra para esses países, propiciando o abandono das manifestações mais evidentes do ambiente de guerra fria. Assim, diversos países tentaram aproveitar a maior flexibilidade conjuntural para agir no sentido de minimizar sua vulnerabilidade externa e maximizar suas margens de autonomia no quadro da política internacional, com vistas a uma inserção mais autônoma e criativa no sistema internacional.

⁴ TOMASINI, Luciano. *Curso de introdução às relações internacionais* : unidade VI. Brasília : EDUNB, 1982. p. 39-63. Relações Norte-Sul : algumas alternativas.

⁵ LAFER, op. cit.

3. O choque do petróleo e a crise econômica mundial

A crise econômica mundial da primeira metade da década de 70, que tem como marco inicial o primeiro choque do petróleo, afetou as estruturas do sistema internacional.

Entre 1971 e 1973, o sistema monetário e financeiro internacional estabelecido em Bretton Woods foi suplantado pelo padrão de paridades flutuantes, e o dólar desvalorizou-se em relação às moedas dos países europeus e do Japão. Os ajustes nas taxas de câmbio decorrentes provocaram um aumento excessivo nas taxas de inflação em nível mundial. Para fazer frente ao quadro inflacionário, os países capitalistas centrais vinham lançando mão de políticas restritivas de efeito amplamente recessivo⁶.

O aumento dos preços dos produtos industrializados comparativamente aos preços dos produtos primários vinha se confirmando como uma tendência permanente e passava a onerar o balanço de pagamentos dos países do Terceiro Mundo. Em reação a esse quadro e ao achatamento dos preços do petróleo, os Estados-membros da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) decidiram elevar o preço do barril de óleo em outubro de 1973, quadruplicando-o em dois anos.

O efeito imediato desse primeiro choque foi o de intensificar a inflação e a recessão, bem como provocar desequilíbrios nas contas externas, tanto dos países desenvolvidos como dos subdesenvolvidos não-produtores de petróleo. Os superávits dos membros da OPEP, reciclados pelo euromercado, passaram a financiar os déficits comerciais dos países em desenvolvimento, assim como seu crescimento econômico.

O impacto causado pelo choque do petróleo trouxe também consequências políticas, explicitando a natureza assimétrica das relações de interdependência entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos e colocando em evidência os desequilíbrios estruturais existentes na economia internacional. Ao mesmo tempo, fez com que os subdesenvolvidos vislumbrassem a potencialidade estratégica de suas economias, favorecendo as iniciativas internacionais por

parte dos países periféricos que politizaram os debates multilaterais sobre a premência de uma nova ordem econômica internacional.

As transformações que se fizeram sentir, no cenário internacional, entre meados da década de 60 e início dos anos 70, permitiram mudanças nas políticas externas de alguns países periféricos, refletindo uma nova concepção de política internacional que se pautava pela superação dos alinhamentos, buscando novas modalidades de inserção internacional.

4. A conjuntura internacional e a política externa brasileira

As transformações no cenário internacional permitiram mudanças nas orientações externas dos principais países periféricos e do Brasil em particular. A nova conjuntura abriu espaço para que o núcleo decisório da Política Externa desenvolvesse uma nova percepção do sistema internacional e do papel que o Brasil nele ocupava ou poderia vir a ocupar.

Ao fim da década de 60, tornaram-se patentes as possibilidades de se auferir maiores margens de autonomia para a ação externa do país, capitalizando a perda relativa da hegemonia das superpotências, com o desgaste norte-americano proporcionado pela guerra do Vietnã e a perda do poder de convocação do comunismo soviético, profundamente desgastado, mesmo entre os partidos comunistas ocidentais, pela brutal repressão das tendências reformistas na Europa Oriental. Concomitantemente, a progressiva distensão Leste-Oeste prenuncia o início do largo processo de *détente* que tem início nos anos 70.

Adentrando a década de 70, as alterações registradas no sistema internacional, como a crise do petróleo, a recessão das economias industrializadas, o processo de distensão e a evolução rumo a uma configuração de multipolarismo político e econômico, formam o quadro no qual se processa uma maior diversificação das bases em que opera a política externa do Brasil. Com efeito, o acirramento da concorrência intercapitalista e a disposição dos países europeus ocidentais de aproximarem-se de regiões até então tidas como áreas de influência dos Estados Unidos, como a América Latina, abriram espaço para que o Brasil projetasse a implementação de uma estratégia de diversificação de seus vínculos externos.

⁶ Sobre a crise econômica decorrente do colapso do sistema de Bretton Woods, ver WILLIAMSON, John. *A economia aberta e a economia mundial*. Rio de Janeiro : Campus, 394 p.

A crise econômica internacional, por sua vez, trouxe altos custos para a economia brasileira, forçando mudanças na estratégia econômica interna e nas orientações da ação externa. Por outro lado, a crise desnudou as assimetrias existentes na ordem internacional, favorecendo o deslocamento do eixo central do sistema internacional do conflito Leste-Oeste para o conflito Norte-Sul.

A configuração de desagregação da ordem internacional do pós-45 propiciou um clima favorável para a busca de nova inserção internacional para o Brasil, engendrando esforços no sentido de ampliar a projeção externa do país. Assim, as variáveis externas atuaram no sentido de criar condições permissivas e tiveram papel positivo nas inflexões da política externa brasileira na década de 70.

5. As fases da política externa brasileira de Castello Branco a Médici (1964-1974)

A ascensão do regime militar no Brasil em 1964 representou uma ruptura em relação às linhas de orientação que vinham sendo implementadas pela *Política Externa Independente*, que se pode sintetizar nos seguintes pontos: o esgotamento do populismo de Jânio Quadros e João Goulart levou à substituição do conteúdo nacionalista da política exterior em implementação por uma volta ao alinhamento, com o princípio da independência sendo substituído pelo da interdependência⁷; a predominância de uma visão bipolar do cenário internacional levou o governo Castello Branco a emprestar maior ênfase às questões de segurança frente à problemática do desenvolvimento; acreditava-se que, asseguradas as condições de estabilidade política e de liberdade para a iniciativa privada, o capital ingressaria naturalmente no país e, juntamente com a poupança interna, financiariam o crescimento nacional⁸.

A política exterior desse período pautou-se pelo alinhamento com os Estados Unidos,

⁷ MARTINS, Carlos Estevam. A evolução da política externa brasileira na década de 1964-1974. *Estudos CEBRAP*, v. 12, p. 62 abr/jun, 1975.

⁸ Examinei a evolução da política externa brasileira entre 1964 e 1990 no ensaio Apogeu e declínio do Nacional-desenvolvimentismo na política exterior do Brasil. *Em Tempo de Histórias – Cadernos da pós-graduação em História da Universidade de Brasília*, Ano 1, n. 1, jul./dez./1995.

agindo o governo brasileiro na expectativa de que o volume de investimentos e empréstimos externos de origem norte-americana tivesse acréscimo, o que efetivamente não se concretizou. Ao contrário, observou-se no período um decréscimo relativo no fluxo de recursos financeiros em relação aos anos anteriores⁹.

A passagem para Costa e Silva (1967-1969) mantém algumas das linhas da orientação externa do período anterior, sobretudo no que toca à segurança hemisférica, em função da polarização política que se observa no cenário doméstico. Entretanto, a consciência de que a sustentação de uma visão bipolar do cenário internacional tornara-se inadequada, aliada ao fracasso do modelo de desenvolvimento associado, conduziram o governo a imprimir uma nova orientação à diplomacia brasileira. No plano interno, o regime se radicaliza, editando o Ato Institucional nº 5 (AI-5), e a ação diplomática vê-se dificultada, em virtude das críticas que recebe de vários pontos da comunidade internacional¹⁰. Contudo, o governo não esteve alheio às modificações que ocorriam no sistema internacional, começando a enfatizar a importância do contencioso Norte-Sul, bem como as implicações negativas para o desenvolvimento do Brasil do “congelamento” do poder mundial, consubstanciado, por exemplo, no Tratado de não-Proliferação Nuclear e no veto que este pretendia impor ao acesso dos países em desenvolvimento à tecnologia nuclear¹¹.

Não obstante o desenvolvimento e a segurança continuassem a ser compreendidos como conceitos intimamente ligados, esta voltou a ser entendida na dependência direta do desenvolvimento. Restabeleceu-se, assim, a ordem dos princípios conforme empregada por Vargas, Kubitschek, Quadros e Goulart¹². Em coerência com o projeto de desenvolvimento adotado, a ação externa passou a ser dirigida ao atendimento das necessidades internas de expansão econômica.

Essa mudança de padrão espelhava a alte-

⁹ CERVO, Amado Luiz, BUENO, Clodoaldo. *História da política exterior do Brasil*. São Paulo : Ática, 1992. p. 340.

¹⁰ MARTINS, op. cit. p. 64.

¹¹ CASTRO, J. A. de Araújo. As Nações Unidas e a política do poder. In : AMADO, Rodrigo. *Araújo Castro*. Brasília : EDUNB, 1982. p. 139-164.

¹² Sobre o processo de nacionalização da segurança no Brasil a partir de Costa e Silva, ver CERVO, BUENO, op. cit. p. 364-366.

ração processada no contexto da doutrina de segurança nacional, conforme formulada pela Escola Superior de Guerra, fundamentada no binômio segurança e desenvolvimento. A preponderância do termo desenvolvimento sobre o primeiro começou a ser encarada como a lógica mais acertada, condizente com a realidade do país e com o panorama internacional, onde o conflito Norte-Sul vinha colocando-se de modo mais preponderante para os destinos dos países que aspiravam ao progresso do que o distante conflito Leste-Oeste.

As novas opções de política exterior, incorporadas à ideologia do “Brasil Grande Potência”, expressam-se na América Latina por meio da *Diplomacia da Prosperidade* e na atuação, no campo multilateral, do Grupo dos 77. Porém, os resultados da ação de Costa e Silva são heterogêneos e abrem espaço à reformulação parcial no período Médici.

No espaço aberto, por um lado, pela atenuação do peso hegemônico das superpotências já referido e, por outro, pela progressiva distensão Leste-Oeste, o Brasil de Médici (1969-1974) pretendia assumir um rumo ascendente na estratificação do poder mundial, se necessário forçando as barreiras, a seu ver ainda vigentes, para impedir tal movimento. O período caracteriza-se por uma distinção mais clara entre segurança externa, entendida como consequência do crescimento econômico, e segurança interna, vista como resultante do desenvolvimento econômico e social e das medidas de repressão adotadas pelo aparelho estatal.

Surge, assim, como objetivo do Plano Nacional de Desenvolvimento do governo Médici, assegurar a viabilidade política, econômica e social do Brasil como uma “grande potência” até o final do século XX. Para tanto, formula-se a “diplomacia do interesse nacional”, incorporando posições já estabelecidas no período anterior, como a recusa a aderir ao Tratado de não-Proliferação patrocinado pelos Estados Unidos e pela União Soviética e a vigorosa crítica ao “congelamento do poder mundial”.

Inaugurando-se os anos 70, o regime autoritário experimentou, sob Médici, mudanças que não se limitavam apenas à esfera político-institucional, mas se processavam sobretudo no campo econômico e na política externa propriamente dita. A consecução do projeto de “Brasil Potência” pressupõe a diversificação das fontes de investimento e de comércio, o que

beneficiou o incremento do relacionamento do Brasil com o Japão e com a Europa Ocidental e acentuou o processo de relativização da participação norte-americana na economia e na agenda política brasileiras¹³.

No âmbito das relações bilaterais com os países em desenvolvimento, observou-se o interesse brasileiro em assegurar, na América Latina, fontes de energia integradas à economia nacional, por meio da oferta de vultosos investimentos a países como a Colômbia – para a exploração de suas jazidas de carvão – e a Bolívia – para a construção de um gasoduto e um pólo siderúrgico na fronteira entre os dois países.

Registrou-se, ainda, uma ampliação do escopo da Política Externa sob Médici, com aberturas para a África Negra e o Oriente Médio.

6. O II Plano Nacional de Desenvolvimento e suas conjunções com a política externa

A crise do petróleo e o subsequente choque para a economia mundial, em 1973, podem ser considerados como marcos históricos para a política exterior brasileira.

A súbita revelação da fragilidade dos pressupostos do projeto “Brasil Potência” levou o governo Geisel, que tomou posse poucos meses depois da explosão dos preços do petróleo, a reconhecer as limitações com que o Brasil se defrontaria nos planos interno e externo, ao longo dos anos seguintes, empreendendo, assim, uma correção geral dos rumos da política externa brasileira.

No período compreendido entre 1968 e 1973, a economia brasileira experimentou um processo de crescimento acelerado, com a diversificação do perfil industrial, permitindo a alteração da forma de inserção do país na economia mundial, pela expansão do intercâmbio comercial com a diversificação da pauta de exportações e dos parceiros comerciais. No período, a economia brasileira cresceu à taxa média anual superior a 10%, *performance* que só encontrava paralelo, à época, nos padrões de desenvolvimento do Japão¹⁴.

¹³ MARTINS, op. cit, p. 68.

¹⁴ No período, o Produto Interno Bruto (PIB) cresceu numa média anual de 11%; e o crescimento industrial situou-se em 12%, com destaque para as indústrias de bens de consumo duráveis, com média anual de 21%. VELLOSO, João Paulo dos Reis. *O último trem para Paris: “milagres”, choques e crises do Brasil moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 121-127.

O modelo que conduziu o país a esse “milagre econômico” baseou-se na expansão do capitalismo monopolista de Estado e na abertura da economia aos investimentos estrangeiros. O Estado passou a exercer seu controle sobre amplos setores da produção e do sistema financeiro, transformando-se em parte do sistema econômico (como empresário) e, simultaneamente, em sua instância de organização e comando¹⁵.

As condições internacionais, amplamente favoráveis à aplicação desse modelo, deixaram encobertas as vulnerabilidades que se forjavam frente às mudanças na conjuntura internacional – endividamento progressivo e dependência de importações de insumos básicos e bens de capital¹⁶.

O aumento dos preços do petróleo no biênio 1973-1974 e o aprofundamento da crise econômica fizeram com que as condições internacionais se tornassem menos favoráveis, forçando o Brasil a enfrentar simultaneamente a crise energética, a restrição ao acesso aos mercados dos países desenvolvidos e a deterioração nos termos de troca. No plano doméstico, o desequilíbrio da balança comercial refletia o esgotamento da capacidade produtiva, o que impedia um aumento de exportações suficiente para responder às necessidades de importações. A conjunção desses fatores, acrescidos das perspectivas de declínio do comércio mundial, tiveram como resultante um desequilíbrio estrutural no balanço de pagamentos e colocaram a necessidade de transformações prementes na economia por meio de uma reorientação do processo de crescimento, capaz de superar as vulnerabilidades externas do setor econômico¹⁷.

Por outro lado, tornou-se preciso avaliar também o condicionante representado pelas necessidades do cenário doméstico, na medida em que o principal elemento legitimador do regime desde o final dos anos 60 – o bom desempenho econômico – estava na iminência de esvair-se mediante os efeitos reflexos da crise econômica mundial. As perspectivas eram

¹⁵ BANDEIRA, L. A. Moniz. *Brasil – Estados Unidos : a rivalidade emergente (1950-1988)*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1989. p. 219.

¹⁶ BACHA, Edmar L., MALAN, Pedro S. A dívida externa brasileira : do milagre ao fundo. In : STEPAN, Alfred (org.) *Democratizando o Brasil*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, p. 199-227.

¹⁷ VELLOSO, op. cit, p. 220-221.

desfavoráveis ao prolongamento indefinido da repressão das forças políticas que havia tido êxito até então, em larga medida, graças ao “milagre brasileiro”, que, por meio de elevadas taxas de crescimento econômico, permitiu a coesão de importantes segmentos sociais em torno do governo autoritário¹⁸.

A leitura dessa situação, que apontava para a necessidade de uma urgente “descompressão” interna, levou Geisel a promover um processo de “liberalização” que, dentro de um estrito controle – com vistas a um curso “lento e gradual, porém seguro” –, garantisse a sua própria estabilidade e lhe facultasse estabelecer o cronograma de eventual transferência do poder aos civis a médio prazo e em condições aceitáveis para as cúpulas militares.

Tal processo, porém, exigia um período de manutenção da atividade econômica suficiente para evitar os piores efeitos de uma recessão – seria difícil manter o ritmo de crescimento do PIB de 10 ou 12% ao ano como no passado recente – mas também permitir um prazo julgado necessário para a maturação dos investimentos programados pelo governo Geisel na indústria de base e infra-estrutura.

Nesse contexto, o II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), que definia as principais metas da política econômica do governo, ambicionava, apesar da crise, dotar o país de uma base industrial mais autônoma e menos sensível, portanto, a choques externos – em termos de insumos, principalmente energéticos, tecnologia e bens de capital¹⁹.

As metas a serem empreendidas pelo II PND compreendiam, grosso modo²⁰:

a) consolidação de uma sociedade industrial moderna e de um modelo de economia competitiva, mediante a implantação de novos setores produtivos, criação e adaptação de tecnologias;

b) destaque à política energética, com o intuito de reduzir a dependência em relação a fontes de suprimento externas;

¹⁸ SKIDMORE, Thomas. A lenta via brasileira para a democratização. In : STEPAN, op. cit., p. 74-85.

¹⁹ Uma alentada apreciação do II Plano Nacional de Desenvolvimento e seus desdobramentos é feita em LESSA, Carlos. *A estratégia de desenvolvimento : sonho e fracasso*. Brasília : FUNCEP, 1988. 235 p.

²⁰ BRASIL. Presidência da República. *II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975 – 1979)*. Rio de Janeiro : IBGE, 1974. p. 16-19.

c) ajuste da estrutura econômica à situação de escassez de petróleo, dando-se especial atenção às indústrias de base, notadamente nos setores de bens de capital, eletrônica pesada e de insumos básicos;

d) ênfase à política científica e tecnológica mediante a execução do II e III Planos Básicos de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;

e) novo esforço de integração nacional, com a ocupação produtiva da Amazônia e do Centro-Oeste;

f) desenvolvimento social visando garantir substanciais aumentos reais de renda e eliminar os focos de pobreza absoluta.

A política econômica implementada a partir do II PND foi direcionada para uma nova substituição de importações (dessa vez, de bens de capital), capaz de modificar a estrutura produtiva, e para a abertura de frentes de exportação, sem interrupção do processo de crescimento. Buscou desenvolver, assim, os setores produtivos de insumos básicos e bens de capital – que demandavam capitais, tecnologias avançadas e alto consumo de energia – por meio de grandes investimentos, tocados mediante o exercício do duplo papel do Estado (de empresário e agente regulador). Os setores prioritários passaram a ser energia, petróleo, siderurgia, química, transportes, telecomunicações e exploração mineral. E como uma mudança estrutural dessa envergadura leva tempo e exige aplicação de grandes volumes de capital, o governo recorreu, durante cinco anos, a empréstimos externos, que cobriam os déficits em conta corrente e financiavam a estratégia. Como efeito, a dívida externa líquida em médio e longo prazos quintuplicou, passando de 6,15 bilhões de dólares em 1973 para 31,61 bilhões em dezembro de 1978²¹.

Apesar das dificuldades, a forte determinação do governo fez continuar o projeto de reorientação da economia. Geisel inaugura seu governo com uma elevada taxa de crescimento (9,7% ao ano), para estabilizá-la na casa dos 5,0% anuais em 1978 (5,4 em 1975, 9,7 em 1976 e 5,7% em 1977)²². Embora as taxas sejam ainda surpreendentes, a queda nos índices de crescimento no final do governo reflete as dificuldades para gerenciar, no contexto doméstico, os efeitos da recessão que ganhava corpo em nível mundial, tendo em vista que a crise

econômica passou a obstaculizar o fortalecimento de linhas de cooperação voltadas para o projeto de desenvolvimento gestadas em conjunto com algumas das novas parcerias que se cuidará de estabelecer (notadamente com os principais países da Europa Ocidental).

Com essa estratégia de desenvolvimento, e a partir de um considerável esforço por parte do governo, o Brasil experimentou um reajuste estrutural de seus setores produtivos, acompanhado de crescimento econômico e implementação de grandes projetos. No entanto, a economia brasileira manteve sua vulnerabilidade frente aos choques externos pela dependência do petróleo e a fragilidade frente às oscilações das taxas de juros – que então não eram previstas.

7. Conclusão

O ano de 1974 marca o início de um período em que diversos fatores internos e externos determinaram mudanças significativas tanto em termos de política interna quanto em termos de política exterior.

Como resultado da extrema vulnerabilidade que é detectada pelo governo brasileiro no setor externo da economia, as perspectivas de se obter nível de crescimento constante e mesmo de passagem ao estágio de potência em futuro próximo tiveram de ser abandonadas. Gradualmente o governo passa a perceber a necessidade de articular-se com outros países do Terceiro Mundo para abrir novos mercados para as exportações, sobretudo industriais, que deve expandir com urgência.

Além disso, a crescente complexidade da economia brasileira faz com que o escopo dos interesses brasileiros comuns com os Estados Unidos diminua na proporção do aumento dos níveis de concorrência dos dois países, que é acompanhado, ao longo do período, por uma tendência estrutural à diminuição do grau de complementaridade econômica entre os dois países²³.

Tendo em vista esses condicionamentos, a política externa brasileira voltou-se à tarefa de viabilizar os objetivos econômicos do governo, abandonando o pretendido papel de candidato ao clube dos países desenvolvidos e os limites ideológicos que condicionavam a projeção e a flexibilidade (agora indispensáveis) para a ação

²¹ BACHA, MALAN, op. cit., p. 207.

²² VELLOSO, op. cit., p. 243.

²³ LAFER, op. cit. p. 181-184.

internacional do país na sua procura de recursos com que obter maior margem de autonomia.

A nova concepção do Brasil e do seu papel no mundo, não alardeando, embora, uma completa ruptura com o passado, representou, na expressão pragmatismo responsável, a vontade política de dotar a ação externa do Brasil dessa projeção e flexibilidade. O termo pragmatismo, no entender de Cervo²⁴, “induz à adequação das percepções dos reais interesses nacionais aos desígnios externos (devendo) prevalecer o resultado sobre o conceito, os ganhos concretos e materiais sobre os valores políticos ou ideológicos, oportunidade sobre o destino, liberdade de ação sobre o empenho do compromisso, o universalismo sobre os particularismos, a aceitação sobre a resistência aos fatos”.

A política exterior implementada a partir de 1974 significou uma mudança de prioridades e ações concretas em relação às linhas do governo anterior, embora sem alterar o seu sentido geral, que se extrai do acumulado de décadas de orientação externa autonomista, por vezes interrompida, mas logo retomada. Desde 1967, imprime-se novo rumo às diretrizes gerais da ação do país, em oposição imediata à orientação de Castello Branco, mas totalmente condizente com as linhas de ação que encontram origens no primeiro governo Vargas (1930–1945), que permanecerá inalterado em sua essência até 1990.

Esse rumo, a conduzir os governos desde Costa e Silva, coloca o Estado como articulador e participante direto do processo produtivo e das pressões oriundas das necessidades sociais, procedendo ao expurgo de categorias explicativas isoladas que já não servem de norte às relações internacionais do país. Ao descartar as formas de enfoque pasteurizadas da realidade internacional (bipolarismo; segurança coletiva; interdependência militar, política e econômica; ocidentalismo), proporciona-se uma nova ótica à política externa, o que permite o retorno do nacional-desenvolvimentismo ao papel de motor da ação externa do Brasil, com o objetivo de suprir a sociedade e o Estado de condições e meios adequados para impulsionar o desenvolvimento, de forma mais autônoma possível²⁵.

²⁴ CERVO, Amado L. *Relações Internacionais do Brasil*. Brasília : EDUNB, p. 27. O desafio internacional : a política exterior do Brasil de 1930 a nossos dias.

²⁵ CERVO, BUENO, op. cit. p. 342-343.

Assim sendo, o ponto central da orientação externa brasileira a partir de 1974 encontrava-se na busca da aplicação de princípios pragmáticos, antes que ideológicos, ao estabelecimento dos interesses prioritários nacionais. A primeira definição relevante, nesse sentido, foi o definitivo sepultamento da noção de relações especiais, que adjetiva as relações entre o Brasil e os Estados Unidos.

Uma segunda vertente conceitual, estritamente associada à anterior, foi a procura do ecumenismo como ideal das relações internacionais do Brasil, no contexto de um marco fiel aos valores ocidentais e à filosofia econômica do regime militar. Nessa linha, pretendia-se abrir o leque das suas opções de política externa, abrigadas sob o conceito de pragmatismo, mas qualificadas pelo adjetivo “responsável”. Essa qualificação lembra a necessidade de flexibilidade de ação e agilidade de conduta, de adaptabilidade e relativa indiferenciação política²⁶. Tal qualificação era importante, no quadro de condicionantes internos de um regime militar conservador, porque tentava assegurar a importantes setores civis e militares a natureza “ocidental” da política externa a ser empreendida pelo governo. Por outro lado, a rejeição da categoria de relacionamento especial com os Estados Unidos buscava, no adjetivo “responsável”, matizar o que poderia parecer a este um perigoso neutralismo. Lembrava, enfim, a todos os parceiros que a orientação pragmática era revestida de um sentido ético, para não ser confundida com oportunismo nefasto.

Os vértices da política externa geiseliana podem ser assim sintetizados: *a*) utilização da diplomacia como instrumento do desenvolvimento econômico; *b*) recurso à cooperação com países de estágio similar de desenvolvimento; *c*) redefinição das relações com os Estados Unidos; *d*) maximização da autonomia decisória do Estado em relação ao sistema internacional, com a utilização da ação exterior como meio de promoção dos interesses nacionais ligados ao desenvolvimento.

Daí depreende-se que o Brasil, ao longo da década de 70, teve, a par de um desenvolvimento econômico acelerado, aumento das fontes de fluxos comerciais e financeiros. Sendo os dois movimentos complementares, a política externa do governo Geisel tinha, em 1974, um projeto de diversificação ainda maior dos

²⁶ Idem, p. 348.

contatos internacionais, de molde a não apenas compensar com exportações os crescentes déficits da balança de pagamentos do Brasil, como superar, pela abertura de novos mercados, a retração dos seus clientes habituais no mundo dos industrializados – então empenhados em superar a crise de fornecimento do petróleo pelo ajuste de suas economias.

Assim, a diversificação de contatos, que no plano político foi expressão de um desejo de maior autonomia em relação aos desígnios norte-americanos, pode ser interpretada, no plano econômico, como fundamental para a manutenção do projeto de desenvolvimento nacional. A ação brasileira, nesse sentido, deuse em função do estabelecimento de um perfil mais atuante nas suas relações com a África, o Oriente Médio, a América Latina e a Europa

Ocidental, sempre em um quadro preferencialmente bilateral.

Essa nova inserção pautava-se por três objetivos: *a)* exigências de se obter, no plano internacional, investimentos, empréstimos, tecnologias, mercados e fontes de energia, elementos tidos como indispensáveis à expansão econômica interna; *b)* diversificação das relações interestatais e crescente integração à economia mundial, com a conseqüente ampliação da visibilidade internacional do país e a diminuição de sua vulnerabilidade a fatores externos; *c)* assegurar uma presença internacional própria, com vistas a aumentar a capacidade de influência do país em questões globais que pudessem afetá-lo e, notadamente, fazer face a situações de vulnerabilidade geradas pela crescente dependência de fatores externos²⁷.

²⁷ LIMA, MOURA, op. cit. p. 364.

Sobre a hipoteca judiciária

MARÇAL JUSTEN FILHO
EGON BOCKMANN MOREIRA
EDUARDO TALAMINI

Instituto pouco utilizado e menos ainda conhecido, a hipoteca judiciária é meio hábil para assegurar futura execução de sentença condenatória. Por meio da hipoteca judiciária, é gravado bem imóvel (ou outro dos arrolados no art. 810 do Código Civil) de propriedade da parte condenada ao pagamento de dinheiro ou entrega de coisa, estabelecendo-se, em prol do juízo e do vencedor, um instrumento que ajuda a tornar eficaz a sentença.

Nos termos do art. 466 do CPC:

“A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação consistente em dinheiro ou em coisa valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.”

Primeiramente, afaste-se eventual confusão terminológica: a palavra “réu” equivale a “aquele que é vencido”; ou melhor, a “aquele que sofre condenação”. Seja em homenagem ao art. 125 do CPC (explicitador da garantia constitucional da isonomia – art. 5º, *caput* e inciso I), seja pela finalidade da norma – que é a de garantir a execução da condenação estabelecida pela sentença –, não se pode interpretar restritivamente o termo “réu”.

Além disso, “sentença” está a designar qualquer provimento que tenha a potencialidade de pôr fim ao processo, tanto em primeiro quanto em segundo grau. Abrange também “acórdão”.

Basta existir condenação pecuniária ou à entrega de coisa para que tenha incidência o art. 466, em face de qualquer um dos sujeitos parciais do processo: autor, réu e intervenientes que assumam a condição de parte. Assim e *v.g.*, caso o autor perca a demanda (ou a ganhe apenas parcialmente) e seja condenado ao

Marçal Justen Filho é Advogado em Curitiba, Professor Titular da UFPr, Mestre e Doutor pela PUC/SP.

Egon Bockmann Moreira é Advogado em Curitiba, Mestrando da PUC/SP. Foi Consultor Jurídico do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e Professor da PUC/Pr.

Eduardo Talamini é Advogado em Curitiba, Professor da Escola da Advocacia (OAB/Pr-IAP) e do CAEDI, Mestrando da USP.

pagamento das custas, honorários do perito e de advogado etc., a sentença – condenatória – dará margem à hipoteca judiciária. Somente a Fazenda Pública é eximida desse efeito da sentença condenatória, pelo regramento peculiar da execução de seus débitos (CPC, art. 730; CF, art. 100).

A hipoteca judiciária é efeito “acessório”, “anexo” ou “secundário” da sentença com eficácia condenatória. Não se trata de prerrogativa ou faculdade vinculada à qualidade de “autor da demanda”. A lei estabeleceu que, de forma automática, da simples existência da “sentença que condenar” deflui a hipoteca judiciária. Ou seja, tal sentença *constitui imediatamente* a hipoteca judiciária, independentemente de qual seja seu conteúdo e do que dela conste. Basta que traga em si alguma condenação pecuniária ou à entrega de coisa.

Nesse sentido, é efeito radicalmente distinto dos efeitos “principais” da sentença de mérito (condenatórios, constitutivos, declaratórios) – os quais decorrem diretamente dos termos do dispositivo (*decisum*) da sentença. Para obter-se eficácia declaratória acerca da existência ou inexistência de dada relação jurídica, é imprescindível uma sentença que, em seu comando, contenha expressamente tal declaração. Igualmente, só haverá efeito condenatório de alguém ao pagamento de determinada quantia quando existir sentença de cujo comando conste textualmente a condenação, e assim por diante. E, para que o juiz profira tal comando, é indispensável pedido do interessado, em face do princípio da inércia da jurisdição (*nemo iudex sine actore*).

Ao contrário desses efeitos “principais”, a hipoteca judiciária é consequência que a própria lei, em seus precisos termos, *adiciona* à sentença condenatória – daí por que sua qualificação de efeito “anexo”. É então eficácia *externa* à sentença em si; um *plus* que decorre unicamente da lei.

Precisamente por isso, é absolutamente desnecessária menção à hipoteca judicial na sentença condenatória que a constitui. Mais ainda, é dispensável decisão propriamente dita – posterior à sentença – que a “defira”: a partir da sentença ela já existe. Também por esse motivo, não pode o juiz indeferi-la, nem se exige prévio requerimento do interessado. Ou seja: o “fato gerador” da hipoteca judiciária não é o pedido da parte ou a decisão do juiz, mas a existência fática de uma sentença condenatória.

A doutrina é unânime em qualificar a hipoteca judicial como efeito “anexo” da sentença condenatória, que decorre da própria lei e independe de pedidos das partes ou de decisão do juiz. Podem ser conferidas, entre tantas outras, as lições de E. T. Liebman (*Eficácia e autoridade da sentença*. Forense, 3. ed. 1984, p. 75-76); Humberto Theodoro Jr. (*Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Forense, 1996. v. 1, p. 522); Ovídio Baptista da Silva (*Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Fabris, 1988. p. 113 e *Curso de processo civil*. Fabris, 1987. v. 1, p. 437); J. Frederico Marques (*Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. Saraiva, 1985. v. 3, p. 229) Moacyr Santos (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Forense, 1989. v. 4, p. 426) e Rogério Lauria Tucci (*Curso de Direito Processual Civil*. Saraiva, 1989. v. 3, p. 72-73).

Confirmando esse entendimento, Egas Moniz de Aragão destaca que

“nenhuma exigência formal se contém na lei processual para assegurar a obtenção da hipoteca judiciária, senão a própria sentença condenatória. Por se tratar de hipoteca ‘legal’, ela decorre automaticamente da sentença, independentemente de a parte tê-la pedido e de o juiz tê-la concedido (este, ainda que repete incabível, não poderá negá-la; concedendo-a explicitamente, seu pronunciamento seria inócuo)” (*Sentença e coisa julgada* : Exegese do CPC. Aide, 1992. p. 181-182).

E prossegue:

“Apresentando-se a situação típica, pois, *basta que o interessado requeira e o juiz terá de ordenar a expedição de mandado para sua inscrição...*” (op. cit., p. 182 – original sem destaque).

Essa absoluta vinculação do juiz ao efeito legalmente estabelecido – cabendo-lhe apenas determinar sua inscrição – é também ressaltada por Pontes de Miranda. Em sua dicção, havendo sentença com eficácia condenatória, é o que basta para que se possa inscrever a hipoteca judiciária. Ao invés de uma faculdade discricionária, “há dever do juiz” em determinar a expedição do mandado de hipoteca (*Comentários ao CPC*. Forense, 1974. v. 5, p. 111).

Daí já se vê que o ato do juiz que determina a inscrição da hipoteca judicial no registro público é mero despacho. Não possui, em si, nenhuma carga decisória inovadora quanto ao

mérito da causa. Apenas visa à formalização daquilo que – nos termos do art. 466 do CPC – já está constituído de *pleno jure* pela sentença.

Desse modo, a determinação da inscrição da hipoteca judiciária pelo próprio juiz que proferiu a sentença *não* encontra óbice na regra do art. 463 do CPC (“Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la” para lhe corrigir erros materiais ou por embargos declaratórios).

Em primeiro lugar, porque a providência não é nenhuma “alteração” da sentença. Bem o contrário, é meio de formalização e efetivação prática de um efeito dela.

Depois, porque há de ser compreendida em seus exatos termos a prescrição de que o juiz, depois da sentença, “acaba o ofício jurisdicional”. Esse mandamento significa apenas que o magistrado não mais poderá emitir providimentos que alterem o resultado do julgamento. De regra, proíbe-se a expedição de decisões que tenham caráter infringente do julgado. Outros atos, no entanto, o juiz deverá continuar praticando – quer os atinentes ao processamento de eventual recurso, *quer os destinados à concretização de efeitos da sentença* –, no que se inclui a inscrição da hipoteca judicial.

Acerca disso, Egas Moniz de Aragão escreveu linhas precisas:

“A regra comentada estatui que ‘o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional’, o que também encerra exagero de expressão, seja porque não circunscreve a eficácia da afirmação à ‘matéria da causa’, seja porque, mesmo depois de prolatada a sentença, praticará ele os atos necessários ao prosseguimento do processo, tanto no caso de haver recurso (que terá de processar e encaminhar ao órgão superior, ou mesmo julgar, como sucede nos tribunais), *quanto no caso de ter de dar ‘cumprimento’ à própria sentença*, atos que denotam o exercício de seu poder jurisdicional” (op. cit., p. 141 – original sem destaque).

E, em nota de rodapé, o célebre processualista menciona como exemplos a necessidade de “transcrições ou cancelamentos no registro público, averbações, etc.” (op. cit., nota 248).

Também Barbosa Moreira faz ressalvas semelhantes ao interpretar o art. 463 do CPC, destacando que “o processo, após o julgamento, passa ainda por vários trâmites no juízo de primeiro grau...” (*O novo processo civil*

brasileiro. 18. ed. Forense, 1996. p. 102).

Tampouco o panorama se altera pela circunstância de a sentença estar sujeita a recurso de apelação. Permanece possível – antes, impõe-se – a inscrição da hipoteca judiciária. O art. 466 estabeleceu a hipoteca judiciária como eficaz tão logo exista a sentença condenatória – sem que se lhe afete a interposição de recurso com efeito suspensivo.

Aliás, o inciso III do parágrafo único do art. 466 deixa isso evidente ao estabelecer que a sentença produz a hipoteca judiciária ainda quando possível a execução provisória. Ou seja, o preceito não estabeleceu a pendência de recurso sem efeito suspensivo como condição para a hipoteca judiciária. Pelo contrário, estabeleceu tal efeito *também* nesse caso. Vale dizer, a hipótese normal (em que a hipoteca desempenha integralmente sua função de garantia) é a de que penda recurso com efeito suspensivo. Em outros termos:

“A alusão à sentença que possibilite execução provisória é porque a hipoteca judiciária se destina a garantir, principalmente, as sentenças insusceptíveis, desde logo, de execução (isto é, aquelas sujeitas a recurso com efeito suspensivo)” (Marques, op. cit., p. 232).

Enfim,

“é desnecessário que se forme coisa julgada; mesmo a sentença sujeita a recurso, com ou sem efeito suspensivo, tanto faz, produz a hipoteca judiciária. Basta que a sentença haja sido ‘publicada’ nos termos do disposto no art. 463, *princ.*” (ARAGÃO, op. cit., p. 183).

Inclusive, o pedido de inscrição pode ser realizado quando o processo esteja em segundo grau, desta feita ao relator do recurso.

Ressaltado o caráter de efeito anexo – e, portanto, *automático* – da hipoteca judiciária, fica obviamente excluída a idéia de que o instituto constitua forma de “tutela de urgência”. Não se trata de providência a ser deferida para, apreciadas as circunstâncias concretas, afastar perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Não se submete a requisitos tais como *periculum in mora*, “receio de ineficácia de provimento final” e outros tantos que se estabelecem como indispensáveis para a concessão das medidas jurisdicionais de urgência.

Por isso e a despeito de sua eficácia assecuratória (inerente a todo direito de garantia), a hipoteca judiciária não tem natureza cautelar.

Pelas mesmas razões não é mecanismo antecipatório. Até porque não há o adiantamento temporal de um efeito que em princípio só ocorreria depois. Trata-se, isso sim, de um próprio aspecto da tutela desde logo atuável. Em outras palavras, proferida a sentença condenatória e produzida de *pleno iure* a hipoteca judiciária, não se está antecipando nada porque tal momento – e não outro à frente – foi o que a própria lei abstratamente reservou à ocorrência desse efeito.

Chiovenda, ao tratar da “atuação da lei mediante cognição sumária” ou “declarações com predominante função executiva” – entre as quais incluía os meios de “antecipação da execução” –, afirmou que essa categoria não abrangeria as hipóteses em que a execução provisória é decorrência automática da própria lei. Apenas nos casos em que a provisoriedade da execução adviesse de “provimento especial do juiz” é que se estaria diante de “atuação mediante cognição sumária”. Isso “porque exatamente neles a cognição do juízo é *diversa* da ordinária, e o juiz deve, no momento em que provê, examinar certas condições *particulares*, além daquelas ou *em vez* daquelas que lhe cumpre declarar na sentença condenatória” (*Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. da 2. ed. italiana. 2. ed. Saraiva, 1965. p. 235-236 – destaques no original).

A lição é transportável para o tema ora abordado: enquanto decorrência direta da lei, a hipoteca judiciária não pressupõe nenhuma cognição de condições particulares.

Daí que é absolutamente irrelevante a situação patrimonial do condenado. Sua idoneidade financeira não o libera de ter bem gravado com a hipoteca judiciária. Não se põe como pressuposto o risco da insolvência.

Também porque não é “tutela de urgência”, não há de se falar em “responsabilidade objetiva” do beneficiário (CPC, art. 811), no caso de cassação ou reforma da sentença-título constitutivo da hipoteca.

A regra do art. 811 do CPC – explícita para as cautelares, extensível às antecipatórias – tem na sua base a consideração de que aquele que *requer* a medida arca com os riscos de prejuízo para o adversário, se derrotado ao final. É o mesmo princípio que rege a responsabilidade objetiva na execução provisória (art. 588, I): o suposto credor tem a opção de desde logo dar início à atuação executiva ou aguardar o trânsito em julgado

– e assume o risco ao optar pela segunda alternativa.

Mas não se pode impor semelhante risco àquele que pura e simplesmente obteve sentença condenatória, por si só bastante para a hipoteca. Não se concebe responsabilidade objetiva em virtude da obtenção de sentença depois revista. Eventualmente, a parte beneficiada pela hipoteca até será responsabilizada por danos que causou ao adversário. Mas requisito indispensável para tanto é o de que tenha litigado de má-fé para conseguir a sentença condenatória.

Em suma, a responsabilidade por futuros e eventuais prejuízos decorrentes da hipoteca judicial é *subjetiva*. Mais ainda, avalia-se a responsabilidade em face do exercício abusivo do direito de ação e não propriamente da hipoteca judiciária.

A imposição do gravame sobre bem do condenado independerá de prévia liquidação de sentença – sob pena de total corrosão da finalidade do instituto. Se o que se busca é resguardar a eficácia da sentença assim que essa exista, não há como se aguardar a liquidação (que, ademais, só se poderá iniciar quando já não pender recurso com efeito suspensivo). O raciocínio é reforçado pelo fato de que inclusive sentenças com condenação penal autorizam, desde sua prolação, a inscrição da hipoteca judiciária (CPC, art. 584, II).

O inciso I do parágrafo único do art. 466 é explícito quanto a isso e vai além: “a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária embora a condenação seja genérica”. “Sentença genérica” abrange não só a sentença ilíquida (com objeto certo, mas não quantificado) como a que ainda depende de exata individuação do objeto.

Mas, mesmo nesses casos, o gravame não recairá sobre a totalidade do patrimônio do condenado – o que seria ofensivo ao princípio geral da proporcionalidade. Aliás, o art. 824 do Código Civil prevê a necessidade de especialização da hipoteca judiciária. Como fazer para definir qual parcela do patrimônio será afetada?

Em primeiro lugar, descarte-se o uso do procedimento de “especialização de hipoteca” (CPC, arts. 1.205 a 1.210). O Código reservou-o exclusivamente à hipoteca *legal*. E isso tem razão de ser: cumpre ao órgão jurisdicional presidir a atividade de transformação de uma garantia abstrata em gravame patrimonial concreto, quando não há acordo entre as partes

(art. 1210), sob pena de ofensa ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Mas a necessidade de concretização de hipoteca judiciária surge já no curso da própria atividade jurisdicional. Daí que se torna dispensável o recurso a um procedimento específico.

O próprio juiz (em princípio independentemente do auxílio de peritos), depois de realizado o contraditório, provisoriamente arbitrará um valor-base unicamente para fins da inscrição da hipoteca. Nessa ponderação concreta, o juiz levará em conta os princípios da razoabilidade, da finalidade e da proporcionalidade. Conquanto livre de parâmetros procedimentais mais rígidos, a atuação do juiz na resolução desse incidente é controlável pela via recursal.

Nos mesmos termos, serão definidos os bens sobre os quais recairá a garantia.

Como o escopo principal da hipoteca judiciária é assegurar o sucesso da posterior execução, deverão ser observadas as regras sobre impenhorabilidade quando se determinar o bem objeto da hipoteca.

Nossos Tribunais refletem a unanimidade da doutrina, tal como exposta, acerca da natureza da hipoteca judiciária (ainda que nem sempre dela extraíam todas as decorrências que foram acima indicadas). Essa circunstância já se observa nas notas de Theotônio Negrão (*CPC e legislação processual em vigor*, Saraiva, 27. ed. 1996. p. 334), Humberto Theodoro Júnior (*CPC Anotado*. Forense, 1995. p. 191-192) e Nelson Nery Junior (*CPC Comentado*. Revista dos Tribunais, 2. ed. 1996. p. 834). Também Alexandre de Paula somente traz decisões no sentido ora exposto (*CPC Anotado*. Revista dos Tribunais, 5. ed. 1992. v. 2, p. 1754-1755).

Confirmam-se também as seguintes decisões:

“DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA – Hipoteca Judicial – Constituição sobre imóvel – Admissibilidade – Sentença condenatória que vale como título constitutivo de hipoteca judiciária – Artigo 466 do Código de Processo Civil – Produção da hipoteca ainda quando o credor possa promover sua execução provisória – Recurso Provido. A hipoteca legal decorre automaticamente da sentença, independentemente de a parte tê-la pedido e de o Juiz tê-la concedido.” (TJSP, AI 233585-1, Rel. Cunha Cintra, j. 29.9.94.)

“HIPOTECA JUDICIÁRIA – Inscrição – Decisão condenatória ao pagamento de quantia certa – Admissibilidade – Inocorrência de trânsito em julgado – Irrelevância – Inteli-

gência do art. 466 do CPC.

“A hipoteca judiciária pode ser inscrita, desde que se ajuste às disposições legais, independentemente ou não de recurso, pois é resultante de um efeito imediato da decisão, que surge com ela para oferecer pronta garantia à disponibilidade do credor.” (TJSP, AI 88.873-2, 17ª CCiv., Rel. Des. Joaquim de Oliveira, j. 13.3.85, v.u., RT 596/99-100.)

“COISA JULGADA – Inocorrência – Inscrição de hipoteca judiciária – Deferimento – Ato que independe da pendência, ou não, de recurso, pois é resultado de um efeito imediato da sentença – Artigo 466, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil – Recurso não provido.” (TJSP, AI 134.607-1, 1ª CCiv., Rel. Luís de Macedo, j. 22.5.90, v.u., RJTJESP 127/186-187.)

“Recurso – Agravo de Instrumento – Interposição contra deferimento de hipoteca judiciária, na forma do artigo 466 do Código de Processo Civil – Inexistência de inovação proibida pelo artigo 521 do Código de Processo Civil, pois de natureza preventiva da fraude – Desprovisionamento.” (1º TACivSP, AI 394838, 1º Câ., Rel. Célio Filocomo, v.u., JTA 115/110.)

“Mandado de Segurança – Impetração objetivando expedição de mandado para registro de hipoteca judiciária, decorrente da procedência da ação de reparação de danos – Ausência de trânsito em julgado da sentença – Irrelevância – Inscrição ordenada – Segurança concedida.” (1º TACivSP, MS 405077, 3ª Câ., Rel. Araújo Cintra, v.u., DJ 13.2.89.)

“Hipoteca Judiciária – Inscrição – Sentença condenatória ilíquida – Pendência de recurso recebido em ambos os efeitos – Irrelevância – Efeito secundário – Admissibilidade – Intelligência do art. 466 do Código de Processo Civil.

“A teor do artigo 466 do Código de Processo Civil, um dos efeitos secundários da sentença condenatória, ainda que ilíquida ou sujeita a recurso, é a constituição da hipoteca judiciária tendo por escopo exclusivamente assegurar a realização prática de futuro e eventual processo de execução.” (2º TACivSP, AI 392.761, 7ª Câ., Rel. Antonio Marcato, j. 14.9.93, JTA-LEX 147/233.)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – HIPOTECA JUDICIÁRIA. O artigo 466 do Código de Processo Civil vale por si só – A hipoteca judiciária é uma exigência de ordem pública cristalizada no direito de garantia que tem o credor – Segundo disposição legal, a sentença condenatória vale como título constitutivo da

hipoteca judiciária e, para que produza os efeitos em relação a terceiros, deve estar inscrita no Registro de Imóveis ainda que a sentença não haja transitado em julgado.” (TJPR, AI 03/86, 3ª CCiv., Rel. Des. Adolpho Pereira, j. 18.3.86, v.u., DJPR 4.4.86.)

“Hipoteca Judiciária. Título constitutivo, como consequência imediata da sentença. Inteligência do artigo 466 do Código de Processo Civil.

“A hipoteca judiciária prevista no artigo 466 do Código de Processo Civil é consequência imediata da sentença, independentemente da interposição de recurso contra esta.

“Agravo provido.” (TAPR, AI 48/87, 1ª CCiv., Rel. Juiz Nasser de Melo, j. 7.4.87, v.u.).

Também o E. TARS tem inúmeras decisões nesse sentido (v.g., Ap. Civ. 188100986, de Vacaria, 3ª CCiv., Rel. Ivo Gabriel da Cunha, v.u., 21.12.88 e AI 192207074, de Torres, 1ª CCiv., Rel. Juracy Vilela de Souza, v.u., 10.11.92).

Enfim, pela hipoteca judiciária afeta-se bem para que posteriormente sobre ele recaia a penhora em eventual execução da sentença (CPC, art. 655, §2º), assim como se assegura ao beneficiário lugar na ordem de preferência em possível concurso de credores.

Quanto à aptidão de gerar preferência, o art. 824 do Código Civil parece estabelecer regra no sentido oposto. Todavia, a interpretação mais razoável para o preceito é a que leva em conta aspecto substancial no sistema de concurso de credores, expressamente consagrado no CPC: o mais diligente na afetação de bens do devedor merece preferência (CPC, art. 612). Por isso, a não-geração de preferência prevista no Código Civil há de ser limitada aos credores com hipotecas ou penhoras anteriores (ARAGÃO, op. cit., p. 180-181). Só parece discutível – com a *venia* que é devida – sustentar que o marco

temporal para a preferência seja o momento da propositura da demanda. Afinal, se a inscrição da hipoteca judiciária é indispensável para que seja oponível perante terceiros (C. Civ., art. 824), é a partir desse instante que se põe a preferência.

De outra parte, a hipoteca judiciária não estabelece vinculação absoluta quanto ao futuro bem a penhorar. Tanto o credor como o devedor podem *motivadamente* vir a pleitear que a penhora atinja outro bem – cabendo ao juiz resolver a questão tomando em conta as diretrizes do menor sacrifício do devedor e da utilidade da execução. Além disso e por óbvio, não ficam excluídos futuros incidentes de ampliação e redução de penhora (CPC, art. 685). Seja como for, com a hipoteca judiciária haverá sempre a garantia de que, na falta de outros, pelo menos o bem já afetado destinarse-á à execução da sentença.

Por tudo isso, se bem empregada, a hipoteca judiciária pode servir para preencher parte da lacuna ocasionada pela regra geral da inadmissibilidade da apelação sem efeito suspensivo (panorama esse que novo anteprojeto de reforma do CPC pretende alterar radicalmente). É que, ao menos no que tange às sentenças de condenação pecuniária, ainda quando possível a execução provisória, essa normalmente pára na penhora e avaliação do bem (vez que se vedam atos expropriatórios): é raro, na prática, que o bem penhorado seja dinheiro, a possibilitar prosseguimento da execução e levantamento da quantia devida, mediante caução. Então o resultado que a hipoteca judiciária tem a aptidão de produzir não difere muito daquele que usualmente a execução provisória da sentença de condenação para pagamento em dinheiro gerará.

Não é tudo de que o jurisdicionado precisa, mas já é muito para ser tão pouco aproveitado.

Políticas públicas e direito administrativo

MARIA PAULA DALLARI BUCCI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Considerações sobre o fundamento das políticas públicas. 3. Por que estudar as políticas públicas em direito administrativo? 4. Políticas públicas, plano e planejamento. 5. A organização estrutural do poder e as políticas públicas.

1. Introdução

As políticas públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há menos de vinte anos, havendo pouco acúmulo teórico sobre sua conceituação, sua situação entre os diversos ramos do direito e o regime jurídico a que estão submetidas a sua criação e implementação. Este trabalho registra uma reflexão sobre o assunto, sem pretender alcançar conclusões acabadas.

O tema é, por natureza, muito complexo. Em primeiro lugar, porque não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário do universo de preocupações da teoria política. O instrumental jurídico de análise centrado na norma e no ordenamento jurídico não é o mais adequado para captar o caráter eminentemente dinâmico e funcional das políticas públicas.

Isso porque o modo como se estruturou o Estado liberal é mais voltado à limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado, em sentido comissivo e construtivo. As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes Legislativo e Executivo foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter

prestacional e de gestão que a administração assume hoje¹.

O direito administrativo é uma subdivisão do conhecimento jurídico relativamente nova, cujo desenvolvimento mais significativo data da segunda metade do século XIX, quando a doutrina jurídica passou a focar as funções do Estado como transcendentais do exercício do poder de polícia no plano interno de cada país. O instrumento dessa passagem foi a criação de serviços públicos (inicialmente os correios, depois as ferrovias e outros), por meio dos quais se renunciava a intensificação da atividade estatal do século XX, que depois da década de 30 se alteraria qualitativamente com o aumento da intervenção direta do Estado sobre o domínio econômico.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o advento de políticas sociais de saúde, seguridade social e habitação, muito expressivo nos países da Europa e nos Estados Unidos, há um aprofundamento dessa alteração qualitativa das funções do Estado, que do plano da economia se irradia sobre o conteúdo social da noção de cidadania. O dado novo a caracterizar o Estado social, no qual passam a ter expressão os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos², é a existência de um modo de agir dos governos ordenado sob a forma de políticas públicas, um conceito mais amplo que o de serviço público, que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados.

2. Considerações sobre o fundamento das políticas públicas

O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é

¹ GIANNINI, Massimo Severo. *El poder publico* : estados y administraciones publicas. Madrid : Civitas, 1991. O Professor Giannini rejeita como premissa para a análise do poder público atual o conceito de Estado intervencionista, expressão para ele inócua, uma vez que para ele todo ordenamento jurídico seria intervencionista. “(...) la valoración del ‘intervencionismo’ como una actuación mas allá de la esfera de ‘competencia natural’ no tiene ya sentido. El término de referencia de hoy día es el de régimen, dentro del cual se modulan las potestades de los distintos poderes públicos y las garantías para los sujetos que no son poderes públicos”. E reitera, em nota, a idéia de que “las administraciones públicas no se inmiscuyen en asuntos ajenos, sino que desarrollan funciones, gestionan servicios y producen bienes”, (p. 22).

² *Ibidem*, p. 118.

a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. Enquanto os direitos individuais, ditos direitos fundamentais de primeira geração, consistem em liberdades, os direitos sociais, ditos de segunda geração, consistem em poderes, que “só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”³.

A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais.

Mas esse raciocínio não basta para explicar as demais políticas públicas, como a política industrial, a política de energia, a política de transportes e outras, que não se fundam na realização imediata de direitos sociais. Vistas como políticas setoriais inseridas numa política de desenvolvimento, essas têm, como fundamento, o próprio conceito de desenvolvimento, “processo de elevação constante e harmônica do nível de vida e da qualidade de vida de toda uma população”⁴.

Além disso, as políticas hoje são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*⁵ –, fenômeno que se explica também pela maior importância da fixação de metas temporais para a ação dos governos

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 21: Sobre os fundamentos dos direitos do homem.

⁴ Processo de causalção circular e cumulativa, Professor Fábio Konder Comparato, conceito exposto em aula no curso de Direito do Desenvolvimento no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, no 2º semestre de 1995.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1989. p. 102: Planejar o desenvolvimento : a perspectiva institucional. O professor fala em “substituição” do governo da lei pelo governo das políticas. Evidentemente, isso não significa que a realização das políticas não se dê dentro dos parâmetros da legalidade (veja-se, por exemplo, o artigo 165 da Constituição Federal). Assim, as políticas são uma evolução em relação ao simples governo da lei em sentido formal (assim como essas o são em relação ao “governo de homens” anterior ao constitucionalismo).

republicanos. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social⁶ – seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas.

3. Por que estudar as políticas públicas no direito administrativo?

As políticas públicas são uma categoria jurídica útil para a análise das funções do Estado? Como o direito racionaliza o tema? Qual a expressão jurídica das políticas públicas? Pode-se falar em um “regime jurídico das políticas públicas”?

As políticas públicas, isto é, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, são um problema de direito público, em sentido lato.

Haveria razão para estudá-las sob a ótica do direito administrativo?

O que é o direito administrativo? É a área do direito que se ocupa do estudo da instituição estatal, em sua vertente executiva. O direito constitucional trata da organização do poder e dos direitos dos cidadãos, que devem servir de balizas para o exercício do poder estatal (ainda assim, registre-se que as Constituições recentes, e a brasileira de 1988 não é exceção, descem a detalhes sobre a realização das políticas públicas, como, por exemplo, os Títulos VII, VIII e IX e as Disposições Transitórias da CF).

O direito administrativo, por sua vez, incumbe-se da racionalização formal do exercício do poder pelo Estado. Na expressão de García de Enterría,

“o direito administrativo é o direito constitucional concretizado, levado à sua aplicação última”⁷.

No início do século XX, poucos anos depois da aceitação, pelo Conselho de Estado francês, do serviço público como critério para definição da competência da jurisdição administrativa

⁶ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília : Universidade de Brasília : Linha Gráfica, 1991.

⁷ *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid : Civitas, 1985. p. 20.

(1873)⁸, seguiu-se importante teorização sobre o papel do Estado, diante dessa nova forma de relacionamento entre o poder público e a sociedade. Leon Duguit deu grande atenção a esse problema – “Los Gobiernos no son más que los representantes de un poder social que manda: son los gerentes de los servicios públicos”⁹ –, ocupando-se do ordenamento jurídico dos serviços públicos para explicar e fundamentar teoricamente a crescente dependência da vida comum em relação aos serviços criados e mantidos pelo Estado¹⁰.

Contudo, se é verdade que o Estado-serviço público foi sucedido pelo Estado-políticas públicas, a essa evolução não correspondeu amadurecimento teórico do direito administrativo que explicasse sistematicamente as tarefas de coordenação que o Estado cada vez mais passava a assumir, isto é, a função administrativa das políticas públicas¹¹.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da aplicação do Direito Privado no Direito Administrativo*. São Paulo : Faculdade de Direito da USP, 1988. p. 54-55.

⁹ DUGUIT, Leon. *La transformación del Estado*. 2. ed. espanhola. Madrid : Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera. Três conferências proferidas em 1908. Duguit deu origem à chamada “Escola do Serviço Público”, p. 8.

¹⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, p. 140.

¹¹ Essa “paralisia” do direito administrativo foi lucidamente criticada por Carlos Ari Sundfeld: “Quando se observa o surgimento de novos ramos, como os direitos econômico, urbanístico, ambiental, agrário, sanitário, todos ligados, embora não exclusivamente, ao estudo da ação governamental sobre a vida privada, nota-se que a ciência do direito administrativo não tem sabido oferecer uma teoria geral apta a ser aplicada a cada um deles. Vem, por isso, perdendo importância. De pouco ou de nada adiantará o estudioso buscar na teoria do direito administrativo as categorias de que necessita para compreender os limites e exigências das novas funções do Estado. Encontrará uma doutrina que ainda se debate com dificuldades originárias em torno do poder de polícia! O resultado disso, todos conhecemos: o surgimento de teorias *ad hoc* voltadas apenas aos problemas específicos que enfrentam e descompromissadas, muitas vezes, com os próprios padrões que o direito administrativo já fixou. A dificuldade de encontrar alguma harmonia entre liberdade de iniciativa econômica, princípio da legalidade e controle estatal de preços, por exemplo, ou entre proteção do patrimônio cultural e ambiental e direito de propriedade é indicativo claro e sério dessa insuficiência.” (*Direito Administrativo ordenador*. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 15).

Há um paralelo entre a dificuldade de situar as políticas públicas no direito administrativo e o que se sucedeu com a conceituação de serviço público, noção que está muito distante da unanimidade.

Hely Lopes Meirelles relata a controvérsia da doutrina administrativista nacional para a fixação do conceito de serviço público:

“O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos põe um conceito material visando defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas. Eis o nosso conceito:

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.”¹²

Celso Antônio Bandeira de Mello conjuga os sentidos formal e material, dando relevo especial ao regime administrativo, na seguinte conceituação:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público –, portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”¹³

Outros autores acentuam a importância de elementos como o processo, o regime administrativo e a complementariedade em relação às

¹² MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo brasileiro*. 11. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 271-272.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. p. 20.

iniciativas dos particulares – o Estado erige uma atividade em serviço público quando entende que o interesse geral não poderia ser satisfeito, ou o seria de maneira insuficiente, se não assumisse tal encargo¹⁴.

Norberto Bobbio anota o fenômeno da “tecnicização do direito público” – relativamente recente, se comparado ao direito privado, e marcadamente desenvolvido no último século –, decorrente da concepção do Estado de direito, “como órgão de produção jurídica e, no seu conjunto, como ordenamento jurídico”¹⁵. Essa concepção daria origem à doutrina jurídica do Estado, complementar à doutrina sociológica, que examina o Estado como forma de organização social.

Com a evolução do Estado de direito para o Estado social¹⁶, volta a ter prestígio a visão do Estado “como forma complexa de organização social, da qual o direito é apenas um dos elementos constitutivos”¹⁷.

Pode-se levantar o argumento de que o estudo das políticas públicas não pertenceria à esfera do direito administrativo, mas ao direito constitucional, uma vez que elas consistem na atuação do Estado para implementar escolhas políticas, que são feitas, em sua maioria, pelo Poder Legislativo. Isso é o que se afirma, textualmente, no direito anglo-americano, onde as políticas públicas são institutos perfeitamente incorporados ao direito público, o que não ocorre no direito público de influência europeia, no que Massimo Giannini classifica como “países de direito administrativo”.

Na Inglaterra, onde o direito administrativo é uma subdivisão do direito constitucional, não desligada do tronco original, afirma-se que o direito administrativo é definido em função das

¹⁴ *Ibidem*, op. cit., p. 141.

¹⁵ BOBBIO, Norberto, *Estado, governo e sociedade : para uma teoria geral da política*. 2. ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987. p.56 e 22.

¹⁶ Numa visão de direito administrativo, segundo Giannini, o Estado social desenvolve predominantemente atividades constituídas por serviços públicos. “Dado que los servicios públicos, desde la vieja instrucción pública a la joven informática, se extienden predominantemente, en el campo de lo social, con la locución que nos ocupa, se quiere dar a entender que los poderes públicos han variado su dirección: son ahora organizaciones que auxilian a los ciudadanos de todas las formas posibles.”, ob. cit., p. 118.

¹⁷ BOBBIO, op. cit. p. 57.

políticas públicas, começando a atuar depois da formulação delas:

*“Administrative law is the branch of public law dealing with the actual operation of government, the administrative process. When the constitutional process has resulted in a duly elected Government which has determined its policies and enacted any necessary primary legislation, the administrative process begins.”*¹⁸

Nos Estados Unidos, Bernard Schwartz também qualifica a execução das políticas públicas como um dos problemas fundamentais do direito administrativo, acentuando a maior importância desse ramo jurídico nos Estados Unidos em relação ao direito britânico. Num estudo de 1955, dirigido a explicar o direito constitucional americano ao público britânico, o autor inicia o capítulo do direito administrativo comentando que conhece o desinteresse dos britânicos pelo tema, pois não haveria motivo para curiosidade sobre uma área do direito estrangeiro cuja existência os ingleses se habituaram a negar em sua própria casa. Entretanto, destaca o crescimento da importância teórica do direito administrativo, devido ao extraordinário desenvolvimento legal, no século XX, desse campo que “reflete no direito a hegemonia do braço executivo do governo”, a qual, por sua vez, decorre diretamente da expansão do papel do Estado¹⁹.

A própria estruturação do campo de estudo traduz o sentido dos novos problemas da relação entre a administração do Estado e os cidadãos.

¹⁸ SMITH, Stanley de, and BRAZIER, Rodney, *Constitutional and Administrative Law*. 7. ed. London, 1994. p. 577, o texto prossegue com a definição do escopo do direito administrativo, no qual sobressai o papel do processo administrativo: “It concerns the day-to-day administration of the country at central and local level and putting into practice constitutional decided policies. Administrative law regulates this process. It relates to the organization, composition, functions and procedures of public authorities and special statutory tribunals, their impact on the citizen and the legal restraints and liabilities to which they are subject. It controls the making of subordinate legislation by public authorities. In essence administrative law is that part of constitutional law which reveals what tangible and enforceable limits can be placed on administrative action.”

¹⁹ SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. London : Cambridge University Press, 1955. p. 283.

Em 1955, Bernard Schwartz resumia as questões do direito administrativo a duas: de um lado, aquelas envolvendo a autoridade administrativa para editar regras e regulamentos de aplicabilidade geral, e de outro, os efeitos desse poder sobre as pessoas ou a propriedade dos cidadãos²⁰. Num contexto em que direito administrativo é parte do problema central da teoria política, isto é, da conciliação entre autoridade e liberdade, o tratamento jurídico da administração pública volta-se à instituição de autoridades administrativas com poderes para realizar políticas públicas – por definição, de interesse público – e à salvaguarda dos interesses privados contra a arbitrariedade administrativa ou o excesso de poder²¹.

Num trabalho específico sobre o direito administrativo, de 1991, a essas duas vertentes Schwartz acrescenta uma terceira, relativa às condições legais para o exercício desses poderes, isso é, ao processo administrativo, em sentido amplo²².

Deve-se notar, contudo, que o direito administrativo anglo-americano é muito menos abrangente que o direito francês, do qual o direito brasileiro sofreu influência direta. Os temas que a nossa tradição jurídica situa no campo do direito administrativo – contratos administrativos, servidores públicos, bens públicos etc.–, no sistema anglo-americano são objeto de estudo da administração pública, mais ampla que o direito administrativo.

Essa discussão preliminar deve ser considerada para que não se trabalhe sobre um falso problema. Se as políticas públicas forem um tema tratado pelo direito constitucional, não há razão científica relevante para que este estudo se prenda ao campo de análise do direito administrativo. É possível, mesmo, que o instrumental teórico do direito administrativo – o feixe de princípios que o regem e o postulado da supremacia do interesse público sobre o particular – não seja suficiente para explicar as questões que envolvem as políticas públicas.

Parece-me, então, que o problema da situação topológica das políticas públicas deve ser deixado em suspenso para que se examine mais detidamente o que são políticas públicas e como elas se caracterizam juridicamente.

²⁰ *Ibidem*, p. 284-307.

²¹ ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *Administrative law*. 15. ed. Chicago, 1986. v. 1, p. 102-103.

²² SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. Little : Brown and Company, 1991. p. 2.

4. Políticas públicas, plano e planejamento

Tomando-se por base as diferentes abordagens do tema, constantes da *Enciclopédia Saraiva do Direito*, nota-se a falta de consenso da doutrina brasileira sobre a forma metodológica de conceituar as políticas públicas. As definições enfocam ângulos variados, desde as noções mais gerais, como “a política é a teoria, arte e prática do governo, para a direção dos negócios públicos”, até as definições específicas, como “o conjunto de conhecimentos sobre...”; “conjunto de medidas...”, “ação de caráter oficial...”, “ciência e arte de conduzir os assuntos...”²³. A definição mais rigorosa, sob esse aspecto metodológico, é a de política agrária, como “planejamento ou programa de ação governamental para o setor...”, à qual se somam as noções de “plano” e “atualização e adaptação da legislação aos planos governamentais”.

Há uma certa proximidade entre as noções de política pública e a de plano, embora a política possa consistir num programa de ação governamental que não se exprima, necessariamente, no instrumento jurídico do plano.

Massimo Severo Giannini ressalva que considera os termos planificação e programação equivalentes, salvo na linguagem da norma positiva, ambos entendidos como uma “técnica de atuação administrativa de longa duração”²⁴. Segundo história, embora os planos fossem utilizados desde que existe a atividade administrativa, os primeiros planos juridicamente relevantes foram os de contabilidade pública. Em seguida, surgiram os planos urbanísticos elaborados por ocasião da ampliação das grandes cidades, como Paris, Nápoles e Viena no século XIX. No século XX, surgiram as planificações mais típicas, os planos econômicos.

O ilustre professor italiano, contudo, identifica as planificações²⁵ econômicas com os

²³ ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 59. As definições se referem aos verbetes *política criminal*, *política de imigração*, *política econômica*, *política penitenciária nacional*, *política social*.

²⁴ GIANNINI, op. cit. p. 155.

²⁵ Planejamento e planificação, para muitos autores, não são expressões sinônimas, identificando-se a última como o planejamento cogente realizado nas economias socialistas, acepção que adota Massimo Giannini. “Juridicamente, um plan

países socialistas, excluindo de seu relato as experiências de planejamento realizadas no pós-guerra – algumas com reconhecido sucesso, como a francesa – ao afirmar, categoricamente, que as teses dos economistas sobre a conveniência de se adotar a planificação também em países de economia de mercado não puderam ser verificadas na prática, uma vez que nenhum dos Estados não-socialistas teria adotado planificações, salvo a Itália, cujo plano de 1967/70 teria sido um fracasso²⁶.

Entretanto, a conclusão daqueles que examinaram mais de perto a questão do planejamento não coincide com a negativa de Giannini. Experiências importantes de planejamento ao longo do século XX – que têm por objeto tanto as empresas privadas como os problemas de desenvolvimento regional e nacional dos países – apontam para o sentido oposto. A evolução histórica que vai da década de 30 até os anos da recuperação econômica pós Segunda Guerra Mundial consolidam o planejamento como “pressuposto indispensável de todo programa de ação política, econômica ou social”, uma vez que praticamente todos os países do mundo capitalista passam a adotar os métodos do planejamento²⁷.

A divergência do ilustre publicista italiano merece destaque porque toca exatamente na dificuldade da definição ontológica do plano como instrumento jurídico-institucional para a realização do desenvolvimento. Particularmente,

económico nacional es un conjunto orgánico de ordenes a las empresas, que se funda, por tanto, en relaciones de potestad-sujección, las cuales, en sistemas que garantizan la libre iniciativa económica, sólo serían posibles si el mismo sistema reservase a los poderes públicos potestades de “programación” (término usado preferentemente en los textos normativos). Pero, de hecho, la mayor parte de los ordenamientos positivos no conocen textos constitucionales que enuncien los dos extremos de la materia – libertad y potestad – (...) de manera que serían necesarias leyes de rango constitucional para generalizar el extremo “potestad”. La mayor dificultad es la institucional en cuanto que para la aplicación de un plan económico se necesitan numerosos órganos centrales y periféricos, pertrechados de técnicos adecuados, con capacidad para dirigir y controlar las empresas; órganos que son, por tanto, costosísimos y de una dudosa eficiencia en un ordenamiento que no es socialista.”

²⁶ Ibidem, p. 157.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo : Ed. do autor, 1977. p. 12.

não endosso sua posição, embora acredite que o professor identifica com bastante clareza o problema ao destacar, além das dificuldades políticas e técnicas para a elaboração e implementação do plano, “as dificuldades verdadeiras, de caráter jurídico-institucional”²⁸.

Merece registro a conclusão final de Giannini, favorável ao planejamento, admitindo que a atividade administrativa se desenvolve por meio de planos, tendência que “parece encontrar, atualmente, uma correspondência com a realidade”²⁹.

Essa discussão nos remete ao caráter do planejamento, que a Constituição brasileira define, de maneira peculiar, como “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (artigo 174). Embora inspirado no artigo 131 da Constituição espanhola, o duplo caráter da atividade de planejamento é inovação brasileira, para a qual já apontava a doutrina do direito econômico³⁰ em época de maior prestígio do conceito de planejamento, na década de 70, quando foram editados o I Plano Nacional de Desenvolvimento (I PND) e o II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND).

A política é mais ampla que o plano e se define como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados. Políticas públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo.

A expressão mais freqüente das políticas públicas é o plano (embora com ele não se confunda), que pode ter caráter geral, como é o Plano Nacional de Desenvolvimento, ou regional, ou ainda setorial, quando se trata, por exemplo, do Plano Nacional de Saúde, do Plano de Educação etc. Nesses casos, o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, suas metas temporais, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação.

A origem normativa da política pública, mesmo que resulte da iniciativa legislativa do governo, Poder Executivo, é o Poder Legislativo. No sistema constitucional brasileiro, as políticas públicas mais comumente se expressam por meio de leis. Veja-se, a propósito, o artigo 165 da Constituição de 1988, que define os

²⁸ GIANNINI, op. cit., p. 157.

²⁹ Ibidem, p. 160.

³⁰ GRAU, op. cit.

orçamentos públicos como instrumentos de fixação das “diretrizes, objetivos e metas” (§ 1º), além das “prioridades” (§ 2º) da administração pública. O mesmo artigo fala também em “planos e programas”, confirmando a multiplicitude de formas que podem assumir as políticas públicas.

Há, no entanto, políticas que se traduzem em programas de ação, em sentido estrito, como o Programa de Material Escolar, o Programa do Álcool, cujo detalhamento se exprime por meio de formas normativas infralegais, como decretos, portarias ou resoluções, resultados da atividade regulamentar do Poder Executivo. Lembre-se que no Brasil inexistem os decretos autônomos, de tal forma que a função normativa da administração se exerce sempre a partir de previsão legal.

Há, ainda, uma distinção das políticas públicas quanto ao que poderíamos classificar como “nível hierárquico”, em relação aos fins. Assim, por exemplo, a política nacional de educação é uma política geral para o setor da educação, política “de fins”, cuja execução supõe a formulação de políticas “de meios”, que digam respeito à contratação de pessoal (política de recursos humanos), à construção de prédios escolares, etc.

O que há de comum entre todas essas políticas, em suas diferentes acepções, dando sentido ao agrupamento delas sob um mesmo conceito jurídico, é o processo político de escolha de prioridades para o governo. Essa escolha se faz tanto em termos de objetivos como de procedimentos. Para ilustrar, veja-se a política nacional de educação, que externa um conjunto de opções de governo em matéria de educação, relativas, por exemplo, à concentração de recursos no ensino fundamental, ou à ênfase no ensino profissionalizante e assim por diante. As políticas instrumentais do setor devem estar racionalmente coordenadas com a política maior e adotar as suas prioridades quanto aos meios, viabilizando a realização das finalidades da política principal do setor. Assim, por exemplo, a política de recursos humanos na educação, supondo que a tônica do plano principal fosse o ensino básico, poderia privilegiar os professores mais qualificados, canalizando recursos para a formação de professores. Ou, de maneira oposta, poderia privilegiar a quantidade de professores, estimulando a contratação de grande número de normalistas.

Todos esses exemplos evidenciam a variedade de formas que assumem as políticas públicas, diversidade que encontra correspondente no campo jurídico.

A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento. Note-se a correlação de ambos, no sentido de que, ao contrário do que muitos sustentaram nos anos 60, o planejamento não é uma atividade vazia de conteúdo político. Trata-se de função eminentemente técnica, voltada à realização de valores sociais, como afirmou Celso Furtado em texto autobiográfico:

“(...) o planejamento foi para mim uma *técnica social* de importância muito maior, a qual permitiria elevar o nível de racionalidade das decisões que comandam complexos processos sociais, evitando-se surjam processos cumulativos e não-reversíveis em direções indesejáveis.”³¹

A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do poder público, que levarão a certos resultados.

A formulação da política consistiria, portanto, num procedimento, e poder-se-ia conceituar, genericamente, os programas de ação do governo como atos complexos. O incremento das atividades concernentes à elaboração das políticas e à sua execução insere-se num movimento de “procedimentalização das relações entre os poderes públicos”, a que se refere, mais uma vez, Massimo Giannini.³² Esse fenômeno de procedimentalização, no qual sobressai o poder de iniciativa do governo – e que diz respeito aos meios, ao pessoal, às informações, aos métodos e ao processo de formação e implementação das políticas –, é o ângulo sob o qual se justifica e se faz necessário o estudo das políticas públicas dentro do direito administrativo.

³¹ FURTADO, Celso. *Auto-retrato intelectual*. São Paulo : Ática, 1983. p. 35. (Grandes Cientistas Sociais, v. 33)

³² GIANNINI, op. cit., p. 154.

5. A organização estrutural do poder e as políticas públicas

Esse problema envolve outro, extremamente mais complexo, sobre a iniciativa das políticas públicas: a quem compete formulá-las, ao Poder Legislativo ou ao Executivo?

Parece relativamente tranqüila a idéia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza em forma de leis de caráter geral e abstrato, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.³³

Ter-se-ia alterado, segundo Fábio Konder Comparato, o sentido material do governo:

“Acontece que não foi apenas pela forma de governar que o Estado contemporâneo reforçou os poderes do ramo executivo. Foi também pelo conteúdo da própria ação governamental. 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 do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.”³⁴

A teoria política cunhada no liberalismo atribui a função formadora do direito à compe-

³³ “Si bien la formulación de políticas es una función que generalmente no figura entre las tareas habituales de la mayoría de los burócratas, las responsabilidades que les conciernen surgen porque lo que se genere en esta primera etapa puede afectar la concreción de las políticas. Por lo general, las autoridades políticas superiores definen el alcance y el contenido de las políticas públicas. De este modo, los procedimientos en los que se produce esta definición evidentemente afectan, y de hecho determinan, qué políticas deben aplicar los burócratas. Estas dos etapas principales del proceso de formulación de políticas están estrechamente relacionadas entre sí de diversas maneras.” BURKE, John. *Responsabilidad burocrática*. Buenos Aires : Editorial Heliasta, 1994.

³⁴ COMPARATO, op. cit., p. 102.

tência exclusiva do Poder Legislativo, sede da representação popular. Em matéria de políticas públicas, o acerto dessa visão se confirma em relação aos programas de longo prazo, cuja realização ultrapasse a duração de um governo. Os objetivos de interesse público não podem ser sacrificados pela alternância no poder, essencial à democracia. As leis de plano, portanto, conciliam princípio republicano e democrático com as demandas da estabilidade e da governabilidade.

Todavia, como programas de ação, ou como programas de governo, não parece lógico que as políticas possam ser impostas pelo Legislativo ao Executivo. O mais correto seria que pudessem ser realizadas pelo Executivo, por iniciativa sua, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo.

Na verdade, o exercício de funções normativas pelo Poder Executivo é noção que se encontra numa zona cinzenta, devido à necessidade crescente de instrumentos para uma ação ágil do governo. Dessa necessidade surgiu o instrumento da medida provisória, previsto no artigo 62 da Constituição Federal, cuja aplicação é fonte de muita controvérsia, principalmente devido ao transplante do instituto do modelo parlamentarista italiano para o presidencialismo brasileiro, sem as necessárias adaptações.

Esse tipo de instrumento normativo permite que se realize o que Eros Roberto Grau chamou de “capacidade normativa de conjuntura”³⁵, visando ao desempenho de uma atividade de ordenação pelo Estado sobre os agentes econômicos. O fenômeno, segundo Grau, corresponde ao aumento da quantidade e da importância das normas editadas pelo Poder Executivo, por meio da administração centralizada ou dos entes estatais autônomos, mediante o exercício de competência delegada pelo Poder Legislativo.

Observe-se que a delegação é a forma mais intensamente utilizada pelo Poder Executivo americano para regulamentar e fiscalizar setores inteiros da atividade econômica sem a atuação direta do Poder Legislativo, que apenas fixa as diretrizes para a ação administrativa das agências.

Esse fenômeno foi analisado também por Fábio Konder Comparato, que constata a generalização, nos países do Ocidente, da “parcial transferência ao Executivo da própria

tarefa de fazer leis”³⁶, tendência de que não se exclui o Brasil, adepto dos decretos-leis no regime constitucional de 1967/69 e das medidas provisórias, que se converteram no principal instrumento legislativo do governo sob a égide da Constituição de 1988.

Quanto à estruturação do poder, a proposta de Comparato é no sentido da instituição de um órgão de planejamento desvinculado do Poder Executivo, cujas decisões seriam tomadas por um Conselho corporativo com atribuições distintas das do Congresso Nacional.

Sem entrar no mérito da proposta, parece-me que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas. Em relação a elas, mais importantes que os objetivos ou as metas temporais fixadas será o processo de sua realização, a partir dos parâmetros fixados em lei.

Em parte, esse é o processo político, cuja legitimidade e cuja “qualidade decisória”, no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.

Em grande parte, porém, o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativo, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento. Essa é a razão pela qual entendo que os administrativistas podem e devem voltar seus olhos para a temática das políticas públicas.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade* : para uma teoria geral da política. 2. ed. Rio de Janeiro : Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992. Sobre os fundamentos dos direitos do homem.

³⁵ GRAU, op. cit., p. 69.

³⁶ COMPARATO, op. cit., p. 101.

- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília : Universidade de Brasília : Linha Gráfica, 1991.
- BURKE, John. *Responsabilidade burocrática*. Buenos Aires : Editorial Heliasta, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1989. Planejar o desenvolvimento : a perspectiva institucional.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da aplicação do Direito Privado no Direito Administrativo*. São Paulo : Faculdade de Direito da USP, 1988.
- DUGUIT, Leon. *La transformación del estado*. 2. ed. espanhola. Madrid : Francisco Beltrán Librería Española y Etranjera. Três conferências proferidas em 1908.
- FURTADO, Celso. *Auto-retrato intelectual*. São Paulo : Ática, 1983. (Grandes cientistas sociais, v. 33).
- GIANNINI, Massimo Severo. *El poder publico : estados y administraciones publicas*. Traduzido do original italiano por Luis Ortega. Madrid : Civitas, 1991.
- GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo : Ed. do autor, 1977.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 11. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, v. 1.
- SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. London : Cambridge University Press, 1955.
- SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. 3. ed. Little : Brown and Company, 1991.
- SMITH, Stanley de, BRAZIER, Rodney. *Constitutional and Administrative Law*. 7. ed. London, 1994.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo ordenador*. São Paulo : Malheiros, 1993.

Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis

GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Formas de solução de conflitos. 3. A arbitragem e a mediação. 4. Conciliação. 4.1. Origem e evolução. 4.2. A conciliação no direito alienígena. 4.3. A conciliação no direito pátrio. 5. Formas alternativas de solução de conflitos nos Juizados Especiais Cíveis. 6. Conclusão.

1. Introdução

Com a evolução da sociedade contemporânea, há um número cada vez maior de conflitos de interesses não adequadamente solucionados, ou nem mesmo submetidos à apreciação jurisdicional.

De um lado, os conflitos de natureza meta-individuais, cada vez mais comuns numa sociedade de massa – dificilmente tratáveis pela tradicional processualística de caráter individualista –; de outro, o alto custo do processo e a burocracia da justiça desestimulam o cidadão a recorrer ao Judiciário para ver satisfeito o seu legítimo direito violado. Isso vem, ao longo do tempo, afastando, perigosamente, o cidadão e o poder público, acarretando uma sociedade desacreditada no Poder Judiciário e, conseqüentemente, insatisfeita.

Na problemática dos tempos modernos, surge a necessidade de resgatarem-se as formas alternativas de soluções de conflitos, até como meio para evitar o processo, mediante soluções capazes de resolver certos conflitos, como os direitos dos consumidores, a composição de danos mais leves, o direito de vizinhança, certas questões de família e tantos outros pequenos litígios que versem sobre direitos disponíveis, os quais poderiam encontrar, nas formas alternativas, uma rápida, barata e pacífica solução.

Guilherme Silva Barbosa Fregapani é Pós-graduado pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, Pós-graduado pelo Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa e Conciliador nos Juizados Especiais.

As soluções alternativas de conflitos são institutos seculares e certamente utilizados desde as primeiras aglomerações sociais da história da humanidade. Institutos esses que, acolhidos e desenvolvidos pelo Direito de praticamente todos os países, são hodiernamente considerados eficazes formas de pacificação social com a incrível característica de contribuir para aliviar o exercício da função jurisdicional, diminuindo, consideravelmente, o acúmulo de pendências judiciais.

Esse tema é atual e importante, uma vez que a Justiça brasileira está passando por uma transmutação exigida pela própria evolução social, e estamos diante de uma deformalização dessa Justiça que, nos dias de hoje, prima por afastar-se do eixo *segurança/certeza*, apoiando-se no eixo *rapidez/probabilidade*. Conforme a esse princípio, que norteou toda a recente reforma do Código de Processo Civil brasileiro e, em especial, a elaboração da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, foi resgatada pelos nossos renomados processualistas a significativa importância dos meios alternativos de soluções de conflitos como verdadeiros e eficazes mecanismos de se fazer a justiça e de se alcançar a tão buscada paz social.

2. Formas de solução de conflitos

Teoricamente, pelo menos de três maneiras diversas pode-se obter a solução de um conflito de interesses: pela autotutela, pela autocomposição e pela heterocomposição.

A autotutela ou autodefesa é a solução violenta do conflito. Cada um dos litigantes procura impor sua pretensão pela força.

Segundo Rosenberg:

“La autodefensa es el medio primario de tutela jurídica, históricamente el más antiguo y el único en los tiempos primitivos.”

A autotutela é, sem dúvida, o meio mais antigo, mas também o menos perfeito de se fazer justiça. Vence sempre o mais forte, quer tenha ou não razão. Por isso mesmo, só excepcionalmente é tolerado pela legislação dos povos civilizados. Entre esses casos especialíssimos, podemos nos referir à legítima defesa, à greve e ao desforço imediato.

A autocomposição, ao contrário, é a solução pacífica da controvérsia por obra dos próprios interessados, ou seja, é de iniciativa das partes e por elas próprias realizada, às vezes com a

contribuição de um terceiro. A chamada autocomposição dos conflitos faz-se na forma de transação, por meio da mediação ou da conciliação.

Na mediação, o terceiro mediador intervém quando os recursos das partes, em termos de conhecimento, de persuasão e, em alguns casos, de violência econômica, não conseguiram chegar a uma solução, cabendo-lhe, então, apresentar algo de novo ou diferente às muitas possibilidades levadas em conta pelas próprias partes, podendo estimular ou mesmo ajudar os próprios interessados para que façam ofertas e propostas como base para chegar a um acordo. Em suma, o mediador age como um elemento catalisador, que acelera a composição.

A conciliação, assim como conceitua Mauro Rubino Sammartano em sua obra *International Arbitration Law*,

“is a well-known system which consists in an attempt by a third party, designated by the litigants, to reconcile them either before they resort to litigation (whether to court or arbitration), or after”. (SAMMARTANO, Mauro Rubino. *International Arbitration Law*. Boston : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985. p. 254.)

Em verdade, busca-se na conciliação, por meio de um terceiro elemento, o conciliador sempre imparcial, a solução do conflito, mostrando-se os aspectos positivos e negativos da manutenção ou não do conflito e as possíveis conseqüências de levá-lo a um tribunal.

O papel desse terceiro, chamado conciliador, pode limitar-se apenas à aproximação das partes para que encontrem a solução amigável, ou ir mais além, fazendo ele mesmo uma proposta concreta de conciliação, que, aceita pelos interessados, porá fim ao conflito. Esse instituto abordaremos com mais profundidade, dada a sua importância, uma vez que, sem dúvida, a conciliação foi eleita, pela reforma, a rainha das formas alternativas de solução de conflitos.

A heterocomposição ocorre quando a solução do conflito é confiada exclusivamente a terceiro, ou a terceiros, alheios ao objeto do litígio. Essa maneira de composição de conflitos realiza-se por meio da jurisdição ou da arbitragem, que, na verdade, é forma mista, pois as próprias partes compõem-se parcialmente para designar o árbitro e submeterem-se ao respectivo laudo.

Já a jurisdição trata-se de forma de composição impositiva afetada a terceiro, via de regra, ao poder público, realizada por meio do processo, que reside apenas numa obrigação legal de sujeitar-se à jurisdição estatal e no direito de provocá-la. Por não se tratar de forma alternativa de solução de conflitos e, sim, de forma oficial e impositiva, não trataremos, neste trabalho, do instituto da jurisdição.

3. A arbitragem e a mediação

Com o aprimoramento e o desenvolvimento da humanidade, tornou-se cada vez mais complexa a vida em sociedade e, com ela, os conflitos de interesses de seus membros. Aos poucos, abandonou-se a autotutela para então dirimirem-se as controvérsias por um terceiro imparcial, escolhido pelas partes, cuja decisão deveria ser acatada pelos litigantes. Nasce, assim, o instituto da arbitragem, desenvolvido na história antiga, tendo sua aplicação onde o Estado não estava aparelhado para impor-se à vontade dos particulares, resolvendo os conflitos de interesses impondo aos litigantes sua decisão.

A arbitragem já era amplamente utilizada, na Idade Antiga, para a solução de controvérsias no âmbito do direito interno, solucionando conflitos interpessoais. Com sua ampla aceitação, a arbitragem passou a ser utilizada também para dirimir controvérsias no âmbito do direito externo, ou seja, entre cidades-estados da Babilônia e da Grécia há cerca de 3.000 anos antes de Cristo.

Nos primeiros tempos das relações laborais, quando as partes tendiam a adotar posturas antagônicas e usavam pouco o diálogo, a arbitragem desfrutou do favor das autoridades e foi considerada como o meio mais importante de soluções de conflitos. Procurava-se, antes de tudo, evitar a greve, e a arbitragem parecia ser o método mais eficaz para isso. Já que os interesses das partes eram divergentes ou incompatíveis, acreditava-se que só a decisão de terceiro poderia pôr fim ao conflito, impondo às partes a sua composição.

A arbitragem teve realmente um papel destacado na fase incipiente das relações trabalhistas, bem como nas relações comerciais, mas, com o tempo, foi decaindo de importância na maioria dos países. Embora a arbitragem continue existindo como forma alternativa de solução de conflitos, sua utilização, na prática,

vem-se tornando cada vez menos freqüente. Em muitos países, cedeu-se lugar à conciliação, como meio privilegiado de superar desavenças, fazendo com que a arbitragem caísse em desuso.

Após o declínio na sua utilização, o instituto da arbitragem ressurgiu com força total, devido à criação dos mercados comuns internacionais, como resposta às necessidades do comércio internacional em obter decisões rápidas e eficazes para as pendências que lhe venham entrar o processo essencialmente dinâmico.

No Brasil, a arbitragem possui expressa previsão legal (arts. 1.037 a 1.048 do CC). Mesmo assim, é muito pouco utilizada, até porque esse instituto não se coaduna com a tradição brasileira, que valoriza muito mais a sentença judicial do que o laudo arbitral. Por isso, a arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos não tem merecido muita aceitação pelos jurisdicionados, devido a nossa formação romanista, que impede, com seriedade, que alguém, não investido nas funções jurisdicionais, possa solucionar nossos problemas jurídicos.

No entanto, com o ingresso do Brasil no Mercosul, espera-se que os conflitos mercantis passem a ser solucionados por meio da arbitragem, intensificando, assim, a utilização dos benefícios oriundos desse instituto.

A mediação é forma de autocomposição de conflitos e se assemelha, em muitos pontos, com a própria conciliação, sendo essa distinção meramente doutrinária, uma vez que, na realidade de muitos países, os dois institutos se confundem, sendo os mesmos utilizados indistintamente, pois são considerados institutos afins.

Na verdade, a mediação constitui um processo auxiliar da negociação no caso de impasse, sendo que o mediador busca reduzir as diferenças e, assim, aproximar as partes para evitar o rompimento prematuro da negociação como um todo.

A mediação difere da arbitragem, pois, nesta última, o árbitro decide a lide; enquanto, na primeira, o mediador apenas facilita a negociação, usando de sua habilidade para ajudar as partes a encontrarem uma forma de solução da controvérsia.

Na técnica de mediação, um terceiro não interessado (o mediador) auxilia as partes a definirem suas posições em relação aos pontos em litígio e a explorarem as possibilidades de solução negociada. O mediador não avalia ou

sequer emite opinião sobre o caso, mas apenas facilita o intercâmbio de informações, idéias e alternativas para solução do litígio.

4. Conciliação

4.1. Origem e evolução

A palavra conciliação é “derivada do latim *conciliatio*, de *conciliare* (atrair, harmonizar, ajudar), entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de seu negócio ponham fim a divergência amigavelmente”. “...tecnicamente, tanto pode indicar o acordo amigável, como o que se faça, judicialmente, por meio de transação, que termina o litígio” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. 1. p. 381).

A conciliação é idéia tão antiga quanto o próprio mundo, por isso a dificuldade de se apontar com precisão a sua verdadeira origem, que se mostra bastante confusa e imprecisa.

Pode-se afirmar que todos os povos antigos conheceram a conciliação e a praticaram em maior ou menor extensão.

A história tem demonstrado que a conciliação é uma instituição, conforme a natureza humana; nenhuma outra forma de composição de conflitos é mais vizinha ao tipo primitivo do ideal de justiça.

Tratando-se de um instituto que tem a sua razão de ser na natureza do homem, nos seus vícios e nas suas virtudes, realmente não se pode assinalar a sua origem exata, porque é da própria humanidade.

O uso da composição amigável, na forma de conciliação, deve preceder as leis escritas e deve ter sido a única maneira de acabar com os litígios nas sociedades primitivas, quando os chefes de família eram, ao mesmo tempo, *pontífices* e *jurisconsultos*, o que resulta do fato de o direito e a religião se confundirem, formando um todo, sendo que a lei surgiu desse modo, apresentando-se por si própria e sem que o homem necessitasse de ir ao seu encontro. Homero, na *Ilíada*, faz acabarem as disputas e as questões que ocorriam entre seus guerreiros por meio da conciliação, com carinho, senso e prudência. Na *Odisséia* aparece Aretéa, mulher de Alcino, que compõe as disputas dos seus súditos com sapiência.

O episódio bíblico de Jacó e Labão (*Gênesis*. v. 36-37, cap. 31) e os poderes conferidos a Moisés (*Êxodo*. v. 14, cap. 18) revelam a

existência do instituto entre os antigos hebreus. No livro do apóstolo Mateus está:

“Entre em acordo sem demora com o teu adversário, enquanto estás com ele a caminho, para que o adversário não te entregue ao juiz, o juiz ao oficial de justiça e sejas recolhido à prisão.” (*A Bíblia Sagrada* – Antigo e Novo Testamento, traduzida em português por João Ferreira de Almeida.)

Nas leis da antiga Esparta, havia alguns tipos de conciliadores: os *Amorsini* (que olhavam sobre os costumes das damas), os *Pedononi* (sobre os jovens) e os *Empelori* (que inspecionavam os mercados). Havia, ainda, os *Dieteti*, espécies de juízes públicos e privados, chamados para dirimir alguns dissídios.

Mais tarde, na Grécia e nas cidades gregas da Itália, apareceram os *Irenoficiali*, que custodiavam a paz entre os cidadãos litigantes, pois *Irene*, em grego, significa aquela paz que não se consegue pela força, pela coação, mas que se estabelece pela razão. Várias passagens de Homero, na *Ilíada*, não deixaram dúvidas de que a conciliação era comumente praticada pelos gregos naquela época.

Os romanos, por sua vez, sempre tiveram a conciliação na mais alta conta. “Não é sem razão” – recorda Lorenzo Scamuzzi (*Conciliatore e conciliazione giudiziare*. Digesto Italiano, v. 8, p. 40, 1896). – “que foi edificado perto do fórum o templo dedicado à Deusa Concórdia”. Informa, ainda, o citado autor que os romanos davam o nome de *conciliatrix* a certas senhoras que se incumbiam de reunir os esposos separados.

A Lei das doze tábuas prevê a obrigação dos juízes (pretos) de acatar o acordo das partes, conforme se verifica na Lei segunda: *Si dum in veniunt, de re transactum juerit inter vocantem et vocatum, ita jus esto*.

Na Roma antiga, além da conciliação realizada ante o pretor, havia a conciliação privada, obtida graças à interferência de parentes e amigos, denominada *intra parietas*.

Em Roma, terra clássica do direito, a função do conciliador era atribuída com honra. À época dos sacerdotes, instituídos por Numa Pompílio, que tinha a missão de amansar a ferocidade do povo, surgiram os *Feciali* – espécie de *Irenoficiali* dos gregos – cujos ofícios eram dedicados às causas privadas e às causas do Estado, pois, sem o consentimento dos *Feciali*, o rei não podia mover a guerra nem se conciliar com

outros povos. Daí, originou-se o *Jus Feciali* no reinado de Auco Marzio.

Porém, houve época em que a prática da conciliação como meio de solucionar conflitos de interesses foi bastante mitigada. Ao tempo do imperador Calígula, para conter uma difícil crise econômica, pela qual passava o seu império, preocupado com as deficiências do erário, as composições amigáveis sofreram sensível diminuição. É que fora estabelecido um imposto de 40% sobre o valor das ações, punindo as conciliações como contravenção em fraude ao erário.

Com o advento do Cristianismo, uma religião que tem por fundamento o amor e por finalidade social a fraternidade, a conciliação voltou a ser praticada intensamente. Os primeiros imperadores cristãos reconheceram o direito dos bispos de resolver as controvérsias dos fiéis, em matéria civil, como conciliadores.

Após a queda do Império ante as invasões bárbaras, o direito romano, embora muito superior ao dos vencedores, foi aos poucos se modificando por insuficiências várias (costumes locais, direito dos invasores, direito da Igreja), até se transformar nos grandes ordenamentos jurídicos europeus da atualidade.

Modernamente, o primeiro país a instituir a conciliação por meio de órgãos oficiais (juízes conciliadores) foi a Holanda. A Revolução Francesa de 1789 introduziu o instituto da conciliação no direito francês moderno, por meio do Decreto de 16 de agosto de 1790, da Assembléia Constituinte, que criou os chamados “juízes de paz” (*juges de paix*), inspirando-se na legislação holandesa, na qual havia, desde há muitos anos, a figura do “fazedor de paz” (*faiseur de paix*).

Pelo Decreto de 1890, nenhuma ação principal de natureza cível seria recebida pelo Tribunal do Distrito sem o certificado de haver-se tentado previamente a conciliação, perante o juiz de paz e seus assessores, que constituíam o *Bureau de paix*.

Posteriormente, essa atribuição passou a ser exclusivamente do juiz de paz.

Para ser juiz de paz, não se exigiam conhecimentos jurídicos especiais. Bastava ser uma pessoa honesta, de bons costumes e gozar de certa reputação entre seus concidadãos. Eram eleitos por dois anos, podendo ser reconduzidos.

Como muito bem observa Cornu et Foyer (*Procédure civile*. 1958. p. 173): “A concepção revolucionária dos juízes de paz era impregnada de um certo romantismo”. A justiça simples

do homem do povo, a sabedoria, a doce missão de manter a paz e a justiça, o homem de bom conselho, etc. eram expressões comumente utilizadas para indicar a atividade desses juízes conciliadores, que nem sempre correspondiam à realidade.

Seja como for, a idéia da conciliação obrigatória ganhou terreno e foi acolhida pela Constituição francesa de 1791, cujo Cap. V, art. 6º, prescrevia:

“Os Tribunais ordinários não podem receber nenhuma ação civil, sem que lhes seja certificado que as partes compareceram, ou que o demandante fez citar a parte adversa, perante os mediadores para tentar a conciliação.”

E assim, com a evolução da própria humanidade, o instituto da conciliação deixou de ser considerado como próprio das sociedades primitivas e tribais e passou a ser valorosamente considerado como uma significativa forma alternativa de solução de conflitos, tornando-se uma grande conquista da civilização.

4.2. A conciliação no direito alienígena

O instituto da conciliação é consagrado pela grande maioria das legislações processuais modernas.

Como já mencionado, a Holanda foi o primeiro país a instituir o “fazedor de paz” ou os juízes conciliadores.

Voltaire, célebre francês, contribuiu para introduzir a conciliação em seu país, por meio de correspondência, onde rendia louvores ao instituto, praticado na Holanda, tempo em que ridicularizava a justiça da época.

Pelo vigente direito processual francês, unificado pelo Decreto nº 751.123, de 5 de dezembro de 1975, a oportunidade da tentativa de conciliação fica a critério das partes e do juiz. Tratam do instituto os arts. 127 a 131.

Estatísticas do início da década de 90 demonstram que em torno de 35 a 45% do número total de processos iniciados na França acabam por meio da conciliação.

O Código de Processo Civil italiano de 1940 contempla a conciliação nos arts. 185 a 350.

Está assim redigido o artigo 185 do Código de Processo Civil italiano:

“Tentativa de conciliação. Se a natureza da causa o consentir, o juiz instrutor, na primeira audiência, deve procurar conciliar as partes, ordenando,

quando for o caso, seu comparecimento pessoal.”

“A tentativa de conciliação pode ser renovada em qualquer momento da instrução.”

“Quando as partes se conciliarem, lavrar-se-á uma ata da convenção concluída. A ata constitui título executivo.”

Como se vê, pode o magistrado italiano convocar a parte para comparecer pessoalmente, e a ata da convenção concluída serve de título executivo. O *giudice conciliatore* é órgão da justiça e promove entendimento entre as partes, sem limite de competência.

Portugal adota a conciliação, nos arts. 508 e 509, com redação da reforma de 1967, apesar de não admitir audiência preliminar.

Estatui o artigo 509 da lei adjetiva portuguesa:

“Aberta a audiência, o juiz procurará conciliar as partes, tendo em vista uma solução de equidade.”

A Lei de Enjuiciamiento Civil da Espanha trata da conciliação nos arts. 460 a 480, quando estatui a necessidade da conciliação em todos os tipos de processos. A apresentação aos *jueces de paz* e aos *jueces de distrito*, apesar do pouco desenvolvimento, firma-se em obrigação, semelhante ao procedimento uruguaio.

Apesar de extrajudicial, na Alemanha, a instância arbitrária mostra eficácia, solucionando mais da metade das questões que lhe são apresentadas. O conciliador não é investido de função jurisdicional, sua decisão não tem força coercitiva, mas sua autoridade impõe obediência às soluções oferecidas. O conciliador é eleito pelo período de cinco anos pela Câmara Municipal, entre cidadãos de comportamento irrepreensível; concilia vizinhos, soluciona pequenos desentendimentos e é solicitado também para dirimir conflitos de natureza mercantil.

Na Áustria, no México, no Japão e em muitos outros países, o instituto da conciliação é contemplado, objetivando sempre a economia processual.

O que se pode observar é que é larga e crescente a utilização do instituto da conciliação, como forma alternativa de solução de conflitos na maioria dos países, não significando apenas o desfogamento das pautas de audiência, e sim, representando, na verdade, a grande evolução na direção de um conceito mais pleno de realização da Justiça.

4.3. A conciliação no direito pátrio

Durante o período colonial, a legislação portuguesa, que vigorava no Brasil, já previa que os juízes deveriam tentar conciliar as partes (*Ordenações Filipinas* de 1603, Livro III, Título XX, Parágrafo 1º).

Embora se possam apontar antecedentes remotos na legislação portuguesa, foi exatamente por inspiração do direito francês que a conciliação ingressou no direito brasileiro durante o período do regime imperial, que durou de 1822 a 1889.

Por isso, a regra do Cap. V, art. 6º, da Constituição francesa de 1791, segundo a qual a tentativa de conciliação antes do comparecimento ao Tribunal era essencial, foi acolhida pela Constituição Imperial Brasileira. Assim é que a Constituição brasileira de 25 de março de 1824, segundo o modelo francês, dispôs em seus arts. 161 e 162:

“Art. 161 - Sem se fazer constar que se tenha tentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum.”

“Art. 162 - Para este fim, haverá juízes de paz, os quais serão eleitos pelo mesmo tempo e à maneira por que se elegem os vereadores das Câmaras. Suas atribuições e distritos serão regulados por lei.”

Algum tempo mais tarde, a Lei de 15 de outubro de 1827, no seu art. 5º, I, deu ao juiz de paz a atribuição de conciliar as partes que tinham a intenção de litigar, por todos os meios pacíficos ao seu alcance, ordenando depois que se fizesse constar o resultado do acordo em processo verbal.

Essa exigência de uma tentativa de conciliação prévia, para que se pudesse intentar qualquer que fosse a ação, foi mantida na legislação do processo comercial (*Règlement* nº 737 de 1850, art. 23) e do processo civil (*Consolidação das Leis de Processo Civil do Conselheiro Ribas*, art. 185).

Com a proclamação da República, em 1889, a Constituição Imperial desapareceu, e o Decreto nº 359, de 1890, suprimiu a exigência de uma tentativa de conciliação prévia a partir de uma série de argumentos, mas, sobretudo sob o fundamento de que a conciliação não se harmonizava com a liberdade de ação dos direitos e interesses particulares, que a experiência havia revelado sua inutilidade, além das despesas, dificuldades e procrastinação dela resultantes, o que teria levado muitos países a

modificarem ou a abolirem tal instituto.

O governo republicano aboliu a prática secular do direito processual brasileiro, extinguindo o instituto da conciliação, sempre obrigatório; entretanto, pela Constituição de 1891, os Estados podiam legislar sobre matéria de processo, e muitos Estados adotaram o instituto a ser utilizado em caráter facultativo.

Tal situação permaneceu até 1939, quando entrou em vigor o CPC (DL. n° 1.608, de 18 de setembro de 1939), que não incorporou este instituto.

Em 1943, pelo Decreto-Lei. n° 5.452, de 1° de maio, que aprovou a CLT, a consolidação é novamente incluída no processo brasileiro, tornando-se obrigatória nos litígios trabalhistas, ou seja, naqueles oriundos das relações entre patrões e empregados (arts. 847 e 862).

Seis anos depois, em 1949, a Lei n° 968, de 10 de dezembro, torna também obrigatória a tentativa de conciliação nas ações de desquite litigioso e nas ações de alimentos.

O Código de Processo Civil (Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973) em seus artigos 447, parágrafo único, 448 e 449 dispõe:

“Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes no início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes, chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.”

Ao que tudo indica, a incorporação da tentativa de conciliação pela norma processual brasileira foi determinada pelos resultados positivos verificados nas ações trabalhistas, de desquites e de alimentos, bem como por estar em vigor, de há muito, nas principais legislações européias.

5. Formas alternativas de solução de conflitos nos Juizados Especiais Cíveis

Com suas raízes na experiência comprovada e bem sucedida dos Juizados Especiais de

Pequenas Causas, surgiram os Juizados Especiais, visando ampliar o acesso ao Poder Judiciário, tornando-se um valioso instrumento de cidadania indispensável ao Estado democrático de direito.

Como consequência lógica de uma evolução social, aflora com os Juizados Especiais uma nova mentalidade, mentalidade essa que tem como meta primeira a simplificação do processo, ensejando como resultado a celeridade da marcha das ações, a ausência de custo e, principalmente, uma solução rápida e justa dos conflitos que envolvam direitos de menor complexidade.

Para que seja efetivamente e adequadamente aplicada a *Justiça do terceiro milênio*, é preciso desregrar, desformalizar, simplificar, desburocratizar, modernizando e desenvolvendo conceitos e institutos, adaptando-os à exigência de celeridade e efetividade imposta pela já mencionada evolução social.

Com isso, os nossos grandes processualistas sentiram a necessidade real de enfatizar algumas formas alternativas de solução de conflitos, como um meio de evitar o processo, solucionando, assim, os conflitos de interesses com rapidez, por meio da arbitragem e da conciliação, esta eleita pela reforma o ato processual mais importante do procedimento sumaríssimo.

A Lei n° 9.099, de 1995, em seu art. 21, prevê em seu texto que o juiz esclareça às partes os benefícios da conciliação logo ao abrir a audiência, com a finalidade de que as mesmas possam avaliar as vantagens e desvantagens de se fazer um acordo ou de se dar continuidade ao processo.

Conforme à reforma da lei processual nos juizados especiais, o juiz passa a ser muito mais um pacificador social do que um mero aplicador da lei.

Segundo o texto legal, a conciliação poderá ser conduzida pelo próprio juiz togado, por um juiz leigo ou por um conciliador nomeado para exercer tão importante função.

Obtida a conciliação, será a mesma reduzida a termo e, em seguida, homologada pelo juiz togado, tendo essa homologação eficácia de título executivo judicial.

Com isso, a nova lei prima, mediante a ênfase que atribui ao instituto da conciliação, por uma prestação jurisdicional célere, eficaz e hábil a solucionar, com a presteza necessária, os conflitos de interesses que são tão próprios da vida em sociedade.

Segundo o art. 24 da lei em pauta, caso não seja obtida a conciliação, as partes poderão, de comum acordo, escolher um árbitro dentre os juízes leigos, ainda com o objetivo de solucionar o conflito, sem que se tenha de recorrer ao processo.

Ao árbitro, assim como ao juiz, é permitido decidir por equidade e com a faculdade de escolher as provas que entenda relevantes e necessárias para a solução da questão em pauta, elaborando a decisão que lhe parecer mais justa, sempre dando especial ênfase às regras de experiência comum ou à técnica.

Feita a opção pelo juízo arbitral, devem as partes ter em mente que, uma vez escolhido o árbitro e por ele elaborado o laudo arbitral, o mesmo será submetido à apreciação do juiz togado para a sua homologação, cuja sentença será irrecorrível, nem mesmo sendo permitida a ação rescisória.

Espera-se que, com a previsão do juízo arbitral na Lei dos Juizados Especiais, esse instituto seja mais utilizado para a solução de nossos conflitos.

6. Conclusão

A demora na solução dos litígios pelos órgãos judiciários do Estado, sem dúvida alguma, serve de desestímulo àqueles que pretendem obter justiça. Não são de hoje as queixas dirigidas à administração da justiça e à eternização das demandas (graças ao desaparecimento do Poder Judiciário para lidar com a sobrecarga de demandas geradas pelas complexas relações jurídicas da sociedade moderna), o que acaba por desacreditar o processo estatal como meio hábil para a solução de controvérsias.

Diante desse quadro caótico por que passamos, ressurgem a necessidade de enfatizarmos, na administração dos litígios, as formas alternativas de solução de conflitos, instrumentos de pacificação social. A já mencionada morosidade dos processos no Judiciário, bem como os altos custos e principalmente a insatisfação por parte dos jurisdicionados, levou à busca de formas alternativas de solução de conflitos. Surgiram, então, formas diversas como a arbitragem, a mediação e a conciliação.

O espírito da recente reforma do Código de Processo Civil orientou, também, a elaboração da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95),

o que constitui, sem dúvida, um grande avanço no direito pátrio, bem como um instrumento de cidadania fundamental para a consolidação do Estado democrático de direito, pois os juizados foram concebidos como meio eficaz de possibilitar o acesso à justiça do cidadão que tem violado o seu direito de menor complexidade ou de reduzido valor econômico.

O constituinte, impulsionado pela bem sucedida experiência dos Juizados de Pequenas Causas, fez constar na Carta Magna, no art. 98, I, a obrigatoriedade da criação dos Juizados Especiais.

A Lei nº 9.099/95, para tornar efetivos os princípios que a nortearam, prevê em seus arts. 21 a 26 o instituto da conciliação, bem como o da arbitragem como formas alternativas de solução de conflitos de sua competência, visando a uma solução rápida, eficaz e, principalmente, satisfatória para as partes.

A arbitragem um tanto relegada, devido a nossa cultura, está hodiernamente sendo resgatada por ser, comprovadamente, a forma alternativa mais eficaz na solução de conflitos oriundos das relações do comércio internacional, devido ao fenômeno da globalização da economia mundial e da formação de mercados comuns.

Os motivos que levam as partes a escolherem a solução arbitral como a melhor forma de solucionar conflitos mercantis internacionais parecem, portanto, não ser exatamente aqueles tradicionais, mas, sim, a ausência de formas solenes, a possibilidade de julgar por equidade ou de escolher livremente a lei a ser aplicada e, ainda, a neutralidade dos árbitros que atuam em litígios com partes de nacionalidades diferentes, além da especialização técnica dos julgadores.

A Lei que instituiu os Juizados Especiais tratou com especial atenção o instituto da conciliação como sendo o ato processual mais relevante do processo. Trata-se de um verdadeiro marco na história do Direito brasileiro, significando o nascimento do moderno Direito Processual Civil, ou seja, a *Justiça do Terceiro Milênio*.

No moderno Direito Processual Civil brasileiro, a conciliação é atividade de grande valia para as partes – Poder Judiciário e sociedade como um todo. É ponto pacífico que a celeridade de um procedimento judiciário e o seu mais breve término representam a melhor aplicação da justiça às divergências de qualquer caráter, notadamente patrimoniais.

Portanto, são inúmeras as vantagens da conciliação. Ela permite a satisfação mais veloz do direito das partes, evita a exaltação dos ânimos entre elas; é um fator de economia, visto que ameniza, para as partes, as despesas do curso normal de um processo, além de permitir um melhor funcionamento do Poder Judiciário em outros feitos, pois diminui o trabalho dos juízes e dos funcionários nas causas em que tem lugar.

A conciliação, instituto primordial na Lei nº 9.099/95, contribui para melhor distribuição e dinamização da justiça e não serve simplesmente para desafogar as pautas de audiência e reduzir os atrasos na prestação jurisdicional; ela representa, na verdade, a evolução na direção de um conceito mais amplo de realização plena da justiça.

Nos Juizados Especiais, as partes defrontam-se com a intermediação de um terceiro inteiramente descompromissado com os interesses em litígio, experiente e liberado das constrições de estrita legalidade.

O clima de menor formalidade e a oportunidade de desabafar, perante o conciliador, facilitam o esclarecimento de situações, que talvez não fosse possível em audiência frente ao juiz.

Uma vez conciliadas as partes, após vasta oportunidade para propostas e contrapropostas, estará solucionado mais um conflito de interesses, e as partes estarão mais satisfeitas do que se fosse por meio da imposição compulsória de um sentença.

Ao concluirmos nosso despretençioso trabalho, queremos constar que acreditamos que essas formas alternativas de solução de conflitos, aplicados aos Juizados Especiais Cíveis, a exemplo do que já vem ocorrendo, proporcionarão, a médio prazo, soluções mais rápidas, econômicas e, principalmente, justas para um número cada vez maior de feitos.

De outro lado, tratando-se de uma solução do litígio livremente aceita pelas partes, é claro que contribuirão de maneira muito mais eficaz para a consecução da verdadeira e duradoura paz social, que é, em última análise, a finalidade precípua do direito.

Bibliografia

- AMARAL, Lídia Miranda de Lima. *Mediação e arbitragem*. São Paulo : Ltr, 1994.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy, BENETI, Sidnei. *Juizados especiais cíveis e criminais*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- BLAIN, Nicholas, GOODMAN, John, LOEWENBERG, Joseph. La mediación, la conciliación y el arbitraje. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 106 n. 1, p. 113-135, ene./mar./1987.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Londres, 1992. Relatório de abertura do Simpósio Jurídico W. G. Hart sobre Justiça Civil e suas alternativas.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.
- LIRA, Silvana Campos Moraes. *Meios processuais e extraprocessuais para solução de pequenos conflitos*. São Paulo : USP, 1988.
- LOURENCO, Serafim. *Prevenção e conciliação dos litígios*. Brasília : Ministério de Justiça e Negócios Exteriores, 1966.
- MILANI, Dott A. Giuffrè, Editore , 1963
- NICOLETTI, Carlos Alberto. *La conciliazione nel processo civile*.

A Alemanha e o Estado de Direito

Apontamentos de teoria constitucional comparada

MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Um breve conceito de Estado de Direito. 3. A Lei Fundamental alemã e as garantias individuais. 4. Os poderes constituídos do Estado. 5. Os órgãos do Poder Legislativo federal. 6. Os órgãos do Poder Executivo federal. 7. Os órgãos do Poder Judiciário. 8. Conclusão.

1. Introdução

Do mesmo modo que da boa música e da filosofia do Direito, falar da Alemanha – terra dos melhores vinhos e dos grandes poetas – é-me sempre um grande prazer.

Nas digressões que ora inicio, tentarei, tomando por fundamento um conceito de *Estado de Direito* (*Rechtsstaat*), descrever brevemente o funcionamento das instituições político-jurídicas alemãs. Cuidam estes apontamentos de um conjunto de notas a respeito de Direito Constitucional Comparado que intentam responder às questões: em que medida é a Alemanha contemporânea um Estado de Direito? O que a caracteriza como tal? Qual o papel desempenhado pelos seus órgãos constitucionais para a consecução dos fins estatais?

Falarei da Alemanha e da sua organização como Estado de Direito a partir de uma experiência pessoal. Cheguei a Berlim com a queda das primeiras folhas do outono de 1993. Fora participar, durante um ano, de um programa de intercâmbio estudantil fomentado pelo governo alemão.

Além de estudar em uma de suas mais prestigiosas escolas de alemão, fui aluno, em Berlim, da Faculdade de Direito da *Freie*

Marcílio Toscano Franca Filho é Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Paraíba, Mestrando em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da UFPB, Assessor de juiz federal na Seção Judiciária da Paraíba e ex-aluno da Universidade Livre de Berlim.

Universität, uma das três universidades da cidade (as outras são a *Technische Universität* e a *Humboldt Universität*), todas, públicas e laureadas internacionalmente.

2. Um breve conceito de Estado de Direito

Circunscreverem-se noções dentro de conceitos lógicos e herméticos não é tarefa fácil, mormente quando se trata de termos plurissignificativos como *Estado* e *Direito*.

Historicamente, a noção de *Estado de Direito* surgiu como um conceito tipicamente liberal, já que floresceu como principal arma da insurgente burguesia europeia dos séculos XVI e XVII no combate ao *Antigo Regime* e à legitimação divina dos reis¹. Entre as promessas da burguesia de então para conquistar o apoio do *Terceiro Estado* na luta contra o despotismo, estava a construção de um aparato estatal marcado pela laicização, pela submissão ao império da lei, pela soberania popular, pela representação política, pela separação dos poderes, pela supremacia constitucional e por um núcleo pétreo de direitos civis e políticos.

Fica claro que da tríade “liberdade-igualdade-fraternidade”, norte das revoluções liberais naqueles tempos, foi sem dúvida o refrão da liberdade o mais declamado pela burguesia à época. A ela era indispensável a liberdade dos mercados (*laissez-faire*), pouco lhe interessando a igualdade ou fraternidade com o lumpesinato formador do Terceiro Estado.

Como bem anota Saldanha²:

“O ideal de liberdade, fixado desde as primeiras formas de oposição ao absolutismo, fez considerar o Direito como condição da coexistência entre liberdade (...); o Estado é, então, apenas o aparato coercitivo assegurador dessa coexistência... (...); Superado o teologismo medieval, a razão humana se erige como metron das normas sociais [racionalidade]. A idéia de Constituição, adquirindo significado novo e consolidando-se através de prenúncios e experiências, impõe-se ao mundo civilizado. O Direito

costumeiro é condenado como velharia e como iniquidade, exigindo-se agora que o Direito esteja sempre escrito [positividade] para o conhecimento de todos: daí o movimento codificador, nutrido de filosofia ‘iluminista’ e destinado a alterar o panorama das fontes e a própria técnica jurídica do mundo contemporâneo. O Estado centralizado [unicidade] seria justamente o idôneo para a implantação dos Códigos (...).”

Essas eram as características basilares do Estado de Direito moderno. Muitas críticas, entretanto, puseram em xeque essa concepção de fenômeno estatal. O eixo principal dessas críticas seria o argumento de que a burocratização tomou conta desse modelo de Estado e o fez cego às inquietações e demandas sociais oriundas da industrialização. A concepção moderna de Estado de Direito reduziu-se, na prática, à de mero Estado legalista, cuja face mais terrível foi o Estado totalitário.

Assim, na atualidade, redefiniu-se a noção e o papel do Estado de direito. Ao seu conceito moderno somaram-se mais outros dois adjetivos: *democrático* e *social*. O que antes era o *Estado de Direito* passou a ser agora o *Estado Social e Democrático de Direito* como o chama a própria Constituição alemã no seu art. 20, §1º –, um ente marcado pelo abandono da idéia do abstencionismo estatal e que propugna pelos seguintes princípios³:

1. *princípio da constitucionalidade*, segundo o qual esse Estado se funda na legitimidade de uma Constituição emanada do seu povo e que modela e limita toda a sua atuação;

2. *princípio democrático*⁴, que exprime a construção, nos termos da Constituição, de um modelo representativo, participativo e pluralista no âmbito estatal e que se funda na soberania popular;

3. *princípio dos direitos fundamen-*

³ SILVA (1995).

⁴ Observa Karpen (1993) que “a democracia e o Estado de direito são a resposta da tradição política ocidental ao problema da dominação. A contradição fundamental entre dominação e autodeterminação do homem deve tornar-se suportável através da combinação democrática entre os programas de decisão dos dominantes e as reivindicações e interesses dos dominados e através do ordenamento jurídico, da limitação e do controle das atribuições para o exercício da dominação.”

¹ Para maiores detalhes sobre a formação histórica do *Estado de Direito* consultar: WOLKMER (1994) e SALDANHA (1989).

² 1989, p. 116.

tais, que constituem um conjunto pétreo de direitos sociais, individuais, coletivos e culturais⁵;

4. *princípio da justiça social* como norte da ordem econômica e social e como atividade concreta nos serviços de seguridade e assistência social⁶;

5. *princípio da divisão e independência dos poderes*; e

6. *princípio da segurança jurídica*.

Inferese, pois, que, se no Estado de Direito moderno, que se inicia nas primeiras codificações legais e perdura até o princípio deste século, os seus fins residiam estritamente no assegurar da liberdade individual e da propriedade e no respeito cego ao positivismo legal, hoje a tarefa mestra do Estado Social e Democrático de Direito é “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”⁷. Para atingir tal fim, é basilar um certo intervencionismo do Estado na sociedade, mediante eficazes formas de assistência e previdência sociais⁸, cabendo à legislação ordinária, às decisões judiciais e aos atos administrativos do governo preencher de conteúdo concreto essa ação. O grande desafio do Estado Social e Democrático de Direito é, portanto, conjugar, de modo preciso e equilibrado, a liberdade individual e o abstencionismo estatal com a segurança social e o intervencionismo.

⁵ Ibidem. “A educação e a cultura podem servir para a doutrinação do homem, mas também para o esclarecimento e a autoconsciência crítica, porém leal, dos cidadãos.(...) O Estado de direito requer um sistema educacional desenvolvido, que proporcione conhecimento, capacidade de julgamento, *common sense*. O analfabetismo é um inimigo do Estado de direito.”

⁶ Como, p. ex., os serviços prestados à velhice, à invalidez, à enfermidade, ao desemprego, aos carentes. Os subsídios e as subvenções de caráter social (moradia e serviço médico).

⁷ SILVA, op. cit. p. 123.

⁸ Ainda KARPEN, op. cit. “A estabilidade do Estado de direito nas sociedades industrializadas do Ocidente assenta-se sobre sua tradição constitucional e sobre a capacidade de funcionamento do Estado Social. (...)O homem moderno não pode prescindir dos benefícios (provisão das condições da existência) e da seguridade social que o Estado social de direito lhe oferece. Pleno emprego, aumento do produto interno bruto, distribuição sócio-assistencial pelo Estado de até 40% do produto interno bruto designam o que o cidadão espera do Estado moderno.”

Vale aqui registrar a valorosa lição do constitucionalista alemão Ernst Rudolf Huber⁹:

“A assistência social, a previdência social e a harmonia social são tentativas para corrigir a desintegração da sociedade industrial. Porém, todos os empenhos seriam inúteis, se elas apenas visassem contornar a revolução social em vez de agir sobre o fundamento do processo da decomposição. A assistência, como a previdência social e a harmonia social são apenas meios do Estado Social. Porém, sentido desse Estado Social, em cujo serviço tais meios são postos, é a restauração dos fundamentos de uma vida individual digna de ser vivida no seio do mundo industrializado.(...) Agora nós sabemos, pelas múltiplas experiências dolorosas, que o Estado Social realiza a meta da segurança de uma vida condigna da pessoa apenas quando se cerque de proteção contra o perigo a ele imanente da coletivização. Isso é possível somente quando o Estado Social concretiza a segurança peculiar do formalismo da estabilidade de direito, contra as intervenções e os excessos do Estado, porque sem os dispositivos garantidores dessa segurança, como a divisão de poderes, o princípio da legalidade, o princípio de proteção jurídica, assumiria o Estado Social, inevitavelmente, a fisionomia totalitária (...).”

3. A Lei Fundamental alemã e as garantias individuais

Como na totalidade dos modernos Estados Sociais e Democráticos de Direito, a organização jurídica da República Federal da Alemanha regula-se pelos princípios da *estabilidade, unicidade e racionalidade*, segundo os quais há apenas um único direito válido e vigente no seu território, o Direito que obedece aos critérios lógicos da hierarquização, da coerência e da codificação, e é emanado do Estado – que detém o monopólio da *nomogênese*.

O fundamento de validade e a origem formal da organização jurídica alemã como Estado residem, portanto, num conjunto de normas estatais hierarquicamente superiores às demais. Faço notar entretanto que, devido a peculiares

⁹ HUBER apud COTRIM NETO (1992).

circunstâncias político-históricas, a seguir explicitadas, essas normas, a rigor, não perfazem uma Constituição (*Verfassung* em alemão) na acepção do termo que nós, latinos, utilizamos.

Com a capitulação do III Reich e o final da II Guerra Mundial, os Aliados, por meio do *Tratado de Potsdam* (agosto de 1945), dividiram o território alemão em quatro zonas de ocupação. Por aquele acordo, o norte do país ficou então sob controle de Londres; o sul, com Washington; o oeste, sob o controle de Paris; e o leste, com Moscou, que desde logo quis edificar ali um Estado socialista.

A fim de garantir os seus objetivos, a então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas mostrava-se cada vez mais empenhada na intenção de constituir um Estado alemão separado. São dessa época as iniciativas de Stalin em criar uma moeda própria para a Alemanha Oriental (a *Reforma Monetária*) e o bloqueio do fornecimento de energia elétrica e gêneros alimentícios à Berlim Ocidental.¹⁰

Em setembro de 1948, cessadas as conversações das potências ocidentais com a então URSS acerca da reunificação alemã, representantes dos parlamentos estaduais das zonas francesa, americana e inglesa reuniram-se em assembléia para a elaboração da “Lei Fundamental” (*Grundgesetz*), cuja denominação – em lugar de “Constituição” (*Verfassung*) – teve por objetivo denotar o caráter transitório e provisório daquele ordenamento, longe de intentar constituir um Estado alemão dividido.

No seu próprio preâmbulo, consta a expressão da transitoriedade: a Lei Fundamental foi aprovada para “dar à vida pública, durante um período de transição, uma nova organização”. E o seu último artigo diz:

“Esta Lei Fundamental perderá sua vigência na data em que entrar em vigor uma Constituição que tenha sido aprovada por todo o povo alemão, em livre decisão”.

A Lei Fundamental (*Grundgesetz*) passou a valer em 23 de maio de 1949 na Alemanha Ocidental (Governo Konrad Adenauer) e, a

partir de 3 de outubro de 1990 (Governo Helmut Kohl), com a reunificação, em todos os Estados-membros da antiga Alemanha Oriental.

Logo depois do preâmbulo, ou seja, já no seu primeiro artigo, e até o de número dezessete, a Lei Fundamental elenca os direitos fundamentais do homem, fato que expressa, com suprema clareza, a basilar importância que adquirem os direitos fundamentais no ordenamento constitucional alemão. Todo o poder e ordenamento estatais posteriormente descritos ficam sujeitos à superioridade dessas garantias individuais.

Em breve síntese, são estes os tópicos de que tratam os dezessete primeiros artigos da Lei Fundamental da Alemanha: 1) Proteção da dignidade do ser humano pelo Estado; 2) Liberdades individuais (garantia do desenvolvimento da personalidade individual sem interferências do Estado ou de terceiros); 3) Igualdade perante a lei, sem distinções de sexo, pátria, raça, descendência, idioma, crença religiosa ou política; 4) Liberdade de crença, de consciência e de confissão; 5) Direito de livre expressão do pensamento; 6) Proteção ao matrimônio e à família; 7) Educação; 8) Liberdade de reunião; 9) Liberdade de associação; 10) Segredo de correspondência e de comunicação; 11) Liberdade de circulação e permanência; 12) Liberdade de escolha profissional e de objeção, por consciência, ao Serviço Militar obrigatório; 13) Inviolabilidade do domicílio; 14) Propriedade, direito à sucessão e ao devido processo de expropriação; 15) Socialização e direito à seguridade e assistência social estatal; 16) Perda da nacionalidade, extradição e direito de asilo; e 17) Direito de petição (alemães e estrangeiros podem apelar às autoridades públicas para garantir a inviolabilidade dos seus direitos).

Além dessas garantias citadas logo no início do texto constitucional, ainda são elencadas outras, dissolvidas nos artigos seguintes da Lei Fundamental (como, por exemplo, o direito de resistência, art. 20, § 4º, a proibição de Tribunais de Exceção, art. 101, e as garantias jurídicas no caso de privação de liberdade, art. 104).

Todos esses direitos fundamentais não são meros pontos programáticos da carta constitucional, dispositivos simbólicos ou de eficácia contida. Os direitos individuais elencados na

¹⁰ Durante cerca de oito meses, em 1948, a cidade sobreviveu graças a uma “ponte aérea” com a Alemanha Ocidental: aviões das potências capitalistas lançavam sobre a cidade os gêneros de primeira necessidade.

Lei Fundamental são, sim, normas de eficácia imediata, plenamente aplicáveis.¹¹

4. Os poderes constituídos do Estado

Uma vez elencados os direitos individuais, a Constituição alemã passa a tratar da organização estatal, ou seja, passa a dispor sobre como organizar o Estado a fim de que assegure as demandas da sociedade civil e as possa atender da melhor forma possível.

Na base da ordem jurídica do Estado alemão, encontram-se (além, é claro, dos outros princípios próprios do Estado Social e Democrático de Direito que já foram mencionados acima) a *Forma Republicana* (por ser um Estado cujo chefe é o Presidente da República) e o *Federalismo* (já que aos Estados-membros é delegada uma parcela de autonomia, com competências privativas e compartilhadas em várias áreas).

É de se louvar como é construída a experiência federativa alemã. A descentralização não é apenas legal-administrativa, mas, sobretudo, uma descentralização factual: ao lado da repartição de competências legislativas, tributário-financeiras, administrativas, entre outras, há a própria descentralização dos núcleos de decisão governamental e de bens culturais pelo país. Os vários tribunais superiores, por exemplo, encontram-se espalhados pelo território nacional, como o caso do Tribunal Administrativo, em Berlim, e do Supremo, em Karlsruhe. Do mesmo modo, não se acha na Alemanha uma grande e única biblioteca com todo o acervo nacional, mas importantes bibliotecas regionais temáticas em todos os Estados-membros (como a Biblioteca Nacional Romântica em Weimar, cidade onde moraram Goethe, Schiller e Hölderlin).

Por ser um Estado Democrático (art. 20, § 1º, da Lei Fundamental), na Alemanha “todo o poder estatal dimana do povo” e é exercido por ele “por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (art. 20, § 2º, da Lei Fundamental). Perceba-se que são si-

¹¹ O Recurso Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), instituído pela Emenda à Lei Fundamental nº 19/69, é um instituto processual constitucional por onde o *Bundesverfassungsgericht* decide se o cidadão foi ou não prejudicado pelo Poder Público, em seus direitos e garantias fundamentais, por não haver meio processual ordinário de sua proteção.

multaneamente duas as formas de exercício do poder popular: a democracia semidireta (plebiscitos, referendos e votações) e a indireta, por meio dos órgãos constitucionais.

Pode-se dividir esses mencionados órgãos constitucionais alemães tomando-se por base a clássica divisão tripartite dos poderes proposta por Montesquieu. Assim, teremos:

1. Com funções basicamente legislativas, o *Bundestag* (o Parlamento Federal) e o *Bundesrat* (o Conselho Federal);

2. Com funções executivas, o *Bundesregierung* (o Governo Federal), chefiado pelo Chanceler Federal e a Presidência da República;

3. Com tarefas judicantes, o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) e os demais juízes e tribunais nacionais.

5. Os órgãos do Poder Legislativo federal

O *Bundestag* (o Parlamento Federal) e o *Bundesrat* (o Conselho Federal) compõem o Poder Legislativo alemão. Segundo a Lei Fundamental de Bonn, o *Bundestag* (a Câmara Federal) é o órgão supremo da República, pois representa diretamente o povo alemão na “execução da soberania nacional”.¹²

Cabe ao *Bundestag*, por intermédio de deputados eleitos para mandatos de quatro anos e que gozam de imunidade e total liberdade de atuação parlamentar, a eleição do Chanceler Federal, a fiscalização das eleições, o controle do Governo (mediante instrumentos formais como a requisição de informações das autoridades governamentais, a convocação de ministros ao Parlamento, as comissões de inquérito, entre outros), a elaboração do orçamento e a legislação nacional.

São órgãos desse Parlamento Federal:

1. a sua Presidência (a Mesa), que é o topo da administração, condução e representação do *Bundestag*;

2. o Conselho de Anciões, órgão intermediário entre a Presidência e o Plenário e com funções administrativo-orçamentárias auxiliares;

3. as Comissões Temáticas (vinte e cinco)¹³, em que os trabalhos parlamen-

¹² FREY (1993).

¹³ Destaca-se a Comissão de Petições, encarregada de responder a consultas, pedidos e reclamações de qualquer cidadão.

tares se desenvolvem principalmente (“para uma maior transparência foi introduzido o instrumento das audiências públicas dos grupos de interesse perante as Comissões do *Bundestag*”.¹⁴); e

4. as Frações (bancadas).

Têm acento no *Bundestag* atualmente seis partidos políticos: 1) a União Democrata Cristã da Alemanha (CDU), partido de centro-direita e que, desde 1982, está no poder com o chanceler Helmut Kohl (a sua última reeleição foi em outubro de 1994); 2) a União Social Cristã (CSU), facção da democracia cristã sediada na Baviera (estado ao sul do país e cuja capital é Munique) e uma das principais bases na coalizão governista; 3) o Partido Social Democrático da Alemanha (SPD), a mais antiga organização partidária em atividade no país, representa a social-democracia européia e é a principal força de oposição no Parlamento¹⁵; 4) o Partido Liberal Democrático (FDP), representado o interesse do empresariado e da tradição liberal alemã; 5) o Partido do Socialismo Democrático (PDS), herdeiro do antigo Partido Socialista Unitário da Alemanha (único e estatal na antiga RDA); e 6) os Verdes¹⁶.

No que tange ao financiamento das campanhas eleitorais, ressalta-se que, na Alemanha, o partido que obtiver mais de 0,5% (meio por cento) dos votos dados “faz jus a um ressarcimento de custos de campanha eleitoral, no valor de aproximadamente US\$ 2,90 por voto obtido. Esse ressarcimento é o componente principal de seu financiamento, precipuamente para partidos menores, de poucos membros, e que portanto têm renda modesta proveniente de contribuições.”¹⁷

O outro órgão integrante do Poder Legislativo Federal alemão é o *Bundesrat* (o Conselho Federal), “mediante o qual os 16 estados federados participam da legislação e administração da União”¹⁸, respeitadas algumas diferenças,

¹⁴ FREY, op. cit. p. 192.

¹⁵ Em crise desde a derrota nas eleições parlamentares de 1994 e agravada com vitória da CDU nas últimas eleições para o governo de Berlim.

¹⁶ Nas mais recentes eleições estaduais de Berlim, os Verdes elegeram uma vereadora brasileira de nascimento e naturalizada alemã: Maria Stollenwerk. Mulher, negra e imigrante, a sua plataforma era basicamente de ajuda às minorias sociais.

¹⁷ LEICH (1994).

¹⁸ FREY, op. cit. p. 194.

pois, o *Bundesrat* equivaleria ao nosso Senado Federal. O art. 50 da Lei Fundamental estabelece que “os estados cooperam na legislação e administração federal por intermédio do Conselho Federal”.

O *Bundesrat* é formado por membros dos governos estaduais ou seus delegados (não são eleitos diretamente por voto popular) e, muito mais que representar interesses partidários, os integrantes do *Bundesrat* têm a função precípua de garantir os interesses estaduais na esfera legislativa federal. Nos seus estados de origem, cada membro do Conselho Federal é ministro (similar aos nossos secretários de estado), administrador de alguma cidade importante ou deputado estadual.

Entre as suas principais funções está a de cooperação no processo legislativo (“a participação do Conselho Federal em muitas iniciativas legislativas elaboradas na Câmara Federal introduz experiências políticas e administrativas dos estados na legislação e administração federal”¹⁹).

De um modo geral, o processo legislativo federal é bem complexo, a demandar muitos debates e negociações entre o *Bundestag*, o *Bundesrat* e o Gabinete do Chanceler, que só reforçam o controle recíproco entre os Poderes. Otto von Bismarck, o grande herói da unificação alemã (1871) e primeiro chanceler do Reich, tem uma frase lapidar para adjetivar o processo de produção legislativa teutônico; costumava dizer que, na Alemanha, “só Deus sabe como são feitas as leis e as salsichas”.

6. Os órgãos do Poder Executivo federal

A Alemanha é uma república parlamentarista. Desse modo, a sua principal característica na execução das políticas públicas e na representação do Estado é a bipartição do Poder Executivo Federal entre um *Chefe de Governo* e um *Chefe de Estado*.

O Presidente da República (*Bundespräsident*) é o Chefe de Estado na República Federal da Alemanha²⁰. Constitucionalmente, ele é eleito, dentre cidadãos com mais de quarenta anos e que possuam direito a voto para o Parlamento Federal, a cada cinco anos de maneira indireta pela Assembléia Federal, órgão constituído especialmente para este fim e

¹⁹ LEICH, op. cit.

²⁰ O atual presidente é Roman Herzog.

composto por integrantes do *Bundestag* e igual número de delegados escolhidos pelas Assembléias Legislativas Estaduais.

Ao *Bundespräsident* cabem majoritariamente funções representativas e simbólicas, entre as quais se destacam: 1) A representação da Federação Alemã no Direito Internacional, assinando e celebrando os acordos e tratados internacionais; 2) A representação interna e externa do Estado alemão; 3) O exame, assinatura e promulgação das leis federais; 4) A declaração de estado de emergência; 5) Proposta, nomeação e exoneração do Chanceler e dos Ministros Federais (segundo proposta vinculativa do Chanceler), de acordo com as maiorias parlamentares (inclusive com o poder de convocar eleições antecipadas); 6) Nomeação e exoneração dos juizes federais, funcionários federais e oficiais das forças armadas; e 7) Decisão sobre o direito de clemência e indulto.

O pouco poder político imediato concentrado na Presidência da República – resultado devido às experiências históricas da República de Weimar e do Terceiro Reich – não faz do *Bundespräsident* uma estátua inoperante. É notável que:

“O Presidente da República personifica, de uma maneira especial, a unidade da coletividade política. Ele encarna, na sua pessoa, acima de qualquer laço partidário, o elemento unificador no Estado e na ordem constitucional. Embora suas tarefas sejam preponderantemente representativas, o Presidente da República pode adquirir, pela sua personalidade, uma autoridade muito grande para equilibrar, na sua neutralidade, as forças opostas na lide política diária. Com seus pronunciamentos e posicionamentos fundamentais a respeito de temas atuais, ele tem a possibilidade de dar uma orientação política e moral aos cidadãos, destituída do debate político-partidário.”²¹

O *Bundespräsident* não pode pertencer nem ao Governo nem a uma corporação legislativa federal (*Bundestag* e *Bundesrat*) ou estadual. Tampouco pode exercer outra função remunerada, cargo ou profissão. No caso de seu impedimento ou término prematuro de seu mandato, suas atribuições serão desempenhadas pelo Presidente do *Bundesrat* (arts. 55 e 57 da Lei Fundamental).

²¹ KAPPLER (1993, p. 140).

O Governo Federal (*Bundesregierung*), por seu turno, é formado pelo Gabinete e pelo Chanceler Federal (*Bundeskanzler*), que o escolhe e preside (art. 62 a 65 da Lei Fundamental). Como já foi salientado, é uma atribuição constitucional do Presidente da República indicar, nomear e destituir o Chanceler, observadas as maiorias parlamentares.

Embora seja a terceira autoridade no cerimonial do país, atrás do Presidente da República e do Presidente do *Bundestag*, o Chanceler é, de fato, o mais alto e importante cargo da democracia alemã, já que cabe a ele estabelecer as diretrizes políticas da nação interna e externamente. Por tal razão, o regime alemão é conhecido como “Democracia de Chanceler”.

O fundamento do poder do Chanceler encontra-se no *Bundestag*, diante de quem o *Bundeskanzler* responde por seus atos políticos. É, pois, essencial à estabilidade do seu governo a permanente confiança do *Bundestag* no Gabinete, já que a ele cabem funções de sustentação, controle e impedimento da atuação do governo/chancelaria. Na prática, a responsabilidade do Chanceler perante o Parlamento se expressa na “moção de desconfiança construtiva” e no “voto de confiança”.

Com a pronúncia de uma “moção de desconfiança construtiva”²², o *Bundestag* pode pedir ao Presidente da República a exoneração do Chanceler e eleger um novo *Kanzler*. Se, por outro lado, um “voto de confiança” do Chanceler Federal não tiver a aprovação da maioria dos membros do Parlamento Federal, o Presidente pode dissolver o Parlamento Federal, nomeando um Chanceler Substituto enquanto não se realizam novas eleições.

O Chanceler é eleito pela Câmara dos Deputados, sem prévio debate, após indicação do Presidente da República. O seu mandato termina toda vez que houver a constituição de um novo *Bundestag* (a cada quatro anos ou antes).

Atualmente o Gabinete é formado por dezenove ministros²³ majoritariamente da coalizão CDU/CSU/FDP. Como estabelece o

²² Teve êxito apenas uma única vez, em 1982, quando saiu Helmut Schmidt (SPD) e foi eleito Helmut Kohl (CDU/CSU).

²³ O Chanceler tem total autonomia para organizar a administração, criando e extinguindo ministérios e órgãos de assessoria.

art. 65 da Lei Fundamental, dentro das diretrizes políticas determinadas pelo Chanceler, cada Ministro dirige a sua pasta com autonomia e sob sua própria responsabilidade. No caso de divergências ministeriais, intervirá o Chefe de Governo para decidir.

Tradicionalmente, os ministros do Gabinete são políticos de carreira, já que a Lei Fundamental (art. 66) proíbe a concomitância de atividades privadas. Outro fato que singulariza o Gabinete alemão é o de que são raras as exonerações individuais e as “reformas ministeriais”.

7. Os órgãos do Poder Judiciário

Todo o arcabouço jurídico-político descrito até aqui não teria sentido se não houvesse um meio eficaz de controlar-se a adequação à legislação alemã vigente de todos os atos do Estado e dos indivíduos na República Federal da Alemanha. Ao Judiciário cabe essa tarefa de zelo e fiscalização. Apenas dessa forma, mediante o controle jurisdicional, pode-se garantir a ambos – Estado e indivíduo – limitação e proteção recíprocas.

Ordena o art. 20, § 3º, da Lei Fundamental que “o Poder Legislativo está vinculado à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao direito”.

Conta-nos Rocha²⁴, evocando as mais antigas tradições teutônicas, que

“nunca houve na Alemanha clima de desconfiança para com o Poder Judiciário, como, por exemplo, existiu na França. Ao contrário de terem medo da ação jurisdicional, os alemães sempre respeitaram e confiaram cegamente em seus juízes.”

E continua, lembrando fato ocorrido com Frederico, O Grande, Rei da Prússia:

“Nas vizinhanças do Palácio Real de Sanssouci, em Potsdam, diz a tradição, havia um moinho de vento, cujo ruído incomodava o rei. Este exigiu que se paralisasse o moinho, com o que não concordou o seu dono. Tendo, então, o rei ameaçado tomar violentamente o moinho, respondeu-lhe o moleiro: ‘Sim, se não houvesse o Tribunal de Berlim’”.

O Poder Judiciário, na RFA, é marcado por uma rica especialização. A justiça alemã está

dividida em cinco ramos²⁵, a saber: 1) A justiça ordinária, competente para causas penais e civis e para o segmento da jurisdição voluntária (registro de imóveis, tutela e partilha, por exemplo); 2) A justiça do trabalho, com competência sobre os litígios individuais e coletivos de natureza laboral; 3) A justiça administrativa, de cuja alçada são todos os feitos de natureza administrativa à exceção daqueles que discutam matéria tributária, previdenciária ou constitucional; 4) Os tribunais sociais, com jurisdição sobre causas reativas à seguridade e assistência sociais; e 5) A justiça fiscal, que se ocupa das matérias tributárias.

Normalmente, cada um desses segmentos possui, além da primeira instância, um tribunal (ou corte) estadual e um tribunal superior federal respectivos. Todas essas jurisdições estão a cargo de cerca de 20.000 juízes, 4.000 promotores e 60.000 advogados.

Afora e acima destes cinco ramos em que se divide a justiça alemã encontra-se o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), localizado em Karlsruhe, cidade situada ao sul do país, no estado de Baden-Württemberg, próxima à francesa Strasbourg.

O *Bundesverfassungsgericht* é a corte constitucional da federação alemã²⁶, cabendo-lhe, basilarmente, o monopólio das decisões acerca de matéria constitucional, como estabelece o art. 93 da Lei Fundamental²⁷ (interpretação da constituição, esclarecimento acerca de dúvidas sobre a compatibilidade formal e material da legislação inferior em face da Lei Fundamental, direito e deveres da Federação e dos Estados-membros etc.).

Estruturalmente, o Tribunal Federal Constitucional é dividido em dois Senados, a saber:

²⁵ De acordo com a classificação proposta em RÖMER et al. (1987).

²⁶ A jurisdição constitucional alemã também é exercida – em nível estadual – pelos Tribunais Constitucionais dos Estados-membros.

²⁷ Anota MENDES (1990, p.137) que “o modelo de jurisdição concentrada concebido por Kelsen, e consagrado pela Constituição austríaca de 1920-1929, veio a ser adotado, inicialmente, na Itália e na Alemanha. Estruturalmente, os sistemas apresentam evidentes semelhanças. A utilização da ação direta (Organklage), cuja titularidade se deferiu a determinados órgãos políticos (...), e a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas pela Corte Constitucional são traços inequívocos do modelo desenvolvido pelo mestre austríaco.”

²⁴ 1980, p. 80.

1) o *Senado dos Direitos Fundamentais*, a quem todo cidadão tem direito de recorrer, depois de esgotadas todas as vias inferiores, quando se sinta lesado em seus direitos fundamentais pelo Estado; e

2) o *Senado de Assuntos Estatais*, com jurisdição sobre litígios entre a União e os estados-membros ou entre órgãos federais. Também cabe a este Senado, vale salientar, examinar a constitucionalidade dos partidos políticos (“os partidos cuja finalidade for prejudicar ou até mesmo abolir a ordem fundamental liberal e democrática da Alemanha são inconstitucionais, assim como o são aqueles partidos que colocam em risco a existência da República Federal da Alemanha”)²⁸ e a adequação da legislação federal e estadual à Lei Fundamental.

Como muito bem observou Mendes²⁹, em texto de singular qualidade:

“Há muito não se limita o *Bundesverfassungsgericht* a declarar, simplesmente, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. A par dessas técnicas clássicas de decisão e do especial significado emprestado à ‘interpretação conforme a Constituição’ (*verfassungskonforme Auslegung*), a Corte Constitucional Alemã desenvolveu determinadas variantes de decisões que conferem maior relevo à eterna discussão sobre o binômio ‘direito e política’. (...) A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o déficit de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias constituem elementos detonadores de uma mudança do papel desempenhado pela lei nos modernos sistemas constitucionais.”

Ao lado da tradicional “declaração de inconstitucionalidade”, própria dos tribunais constitucionais ocidentais, o *Bundesverfassungsgericht* possui dois outros institutos político-constitucionais, particularmente germânicos, que visam proteger a unidade e a segurança do ordenamento jurídico pátrio. São eles a “declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade” e a “decisão de apelo ao legislador” (*Apellentscheidung*).

²⁸ LEICH, op. cit.

²⁹ 1992, p. 474 e 478.

Ressaltando-se que a diferenciação incisiva e a especificação doutrinária entre ambas é ainda muito problemática para o constitucionalismo teutônico – e que refoge aos objetivos aqui intentados tal aprofundamento –, grosso modo, pode-se afirmar que essas similares ferramentas jurídicas distinguem-se por um caráter condenatório-mandamental, na medida em que elas não tornam nula de pronto a norma apontada como inconstitucional, mas tão-só obrigam o legislador a empreender uma nova normatização que substitua a anterior.

Há um complexo mecanismo para a escolha dos membros do Tribunal Federal Constitucional (art. 94 da Lei Fundamental). Cada um dos Senados é composto por oito juízes, dos quais no mínimo seis são egressos de outros tribunais federais do país. Esses juízes têm mandatos de doze anos (proibida a reeleição) e são sempre eleitos pelo *Bundestag* e pelo *Bundesrat* (metade cada um).

Capítulo interessante na ordem jurídica alemã é o que trata do ingresso dos bacharéis em direito na magistratura e no ministério público, disciplinado pela Lei Alemã da Magistratura (*Deutsches Richtergesetz*), aplicada a todos os ramos da jurisdição teutônica.

O primeiro requisito exigido para esse ingresso, comum, na verdade, a todos os que pretendem exercer uma profissão na seara jurídica, é a aprovação nos dois “Exames de Estado” (*Staatsexamen*), provas obrigatórias realizadas pelo governo ao término da faculdade e com interstício mínimo de um ano entre elas. Os *Staatsexamen* só podem ser repetidos uma única vez, sendo a aprovação no primeiro exigência para a prestação do segundo. Versam sobre matérias teóricas e situações práticas simuladas, durando uma semana inteira.

Ao contrário do sistema nacional, não há um concurso público destinado ao preenchimento dos cargos de juízes (*Richter*) e promotores (*Staatsanwalt*). Os candidatos interessados em ingressar na magistratura ou no ministério público, de nacionalidade alemã e aprovados nos *Staatsexamen*, podem inscrever-se nos respectivos quadros, para as cidades com vagas a preencher, requerendo a sua nomeação. O exame do *curriculum vitae* é de fundamental importância.

Uma vez nomeados, e passado um período

de avaliação inicial no cargo, podem alternar-se nas funções ministeriais e nas da magistratura.

Faz observar Maia Júnior³⁰ que

“a formação dos juizes e o contínuo aperfeiçoamento constituem uma das funções da Academia Alemã de Juizes, que anualmente apresenta programação de cursos e seminários destinados aos juizes e promotores públicos”.

8. Conclusão

Se, há cinquenta anos, a Alemanha saía da II Guerra Mundial derrotada, completamente destruída e como a grande vilã mundial por ter ensejado o mais sangrento totalitarismo já visto na história³¹, vem ela construindo, a partir de então, uma democracia exemplar, que só melhora e amplia as conquistas da liberal República de Weimar.

Um exemplo de democracia, não por formalmente apresentar instituições políticas que permitam pluralismo e participação, mas por elevar à condição de realidade as metas do *Estado Democrático e Social de Direito* acima mencionadas. Hoje, a Alemanha reconstruída (e recém-reunificada) garante aos seus cidadãos um conjunto eficaz de equipamentos sociais públicos como educação, transporte público, creches, cultura, assistência e previdência social, entre tantos outros, de excelência mesmo para padrões europeus. E todo esse patrimônio social só contribui à consolidação e ao aprimoramento democráticos.

Isso tudo, é certo, deve-se, em muito, a fatores econômicos o “Wirtschafts-wunder”, o milagre econômico do pós-guerra. Graças a incentivos estrangeiros, à formação de um numeroso exército industrial de reserva (com os alemães egressos de antigos territórios alemães no leste europeu, como a Silésia, atualmente da Polônia) e à desnecessidade de gastar esforços e recursos para manter uma posição hegemônica mundial, como as demais potências aliadas, os alemães puderam reconstruir a economia nacional.

Já dispondo, como visto, dos meios formais e materiais para o exercer da cidadania, é importante perceber que a população alemã vem

propugnando ultimamente por novos direitos, novas garantias jurídicas, os chamados “direitos de terceira geração”. Uma vez solucionadas questões básicas (o analfabetismo, por exemplo, é inexistente), as demandas sociais deixaram de ser relativas às garantias clássicas do indivíduo contra o poder do Estado (como nos países subdesenvolvidos) e passaram a abranger direitos do consumidor, direitos à qualidade de vida (meio ambiente), direitos relativos às minorias étnicas, direitos urbanísticos, direitos culturais, *inter plures*.

Há, ainda, que se fazer notar que esse “Estado de Bem-Estar Social” tem, entretanto, provocado um interessante fenômeno político: é crescente a desconfiança e o desinteresse da população alemã nas formas de democracia direta e plebiscitária – “a política costuma ser entendida num registro estreitamente parlamentar-representativo.”³² Como possíveis causas desse fenômeno³³, ressaltam-se o alto grau de homogeneização da sociedade, “o que oferece escassas possibilidades para grupos de protesto”, a burocratização da sociedade civil, a excessiva normatização do Estado (há leis e regulamentos a cobrir toda a vida cotidiana do cidadão, até mesmo um popular sanduíche berlinense, o Döner Kebab, tem a receita de sua carne regulamentada por lei), e, por fim,

“a lembrança da facilidade com a qual a sedução demagógica provocou movimentos de rua, assim como a dos postulados políticos disto resultantes, é, ainda hoje, motivo de espanto e horror”.³⁴

Bibliografia

- ALEMANHA. Leis etc. Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 32 n. 127. jul./set. 1995.
- COTRIM NETO, A. B. A crise do estado de direito e social e a Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 29 n. 113. jan. /mar. 1992.
- FREY, Klaus. Os órgãos constitucionais e a sua atuação no sistema político-administrativo da República Federal da Alemanha (RFA). ANDRADE, Régis de Castro, JACCOUD,

³⁰ 1996, p. 51.

³¹ Não se deve esquecer que apenas em 1994 as últimas tropas americanas e francesas deixaram o país.

³² FREY, op. cit. p. 218.

³³ Idem, p. 219.

³⁴ LEICH, op. cit.

- Luciana. *Estrutura e organização do Poder Executivo*. Brasília, Centro de Documentação, Informação e Difusão Graciliano Ramos, 1993.
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre : Fabris, 1995.
- KAPPLER, Arno, GREVEL, Adriane. *Perfil da Alemanha*. Frankfurt : Main, Societäts-Verlag, 1993.
- KARPEN, Ulrich. *Democracia e estado de direito*. São Paulo : Fundação Konrad-Adenauer, 1993. (Série Papers, n. 6.)
- LEICH, Cornelia. O que é o estado de direito. In: LEICH, Cornelia, JAHN, Friedrich-Adolf. *Estrutura do estado de direito na República Federal da Alemanha*. São Paulo : Fundação Konrad-Adenauer, 1994. (Série Papers, n. 13.)
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Breves observações sobre a jurisdição federal e a organização do Poder Judiciário na República Federal da Alemanha. *Revista da Associação dos Juízes Federais*, n. 50, jun./jul. 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- _____. *O apelo ao legislador – na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 29, n. 114, abr./jun. 1992.
- _____. Os pressupostos de admissibilidade do controle abstrato de normas perante o *bundesverfassungsgericht*. *Revista Ciência Jurídica*. Ano 8, n. 59, set./out. 1994.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo : Acadêmica, 1994.
- ROCHA, João Batista de Oliveira. O controle da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil : um estudo de Direito Constitucional Comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 17, n. 66, abr./jun. 1980.
- RÖMER, Karl, DREIKANDT, Ulrich, WULLENKORD, Claudia. *A Alemanha de hoje*. Gütersloh, Bertelsmann Lexicon Verlag, 1987.
- SALDANHA, Nelson. *Sociologia do Direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros, 1995.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo : Alfa Ômega, 1994.
- XAVIER NETO, Francisco de Paula. Notas sobre a Justiça na Alemanha. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 19, n. 74, abr./jun. 1982.

A matematização do Direito e as origens da Parte Geral do Direito Civil

CARLOS DAVID S. AARÃO REIS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Althusius, Grócio e a Parte Geral. 3. O racionalismo e a matematização do Direito. 4. A matematização e a Parte Geral nas legislações jusnaturalistas.

1. Introdução

As origens da Parte Geral do Direito Civil são encontradas em etapa posterior do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, no Direito Racional, “depois do *corpus juris* a força espiritual mais poderosa da moderna história do Direito”, “o qual elevou a cultura jurídica européia à sua idade de ouro,” como afirma um historiador contemporâneo do Direito¹.

Ao tratar do Direito Natural, no entanto, cuida-se de um conceito multívoco, com significados diversos². Existiu um jusnaturalismo

¹ WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der neuzeit* : unter besonderen berücksichtigung der deutschen entwicklung. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1952. p. 146 e 152.

² “A formulação poética ou religiosa, prática ou teórica do conceito de Direito Natural depende do estilo mental que a apresenta em cada caso; e este depende por sua vez da concepção do mundo de cada pensador. As únicas fronteiras que limitam as possibilidades de expressão assim desvendadas parecem consistir na limitação lingüístico-conceitual do uso dos termos “natureza” e “direito”. Mas também estes designam conteúdos diversos e contraditórios do pensamento e da sensibilidade”.

WOLFF, Erik. *El problema del Derecho Natural*. Traducción Manuel Entenza. Barcelona : Ariel, 1960. p. 211. No mesmo sentido, GRANERIS, Giuseppe. *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*. Torino : Società Editrice Internazionale, 1949. p. 93: “se il sostantivo “diritto” si presta ad

Carlos David S. Aarão Reis é juiz federal, aposentado, ex-professor de Direito Civil da PUC/RJ e da PUC-Petrópolis, professor da mesma matéria no CEPAD (Centro de Estudos Pesquisa e Atualização em Direito) – RJ.

“antigo”, greco-romano, como um cristão com Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. O fracasso do positivismo legal, as convulsões sociais e as “guerras do Peloponeso” europeias do século XX provocaram um “renascimento” do Direito Natural³, abrangendo formulações nem sempre concordes. Assim, servindo a expressão jusnaturalismo para designar diferentes, e até opostas, concepções jurídicas, torna-se necessário precisá-la, estabelecendo suas características durante os séculos inicialmente mencionados.

Sinteticamente, por Direito Natural entende-se um Direito eterno, superior e anterior ao Direito Positivo, que se impõe mesmo sem ou até contra a vontade dos seres humanos. Nas palavras de Erik Wolff,

“ele se justifica ou se exige em virtude da revelação divina, da regularidade natural ou do conhecimento racional. Como fonte do Direito Natural concebe-se, portanto, Deus, a natureza ou também a razão. Assim, é verdade, muda seu fundamento, mas nunca seu efeito: significa sempre a regra suprema, não derivada, de autoridade indiscutível”⁴.

Mas o que caracteriza o jusnaturalismo seiscentista e setecentista, extremando-o das idéias anteriores e posteriores de Direito Natural, consiste na sua repercussão prática na vida jurídica; essa influência foi de tal maneira

equivoci, l’aggettivo “naturale” è una piu ricca miniera di confusioni”. Uma discussão dos problemas oferecidos e o sentido da palavra “natureza” encontra-se em DELHAYE, Philippe. *Permanence du Droit Naturel*. Louvain : Nauwelaerts, 1960. p. 9 e seg.

³ Título da obra de CHARMONT, J. *La renaissance du Droit Naturel*. 2. ed. Paris : Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927. Ao pensamento jurídico católico coube combater o então triunfante positivismo legal, com sua concepção de Direito eticamente indiferente (WOLFF, Erik. *El caracter problematico y necesario de la ciencia del Derecho*. Tradución Eduardo A. Vásquez. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1962. p. 49, nota 41), mantendo assim acesa a chama do Direito Natural, quando parecia definitivamente afastado do âmbito jurídico. V. também WELZEL, Hans. *Mas alla del Derecho Natural y del positivismo juridico*. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Córdoba : Universidad Nacional de Córdoba, 1962. p. 11 : Derecho Natural y positivismo juridico.

⁴ WOLF, Erik. *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* : 3. neu bearbeitete aufl. Tübingen : Mohr, 1951. p. 307. A obra será citada, a seguir, acompanhada de suas iniciais GRD.

decisiva que o jusnaturalismo modelou as grandes codificações do século XVIII e inícios do século XIX, como o *Codex Maximilianus bavaricus civilis*, de 1756, o *Allgemeines Landrecht* prussiano, o *Code Civil* francês e o *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco. Antes dessa época, a idéia jusnaturalista, porque

“com base e na moldura de um sistema do mundo teológico-filosófico, só atuava indiretamente na configuração do Direito e do pensamento jurídico. Só houve uma influência *imediata* da doutrina jurídica no desenvolvimento da vida espiritual em sua totalidade no século XVII [...] (No) pensamento do Direito Natural, acreditava-se ter encontrado, simultaneamente, o Direito *Positivo* justo e conforme sua essência”⁵.

2. Althusius, Grócio e a Parte Geral

Embora essa idéia de Direito Natural tenha desempenhado um papel decisivo por grande lapso de tempo, compreendendo assim vários períodos nos quais florescem diversas correntes de pensamento, já nas etapas mais antigas do jusnaturalismo são encontradas as raízes da Parte Geral.

Na obra de Johannes Althusius, mais conhecido pela sua Filosofia Social, depois da redescoberta de Otto von Gierke em 1880, revela-se uma profunda preocupação sistemática.

“Já aqui começa a redução lógica, característica da época matemática da Teoria da Sociedade, a axiomas, que servem de base a uma idéia definida da estrutura do mundo social e natural”⁶.

Na *Dicaeologica* (ciência da justiça) de 1617,

⁵ *Ibidem*, p. 308, grifos do original. Supunha-se existir “uma legislação ideal, válida para todas as épocas e todos os casos, que nós só precisamos descobrir para completar o Direito para sempre”, SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom beruf unsrer zeit für gesetzgebung und rechtswissenschaft*. 3. aufl. Heidelberg : Mohr, 1840. p. 7. “Pode-se designar como época do Direito racionalista os dois séculos (1600 a 1800), nos quais a antiga Filosofia ocidental do Direito e do Estado, o Direito Natural, atuou de maneira imediata sobre a ciência do Direito, a legislação e a administração da Justiça da maior parte dos povos europeus”, WIEACKER, op. cit., p. 133.

⁶ *Ibidem*, p. 165.

na qual “a sistemática é levada ao extremo, conduzida dos conceitos fundamentais aos menores detalhes com implacável coerência, poder-se-ia quase dizer com fanatismo”⁷, Althusius divide a matéria jurídica em uma “Parte Geral” e outra “Parte Especial”⁸. Aparece nela, também, o conceito de *species juris*, ou seja, de direito subjetivo⁹, uma das noções mais importantes da contemporânea Parte Geral. Como assinala Wolff, não se trata apenas de uma realização singular: pela primeira vez, conscientemente, elaborou-se a distinção entre parte ou doutrina do Direito “geral” e “especial”, que mais tarde determinou a construção de um sistema doutrinário do Direito Romano, dominante até hoje¹⁰.

Também as considerações de Grócio a respeito da relação entre vontade e declaração (como a recognoscibilidade da vontade por sinais externos), constituem uma “fundação da teoria do negócio jurídico”¹¹, um dos núcleos da Parte Geral. Nesse particular, o considerado fundador da escola moderna do Direito Natural exerceu influência determinante no jusnaturalismo posterior e na doutrina das Pandectas¹². Do ponto de vista sistemático, é digno de nota que o “pai do Direito Internacional”, em outra obra, sobre o Direito holandês, tenha se esforçado para elaborar uma “doutrina geral” do Direito e da justiça¹³.

⁷ GIERKE, Otto von. *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*: a cura di Antonio Giolitti. Torino: Giulio Einaudi, 1974. p. 55.

⁸ WOLF, op. cit. p. 207 e 209 e GIERKE, op. cit., p. 55.

⁹ Ibidem, p. 56.

¹⁰ Ibidem, p. 210.

¹¹ Iguualmente herdada da Alta Escolástica, WIEACKER, op. cit., p. 170-171, nota 22. No essencial, sua doutrina do Direito Natural – sem dúvida inconscientemente – procede do pensamento de São Tomás de Aquino. VILEY, Michel. *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Tradução espanhola. Buenos Aires: Ghersi, 1978. p. 13 e seg.

¹² SCHWARZ, Andreas B. *Zeitschrift der savigny-stiftung für rechtsgeschichte*. Weimar: Böhlau, 1921. p. 598: Zur entstehung der modernen pandektensystems (42 B. Romanistische Abteilung).

¹³ WOLF, op. cit., p. 280. Para WIEACKER, op. cit., p. 151, o humanista Grócio não obtém suas proposições de Direito Natural de axiomas racionais, por meio de dedução rigorosamente matemática, considerando ter sido Hobbes, sob influência de Galileu, o primeiro a aplicar conseqüentemente a forma de pensamento da lei natural matemática à

3. O racionalismo e a matematização do Direito

Apesar disso, os pressupostos intelectuais da Parte Geral situam-se em período posterior, influenciado pelo racionalismo e, metodicamente, pelo modelo das ciências naturais. O então novo racionalismo supunha tudo poder a razão humana, acreditava-se tudo obter por meio dela, havia uma crença ilimitada no seu potencial aparentemente inesgotável.

“Das grandes descobertas dos filósofos, matemáticos, cientistas naturais, políticos e juristas resultou a fé na força infinita da *ratio* humana. À razão parecia propor-se a tarefa de encontrar as leis e proporções segundo as quais era o mundo estruturado. Parecia não haver qualquer fronteira para o pensamento matemático e para a experiência das ciências naturais. Parecia descobrir-se não apenas a natureza, mas também a regularidade de toda a vida humana. A razão parecia poder oferecer também o conhecimento do agir justo e, com isso, o fundamento de uma ética autônoma”,

como escreve Georg Dahm¹⁴. Utilizando uma parte da célebre afirmação de Hegel, só o racional era real, *nur was vernunftig ist, das*

sociedade humana (op. cit. p. 177). Todavia, Ernst Cassirer (*Filosofia de la Ilustración*. Traducción Eugenio Imaz. 3. ed. México: Fondo de Cultura Economica, 1975. p. 264) entende que, no espírito de Grócio, o problema do Direito se enlaça com o da matemática e nele não faltam afirmações orientadas a prescindir dos fatos singulares, como analogamente o matemático abstrai dos corpos as figuras (v. também PRATS, Jaime Brutau. *La actitud metodica de Pufendorf y la configuración de la disciplina juris naturalis*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. p. 36).

¹⁴ DAHM, Georg. *Deutsches recht: die geschichtlichen und dogmatischen grundlagen des deutschen rechts: eine einföhrung*. 2. aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 1963. p. 110. Tal ilusão ingênua e otimista degenerou em arrogante presunção, agravada à medida que as denominadas ciências exatas possibilitaram ao homem domínio técnico relativo da natureza. A época contemporânea, com seus cientifismo, utilitarismo rasteiro e materialismo, é herdeira do racionalismo, até certo ponto. A razão que o século das luzes acreditou ter dado ao homem revelou-se hoje um paradoxo, na observação do Bernard Charbonneau (*Le système et le chaos: critique du développement exponentiel*. Paris: Anthropos, 1973. p. 41).

*ist wirklich*¹⁵. Tanto a natureza como a sociedade deviam ser cognoscíveis pela utilização do razão, livre de autoridades, só determinada por axiomas e expressa em um sistema científico contingente¹⁶.

No âmbito jurídico, tal orientação resultaria na “matematização” do Direito e da teoria da sociedade¹⁷ ou, mais precisamente, na matematização da ciência jurídica. Esse fenômeno consistiu na assimilação por esta ciência das duas vertentes metodológicas do jusnaturalismo da época (por vezes até opostas): de um lado o racionalismo (mais próprio do pensamento francês, p. ex. com Descartes), do outro, o empirismo ou sensualismo (mais característico do pensamento inglês, p. ex. com Hobbes)¹⁸.

Pelo primeiro, a elaboração dos conceitos jurídicos partia de princípios fundamentais e gerais, existentes *a priori* na razão humana, como os axiomas matemáticos, até os particulares, pelo método dedutivo. Era tarefa do jusnaturalismo demonstrar os preceitos jurídicos, aspirando à evidência lógica da demonstração geométrica, descendo dos conceitos gerais aos especiais sem interrupções¹⁹. Fenômenos jurídicos foram tratados *more geometrico*, decompostos em elementos simples, examinados na sua regularidade e novamente reunidos em sistemas amplos. Os conceitos jurídicos eram considerados como grandezas matemáticas, independentemente de sua existência concreta ou verificação na vida prática²⁰. Pelo segundo, os fenômenos jurídicos

¹⁵ ZWILGMEYER, Franz. *Die rechtslehre savignys*. Leipzig : Theodor Weicher, 1929. p. 1. Unveränderter fotomechanischer Nachdruck – Zentralantiquariat der DDR, Leipzig, 1970, “O que é racional é real e o que é real é racional”, período do prefácio de HEGEL, *Princípios de Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino. Lisboa : Guimarães Ed. [s.d.] p. 13.

¹⁶ WIEACKER, op. cit. p. 136.

¹⁷ CASSIRER, op. cit. p. 265, WIEACKER, op. cit. p. 177.

¹⁸ v. DAHM, op. cit. p. 112; concordando, WIEACKER, op. cit. p. 150, nota 43, especialmente quanto ao Direito Privado.

¹⁹ *Ibidem*, p. 156.

²⁰ “Porque não é possível retirar da experiência o que sejam em si mesmos o Direito e a justiça. Ambos implicam no conceito de uma coincidência, de uma proporção e harmonia, que permaneceriam válidas ainda que não tivessem verificação concreta em nenhum caso, ainda que não houvesse ninguém que praticasse a justiça, nem ninguém para quem

eram submetidos à observação e à experiência, e, de uma multidão de constatações isoladas, pelo método indutivo, determinavam-se os princípios gerais²¹.

A matematização da ciência do Direito não era apenas um reflexo inconsciente de um modelo científico no pensamento jurídico. Os juristas da época aplicavam conscientemente o método matemático às questões jurídicas. Assim como Galileu decompôs o fenômeno complexo da queda dos corpos, reconstruindo-o em seguida, Hobbes fez o mesmo no estudo do Direito e do Estado. “Para averiguar os direitos do Estado e os deveres do cidadão, é preciso, se não decompô-lo, considerá-lo como decompostos”²². E, mais ainda, utilizando o método analítico-sintético:

“Ao tratar de um problema qualquer, como por exemplo se uma determinada ação é justa ou injusta, procede-se pela subsunção do conceito de *injusto* no conceito *ação contrária à lei*, e do conceito de *lei* no conceito de *comando do detentor do poder*, e do conceito de *poder* no conceito *vontade dos homens que, por causa da paz, estabeleceram tal poder*, finalmente chegando-se ao resultado que os instintos e sentimentos dos homens têm que ser mantidos dentro de limites por um poder, se não devem lutar uns contra os outros.”²³

Essa repercussão das ciências naturais no Direito, entretanto, não foi de conteúdo, ou seja,

fosse praticada. Com isso o Direito se assimila à aritmética pura, porque o que esta nos ensina, sobre a natureza dos números e de suas relações, implica em uma verdade eterna e necessária, uma verdade que não seria afetada, ainda que desaparecesse todo mundo empírico e que não existisse ninguém para contar, nem nenhum objeto para ser contado”, CASSIRER, op. cit. p. 264, expondo as idéias de Leibnitz, v. PRATS, op. cit. p. 68. v. Também as observações em sentido crítico de EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília : Universidade de Brasília, 1986. p. 249 e seg. referindo-se à “matemática conceitual jurídica”. A atribuição, feita por ele, da utilização do método matemático pelos pandectistas ignora a sua introdução no Direito pelo jusnaturalismo.

²¹ Exposição de ambos os métodos em DAHM, op. cit. p. 112-113, na qual se baseia o texto.

²² Apud WELZEL. *Naturrecht und materiale gerechtigkeit*. 4. neu bearbeitete und erweiterte aufl. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1962. p. 112.

²³ *Ibidem*, p. 113.

não significa que as regras matemáticas passaram a ser aplicadas às relações humanas, desnaturando-se a ciência jurídica, fazendo-a perder sua identidade: consistiu unicamente em uma influência no *método*, não na matéria. O perigo de converter-se uma ciência do espírito em sociologia naturalística, dissolvendo-se a ciência normativa em ciência natural causal, aparecido pela primeira vez no sistema de Hobbes, foi evitado por Pufendorf²⁴. “A transmissão da forma de pensamento das proposições matemáticas é uma transmissão de método, não um intercâmbio de objetos físicos e morais”, esclarece Wieacker:

“reside nisto o muro de separação de uma explicação mecânica da sociedade, que também Pufendorf não atravessou, capacitando-o para confirmar o caráter de uma teoria ética dos deveres do Direito Natural, não deixando tornar-se a ciência da sociedade em ciência natural.”²⁵

Em conseqüência, não se pode aceitar com Michaelis a suposição de que a Parte Geral fosse devida à penetração do pensamento das ciências naturais no século XIX²⁶, nem a observação de Dahm, para o qual a voga dessas ciências, na segunda metade do século XIX, teria contribuído para o desenvolvimento do pensamento formal, conceitual e tendente à abstração²⁷, no concernente àquela Parte do Direito Civil. Como já foi visto antes, elas repercutiram na concepção jusnaturalista bem antes, ainda no século XVII e apenas do ponto de vista formal, metodológico, não-material, em relação a seu conteúdo: a contribuição das ciências da natureza foi somente indireta. Note-se, ainda, ter ocorrido, no século XIX, não raramente, o inverso do que se supõe, ou seja, foram as idéias das ciências sociais a fornecer o modelo para as ciências naturais, e não o contrário. Assim, por exemplo, o conceito de evolução não foi tomado emprestado da biologia: Darwin aplicou a esta um conceito que, em grande parte, aprendera das ciências sociais²⁸.

²⁴ *Ibidem*, p. 130-131 e 134.

²⁵ WIEACKER, *op. cit.* p. 182-183. O racionalismo de Pufendorf forneceu-lhe as categorias lógicas para representar e fundamentar sistematicamente esta “autonomia da cultura”. WOLF, *op. cit.* p. 317.

²⁶ Apud KOSCHAKER. *Europa und das römische recht*. 3. unveränderte Aufl. München und Berlin : Beck, 1958. p. 279, nota 2.

²⁷ DAHM, *op. cit.* p. 128-129, § 17.

²⁸ HAYECK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade* : uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Tradução

No pensamento de Samuel Pufendorf, convergem as duas correntes antagônicas do Direito Natural, o racionalismo e o empirismo. Metodologicamente na dependência tanto de Descartes como de Galileu²⁹, influenciado pelo matemático Erhard Weigel³⁰, Pufendorf utiliza ambos os métodos, o racional-dedutivo e o empírico-indutivo.

Esse dualismo metódico *observatio - axioma* revela-se no seu desejo de “metodologicamente cavalgar sobre a investigação empírico-histórica e sobre conceitos e proposições axiomáticas”³¹: assim, “essa mistura de modos de descrição matemáticos com estudos históricos, de desenvolvimento conceitual dedutivo, sistemático, com uma primeira e hesitante tentativa de aplicar os conceitos ‘axiomáticos’ à experiência [...], correspondendo ao método ‘resolutivo e compositivo’ de Galileu como à análise e síntese em Descartes” torna “extremamente encantadora” a leitura dos *Elementa Iurisprudentiae Universalis*, na qualificação de Wolff.³²

De um lado, Pufendorf acentua expressamente que seu princípio supremo de Direito Natural não é um axioma imediatamente evidente, mas sim pela observação, oferecido pela natureza das coisas e do homem, o qual não pode ser posto em dúvida por nenhum ser humano com sentido são. Ele o compara com as hipóteses da ciência natural, como a hipótese

Anna Maria Capovilla et al. São Paulo : Visão, 1985. v. 1, p. 21

²⁹ WIEACKER, *op. cit.* p. 182. A concepção científica de Galileu já estava em gestação na Idade Média. Na escola do monge franciscano inglês William de Ockham, desenvolveu-se a “teoria do ímpeto”, que, posteriormente, prepararia essencialmente o descobrimento da lei da queda dos corpos. Sobre a base elaborada pelo nominalismo foi possível a Galileu edificar sua tese fundamental, WELZEL, *op. cit.* p. 106. Os séculos XV e XVI apresentam muitas antecipações, juntamente com a tradição escolástica do pensamento jusnaturalista racionalista do século seguinte: todos os grandes pensadores da época, Descartes e Leibnitz, Bacon, Hobbes e Locke, Grócio e Pufendorf, receberam formação escolástica (v. PRATS, *op. cit.* p. 15 e WELZEL, *op. cit.* p.109).

³⁰ Weigel foi o primeiro defensor alemão do método matemático-demonstrativo aplicado à Filosofia e, por meio dele, Pufendorf conheceu o *Discours de la méthode* de Descartes e, provalmente, a imagem do mundo de Galileu (WOLF, *op. cit.* p. 315-316).

³¹ PRATS, *op. cit.* p. 94.

³² WOLF, *op. cit.* p. 319.

copernicana, que tem a tarefa de explicar os fenômenos, não sendo elas mesmas meras ficções, descansando em observações e provas seguras³³.

Mas, por outro lado, pronuncia-se abertamente pela nova linha cartesiana que, partindo de princípios certos, busca chegar a proposições certas por via da demonstração ajustada e racionalmente correta como único modo de obter uma *vera et solida scientia*, pretendendo elaborar uma disciplina construída por rigorosa dedução lógica³⁴.

Afirmado o princípio fundamental da *socialitas*, proposição obtida não aprioristicamente, mas sim pela observação da natureza do homem e das coisas, ela se torna fonte radical de onde podem subsumir-se todas as demais proposições de Direito Natural³⁵. Assim, da *socialitas* Pufendorf deduziu os princípios gerais de Direito Civil (e também Penal e Político)³⁶, produzindo “o primeiro sistema autêntico de teoria geral do Direito”, correspondente ao quase contemporâneo sistema ontológico de Spinoza e ao de Newton³⁷. E, dessa maneira, converteu-se no “pai da Parte Geral”, *Vater des Allgemeinen Teils*; sem seu trabalho ela não seria imaginável³⁸.

No século XVIII, a matematização do Direito alcança o auge com o método matemático-demonstrativo de Christian Wolff, sob a influência de Pufendorf, Daniel Nettelblatt, seguidor do primeiro, e Christian Dabelow, discípulo deste último: predomina nessa época o espírito sistemático e a dedução lógico-matemática dos princípios jurídicos.

Segundo Wolff, a tarefa do Direito Natural seria estabelecer um princípio superior e, a partir dele, desenvolver todos os direitos e deveres dos homens até as menores particularidades, em rigoroso método demonstrativo³⁹. Sua exposição elimina todo elemento empírico e indutivo por meio da dedução contínua de todos os princípios de Direito Natural, desde os axiomas até os menores detalhes. Cada princípio singular é derivado dos últimos princípios superiores em progressão rigoro-

samente lógica, correspondendo assim à exatidão da demonstração geométrica, que se alcança pela conclusão lógica *per exclusionem*, pela exclusão das contradições⁴⁰. Trata-se de uma metodologia jurídica derivada de seu método filosófico, aspirando alcançar a segurança matemática na elaboração da matéria jurídica (Wolff era sobretudo filósofo e matemático). Seu método origina-se da suposição racionalista de que seria possível um desenvolvimento matematicamente seguro dos princípios jurídicos e de que poder-se-ia chegar a esse nível mediante um processo mecânico⁴¹.

Da mesma maneira, Nettelblatt exigia, para exposição do Direito Comum positivo, uma demonstração dos princípios jurídicos a partir das causas, vinculada a definições rigorosas, e uma disposição sistematicamente exata, de tal modo que “o geral anteceda o particular”⁴².

4. A matematização e a Parte Geral nas legislações jusnaturalistas

Neste ambiente de intelectualismo jurídico, com ênfase nos preceitos gerais, o florescimento da Parte Geral seria uma consequência quase necessária, um desdobramento coerente, no Direito, das concepções do mundo dominantes naquela ocasião. Não tendo apoio nas fontes positivas, observa Schwarz, o método jusnaturalista tinha que desenvolver princípios gerais, deles derivando a construção racionalista⁴³.

Assim, tornou-se a Parte Geral corrente na segunda metade do século XVIII parte integrante das obras jurídicas desde Joachim Georg Darjes, também aluno de Wolff, passando por Nettelblatt, Habernikkel, Hofacker e Dabelow, até o jusnaturalista tardio Anton J. Thibaut, cujo *System* foi publicado já em 1803⁴⁴. A expressão *pars generalis* surge, em 1757, com Darjes; em 1772, Nettelblatt a denomina *Iurisprudentia positiva generalis* e, em 1796, Dabelow utiliza as palavras alemãs *Allgemeiner Theil*⁴⁵.

⁴⁰ WIEACKER, op. cit. p. 193, para quem Wolff representa, no decurso do jusnaturalismo ocidental, o intelectualismo e o realismo ideológico da grande tradição aristotélico-tomista e da Escolástica tardia.

⁴¹ LANDSBERG, op. cit. p. 200.

⁴² WIEACKER, op. cit. p. 194.

⁴³ SCHWARZ, op. cit. p. 588.

⁴⁴ *Ibidem*, 589-595.

⁴⁵ A Parte Geral seria encontrada em primeiro lugar na obra de Dabelow editada em 1796, escreve Gustav Boehmer (*Einführung in das bürgerliche*

³³ WELZEL, op. cit. p. 139.

³⁴ PRATS, op. cit. p. 80-81.

³⁵ *Ibidem*, p. 101.

³⁶ WELZEL, op. cit. p. 140.

³⁷ WIEACKER, op. cit. p. 183.

³⁸ *Ibidem*, p. 184 e 183.

³⁹ LANDSBERG, Ernst. *Geschichte der deutschen rechtswissenschaft*. 3. abt. München und Leipzig : R. Oldenbourg, 1898. p. 202.

No entanto, nenhuma das legislações jusnaturalistas foi dotada de uma verdadeira parte geral, como mais tarde o BGB e o Código Civil brasileiro.

O *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, de 1794,⁴⁶ a maior obra de compilação no mundo ocidental desde o *Corpus Juris* de Justiniano, caracterizado por Dilthey como “Direito Natural prussiano”⁴⁷, dividia-se em duas partes, antecedidas por uma introdução. Por sua vez subdividia-se esta em duas partes: uma delas versava “sobre as leis em geral”, a outra dizia respeito aos “princípios gerais do Direito”, em um total de 108 parágrafos. A disciplina dos sujeitos de Direito, das coisas, dos atos e dos direitos deles nascidos, das declarações de vontade constava dos quatro primeiros títulos da primeira parte do ALR, não formando um conjunto autônomo. Em outros títulos da mesma parte, estavam as normas jurídicas sobre contratos, posse, propriedade, modos de aquisição desta e Direito Hereditário (respectivamente quinto, sétimo, oitavo, nono a décimo-primeiro e décimo-segundo títulos da primeira parte). Exatamente pela ausência de uma parte geral – na sua introdução, poder-se-ia ver apenas um precedente desta –, assinala Hattenhauer, o ALR era tão extenso: cada objeto jurídico tinha de ser exposto completamente desde seus fundamentos sem que fosse possível basear-se nas doutrinas daquela parte⁴⁸.

O *Code Civil*, o conhecido Código Napoleão, está estruturado em três livros, precedidos de um *Titre Préliminaire*, tendo como objeto a publicação, os efeitos e a aplicação das leis em geral. As regras sobre pessoas estão no primeiro livro, junto das relativas ao casamento, divórcio

recht. 2. durchgearbeitete und ergänzte aufl. Tübingen : Mohr, 1965. p. 71). Como se viu, a expressão é bem anterior; no que se refere ao conteúdo, Dabelow aproxima-se mais das exposições pandectistas. Mas lembra Schwarz que partes gerais dos sistemáticos do direito comum daquela época apresentam um quadro multifórmico em seus pormenores, variando o conteúdo e extensão conforme o autor (op. cit. p. 590).

⁴⁶ *Allgemeines landrecht für die preussischen staaten von 1794*. Frankfurt-am-Main : Alfred Metzner, 1970. Com introdução de Hans Hattenhauer.

⁴⁷ WIEACKER, op. cit. p. 204.

⁴⁸ HATTENHAUER, Hans. *Los fundamentos historico-ideológicos del Derecho Aleman* : entre la Jerarquía y la democracia. Traducción Miguel Izquierdo Macías-Picavea. 2. ed. ref. y ampl. Madrid : Revista del Derecho Privado, 1981. p. 55.

e parentesco. O Livro Segundo trata dos bens e da propriedade; não há uma exposição separada e específica dos fatos jurídicos, portanto, do negócio jurídico⁴⁹.

O *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), o Código Civil austríaco de 1811⁵⁰, ainda vigente, é dividido em três partes, acompanhadas de uma introdução. Trata esta das “leis civis em geral” e a primeira daquelas “dos direitos das pessoas”, dispendo sobre os sujeitos de Direito e o Direito de Família. Na segunda parte, incluem-se as normas jurídicas relativas aos direitos reais, inicialmente cuidando “das coisas e sua classificação jurídica”. Na segunda seção dessa parte, há um capítulo referente “aos contratos e negócios jurídicos em geral”. A terceira e última parte contém “disposições comuns aos direitos pessoais e reais”, versando sobre garantias, transformação e extinção dos direitos e obrigações, prescrição e usucapião. Esta última não pode ser considerada uma parte geral, como a qualificam Wieacker⁵¹ e Boehmer⁵², mesmo que apenas “doutrinária”, na expressão do primeiro. Nela não estão disciplinados nem os sujeitos de direito nem os atos jurídicos. O usucapião aparece nela deslocado, pois se trata de um modo de adquirir o direito de propriedade (e alguns outros direitos reais) – seu lugar próprio é na parte relativa ao Direito das Coisas. Além disso, como observam os próprios tratadistas austríacos, “a terceira [parte] ocupa-se predominantemente do Direito das Obrigações e contém quase nenhuma das disposições gerais aos direitos das pessoas e das coisas”⁵³.

Compreende-se a inexistência da Parte Geral nas codificações jusnaturalistas. À época das legislações do Direito Racionalista, embora lançados seus fundamentos histórico-espirituais, ainda não estava ela suficientemente sistematizada e madura na ciência para integrar o Direito Positivo. Seria preciso esperar que a

⁴⁹ *Code Civil* : annoté d’après la doctrine et la jurisprudence. 61. ed. Paris : Dalloz, 1962.

⁵⁰ *ABGB* : Allgemeines bürgerliches gesetzbuch. München : Wilhelm Goldmann, 1967. Com introdução de Hans Spehar.

⁵¹ WIEACKER, op. cit. p. 213.

⁵² BOEHMER, op. cit. p. 70.

⁵³ KRAINZ, Joseph. *System des österreichischen allgemeinen privatrechts*. Herausgeben und redigiert von L. Pfaff. 4. aufl. besorgt von A. Ehrenzweig. Wien : Manzsche k. und k. Hof-Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 1905. v. 1, p. 30.

escola histórica e a pandectística alemãs do século XIX, a partir das concepções jusnaturalistas, desenvolvessem e aperfeiçoassem os princípios da Parte Geral, resultando desse tratamento a sua consagração legislativa nos códigos contemporâneos, celebrando assim o Direito Natural do *mos geometricus* um triunfo tardio no mundo do positivismo⁵⁴.

Bibliografia

- ABGB* : Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. Introdução de Hans Spehar. München : Wilhelm Goldmann, 1967.
- Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794*. Frankfurt-am-Main : Alfred Metzner, 1970. Com introdução de Hans Hattenhauer.
- BOEHMER, Gustav. *Einführung in das bürgerliche Recht*. 2. durchgearbeitete und ergänzte Aufl. Tübingen : Mohr, 1965.
- CASSIRER, Ernst. *Filosofia de la Ilustración*. Traducción Eugenio Imaz. 3. ed. México : Fondo de Cultura Económica, 1975.
- CHARMONT, J. *La renaissance du Droit Naturel*. 2. ed. Paris : Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927.
- Code Civil* – annoté d’après la doctrine et la jurisprudence. 61. ed. Paris : Dalloz, 1962.
- DAHM, Georg. *Deutsches Recht* : die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des deutschen Rechts : eine Einführung. 2. Aufl. Stuttgart : Kohlhammer, 1963.
- GIERKE, Otto von. *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche* : a cura di Antonio Giolitti. Torino : Giulio Einaudi Ed., 1974.
- HATTENHAUER, Hans. *Los fundamentos historico-ideológicos del Derecho Alemán* : entre jerarquía y la democracia. Traducción Miguel Izquierdo Macías-Picavea. 2. ed. ref. e ampl. Madrid : Revista del Derecho Privado, 1981.
- HAYECK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade* : uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e de economia política. Tradução Ana Maria Capovilla et al. São Paulo : Visão, 1985. v. 1.
- KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. 3. unveränderte Aufl. München und Berlin : Beck, 1958.
- KRAINZ, Joseph. *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Herausgeben und redigiert von L. Pfaff. 4. Aufl. besorgt von A. Ehrenzweig. Wien : Manzschke k. und k. Hofverlags – und Universitätsbuchhandlung, 1905. v. 1.
- LANDSBERG, Ernst. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. 3. abt. München und Leipzig : R. Oldenbourg, 1898.
- PRATS, Jaime Brutau. *La actitud metodica de Samuel Pufendorf y la configuración de la disciplina juris naturalis*. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- SCHWARZ, Andreas B. *Zur Entstehung der modernen Pandektensystems*. Weimar : Böhlau, 1921. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. (42. Band, Romanistische Abteilung).
- WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. 4. neu bearbeitete und erweiterte Aufl. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1962.
- WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* : unter besonderen Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1952.
- WOLF, Erik. *El problema del Derecho Natural*. Traducción Manuel Entenza. Barcelona : Ariel, 1960.
- WOLF, Erik. *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*. 3. neu bearbeitete Aufl. Tübingen : Mohr, 1951.
- ZWILGMEYER, Franz. *Die Rechtslehre Savignys*. Leipzig : Theodor Weicher, 1929. Unveränderter fotomechanischer Nachdruck; Zentralantiquariat der DDR, Leipzig, 1970.

⁵⁴ DAHM, op. cit. p. 128.

A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982 e os organismos internacionais por ela criados

JETE JANE FIORATI

SUMÁRIO

1. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. 2. A autoridade internacional dos fundos marinhos. 3. O Tribunal Internacional de Direito do Mar. 4. Conclusões.

1. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982

Até o século XIX, o costume consubstanciava-se na principal fonte do Direito do Mar. No início do século XIX, também atos unilaterais praticados pelos Estados ao submeterem um espaço marítimo de três milhas, contadas a partir da costa às suas respectivas jurisdições (o Mar Territorial) ganharam força como fonte do Direito do Mar. Inobstante isso, a grande transformação no âmbito das normas sobre o mar ocorreria neste século, ensejada pela ocorrência de múltiplos fatores: o desenvolvimento tecnológico e científico que permitiu a exploração dos recursos marinhos em escala, sem precedentes na história, o surgimento, primeiro, do vapor e dos combustíveis fósseis e, depois, dos meios de comunicação e localização à distância, que vieram a revolucionar a ciência da navegação; o surgimento de um maior número de Estados em condições de disputar com a Grã-Bretanha a supremacia dos mares e a criação de um grande número de Estados, inicialmente no século XIX, na América Latina e, depois, na segunda metade do século XX, na Ásia e África, no fenômeno que ficou conhecido como descolonização, que não tinham familiaridade com as normas costumeiras, uma vez não terem participado de sua elaboração.

Por outro lado, no final do século XIX, não apenas as normas internacionais sobre o mar,

Jete Jane Fiorati é Professora de Direito Internacional da UNESP, Mestre e Doutora em Direito.

mas todo o Direito Internacional Público sofrera profundas modificações com o ocaso do Direito Natural e o desenvolvimento do Positivismo Jurídico, que em Direito Internacional denominou-se “Voluntarismo”, consubstanciando-se no livre consentimento sobre o qual se assenta a absoluta igualdade jurídica dos Estados. Para os voluntaristas, o Direito Internacional se compõe de normas criadas pelo livre consentimento das partes, derivando-se principalmente de duas fontes: os tratados e os costumes. Contudo, neste século, seja pelo legado positivista, seja pela sua evidente estabilidade em relação ao costume, os tratados reinam incontestes como principal fonte do Direito Internacional, representando o triunfo do *Jus Scriptum* em relação ao Direito Costumeiro e ao Direito Natural.

Foi neste século que se iniciou o processo de codificação do Direito do Mar. Inicialmente foram os doutrinadores que se encarregaram de elaborar estudos e modelos de convenção sobre o Direito do Mar. Ficaram conhecidos os projetos de Bluntschli, Field, Fiori, Arnaud e Internoscia. Também o Instituto de Direito Internacional em 1925, a Associação de Direito Internacional em 1926, a Faculdade de Direito de Harvard em 1929 apresentaram seus projetos de convenção de Direito do Mar.

Terminada a Segunda Guerra Mundial, foi criada, em 1945, a Organização das Nações Unidas com a finalidade de manutenção da paz e da promoção dos direitos humanos, bem assim da cooperação em nível internacional acerca do desenvolvimento e da integração dos povos e disciplina dos espaços comuns da humanidade. Foi convocada, pela Assembléia Geral da ONU, a Primeira Conferência sobre Direito do Mar, com função de examinar aspectos jurídicos, biológicos, econômicos, políticos e técnicos e que se realizou entre 24 de fevereiro e 29 de abril de 1958. Oitenta e seis Estados participaram da Conferência, que resultou na elaboração de quatro convenções internacionais: Convenção sobre o Mar Territorial e Zona Contígua, Convenção sobre o Alto-Mar, Convenção sobre Pesca e Conservação dos Recursos Biológicos do Mar e Convenção sobre a Plataforma Continental, além de um Protocolo Facultativo acerca da Solução Pacífica Obrigatória de Litígios.

No entanto, essas convenções não delimitaram claramente alguns assuntos polêmicos, como o da largura do mar territorial, o reconhecimento das águas históricas, a delimitação das zonas de pesca e a questão das águas

arquipélagas. Destarte, foi convocada a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, reunida em Genebra entre 17 de março e 27 de abril de 1960, que não conseguiu um consenso relativo a nenhum dos temas polêmicos, não resultando nenhuma convenção a ser assinada pelas partes, o que contribuiu para o malogro das convenções de Genebra. Embora todas as convenções oriundas da primeira Conferência sobre Direito do Mar tenham sido ratificadas por um número considerável de Estados e chegassem a entrar em vigor, sofreram tamanha oposição dos Estados em desenvolvimento e subdesenvolvidos que em 1973 a Assembléia Geral convocou a Terceira Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, concluída em 1982, resultando na assinatura de uma Convenção com trezentos e vinte artigos, que disciplinam de modo preciso (e também polêmico) todos os aspectos referentes ao mar e cuja entrada em vigor se deu em 1994.

Apesar das convenções de Genebra terem sido objeto de grande entusiasmo no momento de sua celebração, passaram a sofrer, no início dos anos sessenta, intensas críticas, que se fundamentavam no fato de que essas convenções se consubstanciavam em codificações, portanto, não disciplinando as novas realidades que surgiam no cenário internacional. Pretendiam os críticos que estas convenções tivessem não o caráter de codificação, disciplinando e sistematizando as antigas regras costumeiras sobre o Direito do Mar, mas sim representassem, na sua concepção e elaboração, o efetivo desenvolvimento do mesmo surgido no pós-Guerra. Em suma: pretendiam que as convenções de Genebra representassem a criação de uma nova disciplina jurídica adequada às novas realidades, consubstanciando-se em veículo para o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e não numa codificação de costumes, que não atendiam o interesse de inúmeros Estados.

Por outro lado, observava-se que as novas realidades tinham intenso caráter ideológico e econômico, que vieram a se traduzir nos conflitos leste-oeste, fenômeno conhecido como Guerra Fria entre os blocos representados pelos Estados Unidos e URSS, e norte-sul, entre as potências industrializadas do norte e os Estados subdesenvolvidos do sul, influenciando decisivamente as questões envolvendo o Direito do Mar, especialmente no que tange à exploração dos seus recursos e à manutenção da paz nos espaços marítimos.

Destarte em 1967, refletindo este descontentamento, Arvid Pardo, embaixador de Malta perante as Nações Unidas, durante a XXII Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada a 17 de agosto de 1967, inscreveu na pauta a questão intitulada “Declaração e Tratado relativos à Utilização Exclusiva para Fins Pacíficos dos Fundos Marinhos e Oceânicos além dos Limites da Jurisdição Nacional Atual e à Exploração de seus Recursos no Interesse da Humanidade”. Segundo Pardo, a quantidade e a importância dos recursos marinhos, bem assim a condição de sua explorabilidade e o problema da eventual utilização dos mesmos, pelos Estados desenvolvidos, para fins militares mostravam que as convenções de Genebra não se adequavam à disciplina dos mares, o que levava a resultados inesperados no terreno das relações internacionais. Propunha o embaixador criar uma estruturação jurídica visando à utilização dos recursos dos oceanos além das jurisdições internacionais, área essa a ser considerada patrimônio comum da humanidade, bem assim à criação de um órgão responsável para elaborar estudos acerca do estabelecimento de um regime jurídico internacional para a utilização e exploração dos recursos oceânicos.

Como consequência da proposta Pardo, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou, em 18 de dezembro de 1967, a Resolução 2.340 que criou um comitê encarregado de efetuar estudos sobre as questões relativas à utilização pacífica e exploração econômica dos fundos oceânicos em benefício da humanidade. O comitê possuía trinta e cinco membros, que, no prazo de um ano, deveriam consultar os Estados-Membros para elaborar um documento indicando os meios para promover a cooperação internacional no campo do Direito do Mar. Em 1968, conforme a Resolução 2.467 da Assembléia Geral, o comitê tornou-se permanente, com poderes para fazer recomendações à ONU, e foi intitulado “Comitê de Utilização Pacífica dos Fundos Marinhos e Oceânicos situados além dos Limites da Jurisdição Nacional”, ou “Comitê dos Fundos Oceânicos”.

Posteriormente, o Comitê apresentou, em 15 de dezembro de 1969, um projeto de declaração que originou a Resolução 2.574, estabelecendo que, até o surgimento de uma disciplina jurídica adequada, os Estados e as pessoas físicas ou jurídicas deveriam se abster de explorar quaisquer recursos na área que não estivesse sob a jurisdição dos Estados-Membros. A Resolução não possuía caráter *erga omnes*,

mas motivou o Comitê a apresentar, em 17 de dezembro de 1970, na XXV Sessão, a “Declaração de Princípios a Reger o Fundo dos Mares e dos Oceanos bem como seus Subsolos, além dos Limites da Jurisdição Nacional”, que foram declarados “Área de Patrimônio Comum da Humanidade”, não constituindo objeto de apropriação por quaisquer Estados e de uso exclusivamente pacífico. Igualmente no mesmo dia, foi elaborada a Resolução 2.750 da Assembléia Geral, convocando uma conferência internacional sobre Direito do Mar, cujo objetivo seria “o estudo do estabelecimento de um regime internacional equitativo, combinado com um mecanismo internacional aplicável à Área e aos recursos dos fundos dos mares e oceanos, bem como a seu solo e subsolo, além dos limites da jurisdição nacional, uma definição precisa da Área e uma série extensa de tópicos pertinentes, como aqueles concernentes ao regime do alto-mar, da plataforma continental, do mar territorial (no qual se incluíam a questão de sua largura e dos estreitos internacionais) e da zona contígua, a pesca e a conservação dos recursos biológicos do alto-mar (estabelecendo direitos preferenciais dos Estados ribeirinhos), a proteção do meio marinho (incluindo-se a prevenção da poluição) e a pesquisa científica”.

Segundo a Resolução 2.750, o Comitê de Fundos Marinhos foi incumbido de preparar uma lista de temas a serem discutidos na Terceira Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar e elaborar um projeto de convenção relativo a esses mesmos temas, tornando-se o primeiro órgão intergovernamental a preparar uma convenção, tarefa tradicionalmente conferida à Comissão de Direito Internacional. O trabalho do Comitê foi lento, tendo em vista os diversos interesses dos Estados e as grandes divergências surgidas na elaboração do Projeto de Convenção. Inicialmente, as divergências se deram entre os Estados desenvolvidos e os Estados em desenvolvimento, sendo que os primeiros pretendiam apenas que houvesse previsões convencionais sobre a largura do mar territorial, a liberdade de navegação pelos estreitos e canais internacionais e a prefixação dos direitos de pesca dos Estados costeiros relativamente ao alto-mar contíguo, enquanto os segundos pleiteavam uma ampliação de temas visando a estabelecer um regime unitário para o oceano, disciplinando não apenas questões específicas como a da largura do mar territorial, mas

também a exploração e o aproveitamento de recursos do alto-mar de forma eqüitativa. Posteriormente, surgiram divergências que levavam em conta a diversidade de situação geográfica dos Estados e interesses regionais convergentes. Nestes casos podem ser citados o agrupamento dos Estados arquipelágicos e insulares e o agrupamento dos Estados desprovidos de litoral.

Em agosto de 1973, o Comitê dos Fundos Marinhos apresentou uma lista com vinte e cinco temas a serem discutidos pelos Estados: 1. Regime jurídico internacional para os fundos dos mares e oceanos além da jurisdição internacional; 2. Mar territorial; 3. Zona contígua; 4. Estreitos utilizados para a navegação internacional; 5. Plataforma continental; 6. Zona econômica exclusiva situada além do mar territorial; 7. Direitos preferenciais do Estado ribeirinho sobre os recursos situados fora do mar territorial; 8. Alto-mar; 9. Países sem litoral; 10. Direitos e interesses de Estados de plataforma continental fechada, plataforma continental estreita ou costa pequena; 11. Direitos e interesses dos Estados de plataforma continental ampla; 12. Preservação do meio ambiente; 13. Pesquisa científica; 14. Desenvolvimento e transferência de tecnologia; 15. Acordos regionais; 16. Arquipélagos; 17. Mares fechados e semi-abertos; 18. Ilhas artificiais e instalações; 19. Regime das ilhas; 20. Obrigações e responsabilidade relativas aos danos por uso do meio marinho; 21. Solução de controvérsias; 22. Utilização com fins pacíficos do espaço oceânico, zonas de segurança; 23. Tesouros arqueológicos e históricos dos fundos marinhos fora dos limites da jurisdição nacional; 24. Transmissões em alto-mar; 25. Promoção da participação universal dos Estados nas convenções multilaterais relativas ao Direito do Mar¹.

O trabalho do Comitê delineou a futura convenção como veículo para novas normas criadas para regulamentar as novas realidades no que se referia ao uso e à exploração do mar,

¹ Troisième Conférence des Nations Unies sur le Droit de la Mer. *Documents Officiels*. Vol. 5. Tradução da Autora.

Sobre todos os Trabalhos Preparatórios da Convenção bem como sobre as Resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, consultar:

Conférence des Nations Unies sur le Droit de la Mer, 3. *Documents Officiels*. V. 1-17 ou sua versão em inglês.

consubstanciando-se, portanto, em veículo para que se manifestassem os princípios ligados ao progressivo desenvolvimento do Direito Internacional.

A Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar foi iniciada em dezembro de 1973, mantendo a estrutura e os métodos de trabalho utilizados pelo Comitê intactos. Durante a elaboração do Projeto de Convenção, o Comitê subdividira-se em três comissões: a primeira, responsável pelo regime jurídico dos fundos marinhos, a segunda que elaborou o projeto relativo aos outros espaços oceânicos e a terceira cujas atribuições se ligavam às questões da proteção e preservação do meio marinho, à pesquisa científica e à transferência de tecnologia. O processo de elaboração das normas convencionais foi inédito e inovador no âmbito da ONU, utilizando-se de forma inédita de métodos diversos, uma vez que nunca fora objeto de convenção questão que agrupasse tantos interesses e grupos divergentes e trouxesse tanta interpenetração entre fatores políticos, econômicos, sociais, culturais, tecnológicos, geográficos e geopolíticos com o mundo jurídico internacional.

Em 16 de novembro de 1973, a Resolução 3.067, que convocou a Conferência, estabeleceu que as partes tomariam decisões acerca das questões debatidas por meio do consenso, utilizando, para isso, um *Gentleman Agreement*, que tornou-se, a partir de 1974, um anexo do Regulamento Geral da Conferência. Por meio deste Anexo, decidiu-se que haveria o consenso quando as decisões fossem adotadas sem que houvesse objeção de qualquer das partes negociadoras. Para que ocorresse o consenso relativamente à disciplina de um aspecto referente ao Direito do Mar, era necessária a exposição da questão, às quais posteriormente correspondiam deliberações. Tomava-se dessas deliberações os elementos sobre os quais as partes manifestavam convergência e aqueles nas quais haviam divergências que seriam, por sua vez, objeto de novas discussões, até que se conseguisse, por meio de acordo, um número expressivo de Estados concordantes, que constituísse um fundamento quantitativo para criar um projeto de resolução. As questões seriam submetidas a voto apenas quando restasse impossível o consenso entre as partes.

Enfatizar-se-á, outrossim, que o sistema do consenso era o ideal, uma vez que seria impossível aparar as arestas derivadas de tantas divergências mediante a instituição do sistema de voto para a aprovação de todas as questões

referentes à disciplina jurídica dos mares e oceanos. Por intermédio do voto, os Estados subdesenvolvidos, que constituíam o grupo majoritário, terminariam por aprovar uma convenção que atendessem os seus interesses sem levar em conta o interesse dos Estados desenvolvidos, grupo minoritário, mas detentor dos capitais e do avanço tecnológico essencial para a exploração e exploração² dos recursos marinhos, e que se recusariam a participar de um acordo que lhes fosse prejudicial, o que impediria também aos Estados subdesenvolvidos o acesso aos recursos por meio da inexistência de meios. Enfim, os convencionais compreenderam que somente o sistema de aprovação das questões por intermédio do consenso legitimaria a futura convenção.

Deliberou-se também que as questões seriam negociadas, discutidas e aprovadas em bloco, utilizando-se o método do *package deal* ou *paquet*, visando à celeridade dos trabalhos, o que dificultava a inserção de novos termos ou disposições contrárias ao projeto inicial, devido ao fato de que uma modificação em apenas um tópico poderia modificar todo o restante da futura disciplina jurídica sobre a questão discutida. Alguns convencionais protestaram contra a utilização conjunta dos dois métodos, alegando que a obtenção de um consenso real seria difícil, haja vista que a regra do consenso requer tempo e discussão em profundidade de cada aspecto da situação normada, o que não era propiciado pela técnica do *paquet*, uma vez que, por este método, os assuntos eram discutidos em bloco. O que se pode concluir é que a conjugação de ambos os métodos poderia não atender às necessidades de um ou outro Estado isoladamente e relativamente a alguns interesses seus que não encontrariam correspondência com os de outros Estados, mas era ideal para a elaboração de uma convenção que estabelecesse regras internacionais objetivamente consideradas em função do bem comum.

A conjugação do consenso com o método do *paquet* juntamente com a inexistência de um único texto como base para as negociações, uma vez que no início da convenção havia três

documentos oriundos das reuniões e do trabalho das três comissões que compunham o Comitê dos Fundos Marinhos, embutia o risco de que houvesse contraditoriedade entre os diversos temas discutidos, tornando impossível a elaboração de um texto preciso que disciplinasse juridicamente os mares. Assim, em 1975 foi redigido um texto único que sofreu diversas modificações até terminar por transformar-se, após árduas negociações, em um Projeto de Convenção sobre Direito do Mar em agosto de 1980 que, após uma série de emendas, foi aprovado em 30 de abril de 1982, durante a décima segunda sessão realizada em Mondego-Bay, Jamaica, por 130 votos a favor, 4 votos contrários (Estados Unidos, Israel, Venezuela e Turquia) e 17 abstenções (União Soviética, Polônia, Hungria, Tchecoslováquia, República Democrática Alemã, Bulgária, Ucrânia, Bielorrússia, Reino Unido, República Federal da Alemanha, Holanda, Itália, Grécia, Luxemburgo, Tailândia).

Ao final das negociações e da elaboração da Convenção sobre Direito do Mar, os Estados Unidos da América questionaram não a regra do consenso em si, que se funda na igualdade dos Estados, fundamentado na máxima “um Estado um voto”, mas os critérios utilizados para interpretá-lo. No *Gentleman Agreements* de 1973 havia a necessidade, para avaliar se ocorreu ou não o consenso, de que fosse constatada uma “maioria qualificada ou expressiva”. Perguntava o representante americano se a simples maioria numérica dos Estados satisfazia a interpretação da expressão “maioria qualificada” ou se era necessário utilizar outros critérios. Lembrou ainda, o mesmo representante, que os Estados que se recusaram a aprovar o texto convencional e aqueles que se abstiveram detinham o peso de setenta por cento da economia global e contribuía com quase oitenta por cento dos fundos para a manutenção da ONU, e esses fatores deveriam ser levados em consideração no momento da verificação do consenso³.

Posteriormente ao término da Convenção, os Estados Unidos, a República Federal da Alemanha, o Reino Unido e a França assinaram, em 2 de setembro de 1982, o Tratado Concer-

² Exploração compreende estudos, testes e processos avaliatórios visando a demonstrar a explotabilidade dos recursos. Já a exploração é o processo que se inicia com a extração dos minérios do fundo do mar até o posterior armazenamento e comercialização.

³ SOHN, L. B. Law of the Sea implementation : Forum the 1994. *AJIL*, v. 88, p. 687-705, 1994. STEVENSON, J. The future of U. N. Convention on the Law of the Sea. *AJIL*, v. 88, 1994. p. 488-495.

nente à Exploração de Nódulos Polimetálicos Existentes no Fundo do Mar, cujas disposições chocam-se com a Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, referentes à exploração de recursos marinhos no alto-mar e no fundo do mar. Polêmica e arrojada em suas disposições normativas, somente em novembro de 1993 a Convenção das Nações Unidas recebeu o seu sexagésimo instrumento de ratificação, tendo entrado em vigor em 16 de novembro de 1994. Destarte, foram iniciadas, a partir de 1990, no âmbito das Nações Unidas, negociações para que fossem conciliados os interesses e as divergências entre os Estados desenvolvidos e as prescrições convencionais, processo esse que culminou com a celebração de um *Gentleman Agreement* em 1994, esperando-se para breve a conclusão das negociações e a posterior ratificação da Convenção por estes Estados, dentre eles Estados Unidos, Japão, Reino Unido, França e República Federal da Alemanha.

Entre a proposta de Arvid Pardo e a entrada em vigor da Convenção decorreram dezessete anos de negociações, de amadurecimento e de sistematização do Direito do Mar. O seu conteúdo tornou-se mais denso e complexo do que o era no início deste século, quando suas normas tinham caráter fiscal (imposição de taxas à navegação, sistema aduaneiro), administrativo (poder de polícia nos portos, navios e áreas de mar contíguas à costa) e penal (regras aplicáveis aos delitos cometidos a bordo de navios e repressão à pirataria).

Hodiernamente, seja devido aos trabalhos de comissões e órgãos internacionais na elaboração das convenções sobre o Direito do Mar, como as convenções de Genebra e de Mondego-Bay, seja devido aos estudos doutrinários e até a atos unilaterais dos Estados, o Direito do Mar sofreu, a partir do pós-Guerra, um desenvolvimento sem precedentes, passando a refletir, como não poderia deixar de ser, os grandes embates do mundo contemporâneo: o conflito leste-oeste, já desfeito nesta década, o conflito norte-sul, que se torna maior com o aumento das disparidades econômicas e sociais, os conflitos regionais, os nacionalismos de toda a sorte, o rápido desenvolvimento tecnológico que não é acompanhado *pari passu* pela evolução social, normativa e das mentalidades⁴. Modernamente, o Direito do Mar orienta-se

pelo signo da solidariedade e cooperação internacionais, cuja realização é complexa e demanda imenso diálogo entre os Estados e desenvolvimento econômico e social para a sua realização.

O primeiro passo para este desenvolvimento e sistematização do Direito do Mar foi dado já com os trabalhos da Convenção de Genebra, enfatizando a dimensão geográfico-espacial das normas que disciplinam os mares. Esta dimensão se demonstrou por meio dos princípios que orientaram a elaboração das convenções, primeiro as convenções de Genebra e depois a de Mondego-Bay. Segundo convencionais, doutrinadores e representantes dos Estados à época da elaboração das convenções de Genebra, era necessário que o Direito do Mar se estruturasse como um direito dos espaços marítimos, definindo quais deles estariam sob a jurisdição estatal, quais seriam considerados internacionais e que direitos e deveres teriam os Estados perante esses novos espaços marítimos. Havia ainda a questão da funcionalidade das convenções que, ao delimitar os espaços marítimos, garantissem que o meio marítimo não teria limitada a sua função clássica e hodiernamente muito importante de meio de comunicação entre os povos. E, por último, haveria que se estabelecer um regime jurídico diferenciado para aquelas atividades que poderiam ser igualmente exercidas nos diversos espaços marítimos, como a pesca, a conservação dos recursos vivos e a navegação.

Se as convenções de Genebra deixam à vista que a grande discussão estava centrada na questão do mar territorial e da exploração de recursos localizada neste espaço marítimo, após a Proposta Pardo observamos que o leque de divergências foi ampliado, tornando-se necessária nova elaboração jurídica no que se referisse especialmente aos espaços e recursos não-sujeitos à jurisdição nacional. A discussão deixa de ser centrada nos aspectos ligados à soberania e aproveitamento econômico dos recursos do mar territorial, na liberdade de navegação para tornar-se uma discussão sobre as funções e utilidades de todo o mar, bem assim de sua exploração em benefício de todos os Estados, visando à criação de uma única ordem jurídica para todo o mar, que levasse em consideração as diferenças econômicas entre os Estados, numa tentativa de se estabelecer uma nova ordem econômica global.

Surgiram assim os grupos políticos de

⁴ TRAPPE, J. Ökonomische aspekte des seerechts. *Zeitschrift für Verkehrswissenschaft*. n. 38. p. 149-165, 1967.

pressão que ficaram conhecidos pelo Grupo dos Setenta e Sete, formados por Estados subdesenvolvidos, o grupo das Potências Marítimas, o grupo da América Latina, o grupo dos Estados Insulares, o Grupo dos Estados sem Litoral e Estados Geograficamente Desfavorecidos e outros que desejavam influenciar a disciplina desta nova ordem jurídica e econômica internacional. Em suma, foi a partir de 1967 que o Direito Escrito do Mar deixou de refletir como seus princípios e metas mais importantes, a liberdade dos mares, a liberdade da navegação e a soberania sobre uma faixa do mar costeiro, para centrar-se igualmente na exploração e exploração econômica de seus recursos e na igualdade de acesso aos benefícios advindos destas atividades. Mediante consenso, os Estados estavam criando um novo Direito Internacional do Mar, positivado e não-costumeiro, contendo normas que tinham um caráter preciso, evitando toda a sorte de textos ambíguos.

A diversidade das finalidades do Direito do Mar trouxe a necessidade de novos conceitos para exprimir novas realidades, tornando-o um direito técnico, ou melhor, um direito a serviço da técnica, cartográfica, científica, geográfica, geológica, biológica e até da ciência da administração, utilizando-se dos conceitos dessas ciências, que passaram a fazer parte do mundo jurídico, como a *gestão econômica dos recursos biológicos e minerais, a representação geográfica e geológica dos mares, a pesquisa científica marinha, a manutenção e o equilíbrio da biosfera e os limites máximos e mínimos conjunados nas margens de segurança para o aproveitamento dos recursos vivos, bem assim para o alijamento de poluentes* e outros.

Novos conceitos jurídicos, inéditos para o Direito do Mar, passaram a designar as novas realidades, especialmente o conceito civilista de *patrimônio*. Nas discussões referentes ao mar epicontinental, zona econômica exclusiva e plataforma continental são frequentes, nas discussões dos convencionais, as expressões *mar patrimonial e direitos patrimoniais*. Por outro lado, os fundos oceânicos foram considerados *patrimônio comum da humanidade*. Surgiu a necessidade de delimitar as zonas marítimas pertencentes ou sob a influência dos Estados e o grau de controle que cada Estado teria sob a respectiva zona delimitada, seja ela o mar territorial, a zona contígua, a plataforma continental, a zona econômica exclusiva, o alto-mar ou o fundo do mar. Por outro lado, o novo

Direito do Mar trouxe um aumento inequívoco nas áreas do mar sujeitas à jurisdição e ao controle nacionais. Concluir-se-á que, se nos tempos de Hugo de Grotius o mar era livre, um espaço para aventureiros, descobridores, viajantes e românticos de toda a espécie, em suma, para nômades, hodiernamente ele se apresenta como um patrimônio dos Estados, individualizados, como nos casos do mar territorial ou da plataforma continental, ou patrimônio comum, como nos casos dos fundos oceânicos e alto-mar, denominados de *Área* pela Convenção das Nações Unidas de 1982.

Disciplinando múltiplas finalidades, o Direito do Mar torna-se influenciável por diversas concepções da ciência política, dentre elas as concepções internacionalistas, individualistas e regionalistas. A concepção internacionalista exerceu sua máxima influência no que se refere à disciplina dos fundos oceânicos, propriedade comum da humanidade que deve ter seus benefícios revertidos em favor de todos os Estados. Já o nacionalismo terminou por se refletir no interesse dos Estados de manter soberania exclusiva sobre uma faixa de mar que se consubstanciou nas normas para a delimitação do mar territorial, enquanto o regionalismo teve importante papel na criação da zona econômica exclusiva, uma vez que foi um grupo dos Estados da América Latina, com características semelhantes na economia, história, política e grau de desenvolvimento, o que mais influenciou em sua criação. Com a Convenção de Mondego-Bay, fortaleceu-se o princípio da igualdade dos Estados na apropriação dos recursos e participação equitativa dos benefícios daí advindos, surgindo uma série de direitos preferenciais e compensatórios aos Estados do Terceiro Mundo relativamente à exploração dos recursos do mar. Com a entrada em vigor da Convenção, o princípio da igualdade conjuntamente com o princípio da liberdade passaram a ser os norteadores do novo Direito do Mar, atendendo às reivindicações dos Estados do Terceiro Mundo.

Manifesta-se ainda o atual Direito do Mar como um direito repleto de especificidades, derivado do fato de que, apesar de juridicamente iguais, os Estados não o são econômica, geográfica, biológica, geológica, histórica e culturalmente, havendo especificidades e particularidades de toda espécie que dificultam a elaboração e a concretização das normas internacionais e que terminaram por fazer com que o Direito do Mar, regido até o século XIX por

normas costumeiras, se tornasse um direito oriundo de tratados.

Os tratados propiciaram uma tentativa de revisão da antiga ordem política e da criação de uma nova ordem econômica internacional. Isso ocorre, em primeiro lugar, porque o tratado, por ser escrito, propicia uma maior segurança jurídica no que se refere às obrigações assumidas pelos Estados e permite a criação de normas que possam disciplinar unitariamente todas as multiplicidades decorrentes do uso, apropriação e exploração dos recursos do mar e todas as especificidades decorrentes das diferenças geográficas e biológicas, principalmente, entre os Estados. Por outro lado, somente pelo tratado seria possível a integração dos novos Estados e sua participação na elaboração das novas normas necessárias à disciplina unitária das novas realidades internacionais referentes ao mar. A elaboração de uma convenção que disciplinasse, de forma precisa, o Direito do Mar representou uma vitória dos Estados do Terceiro Mundo, uma vez que as normas costumeiras não atendiam às suas necessidades e reivindicações.

Diante de tamanhas divergências, houve a necessidade de se estabelecer diversos métodos para a solução dos conflitos e divergências de interpretação, enfatizando-se métodos de solução pacífica ou consensual. Destarte, a Convenção trouxe a consagração de inúmeros métodos de solução pacífica: a criação de um Tribunal Internacional de Direito do Mar com abrangência global, contendo uma Câmara Específica para as Controvérsias dos Fundos Marinhos, a criação de um Tribunal Arbitral e de um Tribunal Arbitral Especial para julgar questões relativas à pesca, pesquisa científica e proteção do meio marinho, e uma Comissão de conciliação, todos com atribuições e competências delimitados no próprio texto convencional, além da Corte Internacional de Justiça.

Privilegiando a unidade e integridade da Convenção, a mesma estabeleceu, no seu art. 309, a impossibilidade de se fazer reservas, embora não tenha colocado óbice a que os Estados elaborem declarações interpretando restritivamente ou extensivamente certos artigos da Convenção. Esse fato faz com que se tornem tênues os limites entre a declaração propriamente dita e a declaração restritiva que se aproximaria de uma reserva. Por outro lado, algumas das regras são fluidas, o que facilita

declarações que se assemelhem a reservas, e outras são fixadas exigindo condições para a sua implementação, o que facilitaria também declarações-reservas sobre alguns pontos específicos, o que não chega a prejudicar verdadeiramente a disposição contida no art. 309 da Convenção.

Visando criar uma disciplina jurídica unitária, abrangente e adequada às novas relações estatais que tenham por objeto o mar, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 obedece, como não poderia deixar de ser, a uma complexa elaboração estrutural, tendo os seus trezentos e vinte artigos subdivididos em dezessete capítulos ou partes, cujos critérios obedecem à especificidades dos espaços marítimos e das relações conflituais a serem disciplinados, possuindo, ainda nove anexos e uma declaração final.

A Parte I compõe-se de uma introdução explicativa sobre os diversos termos utilizados na redação da Convenção, enquanto da Parte II até a Parte X estão disciplinados os diversos espaços marinhos na seguinte ordem: mar territorial, contendo normas ligadas a seus limites, à passagem inocente de navios, jurisdição sobre os navios em mar costeiro e zona contígua; estreitos, contendo normas sobre regime jurídico e passagem em trânsito; Estados arquipelágicos; zona econômica exclusiva; plataforma continental; alto-mar, delimitando a jurisdição sobre os navios e a conservação de recursos vivos do alto-mar; regime de ilhas; mares fechados e direito e acesso ao mar dos Estados desprovidos de litoral. A Parte XI, intitulada Área e considerada a mais polêmica da Convenção, refere-se ao aproveitamento econômico dos recursos do alto-mar e dos fundos marinhos, estabelecendo políticas de exploração, órgãos internacionais que farão a supervisão dessa exploração, como a Empresa, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos e seus respectivos custos, recursos financeiros, estrutura de funcionamento, poderes e imunidades. Da Parte XII até a Parte XIV estão previstos, nesta ordem, a proteção e preservação do meio marinho, contendo normas referentes à cooperação internacional, assistência técnica, normas para reduzir e controlar a poluição com suas respectivas garantias, responsabilidades e imunidades; investigação científica marinha disciplinando as instalações e equipamentos e a sua realização, bem assim as responsabilidades e o desenvolvimento e transferência de tecnologia marinha, acerca da

cooperação tecnológica e da criação de centros de pesquisa científica e tecnológica marinhas. Na Parte XV está disciplinado um sistema de solução de controvérsias que estabeleça um procedimento de conciliação, a criação de um Tribunal Internacional de Direito do Mar, a utilização da Corte Internacional de Justiça e a criação de dois Tribunais Arbitrais. Nas Partes XVI e XVII estão contidas as disposições gerais e finais.

Relativamente aos Anexos, o primeiro refere-se às espécies altamente migratórias, relacionadas com a criação da zona econômica exclusiva, e o segundo à criação de uma comissão para delimitar a plataforma continental. Os Anexos III e IV dizem respeito às condições para a prospecção pesquisa e aproveitamento dos fundos marinhos e ao estatuto da empresa, relacionando-se diretamente à Parte XI. Os Anexos V a VIII reportam-se diretamente ao sistema de solução de controvérsias, disciplinando respectivamente o processo de conciliação; o estatuto, a organização, a jurisdição, o processo, as Câmaras especiais do Tribunal Internacional do Direito do Mar; a arbitragem e a arbitragem especial. O Anexo IX disciplina a participação das organizações internacionais na Convenção.

Finalizando, é necessária a ênfase de que a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1982 representou uma evolução no processo clássico de elaboração de normas contratuais por meio da conjugação do consenso, do método *paquet* e dos textos e grupos de negociação informais, em detrimento do sistema de voto para a adoção de decisões, e implicou uma verdadeira revolução no conteúdo do Direito do Mar, com a criação de figuras jurídicas inéditas, como o Tribunal Internacional de Direito do Mar, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos e o Patrimônio Comum da Humanidade, com o objetivo de integrá-lo ao processo em curso de se criar uma nova ordem econômica e jurídica internacional⁵.

2. A autoridade internacional dos fundos marinhos

Neste século foram presenciadas inovações em todos os campos do saber humano: Biolo-

⁵ O Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar em 1987 e tornou adequada sua legislação interna à Convenção em 1993 com a promulgação da Lei 8617 de 04/01/93.

gia, Química, Tecnologia, Política Interna e Internacional, Economia, Sociologia e Direito. No que se refere ao Direito do Mar, podemos dizer que todas estas evoluções refletiram-se nele tão profundamente que terminaram por modificar os seus fundamentos: a liberdade dos mares cedeu lugar à apropriação de faixas marinhas situadas próximas às costas, passando-se às tentativas de um controle institucionalizado das áreas não-suscetíveis de apropriação pelos Estados por normas e organizações internacionais. Surgiu um “Direito dos espaços marítimos” e procurou-se implementar os princípios da igualdade e da solidariedade entre os Estados na exploração dos recursos do mar, possibilitados pela evolução científica e tecnológica, dentro das discussões iniciadas no âmbito da ONU no que se refere à criação de uma Nova Ordem Econômica Internacional. Nesse contexto, foi celebrada em 1982 a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, contendo, na Parte XI, considerada a mais polêmica da Convenção, os princípios, regras de execução da exploração dos fundos marinhos, tidos como um Patrimônio Comum da Humanidade⁶, bem como a criação, regulamentação e atribuições de uma organização internacional encarregada de organizar e controlar as atividades na Área, especialmente no que se refere à gestão dos recursos da área.

Essa organização internacional encarregada de organizar e controlar a exploração dos recursos da Área é a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos. A Autoridade possui, segundo a Convenção de 1982, uma estrutura complexa: é uma estrutura de poder, cujos poderes, devidamente jurisdicionados pelo texto convencional, possuem características normativas, criadoras do direito, ligadas ao estabelecimento de regras a serem cumpridas pelos Estados-Partes e suas Empresas na exploração

⁶ Após a celebração do “Acordo Geral para a Implementação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar de 1994”, a noção de Patrimônio Comum da Humanidade aproxima-se da noção de *res communis omnium* presente no Direito Romano. No texto original da Convenção o significado era um pouco diverso, implicando uma conotação mais cooperativa dos Estados, bem como o dever dos mesmos de repartir custos, benefícios e ônus da exploração dos recursos. Consultar sobre a noção de Patrimônio Comum da Humanidade:

IMBIRIBA, M. Nazaré. *Do princípio do patrimônio comum da humanidade*. Dissertação (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 1980.

dos recursos do mar, características executórias, cabendo à própria Autoridade a execução das normas por ela feitas e até mesmo de competência territorial, tendo em vista que cabe à Autoridade, e somente a ela, a organização e o controle da exploração dos fundos marinhos.

A necessidade da existência de uma organização internacional nos moldes da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos é demonstrada pela própria concepção convencional de que a Área é um patrimônio comum da humanidade e, como tal, é submetida a um regime jurídico que a destina para fins pacíficos, impossibilita a apropriação de quaisquer de suas partes ou o exercício de soberania por quaisquer Estados soberanos e estabelece que sua exploração deve ser exercida em benefício da humanidade. A Autoridade representa um marco na institucionalização do Direito do Mar e uma forma de colaboração entre os Estados.

A Convenção de 1982 estabeleceu uma série de funções a serem exercidas pela Autoridade a fim de que pudesse organizar e implementar a exploração de recursos na Área. Essas funções, nos termos da Convenção, eram bastante amplas e, segundo o parecer dos Estados desenvolvidos, que se recusaram a aderir à mesma, contrárias às práticas do livre mercado. Assim, em 1994 foi celebrado um Acordo Geral para a Implementação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, ou *Agreement de 1994*, que estabeleceu uma série de mudanças na estrutura da Autoridade, em seus órgãos e funções, visando atender às demandas dos Estados desenvolvidos. Essas modificações terminaram por reduzir suas funções e poderes, dando ao Conselho, em detrimento da Assembleia, maiores possibilidades de ação.

Todos os Estados-Partes da Convenção são *ipso facto* membros da Autoridade, segundo estabelece o art. 156, parágrafo 2. As organizações internacionais podem ser membros da Autoridade desde que tenham caráter intergovernamental e tenham atribuições estabelecidas segundo a matéria convencional, incluindo a celebração de tratados internacionais, conforme estabelece o Anexo 9, art. 3, 1. Empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado que se interessarem pela participação nas atividades de exploração de recursos da Área o devem fazer por intermédio do seu Estado, que os patrocinará perante a Autoridade. Por outro

lado, o art. 176 especifica que a Autoridade possui personalidade jurídica internacional, o que lhe confere capacidade jurídica para o exercício de suas funções, sendo o Conselho quem age como representante da Autoridade (art. 162, parágrafo 2, letras *f* e *u*).

A Convenção estabelece que todos os Estados-Membros possuem igualdade soberana no que se refere à possibilidade de acesso à Área para a exploração de seus recursos (arts. 157, parágrafos 2 e 3, e 161, parágrafo 1). Todos os Estados-Partes na Convenção, e portanto membros da Autoridade, têm direito à representação na Assembleia, onde cada Estado tem um voto e é proibido o direito de veto. O outro órgão da Autoridade, o Conselho, tem funcionamento diversificado, reformulado recentemente no Acordo Geral para a Implementação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

A Autoridade foi concebida como uma organização internacional *sui generis* que, além das funções políticas, de segurança e de cooperação econômica, possui também funções que envolvem atividades comerciais e industriais, bem como de distribuição de riqueza e conhecimento, possibilitando uma integração maior entre os Estados desenvolvidos, subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Ela representaria a humanidade e realizaria fins econômicos ao administrar a Área⁷.

Por outro lado, a Convenção especifica que a Autoridade tem competência sobre a regulamentação da exploração de recursos na Área, não podendo, no entanto, interferir sobre a liberdade de navegação no alto-mar. Enfim, a Autoridade possui jurisdição sobre o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo no que se refere à exploração de recursos minerais, mas não sobre a água do mar e a navegação, que configuram-se regidos por uma sistemática jurídica diferente, consubstanciada no regime jurídico do alto-mar. Também a Autoridade não participa diretamente da delimitação da Área: ela constitui-se das áreas adjacentes à das plataformas continentais dos Estados.

A fim de que possa efetuar a exploração dos recursos minerais da Área, a Autoridade poderá exercer várias funções, como a de organização e controle das atividades de exploração e a

⁷ DUPUY, R. J., VIGNES, D. *Traité du Nouveau Droit de la Mer*. Paris : Economica; Bruxelles : E. Bruylant, 1985. p. 612-616.

de exploração da Área (art. 153, parágrafo 1). Somente a Autoridade tem poderes para organizar as atividades da Área, podendo adotar regras suplementares à Convenção, principalmente no âmbito técnico, administrativo e financeiro. A Autoridade deverá estabelecer políticas em assuntos de sua competência (arts. 160, parágrafo 1, e 162, parágrafo 1) por meio da Assembléia e do Conselho e atuará segundo os princípios e diretrizes fixados pelo Conselho (art. 162, parágrafo 2). Para cumprir essas funções, a Autoridade age como entidade monopolística, sendo que os Estados ou quaisquer organizações internacionais estão proibidos de decidir relativamente à condução das atividades da Área.

O art. 153, parágrafo 2, letra *a*, especifica que a Autoridade conduzirá as operações na Área por meio da Empresa, que estará submetida à Assembléia e ao Conselho e terá por função também incluir o transporte, o processamento e a comercialização dos minerais extraídos. No entanto, o Acordo Geral para a Implementação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar trouxe modificações substanciais nestas atividades, estabelecendo que a Empresa deverá funcionar independentemente da Assembléia, fundamentando-se em critérios comerciais, sendo que a Empresa, para efetuar a exploração de recursos, deverá celebrar um contrato com a Autoridade. Enfim, os arts. 2 e 4 da Seção 2 do Anexo ao *Agreement* retiram da Autoridade a função de explorar indiretamente, por intermédio da Empresa, os recursos minerais, deixando-a apenas com a função regulamentadora e controladora da exploração dos fundos marinhos. No texto original da Convenção, havia também um sistema paralelo de exploração onde empresas estatais e empresas privadas poderiam explorar os recursos minerais, conforme prescreve o art. 153, parágrafo 2, letra *b*. Hodiernamente este sistema paralelo, concebido como secundário, tornou-se o predominante, e suas premissas deverão também ser utilizadas na exploração a ser efetuada pela Empresa.

No exercício da sua função de controlar e organizar as atividades de exploração, a Autoridade a exercerá por meio de três órgãos: o Conselho, a Comissão Jurídica e Técnica e a Comissão de Planejamento Econômico. No entanto, o *Agreement* determinou que a Comissão de Planejamento fosse suprimida e suas funções ficassem a cargo da Comissão Jurídica e Técnica, tendo criado em seu lugar

um Comitê de Finanças, configurando-se a Assembléia em órgão formulador de diretrizes para as atividades da Autoridade. Segundo a Seção 1 do Acordo Geral para a Implementação da Parte XI, a Autoridade deverá processar os pedidos de aprovação dos planos de trabalho para a exploração dos recursos, monitorar seu cumprimento, estudar o impacto ambiental causado pela exploração no meio marinho, bem como elaborar normas sobre prevenção do meio marinho, desenvolvimento da pesquisa científica marinha, além de examinar as tendências mundiais em matéria de produção e consumo dos minerais extraídos do fundo do mar. À Autoridade não cabe mais a função de explorar, direta ou indiretamente (por meio da Empresa), os recursos minerais marinhos.

A Assembléia é o órgão em que participam todos os Estados-membros da Convenção de 1982 e é nela que se manifesta o princípio da igualdade jurídica internacional: um Estado, um voto. Cabe à Assembléia estabelecer a política geral da Autoridade, podendo inclusive elaborar o seu regulamento interno. As decisões serão tomadas por maioria dos membros presentes e votantes caso se trate de questões de procedimento e por maioria de dois terços dos presentes e votantes no caso das questões de fundo. Havendo dúvida na qualificação de uma questão como questão de forma ou de fundo, esta será considerada questão de fundo, conforme prevê o art. 159, parágrafos 7 e 8. O art. 11, parágrafo 3, letra *c* do Anexo IV da Convenção prevê que será tomada decisão por consenso, quando disserem respeito a quais medidas que deverão ser tomadas em caso de déficit da Empresa. Por outro lado, a Assembléia utiliza dois procedimentos especiais para a tomada de decisões em seu seio: um é o adiamento de voto visando à realização de uma negociação em busca de consenso, outro é o pedido de parecer consultivo utilizado para questões submetidas à Câmara de Controvérsia dos Fundos Marinhos.

O *Agreement de 1994* estabelece que as decisões, sejam de que natureza forem, deverão ser tomadas por consenso; somente depois, se impossível o consenso, aplicar-se-iam as regras acima explicitadas. Essa modificação se fez em benefício dos Estados ricos que, minoria na Assembléia, não teriam chance de fazer valer seus interesses com um sistema de eleição direta. Houve também grande diminuição dos poderes decisórios da Assembléia no que se refere a um grande número de matérias. Pela

previsão convencional, cabia à Assembléia, além de formular as políticas da Autoridade, elaborar o orçamento da entidade, as contribuições financeiras de seus membros e estabelecer um programa de assistência e auxílio tecnológico aos Estados menos desenvolvidos. Já o *Agreement* diz no art. 4 da Seção 3 do Anexo que as decisões da Assembléia que devam ser tomadas sobre matérias que o Conselho seja igualmente competente ou sobre quaisquer matérias de interesse administrativo, orçamentário ou financeiro terão de se basear em recomendações do Conselho. Enfim, houve uma diminuição no âmbito de ação e decisão da Assembléia, na qual estão representados todos os Estados, em benefício do Conselho, em que há a representação de interesses.

Já o Conselho é um órgão de caráter executivo da Autoridade, em que são executadas e administradas todas as políticas de exploração marítima. Devido a isso, houve muita polêmica entre os Estados em desenvolvimento e os subdesenvolvidos, que pretendiam uma equitativa representação geográfica, e os Estados desenvolvidos, que desejavam uma representação de interesses que foi aceita no texto convencional, uma vez que se entendeu que quaisquer decisões tomadas pelo Conselho atingiriam diretamente os Estados produtores, exploradores e consumidores.

Assim, ficou resolvido que o Conselho seria composto por trinta e seis membros, sendo dezoito deles eleitos pela Assembléia, assegurando a repartição geográfica equitativa, e os outros dezoito pelo critério dos interesses representados: quatro entre os maiores Estados-Partes importadores da mercadoria, dentre eles um Estado socialista e o maior Estado consumidor, quatro dentre os oito que fizeram por si mesmos, ou por meio de seus nacionais, os maiores investimentos na Área, quatro dentre os maiores exportadores, sendo dois Estados em desenvolvimento, e seis entre os Estados em desenvolvimento que possuem interesses especiais como os de grande população, grandes importadores dos minerais extraídos, Estados em situação geográfica desfavorecida, entre outros. Os trinta e seis membros serão eleitos pelo prazo de quatro anos, sendo que cada grupo apresenta os seus candidatos à Assembléia. Deflui-se que esta sistemática faria com que alguns Estados desenvolvidos estivessem sempre presentes na composição do Conselho.

O Conselho poderá elaborar seu regulamento

interno. O sistema de tomada de decisões foi amplamente negociado entre os grupos de interesses, tornando-se um sistema complexo: as questões de procedimento são decididas pela maioria simples dos presentes e votantes; as questões de fundo de menor importância serão decididas por dois terços dos membros presentes e votantes, considerando que devam estar presentes a maioria dos membros do Conselho; questões de fundo, requerem três quartos dos membros do Conselho presentes e votantes, devendo estar presentes a maioria dos membros do Conselho; questões de importância primordial devem ser decididas por consenso, impedindo que os Estados recorram ao voto.

Já a aprovação ou recusa de um plano de trabalho que exige um procedimento especial, que previa que os interessados deveriam submeter seus projetos de trabalho à Comissão Jurídica e Técnica, sendo que, se esta outorgasse-lhe parecer favorável, a autorização seria imediata, enquanto, se esta rejeitasse, somente três quartos dos membros do Conselho poderiam autorizar a exploração que a Comissão rejeitara.

O *Agreement de 1994*, além de aumentar as funções do Conselho, dando-lhe poderes de decidir e formular políticas em todas as matérias de interesse orçamentário, administrativo e financeiro, modificou fundamentalmente o sistema de tomada de decisões em seu âmbito. Embora tivesse mantido o mesmo número de membros componentes do Conselho, preservando também a mesma sistemática de escolha previamente analisada – representação geográfica equitativa e representação de interesses –, o Acordo especifica que as decisões deverão ser tomadas por consenso; se este não for possível, a maioria dos membros presentes e votantes decidirá em questões de procedimento e dois terços dos membros presentes e votantes, *desde que não haja oposição de qualquer uma das câmaras*.

A criação de câmaras representa a inovação no sistema de tomada de decisões. Os Estados consumidores e importadores e os Estados exportadores serão considerados uma única câmara para efeitos de votação. Os Estados em desenvolvimento que representam interesses especiais e os dezoito eleitos em termos geograficamente equitativos formarão uma única câmara. Como existem Estados desenvolvidos que são grandes exportadores líquidos de minerais, como o Canadá, a Austrália e o próprio EUA, os Estados desenvolvidos asse-

guraram o seu controle de uma das câmaras, conseguindo obstaculizar qualquer decisão da Assembléia relacionada à matéria orçamentária, financeira ou administrativa e do Conselho por meio desta previsão que está disciplinada nos arts. 5, 9 e 15 da Seção três do Anexo do *Agreement*.

Para os Estados desenvolvidos, a modificação do sistema de tomada de decisões era essencial: eles seriam os que mais contribuiriam com o orçamento e a manutenção das atividades da própria Autoridade, teriam limitados os direitos de seus nacionais e de suas empresas de efeturem livremente a exploração de recursos e não teriam o controle sobre os capitais, orçamento e as atividades da Autoridade. Por outro lado, o atendimento dos interesses dos Estados desenvolvidos fez com que a noção de patrimônio comum da humanidade sofresse um grande abalo, ao se reconhecer que as concepções sobre ele não eram unânimes.

O Conselho tem competência para criar os órgãos que achar necessários na realização de suas funções, sendo que dois foram previstos pela própria Convenção: a Comissão Jurídica e Técnica e a Comissão de Planejamento Econômico. Cada Comissão terá quinze membros, podendo ser o seu número aumentado pelo Conselho conforme as necessidades do trabalho. Eles serão eleitos por cinco anos e deverão ser especializados nas funções para as quais foram eleitos, sendo a escolha feita segundo a distribuição geográfica equitativa e a representação de interesses. Os membros eleitos não podem ter qualquer ligação ou interesses financeiros nas atividades da Área e devem guardar sigilo sobre todas as informações a que têm acesso durante a realização de suas atividades.

A Comissão Jurídica e Técnica tem por funções examinar a viabilidade técnica dos planos de trabalho submetidos à apreciação da Autoridade pelos Estados patrocinadores, emitindo pareceres, e definir normas e padrões técnicos necessários à preservação do ambiente marinho durante a realização das atividades de exploração de recursos na Área, fazendo recomendações ao Conselho sobre suspensão de atividades em certas regiões da Área ou até mesmo a exclusão de alguma região da Área. Já a Comissão de Planejamento Econômico tem por funções avaliar as tendências de oferta e procura dos metais extraídos dos fundos marinhos e propor ao Conselho um sistema de

compensação financeira para os Estados em desenvolvimento prejudicados com a exploração dos recursos minerais, bem como estabelecer um programa de participação, em benefício dos Estados em desenvolvimento, dos lucros decorrentes desta exploração.

As atividades de Comissão de Planejamento Econômico foram muito criticadas pelos Estados desenvolvidos, que afirmavam que o sistema de compensação aos Estados em desenvolvimento contrariava os Tratados do GATT por privilegiar certos Estados em detrimento dos fundos marinhos no comércio internacional. Assim o *Agreement de 1994* definiu que a Comissão de Planejamento Econômico seria suprimida e algumas de suas funções seriam exercidas pela Comissão Jurídica e Técnica e outras pelo Comitê de Finanças por ele criados.

Os membros do Comitê de Finanças, num total de quinze, serão eleitos pela Assembléia, conforme a distribuição geográfica e de interesses especiais; cada grupo, num total de cinco, terá um representante, sendo que, enquanto a Autoridade não dispuser de fundos suficientes, que não as quotas de contribuições para cobrir os gastos administrativos, o Comitê incluirá cinco representantes dos cinco maiores contribuintes (art. 3, Seção 4 do Anexo). Em suma: os Estados desenvolvidos terão a maioria absoluta dos representantes do Comitê de Finanças enquanto a Autoridade não dispuser de receitas derivadas da exploração em quantidade para torná-la um organismo autônomo, tendo em vista serem eles os que efetivamente estarão custeando as atividades da Autoridade.

O Comitê tem funções de elaborar o orçamento administrativo, os projetos de normas, regulamentos e procedimentos necessários à administração financeira dos órgãos da Autoridade, bem como a gestão financeira e administração interna da Autoridade. Caberá ao Comitê determinar as contribuições dos membros da Autoridade, as obrigações financeiras dos Estados-Partes, bem como as implicações financeiras dos gastos propostos pela Assembléia da Autoridade. Enfim, os Estados desenvolvidos, ao manejarem, por meio do Comitê, o orçamento, a fixação das contribuições, os gastos da Autoridade e da Assembléia e os projetos que envolverão desembolso de recursos, tenderão a limitar as atividades da mesma, com fundamento quer na economia de fundos, quer no aumento da possibilidade de uma exploração mais livre de controles e ônus

da Autoridade, a serem executadas pelas empresas por eles patrocinadas.

Por outro lado, a Comissão de Planejamento Econômico praticamente deixou de ter funções conforme o *Agreement*, devido ao fato de que foram impostas inúmeras mudanças no sistema de compensação aos Estados subdesenvolvidos e em desenvolvimento que fossem prejudicados com a exploração dos recursos dos fundos marinhos. Esta compensação ficará condicionada a uma série de exigências: existência de fundos derivados da exploração que excedam as despesas administrativas da Autoridade, provindos dos contratantes e da Empresa. Os prejudicados deverão submeter suas reivindicações ao Conselho, que decidirá segundo recomendação do Conselho de Finanças, examinando caso a caso, procurando conciliar o orçamento da Autoridade com o prejuízo dos Estados subdesenvolvidos. Como o Comitê é controlado pelos Estados desenvolvidos e o Conselho não poderá decidir em oposição a uma das Câmaras, também compostas por Estados desenvolvidos, dificilmente o Estado prejudicado receberá a compensação.

A Autoridade poderia, nos termos da Convenção de 1982, contrair empréstimos para realizar as atividades da Área (conforme o art. 174, parágrafo 1). O texto do *Agreement* estabelece que a Autoridade terá um orçamento autônomo em relação ao das Nações Unidas e não poderá contrair, em hipótese alguma, empréstimos, mesmo que um dos membros não pague as suas quotas. Nesse caso, ele será excluído da Autoridade (*Agreement*, arts. 13 e 14 da Seção 1 do Anexo). Enfim, nota-se também aqui que o Acordo para a Implementação da Parte XI enfraqueceu os poderes da Autoridade.

Já o Secretariado tem a mesma organização dos secretariados de outras organizações, possuindo o Secretário-Geral e o pessoal de apoio por ele nomeado. O Secretário-Geral é eleito pela Assembléia, dentre os candidatos constantes de uma lista formulada pelo Conselho, por maioria de três quartos dos membros presentes e votantes, sendo computada a maioria sobre o número total de membros. Possui mandato de quatro anos, podendo ser reeleito, e age como secretário nas reuniões da Assembléia, do Conselho, das Comissões e de quaisquer outros órgãos por ele criados. O restante dos funcionários será escolhido com base em suas qualificações e capaci-

dades e de acordo com a distribuição geográfica equitativa. Ao Secretário e ao pessoal de apoio é exigido o sigilo quanto às informações de que tenham conhecimento no exercício do cargo. Como tanto o Secretário quanto o pessoal administrativo podem ser punidos se violarem o dever de sigilo, mesmo quando tenham deixado o cargo; o art. 168 especifica que deverá ser criado um tribunal administrativo para dirimir esses casos. Não há qualquer vínculo entre o Secretariado da Autoridade e quaisquer Estados ou organizações internacionais.

A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos configura-se numa organização jurídica internacional, com personalidade jurídica internacional e capacidade jurídica para exercer suas funções e perseguir seus objetivos convencionalmente determinados. Para isso, a Autoridade, em seus bens e haveres, goza de imunidades e de privilégios, tais como: imunidade de jurisdição e de execução, executando os casos em que a Autoridade expressamente renuncie a essa imunidade, imunidade de busca ou de qualquer detenção sobre seus bens e haveres, isenção de restrições, regulamentações, controle e moratórias sobre seus bens e haveres, inviolabilidade de suas comunicações, arquivos e eventuais informações de caráter industrial que se consubstanciam em segredo industrial, isenção tributária e alfandegária sobre bens, haveres e rendimentos da Autoridade.

Os representantes dos Estados-Partes da Assembléia, do Conselho, de seus órgãos e comissões, bem como o Secretário-Geral gozam de imunidade de jurisdição e execução no que se refere a atos praticados no exercício de suas funções, salvo no caso que seu Estado renuncie a essa imunidade; imunidade no que se refere ao serviço de imigração, formalidades de inscrição de estrangeiros e facilidade necessária para a locomoção em serviço, bem como isenção tributária sobre os pagamentos recebidos pelo Secretário-Geral e pelos funcionários da Autoridade. O Estado-Parte perderá seus privilégios e imunidades quando deixar de pagar as suas contribuições financeiras, caso em que o *Agreement de 1994* prevê a expulsão do Estado-Parte, seja ele membro provisório ou permanente.

A Convenção de 1982 criou a figura jurídica da Empresa, cuja função era atuar como braço operacional da Autoridade na exploração dos recursos minerais a serem explorados na Área reservada a ela e aos Estados subdesenvolvidos.

A idéia inicial é de que a Empresa deveria ser um órgão comercial e economicamente viável, a fim de competir com as empresas multinacionais privadas que também se dedicariam à exploração marinha, produzindo e comercializando os minerais extraídos da Área. Durante os trabalhos da Convenção, sua estrutura foi delineada: ela deveria exercer a exploração de recursos sobre as ordens do Conselho e da Assembléia da Autoridade, procurando a consecução dos objetivos estabelecidos na Convenção.

A Empresa deveria ser estruturada em termos comercialmente viáveis, entendendo-se essa viabilidade comercial como sinônima de isenção de decisões ou fatores políticos, embora a Empresa devesse prestar contas por meio de relatórios e balanços financeiros à Autoridade. A função inicial da Empresa era conduzir a exploração de recursos minerais na Área, para a qual teria necessidade de capitais e principalmente de tecnologia e pessoal técnico especializado. Para isso, foram concedidos à Empresa inúmeros privilégios, como a reserva de áreas, obrigatoriedade para empresas privadas multinacionais que se interessassem pela exploração mineral de repassar-lhe, graciosamente, tecnologia ("Cláusula Brasil", porque sugerida pelo representante brasileiro), prioridade para conseguir autorizações da Autoridade, financiamento especial e isenção tributária.

As Áreas recebidas pela Empresa deverão ser idênticas às concedidas pela Autoridade aos contratantes privados, com a vantagem de que referidas Áreas terão valor comercial, uma vez que a sistemática convencional previa que o contratante privado delimitava as Áreas de exploração, aferia a quantidade de minerais e depois dividiria em duas a Área explorada, ficando metade para a Empresa, que recebia também as informações técnicas para iniciar o trabalho. A Empresa receberia ainda a tecnologia dos contratantes privados necessária para iniciar os trabalhos de exploração, tecnologia essa que deveria ser repassada até que se completasse o décimo ano de produção comercial da Empresa. Além de recepção de tecnologia, a Empresa poderia contrair empréstimos para efetuar e executar um projeto de mineração que incluía todas as fases da produção dos metais. Esses empréstimos poderiam atingir o montante de cinquenta por cento do total de fundos da Autoridade (os outros cinquenta por cento viriam de contri-

buições dos Estados-Membros). A Empresa estaria ainda isenta do pagamento de receitas e tributos com base no montante dos lucros auferidos com a exploração dos recursos dos fundos marinhos, diversamente dos contratantes privados, que são os Estados, empresas estatais ou empresas multinacionais.

A Seção 2 do Anexo ao Acordo Geral de Implementação da Parte XI estabeleceu uma série de limitações à atividade da Empresa. Inicialmente é prescrito que, até que comece a operar comercialmente, a Empresa terá suas funções desempenhadas pelo Secretariado Geral da Autoridade. Enquanto estiver sob a égide do Secretariado Geral, a Empresa terá as seguintes funções: acompanhamento e revisão das tendências e desenvolvimento relativos às atividades de mineração dos fundos marinhos, incluindo análise das condições do mercado de metais seus preços e tendências; avaliação dos resultados da condução da pesquisa científica marinha relativa às atividades da Área, com ênfase ao impacto ambiental dessas atividades; avaliação dos dados disponíveis referentes à exploração e prospecção; avaliação de informações e dados referentes à Área reservada para a Autoridade; avaliação de modalidades para operações de empreendimentos conjuntos; coleta de informações sobre disponibilidade de mão-de-obra qualificada e estudo de opções de políticas de gestão para a administração da empresa nas diferentes fases de operação.

Especifica ainda a Seção 2 do Anexo ao *Agreement de 1994* que a Empresa somente poderá operar por meio de empreendimentos conjuntos. Como a Seção 5 especifica que a transferência de tecnologia para a Autoridade ou para a Empresa não será obrigatória para os contratantes privados, tem-se como resultado o fato de que tanto a Empresa quanto a Autoridade ficarão desprovidas de tecnologia e não mais poderão explorar a Área individualmente ou em empreendimentos conjuntos com Estados em desenvolvimento, que, com raríssimas exceções (o Brasil é uma delas), não possuem tecnologia suficiente para elaborar quer a pesquisa, quer a prospecção, quer a extração dos minerais da Área.

Assim, a Empresa deverá fazer empreendimentos conjuntos com empresas multinacionais ou estatais oriundas dos Estados desenvolvidos para efetuar a exploração das Áreas que lhe forem reservadas. Esses empreendimentos somente serão possíveis se a área reservada para a Autoridade for muito rica em minerais, representando um grande potencial de lucros,

caso em que haveria interesses de empresas privadas. Por outro lado, o Conselho somente autorizará a Empresa a atuar em empreendimentos conjuntos se esses empreendimentos basearem-se em sólidos princípios comerciais que permitam à Empresa atuar independentemente do Secretariado, o que leva a crer que tais associações somente se darão quando a Área em poder da Autoridade for muito rica em minérios; caso contrário, as empresas privadas não terão interesse em utilizar sua tecnologia conjuntamente com a Empresa.

Mais a mais, a Seção 2 do Anexo revoga a norma consubstanciada no art. 11, parágrafo 3, do Anexo IV da Convenção que obrigava os Estados-Partes da Convenção a financiarem as atividades da Empresa em qualquer empreendimento mineiro conjunto, o que equivale a dizer que, além de estar desprovida de tecnologia, a empresa também estará desprovida de capital e não poderá efetuar financiamentos. Como a Empresa somente poderá atuar em empreendimentos conjuntos, as *Joint Ventures*, as mesmas obrigações que têm os contratantes privados aplicar-se-ão à Empresa, inclusive a obrigatoriedade da mesma de efetuar, com a Autoridade, um contrato estabelecendo metas de produção tal qual seu parceiro contratante privado. Não terá direito a isenções tributárias sobre lucros obtidos, não poderá buscar financiamento junto a órgãos internacionais ou bancos privados, não obterá mais a tecnologia graciosamente dos outros contratantes. Apenas terá a si reservadas áreas correspondentes às áreas destinadas a outros empreendedores como Estados, empresas públicas, empresas privadas ou consórcios multinacionais para a exploração de recursos.

O art. 5 da Seção 2 traz, no entanto, uma limitação a esta reserva de áreas. Diz o art. 5:

“Um operador que tenha contribuído com uma determinada área para a Autoridade, como área reservada, tem o direito de opção preferente para entrar num empreendimento conjunto com a Empresa para a exploração e o aproveitamento dessa área. Se a Empresa não submeter um pedido de aprovação de um plano de trabalho para as atividades relativas a essa área reservada no prazo de 15 anos após o início de suas funções independentes do Secretariado da Autoridade ou no prazo de 15 anos após a data em que essa área foi reservada para a Autoridade, se for posterior, o operador

que contribuiu com a área terá direito a solicitar a aprovação de um plano de trabalho para essa área, desde que ofereça, de boa-fé, incluir a Empresa como sócia num empreendimento conjunto.”

Em suma: além da disposição normativa deixar patente que a empresa que contribuiu com a área terá direitos preferenciais, tornando-se sócia da Empresa nos planos por esta formulada, o que colocará as empresas que atualmente efetuam as pesquisas, todas situadas em Estados industrializados, na dianteira da corrida pelos fundos marinhos, esta disposição também termina por limitar as prerrogativas da Empresa de escolher seus sócios, como, por exemplo, escolher como sócia uma empresa situada em um Estado de Terceiro Mundo. Cria também a possibilidade de que a empresa que contribuiu com a Autoridade, caso convidada por esta para integrar um projeto, não se interesse pelos termos da Empresa para a elaboração do contrato de exploração e venha, caso não haja outros interessados em associar-se a ela, após quinze anos, impor à Empresa o projeto no qual tenha interesse.

Não há mais quaisquer possibilidades de se limitar a produção dos fundos marinhos em benefício da economia dos Estados subdesenvolvidos exportadores dos mesmos minerais retirados do mar. Para ressarcir-se do prejuízo, o Estado subdesenvolvido terá apenas o fundo de compensação, que nem sempre fará face a esses prejuízos. Como fontes de financiamento de suas atividades, tanto a Autoridade quanto a Empresa somente poderão contar com as contribuições dos membros feitas à Autoridade, as contribuições voluntárias dos membros e as receitas originadas da exploração marítima conjunta feita entre a Empresa e empresas privadas, cujo lucro obtido pela Empresa será repassado à Autoridade. O Comitê de Finanças será o responsável pelo orçamento da Autoridade, seja ele administrativo ou ligado à liberação de fundos para a exploração marítima. A Autoridade deverá possuir orçamento autônomo, embora suas despesas sejam cobertas pelas Nações Unidas durante o primeiro ano de funcionamento.

A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos deverá dispor, segundo a Convenção de 1982, de um organismo encarregado da solução de conflitos e da emissão de pareceres consultivos, cuja função é a de efetuar um controle jurídico independente e especializado

dos atos da Autoridade. Este organismo é a Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos.

A Câmara de Controvérsia dos Fundos Marinhos possui um procedimento consultivo de valor limitado, haja vista não existir para a Autoridade qualquer obrigatoriedade de decidir ou fundamentar suas decisões em pareceres da Câmara. Quanto a seu procedimento contencioso, este pode ser iniciado por qualquer Estado-membro da Autoridade, quando julgar que seus atos e omissões sejam ilegais, tendo em vista que como a Autoridade representa o órgão de gestão dos recursos submetidos ao regime jurídico do Patrimônio Comum da Humanidade, considerados como valores de ordem pública internacional ou *ius cogens*. A Câmara de Controvérsia dos Fundos Marinhos constitui-se numa Câmara Especializada do Tribunal Internacional de Direito do Mar, sendo composta por onze juízes do tribunal, tendo competência exclusiva para julgar atos derivados da Autoridade.

A Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar foi concluída em 1982, tendo entrado em vigor somente em 1993. Em 1994 foi celebrado um Acordo Geral de Implementação à Parte XI da Convenção, que trouxe modificações fundamentais no regime jurídico dos fundos marinhos, na concepção de Patrimônio Comum da Humanidade, na estrutura da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos e na Empresa. A Comissão Preparatória da Autoridade e do Tribunal instituída em 1982, com a competência de tomar decisões administrativas e organizacionais, bem como a pauta da primeira sessão da Autoridade e do Tribunal, preparar projetos para o funcionamento da Empresa e estabelecer regulamentação para definir o relacionamento dos órgãos da Autoridade e que iniciou seu funcionamento em 1983, sofreu diversas interrupções e percalços até 1995, quando terminou seus trabalhos, tendo a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos iniciado o seu funcionamento em 1996 na Jamaica.

A Comissão interrompeu suas atividades em 1990 em função do impasse ocorrido entre os Estados desenvolvidos e os Estados em desenvolvimento no que se refere à exploração dos fundos marinhos e à função de órgãos como a Autoridade e a Empresa.

Em 1990, a Comissão tinha em mãos um anteprojeto que definia a organização da Empresa e do Tribunal Internacional de Direito do Mar, bem como um embrião de um código

para regulamentar os aspectos da mineração dos fundos marinhos e um projeto acerca da compensação a ser efetuada aos Estados subdesenvolvidos e de distribuição de lucros. A Comissão já também registrara os investidores pioneiros (quatro grandes consórcios multinacionais internacionais envolvendo empresas multinacionais de mineração dos Estados Unidos da América, Japão, Canadá, República Federal da Alemanha, Reino Unido, Holanda, Bélgica e Itália, dois consórcios públicos nacionais envolvendo a França e empresas estatais francesas e o Japão com duas multinacionais do país, bem como a Índia e a Rússia). Todo esse trabalho paralisou-se em função das conversações promovidas pelo Secretário-Geral da ONU com a finalidade de conseguir modificações no texto convencional e em seus anexos que possibilitassem a entrada de Estados desenvolvidos. Esses trabalhos também sofreram modificações tendo em vista as substanciais modificações no papel e nas funções da Empresa, bem como nos poderes da Autoridade, o que atrasou ainda mais a implementação e o funcionamento desses órgãos.

Apesar das modificações introduzidas na Parte XI da Convenção de 1982 pelo Acordo Geral de Implementação celebrado em 1994, é possível concluir que a criação da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos insere-se no contexto das relações econômicas desiguais e da tentativa de superá-las por meio do diálogo norte-sul, representando grandes modificações também no Direito das Organizações Internacionais, uma vez que a Autoridade terá não somente finalidades institucionais, mas também fins lucrativos. Ela exercerá, como coordenadora e organizadora da exploração mineral dos fundos marinhos, um papel de intervenção indireta nas relações econômicas internacionais, por meio de sua função regulamentadora destas relações que envolvem Estados soberanos e empresas privadas por eles patrocinados. Já a Empresa, que terá seu funcionamento independente da Autoridade, terá uma função comercial especificamente lucrativa e representa a intervenção direta, mas relativamente frágil, da comunidade internacional nas atividades econômicas.

Finalmente, mister a ênfase de que essas intervenções são necessárias, uma vez que é a Autoridade a responsável pela organização e controle da exploração econômica da Área que se configura em Patrimônio Jurídico da Humanidade.

3. O Tribunal Internacional do Direito do Mar

O Direito Internacional Contemporâneo vem tendo sua evolução balizada pela idéia de institucionalização e pelo movimento conhecido como Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional. Em ambos notam-se algumas semelhanças: a utilização de tratados multilaterais em detrimento de normas costumeiras para regulamentar as relações internacionais, visando dar um caráter orgânico à sociedade internacional, a criação de normas com um mínimo de imperatividade, que não possam ser contrariadas pelos Estados em seus atos e tratados (as normas imperativas de Direito Internacional geral ou *jus cogens*), e a fundação de tribunais internacionais com jurisdição para decidir dos conflitos entre Estados. Se tradicionalmente o Direito Internacional Público foi considerado o “menos jurídico de todos os ramos do Direito”, tal assertiva hodiernamente impecede, haja vista a existência no cenário internacional de normas organicamente elaboradas por meio de tratados multilaterais e de tribunais internacionais criados para interpretar e aplicar as convenções internacionais que determinam as obrigações internacionais assumidas pelos Estados.

Os tratados multilaterais surgiram como fonte normativa do Direito Internacional Público a partir do século XVII, passando a ser comumente empregados pelos Estados na criação de seus compromissos internacionais no século XIX, enquanto os tribunais jurisdicionais internacionais fizeram sua estréia na última década do século passado, com a instauração da Corte Internacional de Justiça em Haia, em 1895. A Corte Internacional de Justiça tem seu campo de ação limitado, inicialmente, pela condição dos sujeitos e, depois, pela autorização dos Estados: somente Estados podem litigar perante a Corte de Justiça (nada obstante que um particular a ela se dirija, desde que patrocinado por um Estado), constituindo-se em condição de admissibilidade que o Estado que teve contra si a reclamação declare aceitar o resultado do julgamento (é a autorização para julgamento). Caso não haja esta autorização, a Corte não se pronunciará sobre a reclamação.

No entanto, foi neste século que os tratados multilaterais iniciaram seu reinado como fonte primordial do Direito Internacional Público, especialmente após a Segunda Guerra Mundial

e do movimento da descolonização, quando um grande número de Estados tornaram-se atores do cenário internacional e fazia-se necessária a introdução de novos parâmetros jurídicos para equalizarem as relações entre Estados. Paralelamente, surgiram na Europa as Convenções Internacionais Regionais de Proteção aos Direitos Humanos (Convenção de Roma de 1950) no âmbito do Conselho da Europa e as Convenções da Integração Européia que, em conjunto, criaram inicialmente o Mercado Comum Europeu e evoluíram hodiernamente para o Tratado de Maastrich, que sacramentou a União dos Estados Europeus (1992).

Essas Convenções prescreviam no seu bojo a criação de tribunais encarregados de interpretá-las e aplicá-las aos Estados-Partes independentemente da concessão de autorização *in casu* dada pelo Estado que tivesse contra si uma reclamação pendente de julgamento pelos referidos tribunais. As Convenções européias de Direitos Humanos e as referentes à Integração Européia estabelecem que o Estado-membro que ratificou a Convenção e outorgou jurisdição às Cortes para julgar as reclamações contra si existentes nos referidos tribunais (estas reclamações podem ser feitas por pessoas, empresas, pela Comissão Européia e por outros Estados) será obrigado a cumprir as decisões deles provenientes. Estes tribunais são a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte de Justiça da União Européia, cujo funcionamento se iniciou nas décadas de sessenta e setenta, respectivamente. No que se refere aos direitos humanos, o sistema criado na Europa iniciou sua implementação na América nos anos oitenta, mediante a celebração da Convenção Americana de Direitos Humanos e da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os sistemas europeus obtiveram, apesar de alguns percalços, grande sucesso no que se refere à preservação dos direitos humanos e à implementação da integração econômica da Europa Ocidental. Estes sistemas que surgiram, dentre outros motivos, para possibilitar a implementação de formas de solução pacífica e institucionalizada de conflitos internacionais passaram a influenciar a celebração de convenções internacionais que tivessem por conteúdo outros assuntos, dentre os quais o Direito do Mar. Destarte, a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar criou um complexo sistema de solução pacífica das controvérsias, dentre eles a previsão de um Tribunal Internacional de Direito do Mar.

Esse sistema complexo para a solução pacífica de conflitos no âmbito do Direito do Mar compõe-se de: Acordo entre as Partes para a Resolução Pacífica de Controvérsias por meio da instalação de uma Comissão de Conciliação e dos órgãos previstos no art. 287, inciso 1, da Convenção de 1982, que são o Tribunal Internacional de Direito do Mar, a Corte Internacional de Justiça, um Tribunal Arbitral e um Tribunal Arbitral Especial. O sistema prescreve que os Estados são livres para escolher o sistema de solução pacífica mais adequado à resolução de suas demandas. As partes deverão acordar um sistema para a solução de conflitos em tratados bilaterais, podendo eleger, nestes tratados, quaisquer dos meios pacíficos, inclusive aqueles previstos no art. 287, inciso 1.

O art. 283 da Convenção cria para os Estados-Partes numa controvérsia envolvendo Direito do Mar a obrigatoriedade de trocar opiniões para solucionar o conflito, visando a que as próprias partes cheguem a um acordo sobre a controvérsia. Trata-se de uma tendência verificada com crescente frequência no moderno Direito Internacional, uma vez que obriga as partes a tentar encontrar uma solução razoável do conflito para ambas, prescindindo do exercício da arbitragem ou da, ainda limitada, jurisdição internacional.

As partes em conflito entabularão negociações, podendo instituir um procedimento próprio para efetuar o processo de conciliação. Se as partes não acordarem a respeito do procedimento, poderá ser utilizado o procedimento previsto na Seção 1 do Anexo V. Segundo o previsto em sua Seção, cada Estado-Parte na Convenção designará quatro árbitros, que farão parte de uma lista elaborada pelo Secretário-Geral da ONU. Esses árbitros devem ser escolhidos pelos Estados, fundamentando-se nos critérios de imparcialidade, competência e integridade. A partir desta lista, o Estado que iniciou a controvérsia deverá escolher dois árbitros, podendo, salvo compromisso em contrário, um deles ser seu nacional. A parte oponente deverá, num prazo de vinte e um dias após recebida a notificação, nomear dois árbitros nas mesmas condições já descritas. Após trinta dias desta segunda designação, os quatro árbitros reunir-se-ão para indicar um quinto árbitro, que será o Presidente da Comissão.

A Comissão poderá, com o consentimento dos Estados-Partes, pedir a qualquer deles que apresente as suas opiniões, sendo que todas as questões, de procedimento ou substanciais,

serão tomadas com base no critério da maioria. Após isso, a Comissão examinará as razões de ambas as partes e fará sugestões para uma solução amigável. A Comissão deverá apresentar um relatório ao Secretário-Geral doze meses a partir de sua constituição, com os acordos eventualmente feitos e todos os pormenores de fato e de direito do caso. O relatório não tem força obrigatória entre as Partes. As despesas correrão por conta das partes envolvidas na controvérsia.

Se não for possível a solução da controvérsia por intermédio de um acordo entre os Estados-Partes, direto ou formulado por meio de uma Comissão de Conciliação, qualquer uma das partes poderá submetê-la à Corte ou Tribunal que sobre ela tenha jurisdição nos termos da Convenção. Essa controvérsia será objeto de uma decisão vinculante para as partes por meio de procedimentos compulsoriamente previstos para a sua aplicação. Essa jurisdição é outorgada pelo Estado, ao assinar, ratificar, aderir ou declarar posteriormente que aceita escolher livremente qualquer um dos meios internacionais existentes para a solução dos conflitos, a saber: o Tribunal Internacional de Direito do Mar, a Corte Internacional de Justiça, um Tribunal Arbitral ou um Tribunal Arbitral Especial. A aceitação da jurisdição do Tribunal Internacional de Direito do Mar não implica a aceitação de jurisdição da Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos, que é uma das Câmaras do Tribunal, no que se refere às controvérsias relativas à exploração mineral dos fundos, previstas na Parte XI da Convenção.

Se ambas as Partes tiverem declarado aceitar o mesmo procedimento, a controvérsia deverá ser submetida a esse procedimento. Se ambas tiverem declarado aceitar procedimentos diversos, a controvérsia somente poderá ser submetida à Arbitragem. Por outro lado, a Seção nº 3 da Parte XV da Convenção estabelece, nos seus arts. 297 e 298, os casos que poderão ser submetidos à solução obrigatória de controvérsias e aqueles que se excepcionam ao sistema. O art. 297 estabelece as matérias convencionais cujo conteúdo se configure em conteúdo da controvérsia no que concerne à aplicação e interpretação da Convenção, que serão objeto do sistema de procedimentos compulsórios que conduzem a decisões obrigatórias, enquanto o art. 298 prescreve as exceções.

O Estado poderá suscitar um procedimento

compulsório de solução de controvérsias sobre quaisquer questões referentes à interpretação e aplicação da Convenção. Deverá ainda o Estado suscitar o procedimento quando um Estado costeiro, a pretexto de exercer seus direitos de soberania ou jurisdição, atuar violando a Convenção no que se refere às liberdades de navegação ou sobrevôo ou ao direito de colocação de cabos e dutos submarinos; poderá o Estado costeiro suscitar um procedimento compulsório quando outro Estado violar a Convenção ou as leis internas dos Estados, pretextando exercer seus direitos de navegação e sobrevôo. Poderá também ser suscitado um procedimento quando um Estado alegue que um Estado costeiro atuou em desrespeito às normas convencionais de proteção e preservação do meio marinho aplicáveis à sua zona econômica exclusiva.

No que se refere às controvérsias relativas à investigação científica marinha, são aplicáveis as normas da Seção nº 2 da Parte XV, que dizem respeito à instituição de procedimentos compulsórios para a solução pacífica de conflitos, embora o Estado costeiro não seja obrigado a submeter-se à decisão quando alegar que exercia um direito ou poder discricionário para não permitir a investigação científica marinha a ser efetuada sobre o patrocínio de outro Estado em sua zona econômica exclusiva ou plataforma continental ou quando o Estado costeiro ordenar a cessação das atividades de investigação científica marinha nos mesmos espaços marítimos mencionados porque estejam colocando em risco o ambiente ou porque o Estado patrocinador não está cumprindo o projeto de investigação apresentado. Controvérsias que envolvam a acusação do Estado patrocinador da pesquisa de que o Estado costeiro não está cumprindo a sua parte no projeto de pesquisa científica marinha poderão somente ser resolvidos por intermédio da Comissão de Conciliação, desde que esta Comissão não coloque em dúvida o direito do Estado costeiro de exercer o seu poder discricionário.

No que tange às controvérsias relativas à pesca, também estas serão submetidas aos procedimentos obrigatórios previstos na mesma Seção 2 da Parte XV “com a ressalva de que o Estado costeiro não será obrigado a submeter aos procedimentos de solução qualquer controvérsia relativa a seus direitos soberanos referentes aos recursos vivos de sua zona econômica exclusiva ou ao exercício destes

direitos, incluindo os seus poderes discricionários de fixar a captura permissível, a sua capacidade de captura, a atribuição dos excedentes a outros Estados e as modalidades e condições estabelecidas em suas leis e regulamentos de conservação e gestão” (art. 297, parágrafo 3, letra *a*).

No entanto, a controvérsia sobre a pesca deverá ser submetida obrigatoriamente ao procedimento de conciliação quando se alegue que um Estado costeiro tenha deixado de cumprir suas obrigações de assegurar a conservação e gestão dos recursos vivos, não tenha fixado, a pedido de outro Estado, a captura e sua capacidade de captura dos recursos vivos, prejudicando o seu aproveitamento pela população deste outro Estado interessado em pescar, ou tenha se recusado a atribuir a outro Estado sem litoral ou geograficamente desfavorecido a totalidade ou parte do excedente que declarou existir segundo as modalidades e condições fixadas pelo próprio Estado costeiro. Também neste caso, a Comissão não poderá substituir o poder discricionário do Estado costeiro.

O Estado, ao ratificar, aderir ou posteriormente à adesão ou ratificação, poderá declarar por escrito que não aceita um ou mais procedimentos compulsórios de jurisdição com respeito a algumas controvérsias especiais. São essas controvérsias especiais aquelas que se referem à interpretação dos arts. 15, 74 e 83, relativas à delimitação do mar territorial, zona econômica exclusiva ou plataforma continental situadas adjacientemente ou frente a frente ao litoral de dois Estados, as referentes às baías ou títulos históricos, ressalvando-se o fato de que “o Estado que tiver feito a declaração quando tal controvérsia surgir depois da entrada em vigor da Convenção e quando não se tiver chegado a um acordo em prazo razoável de negociação entre as partes aceita, a pedido de qualquer parte na controvérsia, submeter a questão ao procedimento de conciliação nos termos da Seção 2 do Anexo V; além disso fica excluída de tal submissão qualquer controvérsia que implique necessariamente o exame simultâneo de uma controvérsia não-solucionada relativa à soberania de outros direitos sobre um território continental ou insular” (art. 298, parágrafo 1, letra *a*, *i*).

São excepcionadas ainda as controvérsias relativas às atividades militares e as controvérsias relativas às atividades destinadas a fazer cumprir normas legais, tendo em vista o exercício de direitos soberanos ou da jurisdição,

bem como aquelas que estejam em apreciação do Conselho de Segurança da ONU. Ou seja, apesar da exclusão de aplicação dos procedimentos compulsórios, os Estados têm a obrigação de entabular negociações, visando a uma solução amigável da controvérsia, visando à segurança das relações internacionais, à segurança do tráfego marítimo e do comércio internacional.

Nota-se, entre os Estados que ratificaram a Convenção, ser rara a declaração excepcionando os procedimentos compulsórios previstos na Seção 2 da Parte XV no que se refere à delimitação dos espaços marítimos. A prática internacional tem demonstrado que os Estados, quando se envolvem em controvérsias sobre a delimitação de espaços marítimos, especialmente a delimitação da plataforma continental ou da zona econômica exclusiva, levam-nas para exame da Corte Internacional de Justiça ou instituem tribunais arbitrais com poderes para dirimir as dúvidas. Mesmo Estados que sempre tiveram tradição de forte independência em matéria de política internacional e práticas marítimas, como os Estados Unidos da América e o Reino Unido, já tiveram controvérsias dirimidas por tribunais arbitrais (o Caso das Focas do Estreito de Behring no início do século, entre ambas) ou pela própria Corte Internacional de Justiça (o Caso das Pescarias Anglo-Norueguesas envolvendo Noruega e Reino Unido e o Caso da Competência em Matéria de Pescarias envolvendo a Islândia, de um lado, e o Reino Unido e a República Federal da Alemanha, de outro, além do Caso do Golfo do Maine envolvendo Canadá e os Estados Unidos da América).

As exceções para a não-aplicação dos procedimentos compulsórios nos casos que envolvam atividades militares, aquelas que estejam sobre apreciação do Conselho de Segurança ou aquelas que estejam ligadas ao exercício de soberania ou de jurisdição se fazem presentes na grande maioria das ratificações e adesões dos Estados-Partes na Convenção de 1982.

Além do Procedimento de Conciliação, os Estados poderão dirimir suas controvérsias acerca da aplicação e interpretação do Direito do Mar e da Convenção de 1982 por meio de organismos jurisdicionais propriamente ditos, como o Tribunal Internacional de Direito do Mar e a Corte Internacional de Justiça, e por intermédio de tribunais arbitrais a serem constituídos pela designação das partes envolvidas.

A Convenção de 1982 estabelece, nos seus Anexos VII e VIII, a constituição e os procedimentos que balizarão as atividades dos tribunais arbitrais (Anexo VII) e dos tribunais arbitrais especiais (Anexo VIII).

O procedimento tendente à instauração de um tribunal arbitral deverá ser iniciado mediante notificação enviada por uma das partes da controvérsia à outra, expondo as pretensões e os motivos em que se fundamenta. Aceita a Arbitragem, as partes deverão indicar, cada uma, quatro nomes (dois titulares e dois suplentes) de uma lista de árbitros elaborada pelo Secretário-Geral da ONU para compor o tribunal, sendo que dois podem ser seus nacionais.

O Tribunal será composto de cinco membros dentre os oito nomeados, sendo que o Presidente será escolhido pelas partes entre os três membros não-nacionais dos Estados-Partes. Esses três membros não-nacionais devem ser pessoas de reconhecida competência em Direito do Mar e ser nacionais de três Estados diferentes, não podendo residir no território das partes em controvérsia ou estar a seu serviço. Se as partes não chegarem a um acordo sobre a designação do Presidente nos sessenta dias após o recebimento da notificação, será o Presidente do Tribunal Internacional de Direito do Mar que fará a designação, e, se este for nacional de um dos Estados-Partes, será o membro mais antigo do Tribunal. Trata-se de cautelas que são tomadas para fortalecer a imparcialidade do tribunal arbitral.

O Tribunal deverá adotar o próprio procedimento a ser utilizado para a decisão da controvérsia, o que demonstra a sua independência relativamente a outros tribunais internacionais jurisdicionais, salvo acordo das partes que convierem em algum procedimento específico. Garante-se, no entanto, a cada uma das partes a oportunidade de ser ouvida e de apresentar a sua causa, numa demonstração da indispensabilidade do contraditório. As partes deverão fornecer todos os documentos, meios e informações pertinentes à causa ao tribunal arbitral, permitindo-lhe ainda citar testemunhas ou peritos, receber provas ou visitar locais que se relacionarem direta ou indiretamente com a causa.

As decisões no seio do tribunal são tomadas por maioria dos seus membros, sendo que o Presidente possui, em caso de empate, o “voto de Minerva”. Não há qualquer empecilho a que

algun dos membros se abstenha de decidir, uma vez que as decisões são tomadas por maioria de votos. A revelia não impede que o tribunal arbitral efetue o julgamento da questão, uma vez que a outra parte poderá pedir ao mesmo que prossiga com os procedimentos e prolate o laudo arbitral. O tribunal deverá observar se possui jurisdição para decidir a controvérsia (ou seja, se o Estado é parte da Convenção e a ratificou com a permissão da constituição de um juízo arbitral para resolver as controvérsias em que fosse parte e se a pretensão possui fundamentação fática e embasamento convencional suficiente).

O laudo arbitral deverá versar sobre a decisão da controvérsia e de seu fundamento, mencionando-se os nomes dos árbitros e as eventuais opiniões dissidentes, sendo que o teor integral destes votos poderá ser anexado ao laudo. O laudo é definitivo e inapelável, a não ser que, previamente à sua prolação, as partes convieram na apelação e estabeleceram um procedimento para tal. A prática internacional tem demonstrado serem raros estes acordos para apelação. Havendo quaisquer dúvidas acerca da interpretação e execução do laudo, as partes poderão submetê-las ao mesmo tribunal que o proferiu para que as dirima. Estas disposições presentes no Anexo VII também se aplicarão a entidades que não sejam os Estados-Partes, como as organizações internacionais e as empresas privadas, sendo que estas em casos normalmente ligados à navegação, à exploração mineral dos fundos marinhos, à pesquisa científica marinha, à pesca no alto-mar e em águas pertencentes a Estados costeiros, dentre outros.

O art. 287, parágrafo 1, estabeleceu ainda como procedimento compulsório para a solução de controvérsias um tribunal arbitral especial para solucionar litígios relativos às matérias especiais disciplinadas na Convenção e previstas no Anexo VIII, como a pesca, proteção e preservação do meio marinho, investigação científica marinha e navegação, incluindo aí a poluição proveniente de embarcações e a ocasionada por alijamento. O procedimento será iniciado com a notificação dirigida à outra parte acompanhada de uma exposição da pretensão e dos motivos em que se fundamenta. Os procedimentos, o número de árbitros, a produção de provas, bem assim a prolação do laudo arbitral e sua execução são idênticas à prevista no Anexo VII para a constituição do tribunal arbitral comum.

A diferença marcante entre ambos os tribunais arbitrais é que o tribunal arbitral especial permite a nomeação de peritos internacionais oficiais para averiguarem *in loco* as controvérsias envolvendo a pesca, a poluição, a navegação, a pesquisa científica e a proteção e preservação do meio marinho. Estes peritos serão nomeados pelos Estados-Partes a partir de listas especiais formuladas por órgãos internacionais: a lista dos peritos na área da pesca será elaborada pela Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Pesca, o rol relativo à preservação científica marinha terá como autor o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, a lista referente à investigação científica marinha terá a titularidade da Comissão Oceanográfica Intergovernamental, cabendo à Organização Marítima Internacional a autoria do rol de peritos sobre a navegação, incluindo a poluição proveniente de embarcações e a efetuada por alijamento. Cada Estado-Parte da ONU pode designar dois peritos de cada especialidade, de comprovada capacidade técnica e científica e que sejam pessoas providas de integridade, para comporem as listas a serem elaboradas por estes organismos internacionais.

Cada Estado-Parte poderá designar dois peritos para avaliarem a controvérsia, não sendo proibida a designação de um perito nacional. Serão esses peritos que constituirão o tribunal arbitral nos mesmos moldes do Anexo VII, ou seja, o tribunal será constituído por cinco peritos, sendo que cada parte pode nomear um nacional, e o presidente é escolhido da mesma forma que no tribunal arbitral comum. Esses peritos-árbitros decidirão a questão, prolatando o laudo, seguindo as mesmas exigências especificadas no Anexo VII. Este tribunal é considerado um tribunal especial, porque constituído por pessoas com conhecimentos específicos nas áreas de sua atuação.

As duas últimas formas previstas no complexo sistema de solução pacífica de conflitos disciplinado pela Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar são os tribunais internacionais com jurisdição internacional: a Corte Internacional de Justiça e a Corte Internacional de Direito do Mar.

Durante este século em que o mar foi objeto de novos usos e novas possibilidades, quando a predominância da sua exploração econômica e do uso racional e equitativo de seus recursos se fez em detrimento de seu caráter estratégico,

novos conflitos surgiram entre os Estados, além dos tradicionais acerca da navegação e do mar territorial. Passaram a ser objeto de disputas entre Estados, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a delimitação e a exploração das áreas de pesca e da plataforma continental, a exploração dos fundos marinhos, a proteção e preservação ambiental, as questões referentes à poluição e à pesquisa científica marinha, dentre outros. Inicialmente, esses conflitos foram resolvidos por tribunais arbitrais, por tratados entre os Estados contedores, passando a ser objeto, posteriormente, de decisões prolatadas em julgamentos da Corte Internacional de Justiça.

A Convenção de 1982 trouxe, previsto na sua Parte XV, entre os procedimentos compulsórios que produzirão decisões obrigatórias, a criação de um Tribunal Internacional do Direito do Mar. Este Tribunal estará sediado na cidade de Hamburgo, na República Federal da Alemanha, e terá jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação e aplicação da Convenção, conforme prevê o art. 288. Ela tem também jurisdição sobre qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação de um acordo internacional relacionado com os objetivos da Convenção que lhe seja submetida.

Segundo o Anexo VI, que se intitula “Estatuto do Tribunal Internacional de Direito do Mar”, o Tribunal é composto de vinte e um membros independentes, de reconhecida competência em matéria de Direito do Mar e que se destaquem pela integridade. Na composição do Tribunal deverão ser levados em consideração a representação dos principais sistemas jurídicos do mundo e uma distribuição geográfica equitativa da origem de seus membros. Não poderá compor o Tribunal mais de um membro nacional de cada Estado, não podendo haver menos de três membros de cada um dos grupos geográficos estabelecidos pelas Nações Unidas (África, Ásia, América Latina, Oceania, Europa Ocidental, Europa Oriental e América do Norte). Cada Estado poderá designar duas ou mais pessoas para compor o Tribunal, sendo que o Secretário-Geral da ONU deverá, para a primeira eleição, convocar os Estados-Partes. A eleição será feita por escrutínio secreto, com *quorum* mínimo de dois terços dos Estados-Membros da Convenção, sendo considerados eleitos os candidatos que tiverem maioria de votos. O mandato dos membros do Tribunal é de nove anos.

Os membros do Tribunal não podem exercer quaisquer funções políticas ou administrativas, estar associados ativa ou financeiramente em qualquer operação de uma empresa ligada à exploração dos recursos do mar ou dos fundos marinhos, ou, ainda, exercer funções de agente, consultor ou advogado em qualquer questão. O membro do Tribunal deverá declarar-se impedido de julgar em casos em que tenha atuado anteriormente como agente, consultor ou advogado. Os membros do Tribunal, no exercício de suas funções, gozam dos privilégios e imunidades diplomáticas.

O Presidente deverá ser eleito pelo Pleno do Tribunal e nomeará um escrivão; ambos deverão residir em Hamburgo. Para a realização das sessões, exige-se a presença da maioria simples dos membros do Tribunal, ou seja, onze membros. O Tribunal Pleno deverá deliberar sobre todas as controvérsias, podendo, no entanto, constituir câmaras que considere necessárias para conhecerem determinadas controvérsias. A constituição de câmaras racionaliza e especializa os procedimentos do Tribunal, podendo ser constituída a pedido das partes ou pelo futuro regulamento do Tribunal. Apenas uma câmara tem sua constituição prevista pela Convenção: é a Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos, cujas funções estão previstas na Parte XI da Convenção e a competência, no Anexo VI.

Não há qualquer óbice para que um membro nacional de cada Estado-Parte envolvido na controvérsia perante o Tribunal participe, em igualdade de condições, do julgamento, podendo as partes, no caso de julgamento por câmaras, designar, cada uma, um membro nacional para julgar a questão. Não havendo um membro nacional das partes, estas poderão indicar pessoas de capacidade jurídica e idoneidade para participarem do julgamento (membro *ad hoc*). Os juízes serão remunerados nos termos do art. 18 do Anexo VI, e as despesas do Tribunal custeadas pelos Estados-Partes.

Terão acesso à jurisdição do Tribunal todos os Estados-Partes e as entidades de Direito Privado que exerçam a exploração dos fundos marinhos, conforme previsto na Parte XI da Convenção, especialmente no que se refere à Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos. O Tribunal deverá pronunciar-se, no exercício da jurisdição, sobre todas as controvérsias que lhe sejam submetidas acerca da aplicação e da interpretação da Convenção, bem assim sobre

todas as questões previstas em qualquer tratado referente ao Direito do Mar e que lhe confira a jurisdição sobre eventuais controvérsias. Portanto, o Tribunal exercerá sua jurisdição sobre todas as questões que envolvam Direito do Mar previstas na Convenção e em outros tratados a ele relativos, o que lhe alarga o campo de atuação.

O Tribunal Internacional de Direito do Mar e também os tribunais arbitrais deverão aplicar, em suas decisões, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e outras normas internacionais que com ela não sejam incompatíveis. Poderão ainda decidir *ax aequo et bono* se as partes assim concordarem. Enfim, o Tribunal, ao decidir as controvérsias, deverá balizar-se pela Convenção, por normas internacionais, incluindo as normas costumeiras e os tratados internacionais bilaterais sobre Direito do Mar, e pela equidade se houver acordo entre as partes. Nesse sentido, a Convenção de 1982 nada inovou no que se refere ao direito aplicável às decisões de cortes internacionais jurisdicionais e de tribunais arbitrais, haja vista que em muitos casos, como o da plataforma continental do mar do Norte em 1969, a Corte Internacional de Justiça decidiu por equidade em virtude da impropriedade para o caso das normas existentes na Convenção de 1958 sobre a plataforma continental e da ausência de casos em que normas análogas foram aplicados. Enfim, a Corte utilizou-se da equidade para julgar⁸.

O julgamento *ax aequo et bono* é conhecido desde a Antiguidade Clássica, tendo sido objeto das considerações de Aristóteles na “Ética a Nicómaco” e do trabalho dos “prudentes” romanos. Aristóteles enfatizava que a equidade representa uma correção do justo, uma vez que, como o Direito é universal, poderá ocasionar injustiças, excessos ou omissões no momento de sua aplicação a casos específicos. Os juriconsultos romanos criaram dois brocardos para definir a equidade: *summum jus summa injuria*, *jus est ars boni at aequi*. Como os tribunais internacionais decidem tendo como paradigma as normas internacionais costumeiras ou convencionais, que são extremamente genéricas, haja vista representarem um acordo genérico e pontual entre Estados sobre a jurisdicização de relações internacionais que, pela sua própria natureza, são amplas e abarcam diversos

interesses, sempre foi da práxis desses tribunais a adoção da equidade em seus julgamentos. Em Direito do Mar, a equidade mantém a sua função de permitir ao Tribunal a resolução de conflitos quando as normas convencionais ou costumeiras sejam omissas, injustas ou falhas.

As controvérsias são submetidas ao Tribunal por meio de uma notificação de um acordo especial ou por pedido dirigido ao escrivão. O escrivão notificará os interessados. Os trâmites do processo deverão ser definidos pelo regulamento geral do Tribunal, a ser elaborado após sua efetiva implementação. O Tribunal, bem como a Câmara Especial para a solução de Controvérsias dos Fundos Marinhos poderão decretar medidas provisórias que considerarem apropriadas ao caso, seja para preservar os direitos das partes na controvérsia, seja para impedir graves danos ao meio marinho. No entanto, os poderes para a decretação dessas medidas provisórias não é absoluto, haja vista que essas somente podem ser decretadas, revogadas ou modificadas a pedido de pelo menos uma das partes na controvérsia e não poderão ser decretadas antes de serem ouvidas todas as partes, segundo o art. 290 da Convenção. A única exceção à oitiva das partes e à existência de pedido seria o risco de grave dano ao meio marinho, caso em que o Tribunal poderia fundamentar-se no *fumus boni juris* e no *periculum in mora* para decretá-las.

As audiências deverão ser dirigidas pelo Presidente ou Vice do Tribunal, ou o Presidente de uma das câmaras. Elas serão públicas, excepcionando-se o caso em que uma das partes peça o seu sigilo ou o Tribunal, com objetivo de garantir sua segurança ou imparcialidade, determine a sua realização de forma não-pública, atendendo ao princípio da publicidade moderada. Os membros do Tribunal deverão permitir às partes que apresentem as suas razões, conforme o princípio do contraditório. A revelia não impede o julgamento da questão pelo Tribunal, embora este deva avaliar, antes de efetuar o julgamento, se possui jurisdição para a controvérsia ou se o pedido tem sólida fundamentação fática e jurídica. As decisões serão por maioria de votos, sendo que o Presidente ou o seu substituto, em caso de ausência, possuem “voto de Minerva”.

O art. 30 do Anexo VI especifica que a sentença deverá ser fundamentada, mencionar os nomes dos membros do Tribunal que a julgaram, e ser lida em público depois de

⁸ LANG, J. *Le plateau continental de la mer du nord*. Paris : LGDJ, 1970. p. 55-64.

notificadas as partes na controvérsia. Permitir-se-á a junção à sentença dos votos dissidentes, ou seja, dos votos daqueles juristas que não concordarem no todo ou em parte com o conteúdo da decisão. A sentença será definitiva e inapelável, possuindo natureza obrigatória apenas para as partes (não possui efeitos *erga omnes*), não podendo obrigar a seu cumprimento ou atingir a terceiros Estados. Destarte, se um terceiro Estado não-parte na controvérsia tiver um interesse seu de natureza jurídica que puder ser afetado pela sentença resolutória de um litígio, poderá pedir a intervenção do Tribunal. O Tribunal pronunciar-se-á a respeito, e esta decisão sobre a controvérsia será obrigatória para o Estado interveniente, naquelas questões que disserem respeito à intervenção.

A Parte XI da Convenção, considerada a mais polêmica e a de mais difícil implementação, traz no seu conteúdo um sistema específico e obrigatório para a resolução pacífica de conflitos envolvendo a exploração mineral dos fundos marinhos. Trata-se da submissão compulsória desses conflitos a uma Câmara Especial do Tribunal Internacional de Direito do Mar, ou a uma Câmara *ad hoc* da Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos, ou ainda a uma arbitragem comercial obrigatória. Esse sistema específico foi criado em virtude dos sujeitos que nele interferem e da natureza específica do conteúdo das relações jurídicas disciplinadas pela Parte XI, que envolvem interesses estatais e os da economia privada, que tem como fim o lucro.

A Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos é composta de onze membros, escolhidos pela maioria dos membros do Tribunal. Durante a eleição para a composição da Câmara, os membros do Tribunal deverão levar em conta que os eleitos deverão representar os principais sistemas jurídicos do mundo, assegurando ainda uma distribuição geográfica equitativa. Eles terão mandato de três anos, podendo ser reeleitos, sendo exigido, para a instauração de qualquer sessão, um quórum mínimo de sete membros. A Câmara *ad hoc* será constituída a partir da Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos: a Câmara escolherá três de seus membros para dirimir determinada controvérsia, sendo que estes três membros deverão ser aprovados pelas partes e não poderão ser nacionais de qualquer uma delas. Se as partes não concordarem com a

designação, cada uma deverá nomear um membro dentre os onze membros da Câmara dos Fundos Marinhos, sendo que os eleitos escolherão o terceiro.

Poderão litigar junto à Câmara de Controvérsia dos Fundos Marinhos os Estados-Partes, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, bem como as entidades jurídicas de direito privado que se dediquem a efetuar a exploração dos fundos marinhos. A Câmara é competente, segundo os arts. 187 e 188 da Convenção, para conhecer dos litígios envolvendo Estados-Partes relativos à aplicação e interpretação da Convenção, das controvérsias entre a Autoridade e um Estado, relativamente a descumprimento da Convenção por um deles, ou a atos de abuso de poder da Autoridade, controvérsias entre as partes de um Contrato de exploração dos Fundos Marinhos, sejam elas a Empresa, a Autoridade, Estados-Partes ou empresas privadas, relativamente à interpretação ou execução de um contrato ou plano de trabalho, atos ou omissões de uma Parte que prejudiquem a outra e controvérsias entre a Autoridade e um candidato a contratante devidamente patrocinado por um Estado que tenha preenchido as exigências da Convenção na elaboração de um plano de trabalho e tenha a si denegado a sua transformação em contrato.

As controvérsias entre Autoridade, Empresa, Estados-Partes ou empresas privadas relativas à interpretação e aplicação de um contrato poderão ser submetidas a uma arbitragem comercial obrigatória, embora essa arbitragem não tenha poderes para decidir sobre quaisquer questões que envolvam interpretação da Convenção. Quando a controvérsia suscitar quaisquer questões que versem sobre a interpretação da Parte XI e dos Anexos relacionados às atividades da Área, estas questões serão remetidas à Câmara de Controvérsia dos Fundos Marinhos para decisão. Estando ausentes disposições contratuais que disciplinem a formação do tribunal arbitral, a Arbitragem processar-se-á de acordo com as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL).

O art. 189 estabelece que, em suas decisões, a Câmara de Controvérsia dos Fundos Marinhos não terá competência para pronunciar-se sobre questões que envolvam o exercício, pela Autoridade, de poderes discricionários. A Câmara não poderá substituir a Autoridade no exercício de seus poderes discricionários e não poderá

declarar a invalidade de tais atos. Enfim, a competência da Câmara estará limitada a decidir se a aplicação de quaisquer normas, procedimentos ou regulamentos da Autoridade seria contrária às obrigações convencionais assumidas pelos Estados-Partes, bem como a decidir acerca dos pedidos relativos a desvio ou abuso de poder e indenizações ligadas à prática de tais atos pela Autoridade; ou seja, a Câmara tem limitada a sua competência no exame das decisões da Autoridade. Com o surgimento do Acordo Geral para a Implementação da Parte XI da Convenção, foi abolida a maioria dos poderes discricionários da Autoridade, o que faz com que esta norma perca em muito a sua aplicabilidade.

Ao se efetuar uma comparação entre os sistemas de jurisdição cogente estabelecidos pelas Convenções Europeias de Direitos Humanos e Relativas à Integração Européia, nota-se que o sistema complexo de jurisdição para solução pacífica dos conflitos referentes ao Direito do Mar não possui o mesmo grau de cogência. O próprio grau de cogência das decisões do Tribunal Internacional de Direito do Mar será menor e seu campo de atuação menos amplo de que ocorre nos tribunais supranacionais. A sistematização do Tribunal Internacional de Direito do Mar, seus poderes, seu exercício de jurisdição e funções assemelham-se muito mais à Corte Internacional de Justiça, especificando-se apenas o seu conteúdo, que é o Direito do Mar.

4. Conclusões

Muitas foram as inovações trazidas pela Convenção das Nações Unidas de 1982 sobre Direito do Mar, salientando-se, dentre outras, a feição unitária que lhe outorgou, disciplinando num todo orgânico os diversos espaços marítimos e as questões especiais como a pesca, a pesquisa científica e a proteção e preservação ambiental, a inclusão das relações jurídico-políticas entre Estados envolvendo os mares nos contextos do diálogo norte-sul e do surgimento da nova ordem econômica internacional, bem assim a criação de um organismo internacional para regulamentar a exploração dos fundos marinhos, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, e um sistema complexo para a solução pacífica de conflitos visando

dotar o Direito do Mar de efetividade internacional, e não apenas de um conjunto de princípios e normas convencionais que não possam ter seu cumprimento exigido pela via jurisdicional.

Devido ao fato de que os Estados desenvolvidos recusaram-se a ratificar o texto convencional alegando que a Parte XI da Convenção que disciplina a exploração conjunta dos fundos marinhos feria os Acordos do GATT e os direitos de patente internacionalmente protegidos, foi necessária a celebração, em 1994, do Acordo Geral para a Implementação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, visando compatibilizar os Tratados do GATT e a Convenção. Referido Acordo terminou por modificar as funções, diminuindo os poderes e os recursos financeiros, bem como trazendo novos deveres à Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, o que ocasionou o seu enfraquecimento. Mister a ênfase de que, mesmo enfraquecida, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos é essencial para que a comunidade internacional tenha um controle sobre a exploração dos fundos marinhos num cenário internacional composto por um grande número de Estados, ricos ou pobres, com poderes limitados pelas práticas democráticas e pelas fronteiras, e um pequeno número de gigantescas empresas transnacionais para as quais inexistem linhas fronteiriças.

A multiplicidade de meios de solução pacífica de litígios também enfraquece os poderes do Tribunal Internacional do Direito do Mar. Conclui-se que isso ocorre, dentre outros fatores, pelo maior número e pela desigualdade econômica dos Estados-Partes, pelos interesses muito complexos que envolvem a exploração dos fundos marinhos, opondo Estados desenvolvidos, empresas multinacionais e Estados subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Há também a desigualdade cultural, a desigualdade interna entre os Estados, a desigualdade dos sistemas jurídicos que impedem a opção convencional por um sistema de jurisdição única e obrigatória, semelhante ao que existe no âmbito das Convenções Europeias. Destarte, a opção da Convenção pela adoção de um sistema complexo para a solução pacífica dos conflitos sobre o Direito do Mar possibilita sua mais fácil aceitação pelos Estados.

Crime de omissão de recolhimento de impostos e de contribuições: aspectos constitucionais

SÍLVIO DOBROWOLSKI

SUMÁRIO

1. A figura típica da omissão de recolhimento e o Código Tributário Nacional. 2. Crime de mera dívida: inconstitucionalidade. 3. A contrariedade a preceitos de tratado sobre direitos humanos: revogação. 4. Descabimento da equiparação a apropriação indébita. 5. Conseqüências da contrariedade a direito fundamental.

1. A figura típica da omissão de recolhimento e o Código Tributário Nacional

A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, em seu artigo 2º, inciso II, descreve a seguinte figura típica de crime contra a ordem tributária:

“Deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.”

Por sua vez, o artigo 95, alínea *d*, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, estatui:

“Deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadados dos segurados ou do público.”

O delito sob enfoque possui recorte omissivo. Assim o reconhece o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao declarar que, “em se tratando de crime omissivo próprio, atinge, o mesmo, a fase de consumação com o mero não-recolhimento (...), na devida época” (Habeas Corpus nº 95.04.16174-0/SC, Relator: Juiz Paim Falcão. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, n. 21, p. 412, abr./jun. 1995).

Sílvio Dobrowolski é Doutor em Direito, Professor dos Cursos de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina e da UNIVALI e Juiz aposentado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

A regra da Lei nº 8.137/90 descreve duas condutas. Na primeira, considera crime o simples descumprimento da obrigação de pagar imposto indireto, por alguém que se encontre na condição de contribuinte, como o incidente sobre produtos industrializados. Cuida-se, juridicamente, de estado de mero devedor, por força de sujeição passiva prevista em lei, e que impõe o pagamento do crédito tributário sem a concomitante imputação de qualquer outro dever, v.g., o de fidelidade ou de guarda, conforme assentado na previsão do artigo 121, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional, assim soante:

“(…) O sujeito passivo da obrigação principal (o qual, segundo o consignado no mesmo artigo 121, em seu *caput*, “é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo”) diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador.”

A propósito, a Lei nº 8.137/90 afirma que o tributo foi “cobrado” de terceiro, embora, em verdade, tenha sido apenas considerado na formação do preço da mercadoria, como repercussão econômica da exigência fiscal.

O segundo *modus faciendi* previsto compreende os casos em que o tributo ou a contribuição tenham sido “descontados” ou, na dicção da Lei nº 8.212/91, “arrecadados dos segurados ou do público”. Cabem, aqui, as hipóteses da retenção do imposto de renda na fonte pagadora e do recolhimento, pelo empregador, da contribuição previdenciária incidente sobre o salário dos empregados. Em tais situações, o que há, sob o aspecto jurídico, é responsabilidade pelo pagamento de obrigação tributária por substituição legal, nos termos do artigo 128 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

“(…) a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte(…)”

Como se verifica, perante o Código Tributário Nacional, recebido pela Constituição de 1988 com a categoria de Lei Complementar, o sujeito passivo pode revestir as figuras de contribuinte ou responsável. Em ambas, sua única obrigação é de recolher o tributo ou a contribuição. As tarefas de “arrecadar”, “descontar” ou “cobrar” não lhe foram atribuídas, descabendo à norma penal pressupor o

contrário, com o emprego de uma ficção que não tem apoio em normação hierarquicamente superior, menos ainda na realidade fática, porque, nos exemplos mencionados, e a isso se tornará mais adiante, o sujeito passivo jamais cobra, desconta ou arrecada os impostos e as contribuições.

2. Crime de mera dívida: inconstitucionalidade

Na ordem jurídica nacional, é impróprio emprestar natureza criminosa à omissão de recolhimento de tributos, como fazem os dispositivos de início transcritos. Na lição da Professora Misabel Abreu Machado Derzi (*Revista de Direito Tributário*, São Paulo, p. 217-229, estudo intitulado: “Da unidade do injusto no Direito Penal Tributário”, especificamente p. 221):

“5. (...), convém lembrar também que o Direito brasileiro, como sucede em muitos outros países, não comina pena privativa de liberdade para as infrações nas dívidas pecuniárias. Assim, para a mora, ou para o não-pagamento do tributo, total ou parcialmente, são previstos somente multa e execução forçada. Portanto, os delitos de fundo tributário exigem, para sua configuração, a prática dolosa de ações ou omissões descritas na lei penal, específicas, e não somente o não-recolhimento dos tributos devidos.”

O entendimento da insigne tributarista afina com a previsão constitucional. Em verdade, se não é admitida, nos termos do artigo 5º, inciso LXVII, da Carta Magna, a prisão civil por dívida, ressalvadas as hipóteses de prestação de alimentos e restituição de depósito, é descabida a imposição da prisão como pena criminal pela simples falta de pagamento de um débito, mesmo de natureza fiscal ou previdenciária.

A Lei Maior só admite privar de liberdade os devedores, como recurso para forçar o cumprimento da obrigação de pagar, nos casos relacionados em seu dispositivo antes mencionado. Por isso, a utilização da lei penal aceitando prisão para os inadimplentes, desde que não tenham chegado a essa situação em virtude de práticas fraudulentas ou de má-fé, implica contrariar o princípio consagrado no articulado constitucional, que privilegiou a liberdade, em confronto com a propriedade, com o interesse patrimonial do credor em receber o que lhe é

devido. Entre esses valores, a Constituição preferiu o primeiro, com as exceções nela mesma previstas e nas quais, além do inadimplemento, há violação de outro dever concomitante ao de pagar: o de fidelidade, no depósito, e o de prestar alimentos. Ao legislador constituído é vedado, em vista disso, considerar como crime a mera condição de devedor.

Vem a talho de foice, nesse passo, a lição de Beccaria (*Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo : Atena, 1959. p. 154), acerca de *dofalido de boa-fé*, assim vazada:

“(...) não o desobriguem de sua dívida, senão depois que ele a tiver pago inteiramente; recusem-lhe o direito de subtrair-se aos credores sem o consentimento destes, e a liberdade de levar adiante sua indústria; forcem-no a empregar seu trabalho e seus talentos no pagamento do que deve, proporcionalmente aos seus lucros. Mas, sob nenhum pretexto ilegítimo, poder-se-á fazê-lo sofrer uma prisão injusta e inútil aos credores.”

Vale afastar o argumento de que a vedação constitucional apanha apenas dívida civil, deixando de fora os débitos de natureza tributária e parafiscal. O Texto Maior refere “prisão civil por dívida”, sem discriminar a natureza desta. Deve-se entender, por isso, como alcançando qualquer espécie de débito, descabendo restringir o campo de abrangência da norma constitucional em vista da sanção nela indicada. Descabe, ao intérprete, criar a diferença não desejada pelo constituinte. Quando a falta de pagamento resultar de apropriação indébita, de utilização de meios fraudulentos ou de sonegação fiscal, haverá outra circunstância, que fica de fora da proteção constitucional, pois então não se estará punindo apenas a mora, mas o emprego de meios ilícitos para se furtar ao cumprimento de uma obrigação.

A lição de Pontes de Miranda é esclarecedora, a esse respeito. Em seus *Comentários à Constituição de 1946*, assinala (4. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1963. v. 5, p. 164):

“O que a Constituição proíbe [na Constituição de 1946, a regra constava do artigo 146, parágrafo 32] é a pena de prisão por não pagamento de dívida.”

Em outro passo (obra e volume citados, pág. 365), assevera:

“Sempre que se tratar de dívida, no sentido estrito (isto é, dívida correspondente a direito pessoal), e não entrega de bem alheio [como no caso do depositário infiel], a prisão por dívida é constitucionalmente proibida. Noutros termos, se a *ação executiva é pessoal*, incide o artigo 141, parágrafo 32, da Constituição de 1946; se a *ação executiva é real*, não.”

Para apoiar a argumentação aqui desenvolvida, cumpre trazer a lição de J. J. Gomes Canotilho e de Vital Moreira, que, na página 143 do seu livro *Fundamentos da Constituição* (Coimbra: Coimbra ed. 1991), escrevem deva a interpretação dos direitos fundamentais ser a mais favorável a estes, esclarecendo:

“Significa isso que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau. No caso dos direitos de liberdade, essa regra equivale, em certo sentido, ao velho princípio *in dubio pro libertate*; (...).”

3. A contrariedade a preceitos de tratado sobre direitos humanos: revogação

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, e em vigor no Brasil desde a edição do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (publicado no *Diário Oficial da União* – p. 15562, 9 nov. 1992). (Luiz Flávio Gomes, estudo sobre: A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil [particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos], *Revista dos Tribunais*, v. 710, p. 21-31, especificamente p. 29), dispõe, em seu artigo 5, item 6:

“As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

Transparece, com certeza, a contrariedade entre essa disposição e as normas das Leis nºs 8.137/90 e 8.212/91. É difícil compreender de que forma o simples descumprimento de obrigação pecuniária mereça, como consequência, privação de liberdade para “reforma e readaptação social” do devedor.

A criminalização de uma conduta é a *ultima ratio* e só pode ser adotada quando falham os outros instrumentos legais de controle normativo. No ensinamento de Néelson Hungria:

“Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.” (HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1955. v. 1. t. 2, p. 32.)

Para Luiz Luisi,

“é necessário ao legislador ter presente que ele tem o direito de intervenção mínima, ou seja, tem o direito de criar o tipo penal quando o caminho da tutela penal se apresenta como inarredável e inalteravelmente necessário” (LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre : Fabris, 1991. p. 31).

Esse princípio de política criminal não se encontra, via de regra, explicitado na Constituição (Ibidem, p. 25). No Brasil, porém, a partir da vigência do Pacto de São José da Costa Rica, faz parte da ordem jurídica pátria, incluindo-se entre os direitos e garantias fundamentais, como demonstrar-se-á em seguida.

Ademais, excluindo a criminalização do estado de simples devedor, o artigo 7 desse Pacto Internacional declara, em termos amplos, o descabimento de privação de liberdade a tal título, tanto como sanção cível ou penal:

“Ninguém pode ser detido por dívida.

Esse princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

Essas regras do Tratado em questão vigoram no País, como normas que expressam direitos fundamentais, em razão do previsto no artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Maior, assim concebido:

“§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Sobre esse dispositivo, ensina Antônio Augusto Cançado Trindade (estudo sobre: A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos, *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 182, p. 27-54, trecho transcrito constante nas págs. 31-32):

“O disposto no artigo 5 (2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo do ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.”

Mesmo não admitindo, em todo o seu teor, a lição desse eminente internacionalista, as regras consignadas no Pacto de São José da Costa Rica possuem, ao menos, força para revogar legislação ordinária em sentido contrário, vigente na época de sua recepção no ordenamento jurídico nacional. Como resulta da lição do Professor Lélío Candiota de Campos, citado no voto do Ministro Cunha Peixoto, em julgamento no Supremo Tribunal Federal:

“De outra parte, ao aprovar tratados, o Senado [na Constituição de 1988, é necessário o referendo do Congresso Nacional, consoante estipula seu artigo 84, inciso VIII] pratica função legislativa, razão por que, se o tratado discrepa do direito interno, este deve ser posto de lado.” (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 83, p. 828.)

Em julgado recente, proferido na Ação

Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347-5, sendo Relator o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello (*Diário da Justiça da União*, n. 230, p. 41.605, 01 dez. 1995. Seção 1), o Pretório Excelso assentou:

“(...) os tratados concluídos pelo Estado Federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais.”

Em igual sentido, o ensinamento de Luiz Flávio Gomes (op. cit. p. 30):

“De acordo com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e o pensamento majoritário da doutrina, não-refutados pela Constituição de 1988, vige no Brasil, no mínimo, o sistema paritário, que coloca os tratados e convenções no mesmo pé de igualdade das leis federais (o tratado equivale a uma lei federal).”

E não diverge o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pelo que se lê no julgamento do Recurso Especial nº 37.065-5-PR (*Revista do Superior Tribunal de Justiça*, 57:394), assim resumido na ementa do insigne Ministro Demócrito Reinaldo:

“(...) 1. O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhes efeitos semelhantes.”

Por isso mesmo, se o tratado recebido na ordem jurídica brasileira encontra-se em patamar igual ao da legislação ordinária, possui a mesma eficácia das outras normas desse nível, de revogar a lei vigente que seja com ele incompatível, nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. No caso do Pacto sob enfoque, “todos os dispositivos legais ordinários afetados pela norma internacional da Convenção estão revogados” (GOMES, op. cit. p. 30), inclusive os preceitos incriminadores da omissão de recolhimento, que outra coisa não é senão simples dívida.

4. Descabimento da equiparação a apropriação indébita

Uma interpretação dos dispositivos penais

sob questionamento, com o fito de harmonizá-los com a Constituição, pelo afastamento da criação de crime por mera dívida, pressupõe uma equiparação do respectivo tipo ao da apropriação indébita. Assim, o Colendo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em acórdão relatado pelo ilustre Juiz Hugo de Brito Machado, afirmou, em hipótese semelhante:

“– O crime definido pelo art. 95, d, da Lei nº 8.212/91 não se configura sem a vontade de apropriar-se dos valores não-recolhidos. Interpretar tal norma como definidora de crime de mera conduta é recolocá-la em conflito com a norma da Constituição, que veda a prisão por dívida.” (*Diário da Justiça da União*, 7 out. 1994, p. 56.869. Seção 2).

A opção interpretativa configura *interpretação conforme a Constituição*, cujos limites foram bem fixados pelo eminentíssimo Ministro Moreira Alves, no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417-7 – DF (julgada em 9-12-87, constante do *Diário da Justiça da União*, 15 abr. 1988. Seção 1 e reproduzida nos *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, out./dez. 1992. Publicada pela Editora Revista dos Tribunais):

“(...) Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. (...) No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme à Constituição, por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica. (...)”

Aplicada a lição às figuras sob exame, é forçoso concluir que o legislador das Leis nºs 8.137/90 e 8.212/91 não pretendeu inserir, na figura típica sob questionamento, o *animus rem sibi habendi*. A leitura dos dispositivos convence tratar-se de tipo omissivo, consubstanciado, simplesmente, pelo não-recolhimento. Assim, no primeiro diploma legal, consubstancia-se pela falta de pagamento do imposto indireto, como o devido pela saída dos produtos industrializados do estabelecimento produtor,

obrigação atribuída, segundo especificado no item 1, *retro*, ao produtor, na condição de contribuinte do tributo.

Quanto à espécie da Lei nº 8.212/91 (e igualmente quando se tratar de imposto retido na fonte pagadora), a criminalização resulta de não ser recolhido o montante da contribuição previdenciária devida pelos empregados (ou pelo recebedor do rendimento, na outra espécie), cabendo a obrigação de pagar ao empregador, na qualidade de responsável por substituição.

A evolução histórica da repressão penal para essa conduta omissiva ilustra o aqui afirmado. A Lei nº 3.807/60, em seu artigo 155, inciso II, e o Decreto-Lei nº 326/67, em seu artigo 2º, equipararam o não-pagamento de contribuições e de impostos à apropriação indébita prevista no artigo 168 do Código Penal. O diploma legal subsequente sobre a matéria, ora em vigor, a Lei nº 8.137/90, em seu artigo 2º, inciso II, abandonou a equiparação, definindo o delito sem qualquer referência à apropriação, e da mesma forma o fez a Lei nº 8.212/91. O legislador, no afã de ampliar o campo de abrangência da norma repressiva, deixou de lado, propositadamente, o ânimo de apropriação, para fixar-se em tipo omissivo, desconsiderando inteiramente o aspecto da intenção do sujeito ativo do delito, quanto ao apoderamento dos valores devidos. À evidência, por meio de interpretação – ainda mais em se tratando de matéria penal –, descabe incluir na figura típica elementos que o legislador quis afastar.

Para melhor refutar a aplicação do entendimento ora em discussão, no caso dos impostos indiretos, é preciso assinalar que a apropriação indébita exige anterior posse ou detenção de bem alheio, o que inexistente quando não é recolhido o valor do tributo. O produtor não cobra dos adquirentes o imposto sobre produtos industrializados, até pela falta de título legal ou de autorização administrativa para tanto. Na venda de suas mercadorias, usa considerar, muitas vezes, o montante desse imposto, repassando aos compradores o encargo econômico do tributo, sem, todavia, cobrá-lo como tal. A indicação do respectivo montante, nos documentos emitidos para registrar a transação, é obrigação tributária acessória, que, no entanto, não pode ser interpretada como se o contribuinte substituisse o Fisco federal, na arrecadação do mencionado tributo. Ressalte-se,

ainda, que os adquirentes dos produtos industrializados não são contribuintes desse imposto, papel que a lei atribui, repita-se, ao estabelecimento produtor, o qual, nessa condição, deve cumprir obrigação própria, diversa do repasse, à Fazenda Federal, de recursos recebidos de adquirentes de seus produtos. Não há, por tudo isso, qualquer desvio do título da posse do dinheiro ou do assenhoreamento deste pelo empresário devedor.

De assinalar, outrossim, que, em muitas ocasiões, os adquirentes dos produtos industrializados deixam de pagar o respectivo preço ou o fazem com muito atraso. Como falar-se, perante tais circunstâncias, de apoderamento de dinheiro ou de falta de repasse, se o preço das vendas nem mesmo foi recebido?

Em se tratando de contribuições e de impostos retidos pela fonte, também não há cobrança ou arrecadação pelo particular. Ao fazer o pagamento dos salários aos empregados ou dos serviços prestados por terceiros, o empresário não lhes desconta, em realidade, o valor dos impostos ou contribuições, porque paga a eles a parcela líquida que deveriam receber, uma vez que a lei lhe determina pagar à Fazenda Nacional ou à Seguridade Social, na condição de substituto, uma parte desses rendimentos. Existem, então, duas obrigações de pagamento: uma que é atendida, para com o empregado ou o prestador de serviços, e outra para com a entidade pública, que resta descumprida, sem que se possa identificar, de acordo com a sistemática do Código Tributário Nacional, qualquer desvio do título de posse do dinheiro ou assenhoreamento deste pelo devedor.

A exegese acima referida, bem assim diplomas legais como a Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994, que considera depositário da Fazenda Pública “a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social”, são totalmente incongruentes com a disciplina do Código Tributário Nacional acerca da sujeição passiva tributária. Nesse último diploma, são estabelecidos os princípios gerais sobre esse tema, considerando o contribuinte *de jure* e o responsável como integrantes do pólo passivo da relação jurídica fiscal. Em nenhum dos seus dispositivos, qualquer um deles é considerado como depositário de tributos. A transfiguração

para essa qualidade, por via exegética ou pela normação infracomplementar, importa em quebrar a unidade do ordenamento jurídico tributário. Inere uma qualidade que não foi pensada quando emitida a Lei complementar de normas gerais prevista na Constituição, no artigo 146, e particularmente na alínea *b* do seu inciso III. A circunstância é de molde a tinar de inconstitucionalidade a imposição desse papel, não previsto pelo Código referido.

A manipulação de conceitos jurídicos ou o emprego de ficções ou de equiparações pelo legislador ordinário não pode servir para ladear, por essa via, proibições impostas pela Constituição, ainda mais quando se trata de direito fundamental, como é o do artigo 5º, inciso LXVII.

Merece ser transcrito o pronunciamento do Ministro Rodrigues Alckmin, sobre esse ponto, no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 55.191-AL, relativo a apropriação indébita de Imposto sobre Produtos Industrializados (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 86, p. 419-420):

“Quero observar, quanto ao chamado contribuinte de fato, que, excluída a referência à transferência do tributo constante do art. 166 do Código Tributário Nacional, é ele estranho à relação jurídica tributária. Como observou o eminente Ministro Bilac Pinto, em voto, ‘não se pode opor a realidade econômica à forma jurídica’ (v. *RTJ* 64/167). E observou, ainda, o mesmo eminente Ministro Bilac Pinto, no *ERE* nº 69.483, que ‘a figura do contribuinte de fato é estranha à relação jurídica tributária’. Assim o entendeu o Supremo Tribunal Federal, que negou favor ao contribuinte *de iure*, ainda que alegue a isenção ou a imunidade do contribuinte de fato, tendo como juridicamente irrelevante a realidade econômica. Não vejo, pois, como considerar parcela de preço *acaso* recebido pelo contribuinte quantia alheia, destinada a ser recolhida aos cofres do Fisco.”

Em consonância a essa linha de raciocínio, o Pretório Excelso decidiu, em outro passo:

“Apropriação indébita. Contribuições da Previdência Social. Lei nº 3.807/60. – Falta de recolhimento de contribuições descontadas e devidas à Previdência Social. Inocorrência do

crime de apropriação indébita. Inaplicabilidade do art. 86 da Lei nº 3.807/60.” (Recurso Extraordinário nº 75.278-GB. Relator: Ministro Bilac Pinto. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 68, p. 496).

5. Conseqüências da contrariedade a direito fundamental

Em vista da impossibilidade de equiparação a apropriação indébita, e além de ser descabido que a lei ordinária venha distorcer conceitos estabelecidos em norma de hierarquia superior, conforme previsão constitucional, as omissões de recolhimento sob exame configuram, com certeza, crimes de mera dívida. Por isso, os dispositivos que as instituem devem ser tidos como contrários ao preceito constitucional do artigo 5º, inciso LXVII, e ainda como revogados pelas normas internacionais supervenientes recepcionadas no ordenamento nacional.

Aliás, o próprio legislador reconheceu estar utilizando essas figuras criminais como instrumento de cobrança de débitos tributários e parafiscais. A Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, em seu artigo 34, declara extingui-se a punibilidade dos delitos sob exame, “quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”. O notável acréscimo dos acessórios (entre os quais, por exemplo, as multas pela falta de pagamento), ausentes da descrição típica, reforça a conclusão: nem para estes o Fisco necessitará empregar a via da execução fiscal.

Os argumentos sombrios de que a repetição de omissões de pagamento de tributos e contribuições poderá levar à crise dos sistemas previdenciário e estatal não servem de justificativa para a opção penal. Em verdade, não será com a ameaça de punições criminais, num autêntico terrorismo punitivo, que se conseguirá inclinar os cidadãos ao regular recolhimento dos tributos devidos. Indispensável um sistema tributário mais justo e, concomitantemente, honestidade e eficiência na aplicação das receitas recebidas, para haver tal motivação.

Para a cobrança de seus créditos, o Estado dispõe de um remédio processual específico e potenciado, constante da Lei de Execução Fiscal. Se a máquina fiscalizadora ou se as correspondentes procuradorias judiciais atuam

sem a eficácia desejável, não é com a repressão criminal dos devedores que os problemas de omissão de pagamento serão resolvidos. O importante, para os cofres públicos, é receberem o de que têm direito, mas não se pode querer atingir esse resultado mediante o emprego da lei penal, mesmo porque esta se desvaloriza quando é usada para ilícitos de menor gravidade.

O Estado de Direito busca aplicar técnicas repressivas dentro de patamar que reduza as intervenções da força pública, ao mínimo absolutamente necessário. Em matéria de débitos fiscais, esta é, outrossim, tradição na jurisprudência da Corte Suprema, segundo transparece de suas Súmulas nºs 70. 323 e 547, nas quais é vedada a utilização de sanções administrativas para coagir o sujeito passivo ao pagamento de seus débitos tributários.

A criminalização de simples dívida é merecedora de repúdio idêntico, pois, se a sanção menos grave é proibida por norma constitucional, por que motivo se poderá admitir a de maior grau? Se, em relação à inadimplência, a sanção cível de privação da liberdade é inaceitável para a Constituição, ultrapassa o critério hermenêutico da razoabilidade a imposição de pena criminal para castigar essa mesma condição. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como explicitado, afasta, outrossim, de modo expresse, a privação de liberdade, como sanção cível ou penal, para a mera condição de devedor.

Ademais, se nos termos da recente Lei nº 9.269/96, adequando o Código Penal às disposições de direitos fundamentais referidas, a multa criminal não mais será convertida em pena de detenção, e deve ser cobrada segundo “a legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública”, mostra-se sistematicamente incongruente a aplicação de sanções penais como corretivo de situação de débito tributário ou parafiscal.

A possível condenação a uma pena distinta da privação da liberdade não exclui a aplicação das regras do Tratado e da Lei Maior. Cuida-se de argumento evidentemente falacioso, porquanto, mesmo que exista essa possibilidade, a ameaça brandida na ação criminal é de aplicar a pena detentiva. As penas substitutivas são impostas, ademais, com a possibilidade de serem transformadas em privativas de liberdade, no curso de sua execução.

Com pouco esforço interpretativo, conclui-

se que a Constituição veda a criminalização do simples estado de devedor. Também os dispositivos do Tratado sob enfoque são absolutamente explícitos no sentido de afastar a possibilidade de repressão criminal – na qual se acena com restrição de liberdade – para sancionar a falta de cumprimento de obrigação de pagar dívidas de qualquer espécie, inclusive as omissões de recolhimento dos créditos tributários e parafiscais.

Como tais preceitos se capitulam entre os direitos fundamentais dos indivíduos, a interpretação da legalidade ordinária necessariamente haverá de fazer-se “no sentido mais favorável à efetividade dos mesmos”(PRIETO SANCHIS, Luíz. *Sobre principios y normas*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 58, em nota de rodapé nº 81, referindo a orientação do Tribunal Constitucional de Espanha). Os direitos fundamentais, na lição de Rudolf Smend (*Constitución y Derecho Constitucional*. Tradução de José Maria Beneyto Pérez. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 231-233), buscam inserir um povo dentro de um sistema cultural, representado pelos bens e valores constantes do catálogo desses direitos, para integrá-lo em uma nação. Como retratam o sentido da vida estatal contida na Constituição, significam,

“do ponto de vista jurídico, a legitimação da ordem positiva estatal e jurídica. Essa ordem positiva só é válida enquanto representa esse sistema de valores e, precisamente em razão dele, converte-se em legítima.”

Daí, a importância de atender aos preceitos jusfundamentais, afastando as regras da legislação ordinária que se lhes contraponham, mesmo ao resultarem de supostas necessidades arrecadatórias, como ocorre com os dispositivos legais de início transcritos.

É preciso extirpar do ordenamento jurídico brasileiro semelhantes criações de tipos penais. Admitir a lógica fiscalista que presidiu a instituição das espécies discutidas poderá sugerir a indicação de outras condutas semelhantes, como delitos, relegando-se a Constituição a uma “folha de papel”, na expressão de Lassalle. Assim, seria de considerar as figuras típicas a seguir:

“Constituem omissão de recolhimento, punível com as penas do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, as seguintes condutas:

1) deixar o profissional liberal de recolher, a cada mês, a antecipação do imposto de renda devido em virtude de rendimentos recebidos de terceiros, no exercício profissional, tributo em relação ao qual é considerado depositário;

2) deixar o proprietário de imóvel urbano de recolher, na época própria, o imposto sobre a propriedade territorial urbana, por ele devido, e a partir de cujo vencimento passa a ser depositário de tributo municipal;

3) deixar a pessoa jurídica de recolher, na época própria, o imposto sobre a renda por ela devido, a partir de cujo vencimento

se considera depositária de tributo federal.”

O absurdo de semelhantes propostas, montadas sobre a distorção de conceitos legais, com a indevida equiparação do sujeito passivo a depositário, transparece. No entanto, não diferem, substancialmente, dos tipos de omissão de recolhimento aqui examinados. A escolha da legalidade como técnica de convivência social indica se deva chegar às últimas consequências, sob o ponto de vista jurídico, acerca de tais figuras criminais. Admitir, em contrário, o desvirtuamento da ordem jurídica, mesmo sob color de situações excepcionais de necessidade pública, é rasgar o Texto Maior, fundamento do Estado Democrático de Direito.

A responsabilidade do juiz e a garantia da independência

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

SUMÁRIO

1. Aspectos gerais sobre o conceito de responsabilidade. 2. Evolução da responsabilidade do Estado e do juiz. 3. Responsabilidade do juiz: civil, penal, administrativa e política. 4. A responsabilidade judicial e a independência do Poder Judiciário. 5. Considerações finais.

1. Aspectos gerais sobre o conceito de responsabilidade

Primordialmente, torna-se necessário aclararmos o conceito de “responsabilidade” para que possamos compreender com nitidez os demais termos formulados neste trabalho, facilitando a assimilação de sua repercussão frente aos atos dos juízes.

A doutrina alemã elaborou uma distinção tradicional entre os termos ‘obrigação’ (*schuld*) e ‘responsabilidade’ (*haftung*), ao considerar que a violação da obrigação enseja a responsabilidade e, com isso, o dever de reparar o dano para restabelecer a situação que existiria se o ato ilegítimo não tivesse sido praticado, restabelecendo-se, assim, a situação jurídica anterior ou uma situação compensatória à mesma.¹

Na verdade, o conceito de responsabilidade é muito confundido com outras figuras jurídicas, particularmente com o de dever jurídico ou obrigação. O próprio Kelsen nos chama a atenção para a distinção entre ambas quando observa que o indivíduo é juridicamente obrigado a determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposta de um ato coercitivo (sanção), enquanto a

Kátia Magalhães Arruda é professora da Universidade Federal do Maranhão, juíza do trabalho, atualmente concluindo o curso de mestrado na Universidade Federal do Ceará e bolsista da CAPES.

¹ Conforme Wald, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 11. ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 465.

responsabilidade surge a partir do descumprimento do dever, ou seja, responsável é o indivíduo que, tendo um determinado dever jurídico, não o cumpre em plenitude, o que implica tanto o não-fazer como o fazer de forma defeituosa.

Vemos ainda que, na responsabilidade, o indivíduo responsável não é, obrigatoriamente, o descumpridor do dever ou obrigação, podendo a responsabilidade ser dirigida contra um outro indivíduo que se encontre vinculado com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica. Somos, portanto, obrigados a determinada conduta, a nossa conduta, enquanto somos responsabilizados tanto por uma conduta própria como pela conduta de outrem. Já quando temos um 'ônus', não se trata de dever, já que não acarreta uma sanção e muito menos uma responsabilidade. A consequência do não-cumprimento de um ônus pode gerar a não-conquista do direito pleiteado, como no caso do litigante que tem o ônus de provar determinado fato e não o faz, mas, com certeza, não gera a responsabilidade desse litigante.

A responsabilidade verifica-se, portanto, quando um órgão ou seu titular responde pelos efeitos derivados pelo exercício. O constitucionalista português J.J. Canotilho vincula os efeitos do ato para expressar a configuração da responsabilidade. Assim, quando o ato do agente público repercute na relação de confiança política que existe entre os agentes ou órgãos, fala-se de responsabilidade política; quando a situação de responsabilidade deriva da lesão de um direito por violação de determinada obrigação para com outro sujeito ou por comportamento ilícito, fala-se de responsabilidade civil; quando a situação se refere a violação de normas diretivas de caráter administrativo ou disciplinar, fala-se em responsabilidade administrativa ou disciplinar; e, ainda, quando a situação deriva de comportamento delituoso, estamos diante da responsabilidade penal.

Para estudarmos o tema da responsabilidade dos juízes, temos, necessariamente, de fazer a presente contextualização, visto que todos os posicionamentos aqui expressos vão seguir uma vinculação com o que se entende ou não por responsabilidade, em nível conceitual.

De qualquer modo, onde há o exercício de poder, deve haver responsabilidade, visto que, entre ambos, há relações diretamente proporcionais, se analisados dentro de um sistema democrático.

Ainda, para que possamos falar de responsabilidade como categoria conceitual autônoma, devemos tomar em consideração, seguindo a lição de Canotilho, três dimensões:

a) a responsabilidade pressupõe o reconhecimento ao titular dessa responsabilidade, ou seja, um sujeito responsável;

b) a responsabilidade implica uma vinculação funcional, traduzida na obrigatoriedade da observação de certos deveres jurídicos;

c) a responsabilidade está articulada com a existência de sanções jurídicas (penais, disciplinares, civis) ou político-jurídicas (censura, destituição, exoneração), pelo não-cumprimento ou cumprimento defeituoso de deveres ou tarefas destinados aos agentes ou órgãos responsáveis.

2. Evolução da responsabilidade do Estado e do juiz

A noção de responsabilidade do Estado pode ser considerada como uma conquista do Estado de Direito, não porque tenha propiciado o surgimento da teoria da responsabilidade hoje existente, mas, principalmente, porque a responsabilização do Estado está intrinsecamente vinculada à concepção de legalidade, na medida em que o Estado é visto como submetido à ordem jurídica e não como entidade superior a esta.

Na verdade, um rápido apanhado histórico mostra-nos que a responsabilidade do Estado não era posta em discussão na antiguidade. Na Grécia, por exemplo, o soberano respondia tão-somente perante as divindades, enquanto em Roma o Estado respondia, como figura do Fisco, tão-somente nos casos e em situações derivadas de relações contratuais. Na idade Média, por sua vez, embora o Estado já fosse concebido como uma unidade jurídico-política, este não sofria responsabilização sobre os danos causados aos particulares, até porque o poder provinha de uma origem divina, não causando, portanto, dano indenizável.

É interessante observar que, da Idade Média até o século XVIII, em que a teoria do Estado de origem divina foi substituída pela teoria da soberania de origem popular, nada foi alterado quanto à irresponsabilidade do Estado, embora os funcionários fossem responsabilizados nos casos de culpa e dolo.

Contraditoriamente ao que ocorria quanto

à irresponsabilidade do Estado, na Idade Média, a responsabilidade do juiz era direta e absoluta. Relata o magistrado Octacílio Paula Silva, em seu livro *Ética do magistrado à luz do Direito Comparado*, que, à época de Carlos Magno, havia um decreto determinando que, tardando o juiz na solução da lide, fosse o litigante viver às suas expensas até a decisão do caso pendente. Relata, ainda, que, entre os germanos, o contendor vencido podia desafiar em duelo o magistrado que o julgara, e, se vencesse, a decisão era anulada, porque tal se manifestara a vontade de Deus.²

De qualquer modo, o que se constata, como dito anteriormente, é que o princípio da legalidade foi essencial na evolução da responsabilidade do Estado, recebendo também contribuição da teoria organicista, a partir do entendimento difundido que defendia que os atos dos funcionários públicos eram atos do próprio Estado.

A partir da admissão da responsabilidade patrimonial do Estado, surgiram as teorias subjetivas e objetivas da responsabilidade Estatal, em que, na primeira, o Estado responderia somente no caso de dano causado por conduta ilícita, ou contrária ao Direito, o que se tornou insuficiente e forçou a evolução para a responsabilidade objetiva do Estado, garantindo ao administrado o ressarcimento dos danos causados no desempenho das atividades estatais, desde que existente o nexo causal entre o ato lesivo e a atuação do agente estatal.

O italiano Mauro Cappelletti disserta sobre dois obstáculos historicamente levantados à admissão da responsabilidade judicial: o princípio de que o Estado não pode cometer injustiça (*The King can do no wrong*) e o princípio da coisa julgada (*res judicata facit jus*), ambos inaceitáveis; o primeiro em vista de que o exercício da função pública não isenta do dever de prestar contas da própria ação e o segundo em face de a coisa julgada ser um princípio de proteção e segurança ao direito, e não um valor absoluto superior à idéia de justiça.³

² SILVA, Octacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do Direito Comparado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 281-2.

³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis? Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1989.

3. A responsabilidade do juiz

Entre os critérios de classificação da responsabilidade dos magistrados, existem os pertinentes ao sujeito (juiz), podendo ser direta, indireta ou inexistente, e ainda classificação que divide a responsabilidade em: do juiz, do Estado, ou de ambos.

No trabalho em tela, vamos analisar a responsabilidade *quanto a sua natureza, dividindo-a em civil, penal, disciplinar e política*.

A responsabilidade, no Direito pátrio, difere muito pouco dos países que adotam o sistema romano-germânico. Por exemplo, no tocante à responsabilidade civil, é absorvida pela responsabilidade do Estado como forma de resguardar a independência do Judiciário. Informe-se que, na Itália e Espanha, é distinta: a responsabilidade é solidária entre o Estado e o juiz, postura jurídica que recebe constantes críticas, visto que ambas acabam por originar-se da mesma causa.

3.1. Responsabilidade civil no Brasil

A regra, a princípio, é a irresponsabilidade pessoal do juiz em face do parágrafo 6º do art. 37 da CF/88, que determina:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Para o magistrado, a previsão do art. 49 da LOMAN praticamente repete o art. 133 do CPC, prescrevendo a responsabilidade por perdas e danos quando o juiz agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções e quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento das partes, sendo que esta última hipótese só ocorrerá se, após a parte requerer ao magistrado a determinação necessária, ela não for atendida no prazo de 10 dias. Vale ressaltar que o motivo justo, como o acúmulo de serviço, é necessário para excluir a responsabilidade do magistrado.

3.2. Responsabilidade criminal

Decorre da prática de crime comum, todos os previstos no Código Penal, assim como os crimes direcionados para os funcionários públicos, abrangidos os juízes, tais como:

peculato, sonegação, emprego irregular de verbas públicas, prevaricação, violência arbitrária, entre outros.

Tais crimes recebem responsabilidade; internos, por meio de processo administrativo e disciplinar, e externos por meio de processos judiciais. Estão sujeitos, ainda, ao processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos da Lei nº 4.898/65, referentes a casos de abuso de autoridade, possuindo privilégio de foro.

3.3. Responsabilidade administrativa

Tal responsabilidade é relativa em face da garantia de independência no exercício da função jurisdicional, garantindo a Constituição Federal que a subordinação do juiz deve ser tão-somente à lei e a sua consciência.

A lei que trata da matéria é a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ao prescrever, em seu capítulo primeiro, os deveres do magistrado, inserindo, em seu capítulo segundo, as penalidades seguintes: advertência, por negligência no cumprimento dos deveres da função; censura (somente para a primeira instância, assim também a pena de advertência), em reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo ou nos procedimentos incorretos – não justificando a infração punição mais grave; remoção compulsória, por motivo de interesse público (voto de 2/3 dos membros efetivos do Tribunal); aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço; demissão em ação penal por crime comum ou de responsabilidade, ou em procedimento administrativo para perda do cargo

3.4. Responsabilidade política

Antes de mais nada, é importante afirmar a noção do juiz como cidadão e, portanto, como participante político, o que não significa partidário, devendo observar-se que a participação política é um direito e dever de todo cidadão, categoria na qual estão inseridos os juízes.

Não há dúvida que a responsabilidade política do juiz é oposta à concepção de um juiz *asséptico*, expressão utilizada pelo jurista espanhol Cesáreo Rodríguez Aguilera, que defende:

“El hombre (todo hombre y, portanto, el juez) es un mecanismo extraordinariamente complejo, cúmulo de saberes y de técnicas, conjunto de intuiciones,

prejuicios e de sentimientos. Además, el hombre está condicionado por el mundo que le rodea (se vive en un determinado tipo de sociedad y si dependiente de ella) por circunstancias históricas de carácter político, económico y sociológico. Y se ello es una realidad insoslayable, resulta más lógico enfrentarse con ella que pensar en un juez mítico, marginalizado de la vida misma. El juez es tributario de la sociedad en que vive, como persona e, incluso, como perteneciente a una clase social.”

E continua o texto, falando dos condicionamentos do juiz, para concluir:

“Condicionamientos sabidos e ‘queridos’ por el propio Estado del que el juez forma parte, ya que el juez es un órgano del Estado que, en el orden judicial, lo expresa y representa. Todo lo cual lleva a la conclusión de que la función del juez es, eminentemente, política.”⁴

Ocorre que a admissão de responsabilidade política dos juízes é mais coerente em sistemas nos quais os juízes cumprem funções expressamente políticas, no sentido de serem eleitos e destituídos. Na Inglaterra, por exemplo, os juízes, como outros agentes públicos, podem ser acusados (*impeached*) perante a *House of Lords*, a pedido da *House of Commons*. O procedimento de *impeachment* encontra-se também em outros países do *Common Law*, embora com diferenças. Nos Estados Unidos, por exemplo, representa uma expressão da responsabilidade constitucional, mais que da responsabilidade política. As constituições do Oregon e da Califórnia utilizam o *recall*⁵ dos juízes, e inclusive de decisões judiciais.

De qualquer modo, a responsabilidade política implica responsabilização por escolhas, análise de conveniência e oportunidade, importando em dois elementos essenciais para a sua caracterização :

a) a responsabilidade dá-se perante órgãos políticos, podendo ser, em última instância, do Poder Legislativo ou Executivo;

b) a responsabilidade não se baseia, de forma principal, na violação de deveres

⁴ RODRIGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. El poder judicial en la Constitución. Barcelona : Bosch, 1980, p. 97-8.

⁵ Conforme o professor BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 353-354.

jurídicos, mas sobretudo em comportamentos valorizados com base em critérios políticos.⁶

Para o argentino Eugênio Raul Zaffaroni, em posicionamento defendido em seu livro *Poder Judiciário*, o juiz, quando descumpra a Constituição Federal, por exemplo, responde juridicamente, e não politicamente. Nas palavras do jurista argentino:

“De nossa parte, entendemos, decididamente, que a responsabilidade do juiz é jurídica, no sentido de que não pode ser destituído senão por motivo de uma causa prevista com anterioridade e plenamente comprovada em um processo com as devidas garantias de legalidade, de defesa e imparcialidade. De modo algum a destituição de um juiz pode ser um mero ato de oportunidade jurídica. Se assim fosse, a independência judicial seria um mito, e a própria jurisdição uma simples ilusão”.

Considerando o ponto de vista acima descrito, acabaríamos por defender a inexistência de responsabilidade política no Brasil, vez que os critérios de conveniência e oportunidade quanto ao mérito das decisões judiciais, afastada evidentemente a hipótese de ilegalidade, não podem ser analisados politicamente, sob pena de ferir-se a independência consagrada constitucionalmente.

Tal não ocorreria, entretanto, se, a exemplo da Europa, a responsabilidade política dos magistrados fosse resolvida pelos Tribunais Constitucionais, que teriam a legitimidade para censurar decisões judiciais, com critérios políticos de escolha.

Um aspecto que se deve enfatizar é a importância da motivação e fundamentação das decisões judiciais, em cumprimento do nosso Texto Constitucional, art. 93, inciso IX, visto que possibilita a transparência dos motivos ideológicos ensejadores das decisões, assim como a vinculação da dicção do Direito à visão da sociedade, possibilitando uma abertura para a responsabilização política ou pelo menos uma responsabilidade social.

Ressalte-se, aliás, que o multimencionado Mauro Cappelletti, em obra já citada, diferencia a responsabilidade política da *responsabilidade social*, exatamente porque, na primeira, a “prestação de contas” é dada primordialmente

⁶ Sobre o assunto e a referida caracterização, disserta (CAPPELLETTI, op. cit. p. 36-7).

a órgãos de caráter eminentemente político, enquanto, na segunda, é feita para grupos sociais ou, em última instância, para o público em geral.

4. A responsabilidade do juiz e a independência do Poder Judiciário

Para entrarmos nesse tópico do presente estudo, é importante explicitarmos o nosso entendimento sobre o conceito de independência e qual a razão de ser de tal garantia.

A doutrina costuma separar a independência da magistratura da independência do juiz. A primeira, referente aos seus órgãos, implica o que chamamos autogoverno do Judiciário e a segunda refere-se ao juiz e a sua atuação, podendo expressar-se interna e externamente.

A independência do juiz, portanto, significa a garantia de que o magistrado não se submete a pressões de poderes externos, assim como a segurança de que o juiz pode atuar com independência das pressões internas. Na definição do Professor José de Albuquerque Rocha:

“Do ponto de vista teórico, pode-se definir a independência como sendo a capacidade de decidir livre de toda influência interna ou externa. Significa a negação de sujeição a qualquer poder.”⁷

Na verdade, a agressão à independência externa do juiz é mais facilmente controlada que a agressão à independência interna. A noção externa, aliás, é bem mais difundida, e hoje é praticamente consentânea a compreensão de que o juiz não é um empregado do Executivo ou Legislativo, pois essa compreensão é aver-siva à democracia moderna e aos princípios constitucionais; entretanto, não é o juiz também um empregado de instâncias superiores, a serviço da vontade e interesses dos Tribunais.

A forma hierarquizada e bonapartista como é concebido o Poder Judiciário não contribui para a independência interna do magistrado. Zaffaroni⁸ compara a estrutura militarizada do Judiciário a um exército e considera que a gravidade de tal verticalidade para a independência do juiz é tão grande que sua danosidade seria comparada à horizontalidade do exército,

⁷ A definição acima está no livro do citado professor do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Ceará, *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 28.

⁸ ZAFFARONI, op. cit. p. 88.

vez que a independência do juiz na democracia é tão importante quanto a disciplina exigida do Exército em uma guerra.

No nosso dia-a-dia como magistrada, é bastante comum ouvirmos a expressão “juizes inferiores” quando se trata de juizes não ocupantes de Tribunais, embora essa concepção seja desconforme com a independência funcional dos órgãos judiciais entre si. A independência funcional implica a liberdade do juiz ou Tribunal para julgar de acordo com a lei e a sua consciência, implicando a investigação, interpretação e construção–reelaboração da norma, adequando-a à realidade, sendo esse o princípio garantido legalmente, observando-se que os recursos correspondentes às decisões judiciais não alteram esse princípio, já que operam até como reflexo da dialética judicial, o mesmo não se dizendo de posturas que ofendem a dignidade e a independência do juiz, atentando contra os princípios ora estudados e aviltando a Constituição Federal.

A independência, no entanto, não tem poder e objetivos isolados. A independência é meio dirigido ao valor da imparcialidade, na medida em que não se pode pretender um juiz imparcial se ele não é independente.

A imparcialidade não significa, entretanto, neutralidade; o juiz é imparcial por colocar-se acima dos interesses das partes em conflito, sem atuar como interessado em parte A ou B, e sim na melhor solução, daí por que a razão de ser da independência atua como garantia da imparcialidade, legitimando o juiz para decidir contendas de partes que na maioria das vezes não o conhecem, não sabem o que ele pensa, mas esperam que seu julgamento seja equilibrado e objetivo em face da sua imparcialidade e independência.

Mas sendo o juiz independente, como responsabilizá-lo por seus atos e decisões? Desse questionamento poderia advir a reafirmação de que a independência do juiz refere-se a pressões externas e internas que possam interferir em seu julgamento imparcial e não a independência do povo, como tem sido compreendido na prática por muitos, e muito menos independente ao respeito à Constituição e seus princípios que fundamentam o nosso Estado, fundamentando, por consequência, a legitimidade do juiz, que, embora exerça um poder, não foi eleito ou escolhido diretamente pelo povo.

Independência e responsabilidade não são

opostos e devem ser avaliados de forma dialética. Sendo o juiz independente, com objetivo de cumprir a lei e assegurar a justiça, deve o mesmo ser responsabilizado quando agir de forma a usurpar a legitimidade que lhe foi conferida pela Lei Magna.

A idéia central do sistema democrático aparece sob a fórmula de “checks and balances”, isto é, o poder descontrolado gera a degeneração e igualmente os controladores não podem ser irresponsáveis no exercício de tal poder.

A independência é um valor decorrente do Estado democrático de direito, tanto quanto a responsabilidade do Estado e seus agentes só avançou conjuntamente com a democracia, e isso, por si só, já seria um relevante ponto para demonstrar que a independência deve ser exercida com responsabilidade e que esses dois conceitos, ao invés de contrapostos, são complementares.

5. Considerações finais

O eixo central desse trabalho, portanto, prende-se ao estudo da responsabilidade do juiz e à tentativa de compatibilizá-la com a independência, entendendo essa última como garantia instrumental.

A necessidade de compatibilizar a responsabilidade com a independência do juiz, externa e interna, inclusive com o dever de prestar contas, que é inerente a todo indivíduo e órgão que exerça uma função pública, serve aos princípios constitucionais que embasam um Estado democrático de direito.

A prestação de contas do juiz, por sua vez, com possibilidade de responsabilização sempre que seja descumprido um dever jurídico, desde que permita uma ampliação mais efetiva e democrática da participação popular em tão fechado Poder como o Judiciário, acaba por auxiliar como ponto de legitimação de um poder que não foi conferido de forma direta e nem por representantes eleitos, como preceitua o art. 1º, parágrafo único, da CF: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Onde há exercício de poder, há de existir responsabilidade sobre o poder exercido. Tal responsabilidade, por sua vez, há de atender a todos os aspectos que venham a ser atingidos pela atuação do agente–juiz, seja civil, penal,

administrativo e político. Nesse sentido, a criação de uma Corte Constitucional seria extremamente útil, a exemplo do que ocorre na Europa, para a responsabilidade política do magistrado, até porque inúmeras decisões judiciais têm sido tomadas sem que se leve em conta o princípio referente à dignidade da pessoa humana e sem que se observe a preceituação contida na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 5º), que determina que, na aplicação da lei, deve o juiz atender *aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*.

Bibliografia

- ALCÂNTARA, Maria Emilia Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. 79p.
- ARRUDA Jr., Edmundo Lima (Org.). *Lições de Direito Alternativo 1 e 2*. São Paulo : LTR, 1995.
- BANDRÉS, José Manuel. *Poder Judicial y Constitución*. Barcelona : Bosh, 1987.
- BARCELONA, Pitro, HART, Dieto, MÜCKENBERGER, Ulrich. *La formación de jurista: capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. 3. ed. Madrid : Civitas, 1988.
- BASTOS, Aurélio Wander Chaves. *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro : Eldorado Tijuca, 1975.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* S. A. Fabris, tradução de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1993.
- _____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1989.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1992.
- CLEVE, Clemerson Merlin. *O Direito e os direitos : elementos para uma crítica do Direito contemporâneo*. São Paulo : Acadêmica; Curitiba : Scientia et labor, 1988.
- GORDO, Alfonso Peres. *El Tribunal Constitucional y sus funciones*. Barcelona : Bosch, 1982.
- LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1994.
- _____. *O problema da justiça*. São Paulo : Martins Fontes, 1993.
- MARTINS, Águeda Passos Rodrigues. *O Judiciário no sistema de controle estatal*. Fortaleza : Centro de Estudos Sociais Aplicados, Departamento de Direito Aplicado, 1988.
- O Poder Judiciário e a nova Constituição. Porto Alegre : AJURES, 1983.
- ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo : Malheiros, 1995.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional geral*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- SILVA, Otacílio Paula. *Ética do magistrado à luz do Direito Comparado*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do Direito*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1991.
- VARGAS, Luiz Alberto de. *Democracia e Direito do Trabalho*. Curitiba : Acadêmica, 1988.
- WOLKER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo : Acadêmica, 1991.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário : crises, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

Os irracionais de nossa democracia III

A. MACHADO PAUPÉRIO

SUMÁRIO

1. O princípio de subsidiariedade e sua influência na racionalização da democracia. 2. A maioria nem sempre estabelece a vitória democrática. 3. Apesar de aspectos parciais de nossa democracia estarem sendo cumpridos, jamais ela se poderá cumprir plenamente sem a necessária desconcentração de renda. 4. Entre as intervenções do Estado, não pode ser descartada a reforma agrária, indispensável à paz social do campo e necessária à racionalização de nossa produção agrícola. 5. Se a democracia não se efetiva plenamente sem um mínimo de material para o cidadão, do mesmo modo não se realiza sem um mínimo de cultura. 6. Sem capacidade para manutenção de sua saúde, o cidadão também não faz jus à democracia. 7. Uma sociedade de piratas jamais pode ser também democracia. 8. Destruído o critério da representação política, destrói-se também o âmago da própria democracia.

1. O princípio de subsidiariedade e sua influência na racionalização da democracia

É princípio democrático assentado o de que ao Estado não deve caber o que possa ser feito em plenitude pelo indivíduo ou por grupo menor. Qualquer organização que realize relações entre pessoas está sujeita a essa expressão normativa. É o chamado princípio de *subsidiariedade*, que o próprio Direito Administrativo desconheceu em seus primórdios. A rigor, veiculou-o com grandeza a Igreja Católica, sendo particularmente tributário do Direito Canônico. A doutrina pontifícia credenciou-o em vários textos, dos quais o primeiro é a encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931, quando o Papa Pio XI declarou solenemente que seria incorrer em injustiça e, concomitantemente, frustrar de modo lesivo a

ordem social subtrair dos grupos menores, dando-se a uma coletividade mais vasta e superior, funções que eles originalmente estavam em condições de exercer. Em encíclica posterior, de João XXIII, ficou reafirmado o mesmo princípio de que as relações dos poderes públicos com os cidadãos, as famílias e os grupos intermediários devem reger-se e equilibrar-se pela subsidiariedade.

Entre os princípios gerais de Direito Administrativo retirados das leis, regulamentos, práticas administrativas e sentenças judiciais, passou-se a contar, entre tais princípios jurídicos, o de subsidiariedade, a dominar o acervo das instituições jurídicas da espécie. Colha-se ao acaso o que, sobre o assunto, diz o grande administrativista francês Gaston Jèze.

Em face de igual eficácia entre o Estado e grupo menor, deve-se dar preferência ao grupo de menor hierarquia e não ao grupamento estatal, para evitar certamente o gigantismo do Estado, que é constante ameaça às liberdades públicas, com a concentração continuada de poderes. Deve-se garantir, em face do poder do Estado, a esfera própria da competência familiar e municipal, salvaguardando-se assim a dignidade vital dos cidadãos, como já preconizava Leão XIII em sua sempre lembrada encíclica *Immortale Dei*.

Sem dúvida, o município é uma forma de democracia local, razão pela qual praticamente não há democracia sem municipalismo. Por isso, uma das aplicações prioritárias do princípio de subsidiariedade é a que visa ao fortalecimento do regime municipal.

Se o poder político passa a dirigir tudo, exercendo pressão sobre a vida diária dos cidadãos, atua como déspota, deixando de governar para administrar. Por isso, sem dúvida, a política, como governo, não se pode conceber sem respeito às autonomias.

Inspirada nas idéias aristotélico-cristãs e nas germânicas contemporâneas, a idéia de subsidiariedade não pode ser esquecida quando se faz a análise do Estado autoritário e cesarista e, inclusive, do próprio Estado mínimo, de feição liberal extremada.

Vulgarizando tal idéia, dentro da já imensa bibliografia universal, dois livros, na bibliografia hispânica e brasileira, dão-nos notícia sobre o desenvolvimento jurídico da subsidiariedade: o de Juan Vallet Goytisolo, *Tres Ensayos, Cuerpos Intermedios, Representación*

Política, Principio de subsidiariedad, Speiro, 1981, e o de José Alfredo de Oliveira Baracho, *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*, Belo Horizonte, Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

O princípio de subsidiariedade é tão importante que chegou a constitucionalizar a Lei Fundamental da Alemanha e os diplomas jurídicos que regulam as competências das comunas, dos Länder e do próprio Estado. No caso, o princípio tornou-se norma, passando o federalismo a ser um meio de proteção da liberdade.

Realmente, é na organização federal que o princípio da subsidiariedade encontra, no plano essencialmente político, sua mais perfeita expressão.

Lembre-se, aliás, que a prática da subsidiariedade não se afastou da própria Igreja, que lhe deu interpretação característica no *Concílio Vaticano II*, ao orientar a revisão do Direito Canônico no sentido de ser dada aos particulares maior participação em tudo que não fosse essencial à manutenção da unidade eclesiástica, de tal modo que a descentralização não provocasse o germe desagregador com o surgimento de Igrejas nacionais. Tal autonomia criou então as chamadas comunidades de base, que natural-mente surgiram.

O princípio de subsidiariedade veio ao encontro da crise gerada pelo liberalismo e pelo socialismo, que atuaram sempre com excesso para menos e para mais, num verdadeiro anseio de equilíbrio democrático.

Em síntese, a democracia constitui uma ordem baseada em determinados valores superiores como a liberdade, a igualdade, a justiça, o pluralismo político, a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis e o livre desenvolvimento da personalidade. O princípio de subsidiariedade há de servir a esse elenco e não desservir ao espírito intervencionista do Estado, que, muitas vezes, tende ao equilíbrio rompido.

Alguns autores entendem que o princípio deve não só proteger a sociedade contra as intervenções do Estado como também o próprio Estado contra o abuso prevalecente dos indivíduos, julgando-o inepto para tornar-se norma constitucional.

Entendido pelo menos, entretanto, como direito natural, sua característica essencial é a própria flexibilidade, por intermédio da qual, em quaisquer circunstâncias, tende à

efetivação do equilíbrio perdido.

Como já fizemos sentir implicitamente, o princípio de subsidiariedade visa à solução intermédia entre o Estado-interventor e o Estado liberal, recusando tanto o socialismo quanto o liberalismo.

A rigor, e sem muita precisão, pode-se dizer que o Estado não deve intervir senão diante da insuficiência individual ou social. A natural missão do Estado não é somente realizar certas tarefas, mas estimular também a ação individual em benefício do interesse geral, inclusive no que diz respeito à política econômica.

A intervenção do Estado, quando necessária e útil, aprimora a democracia, mas, em certos casos, exige discricção diante da prevalência das iniciativas existentes na sociedade.

Em nosso federalismo de três graus, o município é a única coletividade que prima pela ausência do Judiciário, que bem podia existir ao lado dos outros dois poderes, pelo menos em caráter de primeira instância. Isso fortaleceria a feição democrática do município, contribuindo para a autonomia local, o que é, sem dúvida, promissor para os interesses dos municípios.

2. A maioria nem sempre estabelece a vitória democrática

Já deixamos bem claro, em tópicos anteriores, que o princípio democrático da maioria nem sempre traduz racionalmente a vitória do bom senso e da melhor solução.

O problema, por exemplo, da descriminalização do aborto não pode ser resolvido com a votação indiscriminada de eleitores porque requer discernimento de que nem todos são portadores. Seria absurdo que os problemas de natureza técnica ou ética pudessem ser resolvidos por maiorias desqualificadas.

Mas o processo do democratismo tomou conta de todos os meios de comunicação e é comuníssimo resolverem-se problemas de alta indagação, recorrendo-se apenas ao número total de sufrágios. Assim se prepara psicologicamente o próprio Legislativo para as soluções que se preparam no Congresso.

Ainda há poucas semanas, um programa de televisão bastante conhecido, "Fantástico", submetia aos telespectadores a momentosa questão do jogo do bicho. Partiu-se, então, para a tríplice solução possível: 1) manutenção do

estado atual; 2) criminalização do jogo do bicho; 3) legalização do referido jogo. Está claro que a maioria dos que se manifestaram não está em condições de opinar nessa questão, que os próprios iniciados não sabem como resolver. Mas, nessa frente, como em todas as outras semelhantes, o problema é recorrer ao número para solucionar os grandes assuntos sociais. Assim é que se preparam as votações do Congresso, que procuram sempre espelhar a opinião do povo, ainda que este espelhe a falta de bom senso.

A legalização do jogo do bicho atrai gregos e troianos para essa solução, que viria evitar o clima de corrupção atual, espalhado em todos os quadrantes. Polarizando a gente humilde, entretanto, o jogo do bicho dizima a população de baixa renda, agravando ainda mais a situação dos pobres, que não poucas vezes deixa de comer para jogar. Sem dúvida, o Estado, se é ético, não pode propiciar o jogo, que é vício dos mais perniciosos. Infelizmente, porém, é que, nesse terreno, o nosso Estado não dá os melhores exemplos, pois ele mesmo chamou a si a exploração de vários jogos de azar, que causam, mesmo entre as classes médias e altas, constantes prejuízos de ordem moral e financeira. Árbitro do jogo, o Estado infelizmente não tem idoneidade para proibir sequer qualquer incursão nessa esfera.

A Caixa Econômica Federal chamou a si a exploração do jogo de azar e está em condições de fazê-lo em dose maior. Afinal de contas, o jogo, de maneira geral, sempre enriquece os banqueiros à custa do empobrecimento dos jogadores. Mas reconheçamos que não é nada lisonjeiro para o Estado, a quem cabe a realização do bem comum, cuidar apenas do próprio bolso.

3. Apesar de aspectos parciais de nossa democracia estarem sendo cumpridos, jamais ela se poderá cumprir plenamente sem a necessária desconcentração de renda

O problema integral de nossa democracia ainda é o da desconcentração de renda, do qual não há como fugir-se. Nesse terreno, nós estamos num dos últimos lugares do planeta, abaixo de muitos países asiáticos e africanos. Segundo as próprias estatísticas oficiais das Nações Unidas, o nosso salário mínimo é um dos mais baixos do mundo, desafiando a equipe econômica do governo, que não poupa esforços

no sentido de aumentá-lo. A alta classe média e a classe superior, que não ultrapassam 20% da população total, gozam dos privilégios do bom-viver, mas a imensa maioria não tem sequer um mínimo de vida digna, que é preciso preservar.

Sabemos que não é fácil a empresa que se nos apresenta. É um dos meios a nosso alcance é aumentar a produtividade de nosso país, para a qual caminha o governo, ainda agora, preocupado, na viagem que fez à Europa, o Presidente da República em carrear para o Brasil capitais e incentivos estrangeiros.

Mas não basta. O caminho a percorrer é muito grande e tão cedo não chegamos à meta a que nos propusemos. Levando em conta também os muitos anos que tivemos de inflação, o que agravou tremendamente a diferença entre o pobre e o rico, a situação é, sem dúvida nenhuma, catastrófica: enquanto milhões ganham mensalmente R\$ 100,00, outros ganham R\$ 23.600,00, na área pública. Na área privada, há quem ganhe R\$ 150.000,00 ou mais por mês. Aliás, mesmo no serviço público, a concentração de renda não se faz omissa. Como diz o Presidente da República, em nota de “O Globo”, de 12 de outubro de 1995, é estranho que, nos Estados e Municípios, servidores ganhem mais que ele. Em oito Estados, segundo relatório do deputado José Genoíno (PT-SP), funcionários há que ganham mais que o Presidente. No Piauí, o Procurador Geral do Estado ganha R\$ 20.192,00. Infelizmente, o deputado Prisco Viana, relator da reforma administrativa, julga inconstitucional a imposição do vencimento do Presidente como teto. Fernando Henrique, entretanto, com base na própria Constituição, diz que nenhum servidor pode ganhar mais que ele, ou seja R\$ 8.500,00. Isso, aliás, é o justo e o lógico. Num país de parcas condições econômicas, não se pode admitir marajás pagos com dinheiros públicos. A diferença entre o piso e o teto das remunerações públicas e privadas atingiu um tal escândalo que já não é possível estudar o assunto sem resolvê-lo imediatamente.

Aqui não podemos procrastinar. Como dissemos alhures,

“creio que a cultura jurídica – ensinava San Tiago Dantas – renovada ao contacto do mundo moderno pode inspirar e realizar uma transformação do Direito, em cujos quadros se atinja e se discipline a mais completa reforma da sociedade.

Desde logo cumpre reconhecer que o sentido geral da reforma a que a sociedade moderna aspira – aqui enfatizadas as palavras do insigne professor – *é uma mudança de base da ordem jurídica: o deslocamento do centro de equilíbrio social da propriedade para o trabalho*”.

De fato, só o trabalho produz, como dizia Proudhon. Só ele, por isso, tem valor e direito à retribuição por excelência. A propriedade e o capital, portanto, como causas instrumentais da riqueza, têm, no máximo, direito apenas a uma remuneração secundária.

Enquanto, por toda a parte, o meio social exige um novo Direito, este mantém-se estratificado, sem acompanhar sequer as mudanças catastróficas das condições de vida da maioria do povo. A era da burguesia, girando em torno da propriedade, dificilmente, para as elites econômicas, descentraliza-se sequer para a sua relativização e muito menos para uma sociedade centrada no trabalho, a alma nova de toda a riqueza deste fim de século XX e limiar do terceiro milênio.

Não é senão por isso que Marco Maciel, Vice-Presidente da República, chega à conclusão de que a sociedade brasileira obtém muito mais êxito “no encaminhamento de soluções para o crescimento econômico do que para a melhor distribuição de seus resultados” (v. *Educação e Liberalismo*, Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 1987, pág. 231), quer sob o ponto de vista pessoal, quer sob o ponto de vista regional.

Em nome da justiça, máxime da justiça social, impõe-se a própria transformação do Direito positivo, que já não serve ao bem comum, que é o bem da esmagadora maioria. Mesmo que seja necessário desconhecer “direitos duvidosos e anteriores”, cumpre ao governo escolher o melhor caminho.

Quando o nosso governo imperial acabou com a escravidão, desconheceu os direitos de propriedade dos escravos, que eram invocados pelos senhores a todos os títulos. Tais “direitos”, obsoletos, passaram à história como dados anteriores que não primavam pela dignidade humana. Assim há de ser no presente, quando nos votamos ao combate de uma nova escravidão, igual ou pior àquela que sofreram os nossos negros.

Fernando Henrique Cardoso, em suas andanças pela Europa em favor do Brasil,

lembrou muito bem, na palavra de Gilberto Freire, que o nosso clima colonial era sintetizado pela dicotomia “Casa grande e senzala”. Hoje, acrescenta o Presidente da República, a dicotomia não é muito diferente: “Grande indústria e favela”. De fato, a observação é das mais verdadeiras que se pode fazer. Ao lado da grande indústria, que cresce, avassaladora, no sul e no sudeste brasileiros, a favela multiplica-se em todos os quadrantes, inclusive no seio e na periferia das grandes metrópoles. A situação, que nunca foi tão ímpar, desafia governos e a própria segurança. Por toda parte, miseráveis e traficantes, que com os primeiros se misturam, ameaçam a paz das famílias e dos trabalhadores.

Evidentemente o problema não é só policial. Sê-lo-á a curto prazo, mas, a médio e a longo prazos, não pode cingir-se apenas a medidas repressoras. Há que se fazer, sobretudo nas grandes cidades, uma autêntica reforma urbana, à guisa de complemento da chamada reforma agrária, para possibilitar moradias, ainda que modestas, à parte da população que não vive sequer como seres humanos.

Sabemos que o problema não é fácil de ser resolvido. Mas temos de enfrentá-lo, mesmo à custa de medidas excepcionais, se não queremos ser varridos catastróficamente daqui a alguns anos, com a proliferação incrível da natalidade entre as classes mais miseráveis.

Do imposto sobre a renda teremos de marchar, talvez, para o imposto sobre o patrimônio, enveredando pela taxação crescente do imposto de transmissão *causa mortis*, sobretudo tendo em vista o aumento irregular das fortunas nos últimos anos, em face da inflação avassaladora e cruel. Mas não só. Nossas massas miseráveis permanecem, em sua maioria, sem trabalho, por falta certamente de mercado. Nesse particular, são seres humanos que se julgam excluídos dos direitos e garantias que a Constituição pretende outorgar a todos. Medidas de incentivo de abertura de novas empresas deverão ser tomadas, sem esquecer a disseminação em grande escala da educação profissionalizante no ensino de segundo grau.

As medidas a tomar-se poderão ser de várias naturezas, mas não de ser corajosas e altamente solidárias, com a certeza da justiça social que se realiza para acabar com esse outro tipo de escravidão que hoje enlameia o nosso solo.

Lembremo-nos de que os direitos e garantias individuais devem, por justiça, deixar de existir quando imensas porções da sociedade já não os podem ter. A alta classe média e a

classe superior financeiramente não podem desconhecer a situação dos miseráveis, cujo roubo da própria comida, para sobreviver, não é levado à conta de pecado pela própria Igreja Católica.

Fiéis ao pensamento cristão, não cabe procrastinar: há que levar-se a solidariedade a esses párias sociais, que de fato foram excluídos das benesses da civilização. Para isso, o direito dos afortunados e dos fartos não existe para o seu largo supérfluo. Assim como a pessoa humana nasceu livre e não pode ser propriedade de ninguém, do mesmo modo não nasceu sem que a sociedade lhe pudesse dar um mínimo de condições materiais para sua sobrevivência. Aliás, Santo Tomás de Aquino, o insigne Doutor da Igreja, selou o que nós estamos dizendo quando declarou com toda sua autoridade: não pode haver progresso espiritual sem um mínimo material.

E o nosso salário mínimo, sabemos nós, não dá para as mínimas despesas de manutenção de uma só pessoa. Sabemos que tal salário é um dos mais baixos do mundo e desafia a nossa situação econômica global, que não é das piores.

Voltamos a insistir: a situação das camadas mais inferiores da sociedade é insustentável e requer corajosa intervenção do Estado em seu benefício. A filosofia política do neoliberalismo, que impera no momento entre nós, misto de liberdade e justiça social, não pode existir com o teor de liberdade existente no primeiro mundo, onde não se encontram os excluídos em profusão, que aqui já somam milhões.

Tem razão Marco Maciel quando, em “Democracia e Brasilidade”, 1995, pág. 9, diz crer que “os valores duradouros e imperecíveis do verdadeiro liberalismo nada têm que ver com o valor absoluto ou o poder absoluto do mercado”. “Não prego – prossegue – nem nunca preguei o Estado mínimo, nem acredito que a *mão invisível do mercado* seja capaz de regular com eficiência os conflitos sociais”. O poder de intervenção, de regulação e de arbitramento do Estado, no entanto, não será eficaz se não for ágil, competente, justo e neutro, em face dos interesses privados. Acredito, como Popper, o grande filósofo recentemente falecido – grande filósofo da ciência política e, por que não dizer, também do liberalismo –, que “o importante em Política não é saber quem deve governar, mas, sim, que parcelas de nossa liberdade devemos ceder ao governo, para que possamos viver numa sociedade justa e igualitária”.

Para obviar tal dificuldade, nosso Estado tem de intervir mais, até que se restabeleça o equilíbrio entre as classes, distanciadas, no momento, de maneira catastrófica. Salários superiores a mais de 230 vezes o nosso salário mínimo dão-nos uma idéia do que é a distância entre o gigante e o pigmeu, em nossa sociedade. Está claro que não pregamos qualquer tipo de igualitarismo mas, de outro lado, não podemos imaginar na sociedade, entre o pária e o nobre, distâncias inimagináveis e anti-humanas, a não ser que nos dispensemos de viver democraticamente. Sem dúvida, não há democracia onde uma parte ponderável da população não tem acesso sequer a um mínimo de vida humana digna e saudável.

É verdade que a natalidade desenfreada dos miseráveis e marginais não pode continuar, indefinidamente, a criar novas e constantes obrigações para a sociedade. Chegaria isso a um ponto de difícil solução. É preciso que os que se arvoram a pais tenham responsabilidade bastante para não criar filhos sem os necessários pressupostos. Poder-se-ia até pensar, talvez, na criminalização da gravidez sem condições absolutas de manutenção e educação do filho que levemente se procura.

4. Entre as intervenções do Estado, não pode ser descartada a reforma agrária, indispensável à paz social do campo e necessária à racionalização de nossa produção agrícola

Há muito tempo que se fala e se discute a reforma agrária. Chegou-se, na época dos governos militares, a aprovar um Estatuto da Terra, que teve facetas positivas. Mas o problema alonga-se e a reforma agrária, desejada por gregos e troianos, vai sendo adiada indefinidamente. Todos a querem e, no fundo, ninguém a quer. Os adiamentos constantes e a atuação dúbia do Inca levaram os sem-terra a tomar medidas extremas de invasão de fazendas, tumultuando caminhos e estradas no interior. Está claro que não podemos aprovar nada disso. A reforma agrária há de fazer-se dentro da lei e com o respeito pelas propriedades rurais que estão, sobretudo, produzindo.

Mas é preciso reconhecer que a terra improdutiva, por culpa de seus proprietários, não pode continuar presa a um direito obsoleto e injusto. Pesa-lhe uma verdadeira hipoteca social. Não cumprida a obrigação social do

proprietário, perde este o direito sobre a terra. Se as leis atuais não reconhecem isso, força é admitir-se a elaboração de um conjunto de diplomas legais que tendam para esse objetivo.

Dentro, porém, da ótica hodierna, já tem o Estado condições bastantes para desapropriar glebas improdutivas, a fim de distribuir estas e outras, de propriedade oficial, às famílias que se candidatam ao cultivo da terra. Quando não for possível, por qualquer motivo, a desapropriação, impor-se-á o aumento crescente do imposto de propriedade sobre os latifúndios, para provocar a venda e fragmentação dos mesmos.

O problema assumiu, na atualidade, feição muito grave, que provocou a intervenção do Presidente da República, no sentido de substituir o dirigente do Inca. Provavelmente agora, far-se-á a reforma. E oxalá que isso aconteça, para solução de uma das mais emperradas questões que preocupam o Brasil.

O problema, porém, não é só de distribuição de terras, que, no fundo, não seria terrivelmente difícil. O problema crucial, no caso, é o da escolha das famílias que devam ser preferidas por suas naturais condições de adaptabilidade ao solo e à cultura agrária. As prioridades hão de ser estudadas conscienciosamente, para benefício do próprio Brasil.

E mais: o governo há de estar em condições de propiciar ao cultivo da terra elementos de racionalização que possam trazer não só o aumento da safra como a sua melhoria crescente.

A reforma agrária não tem por objetivo unicamente resolver a questão social da distribuição da terra, mas também, e cumulativamente, atingir o âmago profundo da produção agrária nacional.

Se o país se industrializa crescentemente, é preciso que possa manter produção hortigranjeira pelo menos em condições de suprir as necessidades de 150.000.000 de habitantes.

Resolvida a questão agrária, a democracia aprimora-se no meio rural.

5. Se a democracia não se efetiva plenamente sem um mínimo material para o cidadão, do mesmo modo não se realiza sem um mínimo de cultura

Havemos de resolver proximamente o nosso problema de salário mínimo condigno. Mas, ao mesmo tempo, não podemos descurar do problema de mínimo de cultura para o cidadão.

Temos, em primeiro lugar, de varrer o analfabetismo, cujos índices são dos mais altos. Mas não só. Temos de vitalizar os três graus de ensino, sobretudo os dois primeiros, que devem ser públicos e gratuitos para a imensa população que os procura.

Há setenta anos atrás, quando éramos ainda meninos, a escola primária era das melhores e das mais conceituadas. Hoje, ela entrou em terrível decadência, por toda a parte. Há que refazê-la, reciclando o professorado e colocando-a em condições de preparar as gerações de amanhã.

Para isso, uma coisa será necessária e imediata: a revisão incontinenti dos salários dos professores. Nunca o professor no Brasil ganhou tão pouco. Um lixeiro da COLURB ganha mais que um mestre de primeiras letras. É vergonhoso e um verdadeiro achincalhe. Por isso mesmo, perdem-se as melhores vocações para o magistério, que se encaminham para outras carreiras.

É um truísmo, mas precisa ser dito e repetido um milhão de vezes que seja: país algum lidera a civilização sem dar atenção ao seu plano educativo. Se queremos ser grandes no futuro, não podemos fugir dos gastos, no presente, em nossa formação.

Podemos deixar para amanhã a construção de prédios escolares melhores e até os consertos que não sejam inadiáveis. O que não podemos é adiar o pagamento vital dos professores. Adiando-o, adiamos sem dúvida a redenção do Brasil, que já está atrasada há muitos e muitos anos.

Sem educação nos níveis primário e secundário, dada a contento a todos os que os procuram, não é possível realizar-se a democracia com que sonhamos, e sem cultura superior dificilmente nos tornaremos partícipes da civilização.

Como proclama Marco Maciel, em “*Democracia e Brasilidade*”, p. 6, “Não seremos uma Nação justa, equilibrada e solidária, enquanto o direito à vida, à educação, à saúde, ao trabalho e à cultura não forem assegurados a todos os brasileiros”. E em seguida prossegue na pág. 11:

“A educação, como a concebemos hoje, não é apenas o aspecto formal do ensino como preparação para a vida, mas sobretudo a educação para a cidadania ativa que significa participação e partilha dos benefícios coletivos do desenvolvimento e da democracia”.

Longe estamos do velho liberalismo de antanho. Fiéis aos princípios de justiça social, o liberalismo que esposamos é pleno de solidariedade para com os deserdados.

6. Sem capacidade para a manutenção de sua saúde, também o cidadão não faz jus à democracia

Ganhando realmente um mínimo para se manter, a si e a família, e não dispondo de condições para enfrentar os problemas de educação de seus filhos, o cidadão ainda não pode julgar-se numa democracia se não consegue superar as dificuldades da própria saúde e de sua família.

O Estado, que tem naturalmente a seu cargo os problemas de educação e saúde do povo, esforça-se no momento por privatizar as suas empresas, a fim de concentrar-se em seus objetivos fundamentais.

Enquanto isso não se verifica, porém, a situação mantém-se calamitosa: os hospitais públicos, sem material e muitas vezes sem médicos, não têm condições para cuidar da saúde do povo, mesmo nos casos emergenciais do pronto-socorro. Os doentes acumulam-se nos próprios corredores e muitos lá morrem sem sequer conhecerem qualquer tipo de tratamento. A situação, de tal modo notória, noticiada em jornais, dispensa qualquer comprovação.

O médico, como o professor, ganha pouco. Mas os donos dos serviços hospitalares não desconhecem as fraudes que enxameiam os convênios comuns no Ministério da Saúde. Tais fraudes dificultaram a aprovação do IPMF, pedido pelo Ministro Adib Jatene, para resolver o problema dos custos dos hospitais.

Portador de um salário que, quando não é mínimo, não chega a R\$ 500,00 para milhões, o cidadão não tem, em geral, condições para enfrentar os dolorosos problemas da sua saúde e muito menos de sua família.

Para os mais aquinhoados, os planos de saúde particulares procuram obviar a falta dos recursos públicos. Mas força é convir que tal solução só alcança pessoas de nível financeiro bem mais promissor. Aliás, tais planos, por não interessarem ao grande público mais pobre, permanecem em sistema de grande liberdade, sem sequer encontrarem qualquer restrição de ordem legal nos seus contratos com o povo que os procura. Alguns chegam a vedar o seguro de tratamento para certas e determinadas doenças, sem que qualquer medida os coíba.

Diante de tal situação, a saúde de ponderável parte da população é um mito. Sem ela, porém, já não é possível qualquer tipo de democracia.

7. Uma sociedade de piratas jamais pode ser também democracia

A sociedade de piratas de antanho, que girava em torno dos navios predadores, que assolavam os mares, jamais poderia ser considerada uma sociedade democrática, por mais que respeitasse, em outros domínios, os símbolos correntes da democracia. Tanto basta para dizer que não existe autêntico governo democrático onde não exista um mínimo de vida moral.

A democracia toldada pelo crime e pela contravenção de toda espécie já não é símile de vida humana a exigir consenso. O Estado de Direito que a democracia implica exige, por si só, o respeito a regras de convivência, sem as quais a vida democrática é um mito. Sob esse aspecto, poderíamos dizer que uma democracia é tanto mais democracia quanto mais incursões no domínio da moral e do Direito fizerem os seus componentes e sobretudo os seus governantes. Em nosso país, infelizmente, não é esporádica a corrupção, que se espalha, lastimável, em representantes dos três Poderes. O escândalo do orçamento, por exemplo, e o da Previdência Social, além do que provocou o impedimento do governo Collor, são suficientes para demonstrar que a corrupção é hoje quase, no Brasil, um produto de ordem cultural.

O pior, no entanto, com relação ao caso, é que a própria justiça, quando acionada, só chega a formular sanções para os corrompidos, ficando até hoje os corruptores livres de qualquer penalidade.

Mas essa não é a principal lacuna do Estado brasileiro em relação a seu dever precípua de zelar pelos princípios éticos mais elementares. Além da repressão, o que mais importa ainda é a prevenção. Ao Estado cabe reprimir, mas, sobretudo, prevenir o crime e a contravenção e velar pelo ambiente moral dos governados, máxime da juventude nacional.

Apesar de separada a Igreja do Estado, cabe a este colaborar com aquela e com as demais religiões no que toca ao aprimoramento moral da população. Sem feição religiosa, a educação moral e cívica e o estudo de problemas brasileiros davam, no ensino primário e secundário,

noções fundamentais de ética à nossa juventude, além dos princípios essenciais da cidadania indispensáveis ao homem cívico. Por decreto subreptício, desapareceram essas disciplinas, que tanto incomodavam os agnósticos, defensores de um liberalismo extremado, de tipo pré-liberal. Foi pena, porque, sobretudo, a cidadania não consta só de direitos, mas também de deveres, sem os quais a nossa incipiente democracia fenece.

O nosso liberalismo, mal compreendido, levou-nos ao mais aberto permissivismo, inclusive nos meios de comunicação de massa, quais sejam, sobretudo, o rádio e a televisão. A senha parece ser: é proibido proibir. Nos programas em horário nobre, acessíveis às próprias crianças, cenas de violência e de sexo explícito são irradiadas e televisionadas, num desrespeito flagrante à formação da juventude.

Somos também, como quase todos, contrários à censura por motivos políticos e técnicos mas, nem por isso, podemos aprovar irrestrita liberdade nos espetáculos de rádio, televisão e cinema, sem a competente censura ética. A liberdade atual vai amolecendo aos poucos crianças e adolescentes e impermeabilizando-os na sua própria consciência moral, ainda em formação.

Os programas, além das cenas a que já nos referimos, repercutem nas idéias que abrangem, dentro do anormal que se torna normal pela repetição indefinida e constante. Numa das novelas de maior audiência de um dos canais de televisão mais afamado, em horário das 20 horas, erige-se o crime, a desonestidade, a deslealdade, a mentira, a dissimulação etc. de um tal modo, em quase cada protagonista, que o telespectador nem tem tempo de se aperceber da confusão que lhe vai n' alma, para considerar simplesmente o enredo como uma repetição da vida real, sem maiores conseqüências. As novelas vão assim tornando habituais e comuns as atitudes éticas mais desprezíveis e fazendo coro com os insanos de espírito, que imaginam que a cultura moral é uma simples caretece.

Sem reforma de tudo isso, a democracia passa a estar em perigo. Tudo que há de mais elevado no mundo moral perde-se no mar do desprezível e do atéico.

Um movimento da sociedade paulista, intitulado "O Amanhã de Nossos Filhos", está encetando, junto ao Congresso, ação dinâmica

para combater o atual estado de coisas no domínio dos espetáculos televisionados a que nos referimos. O que se depreende de tal movimento é que tal situação se mantém pela ação exclusiva do *lobby* dos canais de televisão, interessados apenas nas audiências dos programas.

Assim, um assunto que devia ser resolvido por critérios éticos passa a ser resolvido por exclusivos critérios econômicos.

Esse é mais um dos irracionais de nossa incipiente democracia.

8. Destruído o critério da representação política, destrói-se também o âmago da própria democracia

O art. 45 da Constituição Federal, que atenta contra a unidade nacional e incita os Estados do Sul ao separatismo, estabelece, dentro dos casuísmos do regime anterior, um mínimo de 8 deputados por Estado, como se se tratasse de representantes da Câmara Alta, e um teto máximo de 70, depois de afirmar que a representação da Câmara é proporcional à população. O resultado está aí para ser comprovado: as regiões Norte e Nordeste, com mais Estados e menos população, ficaram em média com 2/3 dos deputados, para 1/3 da população. Enquanto isso, o Sul e o Sudeste, com 2/3 da população, têm apenas 1/3 dos deputados ou pouco menos. Impõe-se, portanto, recobrar a autenticidade da representação popular na Câmara dos Deputados, o que pode fazer-se também com a diminuição do número de

representantes, demasiado grande, por todos os motivos.

Se Estados menos populosos têm mais representação proporcional que Estados mais populosos, a representação política foi em parte destruída, o que pode levar muitas vezes a resoluções parlamentares não-plenamente identificadas com o pensamento da maioria do povo brasileiro.

Constituídos por menor autenticidade da representação ou não, vários irracionais se alinham na Constituição atual, que tornou o país ingovernável e justificou a série de reformas que o atual governo está pedindo ao Legislativo.

Entre tais irracionais, dos 5.000 Municípios existentes no país, cerca de 1.000 não têm condições de exercer a autonomia política e o *munus* do governo local.

Outro irracional, por exemplo, é o da omissão dos três Poderes da República, sem lhes acontecer absolutamente nada. Se o Legislativo deixa de votar o orçamento no próprio exercício, não há sanções para tal irregularidade nem substitutivo para esta falta de exação. O mesmo acontece com as omissões do Executivo e do Judiciário, que não encontram controles para lhes atribuir correições por atos não concluídos nos prazos respectivos.

Não foi à-toa que nos últimos tempos surgiu a idéia de submeter o Poder Judiciário a um controle externo. Embora sejamos contrários a tal controle, reconhecemos, contudo, que alguma coisa devamos fazer para combater tal situação, sem dúvida antidemocrática.

Conservadorismo, liberalismo e social-democracia: um estudo de direito político

FERNANDO BRAGA

SUMÁRIO

1. Ideologia política (do conceito metafísico à história). 2. Totalitarismo. 3. A ideologia nos dias de hoje. 4. A trilogia das idéias. 5. Síntese interpretativa.

1. Ideologia política (do conceito metafísico à história)

Apesar das muitas variações que extremam o conceito de ideologias políticas, desde a negação à utopia, creio que este tratado das idéias em abstrato (*lato sensu*) seja um conjunto de pensamentos e crenças a nos forçar a percepção necessária de uma exteriorização universal, para que nela possamos operar com nossa formação sobre o ângulo político pretendido (*strictu sensu*).

É, ainda, esse sistema abstrato, para a sociologia, um conjunto de idéias peculiar a determinado *status* social do grupo e de seus membros, sendo que essa função raramente chega à luz da consciência dos que a professam.

As idéias básicas sobre ideologia, contidas no *Apelo Onipresente*, são caracterizadas por Roy C. Macridis¹ assim dispostas:

1. *Amplitude*: contém, em seu todo global, a ideologia, particularizando sua lógica e estrutura internas;

2. *Difusão*: Consiste na extensão de tempo em que uma ideologia se fixa e se corporifica num determinado meio, isto é, um processo que convencionou o espaço operativo da ideologia,

Fernando Braga é Advogado e Professor universitário.

¹ Professor de Cooperação Internacional na Brandéis University, autor de *French Politics in Transaction e Modern Political Systems : Europe*.

o seu declínio e a sua influência na gama social modelada por sua ação;

3. *Extensão*: referente a um teste numérico, a um mapa ideológico, ou seja, quanto maior o espaço da percepção teórica populacional, maior também se torna a sua extensão;

4. *Intensidade*: o grau de influência e força de uma ideologia, implicando interesses amplamente compartilhados e comprometidos.

O historicismo da ideologia apareceu no fim do século XVIII, no tempo da Revolução Francesa, com Destutt de Tracy (1774-1836) e seu círculo de intelectuais ligados ao *Institut de France*, portanto, liberais e filósofos que seguiam a corrente de uma tradição medida desde Descartes² com o seu *Cogito, ergo sum* (*Je pense donc je suis*), até ao Existencialismo de Sartre³. A *Ideologie*, como método específico e universalmente aplicável, fora usada como ciência das idéias no intuito de proporcionar o verdadeiro fundamento para as demais ciências, com domínio próprio na história natural da mente, devendo investigar e descrever a forma pela qual nossos pensamentos se constituem.

A palavra adquiriu uma conotação mais frontal quando Napoleão⁴ e os liberais do *Institut* se indispueram politicamente, sendo os pensadores caracterizados de ideólogos, tendo a palavra, segundo Anthony de Crespigny⁵, se perdido num nevoeiro de idéias abstratas, na busca vã dos primeiros princípios.

A ideologia continuava sendo empregada como termo de acusação, codificando os sistemas de crenças e de grupos sociais que vão dos *Manuscritos* (1844) até a *Ideologia Alemã* (1845), formando o significado da palavra mais real, mas com algumas variantes de interpretação, contidas nos textos de Marx e Engels, como: 1) a ideologia como falsa consciência; 2) a ideologia como reflexo da infra-estrutura

² René Descartes, célebre filósofo e matemático francês (1596-1650). Autor de *O Discurso do Método, Princípios da Filosofia, Meditações Metafísicas*, dentre outras.

³ Jean-Paul Sartre (1905-1981). O criador do Existencialismo. Autor de *A Idade da Razão* e outras grandes obras.

⁴ Napoleão Bonaparte (1769-1821), um dos maiores soldados e guerreiros da história humana, e infeliz prisioneiro na Batalha de Waterloo, morto solitário e sem louros, no exílio da ilha de Santa Helena.

⁵ Professor na Universidade de Cape Town.

econômica; 3) a ideologia como parte orgânica e necessária de todas as sociedades. Tendo, ainda, alguns críticos concebido a ideologia como um puro vazio, uma ilusão que ignora seus próprios alicerces materiais, tendo a posição de Lukács⁶ em *História da Consciência de Classe* (1923) definido ideologia como falsa consciência, com apoio de Marcuse⁷ e Habermas⁸, que a tratavam como uma “consciência totalizadora”, sendo que o “espírito absoluto” apregoado por Engels fora substituído por um novo sujeito da história – o proletariado –, tendo a obra de Lukács merecido grande aceitação pelos adeptos da escola de Frankfurt.

2. Totalitarismo

O totalitarismo é um tipo de organização social em que o Estado monopoliza não somente o poder político, mas todas as funções de controle distribuídas entre grupos e instituições que integram a sociedade, também conhecida como a doutrina que preconiza o tipo de organização política ditatorial.

Para Roy C. Macridis, o totalitarismo, como regime ideológico, é antidemocrático; recusa as liberdades individuais e de associação; usa a força como um instrumento de governo; apóia-se num único partido, excluindo toda competição política contra partidos e grupos; as assembléias representativas são fantoches, aceitando unicamente os políticos formulados pela liderança, e as eleições são controladas pelo aparelho do Estado e pelos funcionários do partido. Tendo ainda, como características comuns e semelhantes, os seguintes aspectos: 1) a ideologia é total e absorve a sociedade; 2) toda sociedade é subordinada ao partido, ao Estado e ao líder; a economia, a vida social e artística (não há pluralidade cultural) são

⁶ György Lukács (1885). Filósofo e Político húngaro. Foi Professor de Estética na Universidade de Budapeste.

⁷ Herbert Marcuse, filósofo alemão, formado pela Universidade de Berlim e Friburgo, Professor de Ciência Política na Universidade da Califórnia. Autor, dentre outras obras, de *A Ideologia da Sociedade Industrial, Reason and Revolution, Soviet Marxism e Eros e Civilização*.

⁸ Jürgen Habermas (1929). Filósofo alemão. Representante da Escola de Frankfurt. Autor de *Entre a Filosofia e a Ciência - O Marxismo como Crítica*, 1960.

sincronizadas ao regime; 3) o partido único governa e controla o Estado; 4) não há competição política; 5) a intimidação e coerção são institucionalizadas pela política; 6) o comando e a execução, bem como a autoridade e o poder do líder, são absolutos; 7) existe uma tendência expansionista: exaltação à nação e um “forçado” nacionalismo, não como um credo político, mas como uma crença doutrinária num sistema fechado.

São exemplos:

1. *Fascismo*: Ideologia e organização política introduzida na Itália por Benito Mussolini (1833-1945) e seus adeptos, em 1922, tendo como conteúdo a ditadura baseada num partido único, influenciado por idéias sindicalistas e por impulsos nacionalistas, como aconteceu no Brasil com o Integralismo, de Plínio Salgado. O Estado fascista reagiu contra o liberalismo e o individualismo, tentando instituir, na Itália, um regime corporativo, em que o sistema político-social constitui a base do Estado, e os homens vivem naturalmente enquadrados em grupos sociais (família, profissão, município), harmonizando as relações entre capital e trabalho, produção e consumo.

Mussolini, um ex-revolucionário socialista, rompeu com o partido por causa da participação da Itália na Primeira Guerra, tornando-se líder categorizado de um grande contingente de veteranos com mentalidade nacionalista (por revolta), e de outros grupos de combate, como o *fasci di combattimento*. Mussolini empenhou-se contra uma série de movimentos marxistas, sendo ele – o *Duce* – designado Primeiro-Ministro à frente de um gabinete de coalizão, usando a força e se fazendo chefe de um Estado totalitário, no qual o apregoar da liberdade de pensamento “foi o mais doloroso desastre, porque, em substituição às verdades clássicas, não nos deu nenhuma certeza e só soube criar princípios”, como escreveu Keyserling⁹.

Mussolini foi destroçado pela estratégia dos aliados e esmagado pelo rolo compressor do eixo de que era uma das molas mestras, caindo como se fora o próprio protagonista dos versos de Júlio César, feitos quando a Terra devia passar pela cauda do Cometa de Halley, como sinônimo de desgraça:

“Quando os pobres morrem não se vêem cometas, abraseiam os céus quando falecem príncipes.”

⁹ Hermann Keyserling (1880-1946). Autor de *Das Reisetagebuch eines Philosophen*, 1919.

2. *Nazismo*: Foi um movimento ideológico e político organizado, em 1919, por Adolf Hitler (1889-1945), com o nome de Partido Nacional-Socialista Alemão dos Trabalhadores (*Nationalsozialismus*). Enquadrou-se nas idéias da supremacia da raça ariana sobre as demais e do Estado sobre o indivíduo. O autoritarismo de Hitler, que se julgava “todo-poderoso”, consistiu numa desgraçada interpretação, na prática, da genialidade de Nietzsche¹⁰, o solitário que pensava habitar mais próximo do raio, que monologava com sua própria sombra, como um *anticristo* a arquitetar as misérias da vida numa *genealogia da moral*, e que imaginou, com o seu niilismo aristocrático, uma raça superior com a criação do super-homem, baseado no conceito metafísico da “vontade de poder”, numa transmutação de valores, servindo, infelizmente, de modelo para que Hitler, por um ato supremo e inexplicável de energia criativa, como afirma Frederick M. Watkins¹¹ e Isaac Kraminich¹², tentasse reverter o curso da história e fizesse reviver uma raça superior, tendo essa miserável experiência abalado as estruturas do mundo, na Segunda Guerra, de um modo demoníaco e aterrorizante¹³.

O tresloucado Ministro do III Reich e General da SS, apoderado de uma bestialidade apocalíptica, fora fulminado pela lástima e pelas misérias que aterraram em cinzas o seu projeto (*Mein Kampf*, 1927-9), tendo o *Führer*, desgraçadamente, nos subterrâneos da Chancelaria, silenciado para sempre e necessariamente com as lágrimas de pólvora dos canhões de agosto.

3. *Comunismo*: Conjunto de doutrinas social-filosóficas que atribuiu um papel histórico à luta de classes e, particularmente, ao proletariado que revolucionou as sociedades organizadas em moldes capitalistas, substituindo a economia capitalista por uma organização comunista e as sociedades divididas em classes por outras sem classes. Esse regime preconizava uma corrente de ação revolucio-

¹⁰ Friedrich Nietzsche (1844-1900). “O super-homem é produto desse gênio de cujos infinitos sofrimentos a natureza um dia teve piedade dando-lhe a loucura”, diz um seu biógrafo. Autor, dentre grandes livros, de *Assim Falou Zaratustra*, 1891.

¹¹ Cientista político.

¹² Professor da Cornell University.

¹³ Uma das idéias básicas do nazismo, pouco divulgada, era a quebra do padrão-ouro, como princípio harmônico na economia do País, causa geradora de efeitos dolorosos.

nária do proletariado e a instituição de uma organização totalitária, estatocrática, baseada na ditadura do proletariado.

“Do ponto de vista da Rússia, o marxismo era uma doutrina particularmente desencorajadora. Suas esperanças futuras eram todas baseadas em condições que, supostamente, surgiriam nos estágios avançados de industrialização, o que não se aplicava à Rússia de antes da Primeira Guerra Mundial. A perspectiva era, desse modo, sombria para os que sonhavam com uma sociedade sem classes”.

Seguindo essa linha de pensamento, Lênin ¹⁴ tornou-se original na arte da política pelo fato de haver reconhecido que a causa revolucionária seria inevitável.

Em seu livro *Que Fazer?* (1902), Lênin evoca um partido elitista e disciplinado, com a função de infiltrar-se e tomar posições de liderança em organizações populares, o que chamou de “correias de transmissão” para o exercício do poder, tendo, por isso, o partido comunista da Rússia se tornado o primeiro exemplo de uma agremiação revolucionária moderna. Com a fórmula clássica de Yossef Vissarianoovich Stálin (1879-1953), o leninismo é o marxismo de nossa época, calcado no princípio básico do socialismo científico, como modelo exemplar do materialismo dialético, paradigma de crenças na inevitabilidade de uma revolução política e no surgimento de uma sociedade sem classes, estruturada na preexistência de uma economia capitalista plenamente desenvolvida.

Desde 1945, houve três dissidências importantes no movimento comunista: a Iugoslávia, em 1948, era acusada por líderes soviéticos de práticas alheias ao regime, chamados de “pecados ideológicos”; a China de Mao-Tsé-Tung, em 1960, culpava Nikita Kruchtchov de “degenerar” o comunismo, pregando o capitalismo na Rússia e Estados-satélites. A Albânia, também em 1960, aliava-se à China, por terem sido restabelecidas as relações da URSS com a Iugoslávia, sua vizinha e rival. Essa dissidência, todavia, continua, ainda hoje, com a China, que não teve por base, em sua revolução, apenas aquele fenômeno maniqueísta das cartilhas ideológicas – a luta do povo contra os opressores –, mas

¹⁴ Vladimir Ilitch Ulianov (1870-1924). Seu pseudônimo foi inspirado em Lena, nome de um rio da Sibéria, onde estivera exilado.

variados fatores de ordem externa e interna, fazendo do comunismo um regime *sui generis*, com elementos de barbárie camponesa aliados à sofisticação da análise marxista.

Em continuação a essa derrocada, contarei, ainda, aos meus filhos como se deu a queda do Muro de Berlim, a unificação das duas Alemanhas, a desintegração da URSS, a volta da Rússia ao mapa da Europa e a independência dos países do leste europeu, integrantes da velha e extinta Cortina de Ferro.

3. A ideologia nos dias de hoje

As influências da tradição européia podem ser apontadas nas concepções modernas de ideologia, dimensionadas com a *Sociologia do Conhecimento*, desenvolvida por Mannheim ¹⁵ ao defender que os modos de pensar não podem ser compreendidos fora do seu contexto social, preconizada a atual *inteligentzia* no mundo moderno, em que a camada média não comprometida, desagregada e relativamente sem classes está apta para a conscientização da verdade, porque, como asseverou Goethe¹⁶

“o homem de ação é sempre inconsciente e ninguém tem consciência afora o expectador (...) porque nada se deve procurar atrás dos fenômenos porque eles mesmos são a teoria (...) e a humanidade progride, mas o homem continua o mesmo”.

O cientista William T. Bluhm sugere uma distinção entre ideologias retóricas e ideologias latentes. As primeiras são sistemas de palavras elaboradas e autoconscientes, formuladas em níveis bastante abstratos, que constituem a linguagem de debate político em tempos de pressão; e as segundas são o conjunto implícito de termos políticos expressos em atitudes e comportamentos durante épocas mais tranquilas.

Já o pensador Plamentz faz a distinção entre ideologia sofisticada e não-sofisticada, na mesma variedade de Bluhm, enquanto o Professor Althusse diferencia ideologia (simplesmente) de ideologia teórica, dizendo ser esta última a formulação trabalhada e consciente de atitudes ideológicas inconscientes.

¹⁵ Karl Mannheim. Filósofo e sociólogo húngaro (1893-1947). Professor da Universidade de Frankfurt e da Universidade de Londres.

¹⁶ Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832). Autor, dentre outras grandes obras, de *O Fausto*, discurso ao povo alemão.

Faz-se necessário dizer que a ideologia no conhecimento e a ideologia na política são as mais evidentes. No primeiro caso, a ideologia é composta da verdade (relativa) e, no segundo, a verdade não existe, dando evasão apenas ao funcional da ideologia.

A ideologia – como definida por muitos – sempre existirá para o discernimento do homem tragediado e engajado na constante fenomenologia como indicador de inevitável mutabilidade sócio-política? Não se saberá porque “cada época, cada geração, cada vida tem sua própria realização”, como entende o cientista Alexander Herzen, porque a vontade caracteriza o homem moderno, como ao antigo caracterizava a razão, visto que não existe nenhum final feliz nos capítulos que fazem a história da humanidade, como *Um Credo*, segundo o pensamento de Leszek Kolakowski, em *A Presença do Mito* (editado pela Universidade de Brasília), ou como nas perguntas que tripartiam a grande dúvida de Dostoiévski¹⁷ “Por quê? - De onde? - Para onde?”

4. A trilogia das idéias

1. *Conservadorismo*: É a doutrina ou atitude favorável à perpetuação dos padrões existentes, e oposta, portanto, à mudança, exercendo uma função básica em qualquer sociedade.

Para o cientista Michel Oakshott¹⁸, segundo suas várias interpretações, *ser conservador* é estar disposto a pensar e comportar-se de certa forma; é preferir certos tipos de conduta e certas condições de circunstância humana a outra.

Informa Roy C. Macridis que, nos últimos vinte anos, o termo “conservador” ganhou respeitabilidade, e essa ideologia, muitos seguidores. Nos Estados Unidos, eles são liberais e adotam essa doutrina nos moldes verificados no século XIX, acreditando no individualismo econômico, na competição, no sistema de livre empresa, e são contra a intervenção do Estado, sendo que, até 1932, eram liberais, e hoje se caracterizam como

neoconservadores. Essa mudança deu-se com a depressão econômica de 1929, conhecida por *Crash*, no governo de Hoover, estendendo-se até o *New Deal*, de Franklin Roosevelt, como uma nova orientação política e um novo trato ao modelo existente.

Os neoliberais, com a assimilação dos negros na década de 50-60, nesta última, quando era Presidente John F. Kennedy, e com o assassinato de Martin Luther King, líder do movimento de libertação *I Am*, apresentaram uma nova plataforma de governo disposta a assegurar as minorias étnicas (para detrimento de muitos), responsabilizando-se pela ampliação das oportunidades políticas e sociais: assistência, controle econômico e igualdade como símbolo de justiça social.

Os adeptos do *New Deal* eram os neoliberais ou liberais welfaristas, ou ainda liberais coletivistas, e os liberais ditos autênticos que os rejeitaram tornaram-se conhecidos por conservadores ou neoconservadores.

O “estatismo” da era rooseveltiana mudou o significado do liberalismo – onde os neoconservadores passaram a refletir o pensamento dos liberais do século passado, favoráveis à intervenção dos controles estatais na economia, apoiando as medidas de um bem-estar (*welfare*) –, havendo, em 1932 até o advento da Segunda Guerra Mundial, a aceitação do *New Deal* por republicanos e democratas. Os trabalhistas foram os primeiros a aderirem a um grau de poder, pela legislação e com o crescimento dos sindicatos, vindo, em seguida, as minorias étnicas e religiosas das mais variadas formas e matizes.

Os neoconservadores dos Estados Unidos, continua Roy Macridis, destacam o núcleo econômico do liberalismo e permanecem atados aos núcleos moral e político com forças provindas do desencanto da classe média, contrária aos controles estatais, gastos públicos, altas taxas e centralização decisória por meio de uma crescente burocracia, mas que, em contrapartida, prejudicam a iniciativa moral das pessoas e afetam frontalmente seus incentivos, debilitando a produtividade e o crescimento econômico.

Destacou-se como precursor, nesse movimento, Edmund Burke (1729-1797), expoente da ideologia conservadora britânica que aparentava ser um liberal arguindo não somente contra as prerrogativas da Coroa em favor do Parlamento, como também da autonomia das

¹⁷ Fiódor Mikháilovitch Dostoiévski (1821-1881). Um dos maiores e mais sofridos escritores russos. Autor, dentre célebres livros, de *Humilhados e Ofendidos* (1861), *Os Irmãos Karamázovi* (1880) e *Recordações da Casa dos Mortos* (1862).

¹⁸ Professor de Economia Política da London School of Economics and Political Science. Autor do livro *Política e Racionalismo*, publicado pela Editora da UnB.

colônias da América do Norte, expressas nas teses *Thoughts on the causes of Present Discontents*, publicadas em 1770.

2. *Liberalismo*: Doutrina econômica que aconselha a competição inteiramente livre, julgando chegar, dessa maneira, ao máximo de bem-estar (*welfare*) individual e coletivo, na tentativa de organizar a sociedade ocidental nos termos do liberalismo e permanecer constantemente com as classes médias e burguesias, tendo o cunho de uma ideologia de classes privilegiadas.

O liberalismo, comenta Friedrich August von Hayek¹⁹, é a concepção de uma ordem política desejável que foi inicialmente desenvolvida na Inglaterra desde a época dos antigos liberais (*Old Whigs*), na parte final do século XVII. Foi essa concepção de liberdade individual que inspirou os movimentos liberais no continente europeu e se tornou a base política norte-americana.

Há uma diferença entre o liberalismo originariamente pertencente à tradição continental européia, que, embora começando a tentativa de irritar a tradição inicial, foi interpretada no espírito de um racionalismo construtivista, prevalecendo na França, detendo o ideal dos poderes ilimitados da maioria, tendo, ainda, o utilitarismo assimilado grande parte dessa tradição continental, e o partido liberal britânico do século XIX, que se voltou aos *whigs* liberais e aos radicais utilitaristas.

O liberalismo e a democracia, embora compatíveis, não podem ser confundidos; o primeiro se preocupa com a extensão do poder governamental e a segunda, com quem detém esse poder, sendo que o reverso da democracia é o autoritarismo. Mas há a possibilidade de um governo democrático ser totalitário e de um governo autoritário ter princípios liberais.

O primeiro tipo do liberalismo (não-teórico) nasceu na extensão em generalizar os efeitos benéficos que seguiram as limitações impostas aos poderes de governo, por ímpetos de desconfiança dos governados aos governantes, derivando de uma ordem espontânea nos assuntos sociais, o que fez Adam Smith e seus

seguidores desenvolverem os princípios básicos (teóricos) para sua aplicação.

O liberalismo recebeu o legado das teorias do direito comum e das teorias (pré-racionalistas) do direito natural, pressupondo uma concepção de justiça, permitindo a distinção entre as regras de conduta individual justa, disciplinadas em lei, e as necessidades de uma ordem espontânea.

No liberalismo, o filósofo inglês John Lock (1632-1704) destacou-se por suas teorias desenvolvidas em seus *Dois Trabalhos sobre o Governo*: a teoria do contrato do Estado, de acordo com a qual o Estado é o guardião do direito natural, e com o consentimento dos governados, em que o Estado protege o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

3. *Social-Democracia*: Essa doutrina, em 1848, representou a linha divisória do liberalismo europeu. Os povos, em particular os trabalhadores e os camponeses que deixavam o campo – num êxodo rural –, interpretando a gênese bíblica (XII), uniam-se para tomar o poder das classes proprietárias em nome da democracia e do socialismo radicais.

As classes médias estavam indefinidas. Uns ficavam ao lado dos democratas radicais, e os socialistas juntavam-se a estes. Outros apoiavam grupos conservadores, como a nobreza, o clero e os proprietários rurais que também resistiam ao liberalismo.

Os democratas radicais aceitavam o núcleo moral do liberalismo e seus direitos civis, liberdades individuais, liberdades de imprensa, religião e associação.

Os liberais aceitavam a lógica plena da democracia. O direito de voto tinha sido ampliado de modo a abranger todos os cidadãos, homens e mulheres, sendo eliminada a qualificação de voto baseada no grau de alfabetização, idade, residência, renda, etc.

Considerou-se necessária a intervenção do Estado para apoiar as atividades econômicas, na forma de controles de preços e por meios diretos e indiretos para estimular a atividade econômica. O envolvimento direto do Estado na proteção de assistência aos desempregados e a ação direta e indireta do Estado na obtenção de empregos foram, e são, fatos indiscutíveis na maioria das democracias.

A social-democracia é considerada parte do desenvolvimento do socialismo, cujos adeptos, na Europa, são chamados social-democratas. A social-democracia começou, entre as décadas

¹⁹ Professor da Universidade de Friburgo, nascido na Áustria (1899). Prêmio Nobel de Economia (1974), juntamente com o sueco Gunnar Karl Myrdal (1898), com o trabalho precursor na teoria das flutuações monetárias e econômicas e análise da interdependência do fenômeno econômico, social e industrial.

de 50-60, a desenvolver características no âmbito da Internacional Socialista.

Em 1945, o Partido Trabalhista Inglês convocou a primeira reunião, em Londres, dos socialistas europeus, com o intuito otimista de um agrupamento com os socialistas do Leste. As dificuldades começaram a surgir, e, em 1946, o SPD (*Sozial-Demokratische Partei Deutchland*) não fora aceito como membro da Internacional Socialista, incorporando-se, somente em 1947, na Conferência de Zurich, o que viria a fortificar o socialismo europeu.

O *Cominform*, criado em 1947, por Stalin, representou uma oposição hostil aos partidos socialistas democráticos da Europa Ocidental, aliados à Internacional Socialista, já com a incorporação do SPD alemão.

Em 1948, os socialistas europeus preocupavam-se com o que os diferenciava dos comunistas daquele continente. Foi na Conferência da Internacional Socialista que começou, então, a se definir a expressão *democracia política*, de cujo manifesto se faz necessária a transcrição :

“Os partidos representados nesta conferência se opõem ao Estado de partido único e a todos os sistemas de governo nele baseados. São de opinião de que deve estar implícito o reconhecimento da preeminência do indivíduo, que deve ser garantido pelas seguintes liberdades: de pensamento, de opinião e de expressão; segurança com base na lei e proteção contra a interferência de outros indivíduos; igualdade perante a lei e proteção contra falsificações políticas baseadas na máquina da justiça; liberdade total e garantia de direitos nas eleições; direito de fazer oposição; igualdade política e legal de todos os cidadãos, sem restrições de classe, raça ou sexo.”

A Internacional Socialista, na Declaração de Frankfurt, assim se expressava:

“O socialismo objetiva liberar os povos da dependência de uma minoria que possui ou controla os meios de produção. Objetiva colocar o poder econômico nas mãos do povo como um todo e criar uma comunidade na qual homens livres trabalhem juntos, como iguais. Sem liberdade, não pode haver socialismo. O socialismo somente pode ser alcançado através da democracia, e a

democracia só pode ser caracterizada através do socialismo.”

Bernstein²⁰ esquematizou um gráfico como uma pirâmide de degraus feita de muitas camadas intermediárias, contrária à opinião de Marx, que representou a sociedade como uma pirâmide de lados lisos e com a classe capitalista no topo.

Em seqüência a esse comentário, como padrão da democracia social, o SPD alemão tornou-se o que denominaram de Partido do Povo (*Volkspartei*), e, por volta de 1966, fazia uma coalizão, chegando ao poder em 1969 com Willy Brand, que se tornou Chanceler na liderança de uma união com os liberais do FDP, com um programa de abertura eleitoral, aderindo-se à classe trabalhadora católica, aos eleitores rurais e com o apoio do voto feminino.

Processos semelhantes são verificados com o Partido Trabalhista Holandês (PVDA), que havia substituído o antigo Partido dos Trabalhadores Social-Democratas (SDAP), seguindo desse rompimento uma dissidência, com um novo partido, o dos Socialistas Democratas, formando, assim, uma liderança com o Primeiro-Ministro Socialista, à frente de uma política mais radical que as defendidas pelo governo trabalhista britânico. Com essa divisão, entre esquerda e direita, dentro do Partido Trabalhista, a expressão *socialista democrático*, como reconciliação gradual entre os defensores do liberalismo e os democratas radicais, sob a forma de democracia política, não mais se confunde com a expressão *social-democrata*.

Como a política é a arte do possível, é providencial justificarem-se, por tais razões e fatos, condições oscilantes que arrevesaram o quadro da social democracia, principalmente onde esse sistema era adaptado e ajustado com rígida disciplina.

Na Alemanha, acabou por cair o governo social-democrata de Helmuth Schmidt, depois de muitos anos no poder, com a casual ruptura do pequeno, mas decisivo, Partido Democrata Livre, com o forte e bem estruturado SPD, levando ao Gabinete o conservador Helmuth Kohl. Razões semelhantes se processaram na

²⁰ Eduard Bernstein (1850-1932). Fundador do Revisionismo, rejeitou a idéia da ditadura do proletariado, tornando-se advogado da reforma no lugar da revolução e defensor de mudanças graduais dentro de um contexto democrático. Suas teses sobre Socialismo e sobre *Mudanças Sociais* tornaram-se a base da *democracia social* de nossos dias.

Suécia, tendo o líder social-democrata Olaff Palmer ²¹, depois de alguns anos de ausência, retornado ao Governo.

Sobre essas mudanças na política européia, o inglês David Fleischer, Professor de Ciência Política na Universidade de Brasília, defensor de que o mundo já não é o mesmo, postula com seriedade a tese dessa assertiva, dizendo que o “pêndulo político da Europa está voltando de sua guinada conservadora, mas essa volta não se dá exatamente pelo caminho inverso, prevalecendo, para isso, uma forte dose de nacionalismo econômico e político, temperado com muita cautela”.

5. Síntese interpretativa

Neste trabalho, torna-se lógico dizer que, mesmo atribuídos mortos, por alguns, os conhecimentos da razão pura, e sendo o homem o principal objeto de qualquer pensamento filosófico, segundo o entendimento do pensador marxista Lucien Goldemann, a ideologia, não como “falsa consciência”, mas como “determinação social” e como símbolo de mudanças criativas em que a esperança é a busca maior, apenas sobreviverá como fato histórico. E pergunta-se: Existiu? Existe? Ou sempre foi utopia?

Encerrando este trabalho, aproveito para inserir no texto o pensamento luminar sobre a concepção das idéias que mestre Rui Barbosa assim sentenciou:

“Politicamente, eu me envergonharia antes de pertencer à turba dos indivíduos que não conhecem, na sua vida inteira, senão uma só idéia com a qual nunca se puseram em contradição.”

Bibliografia

As novas Atitudes “excerto da série “School-Briets”, da revista inglesa *The Economist*.

Bell, Daniel. *O fim da ideologia*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília : Universidade de Brasília, 1980. 334p. (Pensamento político, 11).

CRESPINGNY, Anthony de. Liberdade para o progresso. *Jornal de Brasília*, Brasília, 20 nov. 1992. Unidade 2.

CRESPINGNY, Anthony de, CRONIN, Jeremy, A *palavra e a história*.

DEUTSH, Karl. *Geografia das idéias*.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Ideologia jurídica*.

HAYEK, Friedrich August. *Liberalismo*.

MACRIDIS, Roy C. *O apelo onipresente*.

_____ . *A grande síntese*.

_____ . *A nova esquerda*.

_____ . *Democracia* : muitas raízes e famílias.

_____ . Os neoconservadores. *Jornal de Brasília*, Brasília, 4 dez. 1982. Unidade 4.

_____ . *Social democracia*.

_____ . *Totalitarismo*.

OASKSHOTT, Michael. *Ser conservador*.

Os vários tipos de comunismo. *Jornal de Brasília*, Brasília, 27 nov. 1982. Unidade 2. Artigo publicado na Revista *The Economist*.

OWEN, David. *A social democracia*.

STOPPIN, Mário. *Significado fraco/forte*.

Um Credo (extraído do livro Kolakowski, a ser publicado pela Editora Universidade de Brasília).

WATKINS, Frederick M., KRAMNICK, Isaac. *Fascismo, nazismo e comunismo*.

_____ . Idade da ideologia. *Jornal de Brasília*, Brasília, 13 nov. 1982.

²¹ Olaff Palmer fora assassinado por integrantes de grupos terroristas na noite de 28 de fevereiro de 1986.

Resolução sobre passe: irracionalidades e injuridicidades

ÁLVARO MELO FILHO

A tão decantada e “aboliconista” Resolução sobre Passe (Resolução INDESP nº 1, de 17-10-96) é do “Rei Pelé”; contudo, não estamos numa monarquia, mas num Estado de Direito, em que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de *lei*. Vale dizer, a regulamentação do passe subordina-se ao princípio constitucional da legalidade, cuja ofensa, ostensiva ou sub-reptícia, categoriza-se como abuso ou excesso de poder regulamentar. Aliás, o regulamento para execução de lei, não é, nem pode vir a ser, outra lei, a pretexto de completá-la. E, como já assentou o plenário do Supremo Tribunal Federal (*DJU* de 30-09-91, p. 13440 e seg.), se o ato regulamentar extrapola o conteúdo da lei, pratica-se ilegalidade. Por isso mesmo, “não tem cabimento, no nosso regime, o regulamento autônomo. Nesse contexto, as explicações para sua existência demonstram ignorância do nosso Direito Constitucional; didaticamente, prestam um desserviço, por induzirem ao erro os mais inadvertidos; politicamente, contribuem para reforçar o caráter ditatorial dos nossos governos, amesquinhando nossas conquistas jurídicas”.

A propósito, impõe-se aduzir que a referida Resolução INDESP nº 01/96 infringe o Decreto nº 1.937/96 do Presidente da República, malferindo o seu artigo 5º por força do qual

“as proposições regulamentares estabelecerão as condições para aplicação da lei, não podendo conter matéria estranha ao ato legislativo a ser regulamentado”.

Desdobre-se, agora, em itens, as irracionalidades e injuridicidades condensadas no normativo sobre passe:

Álvaro Melo Filho é Advogado, Professor de Direito e Autor de vários livros na área do Direito Desportivo.

1) A Resolução nº 1/96 do INDESP, como se fosse um “ato institucional desportivo” ou um “edito real”, extravasa e exorbita da competência atribuída no art. 26 da Lei nº 8.672/93 (Lei Zico), outorgada, exclusivamente, “para fixar o valor, os critérios e condições para pagamento da importância denominada passe”, ampliando, injuridicamente, seu raio de ação na regulamentação, pois, se na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza ou consente, o órgão governamental (INDESP) abusou do poder regulamentar. Além disso, ao invés de “fixar critérios e condições para o pagamento do passe”, simplesmente *extinguiu* e *suprimiu* o passe a partir de 27 anos (1998), 26 anos (1999) e 25 anos (2000), olvidando os pseudo legisladores que o papel aceita tudo. O Direito, não;

2) Passe livre aos 27 anos (em 1998), 26 anos (em 1999) e aos 25 anos (a partir de 2000), outorgado nos artigos 16, 17 e 18 da Resolução nº 1/96; é ilusório e irreal, pois, as estatísticas apontam que apenas 6,4% dos atletas profissionais de futebol do Brasil ganham mais de 10 salários mínimos, daí por que os que hoje têm passe livre, na grande maioria, estão desempregados ou desvalorizados, pois, regra geral, receberam-no em face de contusão grave, indisciplina ou deficiência técnica. Passe livre com essas idades é, sob o prisma jurídico, uma autêntica “desapropriação” ou “confisco de atletas” sem qualquer indenização para os clubes, além de materializar um “enriquecimento sem causa” dos atletas;

3) Previsão de luvas, prêmios, reajustes salariais, rescisão unilateral de contrato (art. 4º, II) na Resolução, bem como a renovação de contrato (art. 7º), são matérias que refogem à competência do INDESP, por absoluta ausência de amparo legal, devendo a regulamentação jungir-se às hipóteses previstas no art. 26 da Lei nº 8.672/93, daí por que o INDESP excedeu-se ao criar direitos e obrigações novas, estranhas à lei, a par de afrontar e desrespeitar a autonomia constitucional das entidades de práticas desportivas (art. 217, I, da Constituição Federal);

4) Mistura, ao longo da Resolução, atletas das categorias profissional e não-profissional (semi-profissional), derruindo o princípio da diferenciação expresso no art. 217, inc. III, da Constituição Federal e art. 2º, VI, da Lei nº 8.672/93;

5) Diferentemente do futebol europeu, da

liga americana de basquete e da liga japonesa de futebol, em que a venda antecipada de *cornets* para toda temporada garante receitas antecipadas, no Brasil os clubes estão deficitários, com estádios vazios, além dos direitos de TV e contratos de propaganda e patrocínios não cobrirem as despesas fazendo-os sobreviver graças à lei do passe. Com o passe livre flexibilizado, todos os nossos grandes atletas irão para o exterior, “desertificando” ainda mais os estádios; e a TV, com a fuga dos patrocinadores, ao invés de pagar, irá cobrar para transmitir jogos;

6) Prevê o art. 3º, I, da Resolução uma prematura e precoce profissionalização aos 16 anos (*juvenis*), infringindo o art. 28, III, da Lei nº 8.672/93, em que a profissionalização, até a idade de *juvenis*, está vedada, e, no caso do futebol, *juvenis* têm idade de 15, 16 e 17 anos, por definição da CBF no uso de sua autonomia constitucional (art. 217, I);

7) Disciplina o § 6º do art. 2º e inc. III do art. 4º da Resolução o seguro obrigatório (art. 29 da Lei nº 8.672/93), impondo valor mínimo para apólice de seguro de vida e de acidentes pessoais em prol dos profissionais de futebol, além de penalidades em caso de ausência de seguro, sem a mínima competência legal para fazê-lo;

8) Passe livre aos 25 anos de idade *não* assegura o retorno dos investimentos dos clubes, desestimulando-os na formação e promoção de atletas de futebol. Ressalte-se que, ao longo de 5 a 6 anos, os clubes gastam com 60 ou 80 atletas para, desse grupo, retirar 1 ou 2, no máximo, os quais venham a ter passe valorizado, permitindo ao clube ressarcir-se destas despesas, tais como: alimentação, assistência médica e odontológica, transporte, estudo, material desportivo, pagamento do corpo técnico-administrativo, etc;

9) Juntamente com a transferência para o estrangeiro liberada aos 25 anos, e sem inibir a ação predatória dos “empresários” de atletas profissionais, prevê-se um “laudêmio desportivo”, dando ao clube que por mais tempo detiver o contrato de trabalho do atleta direito à “participação adicional” (art. 11, § 2º, da Resolução) no produto da indenização do atleta, que *foi* seu, hipótese estimulante de litígios judiciais entre clubes brasileiros e estrangeiros, até porque as normas regulamentadoras vigoram tão apenas no âmbito do território nacional;

10) Esqueceu o INDESP que o art. 26 da

Lei nº 8.672/93 refere-se à prática profissional de qualquer modalidade desportiva, daí por que, sua visão, míope e injurídica, fica adstrita ao “atleta profissional de futebol”, discriminando e excluindo os atletas de todas as outras modalidades desportivas;

11) Assenta-se o “passe livre” no “mito” da globalização que se deixa levar pelo deslumbramento provinciano, mentalidade colonizada e crônica desinformação sobre problemas e peculiaridades desportivas de cada país, esquecendo que na Europa, EUA e Japão os entes desportivos são sociedades comerciais, com estrutura empresarial e fins lucrativos, diversamente dos clubes brasileiros, que sempre dependeram do dinheiro, do prestígio e do sacrifício de seus dirigentes;

12) A Resolução do INDESP estimula o aliciamento de atletas e a concorrência desleal, criando uma “nova escravidão”, na qual os *empresários* substituem os *clubes*, configurando uma mera permuta de “senhorios”. A propósito, “escravidão” é *dever sem direito*, e os atletas têm direito a 13º salário, férias, luvas, “bichos”, 15% do valor do passe, assistência médico-hospitalar, etc., implodindo essa concepção “escravagista”;

13) Os beneficiários efetivos com o passe livre aos 25 anos serão apenas 5% (grandes craques) do total de atletas, ou seja, aqueles “escravos do futebol” que ganham pelo menos US\$ 20 mil mensais, que têm carros importados, *jet sky* e apartamentos de cobertura. Já a grande maioria (95%) terá prejuízos financeiros, visto que os clubes irão reduzir seus gastos, em face da impossibilidade de ressarcir-se dos salários, prêmios, luvas, seguros, etc, quando da *cessão do contrato de trabalho* (e não do *jogador*, como pejorativamente se proclama). Nesse contexto, a Resolução nº 1/96 é demagógica ao premiar uma minoria elitizada de atletas com a riqueza e condenar os demais à pobreza;

14) A Resolução do INDESP trará efeitos devastadores para os clubes que investem e valorizam as categorias de base, a par de estimular uma “hibernação técnica” dos atletas que se pouparão até chegar aos 25 anos, prejudicando a si, aos clubes e ao futebol brasileiro, tornando-os, ao mesmo tempo, vítimas e algozes;

15) A Resolução do INDESP chega ao cúmulo de, em algumas hipóteses (v. §§3º e 5º do art. 2º), outorgar passe livre ao atleta dando-lhe liberdade de vínculo “aos 20 anos de idade”, transformando-se numa porta escancarada para

o êxodo nocivo dos novos valores, sem ônus algum para os clubes estrangeiros, abrindo espaço à ação predatória dos “empresários” e “atravessadores” que exploram e aviltam a condição humana dos atletas. Além disso, os valores máximos fixados para a cessão de atleta semi profissional a partir de 16 anos encaixam-se como uma luva nos interesses dos “empresários” e realizam o “sonho” dos clubes estrangeiros que terão de graça nossas futuras estrelas;

16) Os arts. 9º e 15, II, da Resolução (que não é lei) apenas com a perda do passe dos atletas os clubes que a infringirem, corporificando *penalidade*, que é matéria reservada à lei, e esquecendo que *nulla poena sine lege*, ou seja, recusa-se a imposição de qualquer penalidade que se origine de norma infralegal e não tenha sido instituída em lei;

17) A Resolução do INDESP (autarquia federal) igualmente afronta e põe *al latere* o art. 14 do Estatuto do Jogador da FIFA que, nas transferências de atleta, assegura aos clubes “o direito a uma indenização de promoção e/ou formação”. E isso pode gerar problemas para o futebol brasileiro perante a FIFA, pois a supressão desse direito corresponde a uma interferência do Poder Público nos negócios privados do Futebol, hipótese que a FIFA não admite, nem tolera;

18) A Resolução do INDESP faz *tábularasa* do art. 26 da Lei nº 6.354/76 que fixa em 32 anos a idade para a obtenção do passe livre. Esse art. 26 está vigente e eficaz, como se infere dos considerandos da própria Resolução INDESP, pois não é incompatível com a Lei nº 8.672/93 e nem está revogado expressamente pelo art. 71 da Lei nº 8.672/93. Ademais, Resolução do INDESP, por ser infralegal, não pode revogar Lei, sob pena de afrontar o princípio da legalidade e invadir competência legislativa do Congresso Nacional numa inconstitucionalidade flagrante e inarredável;

19) A “Lei Bosman” não serve de parâmetro para justificar a supressão do passe, seja porque a decisão vale apenas para 19 países de Comunidade Econômica Européia (menos de 10% dos filiados da FIFA), seja porque na Europa os contratos não têm duração máxima préfixada (no Brasil, o art. 23 da Lei nº 8.672/93 veda, como regra geral, contrato que ultrapasse 3 anos), seja porque o passe, com algumas diferenças, continua a ter vigência e eficácia na Europa, tanto que, recentemente, Ronal-

dinho saiu do PSV (Holanda) para o Barcelona (Espanha) por US\$ 20 milhões sem receber os 15% como ocorreria se estivesse no Brasil;

20) O art. 20 da malsinada Resolução prevê a liberação, em 01-01-97, do atleta com mais de 30 anos de idade, desde que deposite a importância equivalente ao valor do último salário mensal percebido. Além de *contra legem* (art. 26 da Lei n. 6.354/76), é um artifício engenhado no normativo para que o atleta adquira o seu próprio atestado liberatório apenas devolvendo o último salário recebido do seu clube;

21) O instituto do passe (obrigação de indenização a cargo do novo clube, e nunca do atleta) não inibe nem tolhe o “livre exercício da profissão do atleta”, constituindo-se tão apenas como exigência da legislação desportiva, por razões de segurança jurídica, para as *transferências* de atletas entre clubes, sendo retórico e desarrazoado o argumento de que fere o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, porquanto este condicionamento externo “no comporta un límite directo a la libertad de contratación”. Aliás, ao firmar livremente o seu contrato de trabalho, o atleta profissional de futebol tem o direito de optar pelo “passe livre” ou “passe preso”, não configurando qualquer inconstitucionalidade sua livre e autônoma manifestação de vontade pela última hipótese, geradora de mais ganhos e benefícios financeiros.

Dessume-se dessa análise fático-jurídica que a Resolução aprovada pelo INDESP e publicada no DOU de 23-10-96 categoriza-se como desvio de poder que, por definição, é um limite à ação discricionária, num freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente público, possa dirigir-se à conservação de um fim privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal. O batismo do vício de legalidade procura definir, graficamente, a idéia de que a competência discricionária tem suas balizas delimitadas na lei, da qual a autoridade não pode desviar-se, sob pena de nulidade do ato.

Outrossim, aplica-se à Resolução *sub examine* a lição de Rui Barbosa Nogueira (in RTFR 145/180-181):

“Norma de *conduta social*, seja Constituição ou o mais inferior dos atos normatizantes, são comandos para alcançar objetivos previamente valorados,

juulgados e autorizados para, *conclusivamente*, atingirem os fins necessários e suficientes. São atos sérios, de muita responsabilidade por suas consequências sociais. Não podem ser elaborados e emitidos por órgãos ou autoridades incompetentes. Exigem não só habilitação prévia ou comprovada capacidade científico-técnico-legislativa da competência formal e material dos Parlamentos... Portanto, a estatuição de *normas* criando, alterando ou extinguindo direitos e obrigações é função tópica e privativa dos Poderes Legislativos. Não dos Poderes Executivos e muito menos dos multifários órgãos administrativos que, sem competência e sem efetiva responsabilização, vêm, diariamente e com usurpação de poderes legislativos, emitindo tantos e tão pretensos atos de criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações, cujos órgãos ou funcionários chegam a qualificá-los, nominativamente, de ‘normativos’, neles incluindo até sanções! Se para impor o cumprimento de obrigações são ilegítimos a violência, a força bruta ou o excesso de poder, são ridículas as ameaças destes dentro do estado de direito. Tanto mais o serão quanto coatores de atos ilegais, expedidos a jatos intermitentes e *supsessivos* do tempo”.

Deflui-se, então, dos aspectos repontados que, *in casu*, o Congresso Nacional, com supedâneo no art. 49, inc. V, da Constituição Federal, poderia, no uso de competência exclusiva, sustar a Resolução sobre Passe (ato normativo do Poder Executivo) por exorbitar do poder regulamentar. Aliás, essa matéria foi objeto do Aviso nº 278/MEC/GM, de 08-05-96, no qual o Ministro da Educação e do Desporto alerta formalmente o Ministro Extraordinário dos Esportes das incongruências e inconsistências jurídicas insculpidas na Resolução sobre Passe.

De outra parte, a teratológica e injurídica Resolução sobre Passe afigura-se, no contexto federal, como retórica e contraditória, quando se constata que a vintenária aposentadoria especial para atletas profissionais de futebol (Lei nº 5.939/73) foi vilipendiada e reduzida a escombros pelo art. 6º da MP nº 1.523 de 14-10-96 sem a crítica ou resistência do Ministro Extraordinário dos Esportes.

Sacrificando as especificidades da realidade

futebolística nacional e esquecendo *qui non est lege, non est in mundo*, o INDESP formatou um modelo normativo surrealista e utópico de “lei do passe”, eivado de contradições fáticas, paradoxos jurídicos, ilegalidades e inconstitucionalidades que, no mínimo, resultarão na *desobediência desportiva* da malfadada Resolução, além de numa pluralidade de demandas judiciais, comprometendo as relações clubes/atletas e trazendo nefastos prejuízos técnicos e financeiros para o próprio futebol brasileiro, sem dúvida o mais valioso patrimônio cultural do nosso povo e marca registrada de identificação do Brasil em todos os recantos do mundo.

Diante desse quadro delineado, visando a humanizar a “Lei do Passe” e a harmonizar, equitativamente, os interesses dos clubes e dos atletas profissionais sem “implodir o futebol brasileiro”, sugerimos Projeto de Lei, que está tramitando com o nº 2347/96 no Congresso Nacional, contemplando:

a) Ao invés da exigência dos atuais 32 anos de idade e 10 anos de serviço efetivo ao seu último empregador (art. 26 da Lei nº 6.354/76), dar-se-á passe livre aos vinte e oito (28) anos, idade em que, estatística e fisiologicamente, o atleta atinge o apogeu e o seu ponto de equilíbrio físico, técnico e emocional, tanto que 61% de todos os campeões mundiais de futebol pelo Brasil tinham, na época, pelo menos 28 anos de idade, assim como a seleção que conquistou o tetra em 1994 perfazia 28 anos e 1 mês como média de idade. Desse modo, a concessão de passe livre aos 28 anos far-se-á com o atleta no auge e não no declínio de sua vida profissional desportiva;

b) Participação percentual crescente dos atletas profissionais de futebol, a partir de 24 anos de idade, no produto do passe ou no pagamento ao clube cessionário do direito de indenização por formação ou promoção, condicionada a um tempo mínimo no clube cedente, estimulando nos jogadores melhor desempenho

técnico, a par de mais dedicação e responsabilidade profissional, dado que, progressivamente, ao longo da carreira, transfundir-se-ão em “sócios” do passe até tornarem-se majoritários, resultando não só em acréscimo dos ganhos financeiros, como também em motivação para ampliação temporal da sua vida desportiva, além de assegurar sua “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração” (art. 7º, XI, da Constituição Federal), explicitada nesta tabela:

Idade	Tempo mínimo no clube cedente	% de participação do atleta no passe
até 23anos	-	15%
com 24anos	4 anos	20%
com 25anos	3 anos	30%
com 26anos	2 anos	45%
com 27anos	1 ano	65%
com 28anos	-	100% (Passe Livre)

c) Ampliação da duração do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol para um prazo determinado mínimo de seis (6) meses e máximo de dez (10) anos, conferindo não só mais segurança e estabilidade às relações atleta/clube, assim como desmotivando a ação letal e nociva dos “empresários” e “atravessadores”;

d) Carência de um (1) ano, contado da data da publicação da nova lei no DOU, posto que sua vigência imediata traria efeitos catastróficos e irreversíveis, daí a imperiosidade de propiciar-se um período de transição para adaptações técnicas e ajustamentos financeiros de todos os segmentos do futebol brasileiro.

Democracia e legalidade da tributação na Constituição Federal de 1988

FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA

SUMÁRIO

1. A lei como limitação. 2. Os fundamentos da legalidade. 3. Legalidade e democracia. 4. Legalidade e tributação. 4.1. A reserva de lei. 4.2. A exigência de lei formal. 5. Medida provisória e estado de sítio tributário.

1. A lei como limitação

A legalidade é algo que já há séculos permeia a mente do jurista. Desde o século XVIII que se tornou tão ínsita quanto a idéia de legitimidade. Por vezes, tais idéias chegaram a ser tidas por opostas e até mesmo excludentes¹. Todavia, hodiernamente tal raciocínio não procede. E, se bem observado o princípio da legalidade, ver-se-á que a sua força baseia-se, justamente, na sua capacidade de ser o veículo da Justiça.

Desse modo, é imprescindível que se persista na tentativa de buscar-se a sua essência. Pois é justamente na sua natureza principiológica, no seu fundamento constitucional, que está a sua verdadeira interpretação. Aqui, ater-se-á ao campo de ação do Direito Tributário.

Nesse pensar, a Constituição, como moldura do Estado de Direito², desempenhará papel fundamental. Em verdade, falar em princípio significa falar em início, em bases; assim, a Constituição passa a representar o centro de um sistema, com a função de conter as normas basilares deste, entendendo-se por princípios normas especiais, de índole valorativa, que

¹ Fenômeno oposto dá-se na exacerbação da Legalidade culminando com a identificação Lei e Direito.

² FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional*. p. 66.

exercem especial função no ordenamento jurídico.

Para tanto, é preciso relembrar que a visão do fenômeno jurídico é complexa. Em verdade, o mesmo permite apreciação por seus aspectos fáticos, dogmáticos e filosóficos. Pois é possível o seu enfrentamento por via de seus aspectos fático-sociais, ou seja, da exteriorização do Direito, mediante a Ciência Social do Direito; de seu esquema legal de imposição, por meio da Dogmática Jurídica; e, mediante uma explicação apoiada em postulados metacientíficos, por meio da Filosofia do Direito. Portanto, interdisciplinarmente, sem exasperar a importância de nenhum dos aspectos do jurídico, é que se pode bem perceber o Direito em sua dimensão social ético-científica³.

É o caso, então, de evitar-se uma exagerada ênfase na lei, o que poderia, no Direito Tributário, assemelhar-se mesmo à mera enumeração de cláusulas contratuais do financiamento do Estado, a estabelecer um caráter obrigacional, com unilateralidade no reajuste, visto que a vontade legislativa, apesar de representar o povo, é manifestação estatal.

Não há que se falar, entretanto, em uma supremacia da lei em detrimento dos princípios, pois ambos antes se equivalem, o mesmo ocorrendo com a realidade fática. Em verdade, o que há é que, por trás de toda a influência da norma posta, está atuando “o arquiprincípio da legalidade da tributação”⁴, embasado por uma cogente necessidade fática, qual seja, uma crescente busca de legitimidade, numa atividade, o poder de tributar, sempre arbitrária, aqui no sentido de escolha, decisão. É assim que vai surgir, historicamente, o próprio princípio da legalidade, na luta contra o arbítrio e a injustiça, numa antiga necessidade de legitimidade que justifique uma imposição estatal. Nas palavras de Lopez de Oñate, “o legislador se vale do arbítrio para eliminar o arbítrio”⁵.

A história dos povos está repleta de exemplos acerca do relacionamento poder de tributar-fatos, do que é grande exemplo no Brasil, respeitadas as demais circunstâncias históricas, a Inconfidência Mineira. De fato,

³ SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no Direito*. p. 9-18.

⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. p. 319.

⁵ LOPEZ DE ONATE apud LEITE JÚNIOR. *O Princípio da legalidade tributária*. p. 24.

essa face do Poder Público é a que possui maior probabilidade de provocar agradabilidade ou desagradabilidade no meio social. Assim, o princípio da legalidade surge como uma verdadeira imposição popular. Como colocado na Magna Carta (1215), *no taxation without representation*⁶.

Entretanto, dada a vastidão e os desafios do tema, com o fim de evitar afirmações vagas e desprovidas de maior conteúdo, o tema foi delimitado no âmbito do Direito Tributário na Constituição Federal Brasileira de 1988. Para tanto, também foi especificada a Doutrina a ser trabalhada, de modo que a ênfase recaiu por sobre os escritos tributários, para uma visão sistematizada do tema, com as necessárias incursões no Direito Constitucional e na Teoria Geral do Direito, relacionando-se, ao final do trabalho, a literatura específica utilizada, de modo a permitir ao leitor uma verificação do raciocínio seguido.

Assim é que a análise partirá do papel desempenhado pelo princípio da legalidade no Sistema Tributário Nacional, da maneira como colocado na Constituição Federal de 1988.

Será essencial, nesse intento, a visão do princípio da legalidade como base de um sistema de Direito Positivo. Como bem dispôs o Constituinte de 88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, § 5º, II). Como será visto adiante, é a chamada legalidade em sentido genérico.

O citado dispositivo consagra o monopólio da produção normativa pelo Estado Moderno, que, em última análise, reflete-se na própria proibição do *non liquet*. Vale dizer, é a obrigatoriedade de argumentar⁷ por sobre bases preestabelecidas, de modo a proporcionar uma unidade, que pode-se dizer principiológica, a todo o ordenamento jurídico.

Desvinculando-se da identidade entre lei e Direito, será fundamental o papel daquela como veículo onde repousará este⁸. Assim é que se mostra importante perquirir a sua atuação como vetor do elemento democracia para o agrupamento estatal.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. p. 12.

⁷ ADEODATO, João Maurício L. *Filosofia do Direito*. p. 12.

⁸ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *O princípio da legalidade*. p. 15.

2. Os fundamentos da legalidade

Falar no princípio da legalidade é falar das origens do próprio Estado de Direito. Portanto, seu surgimento está gravado no liberalismo, o qual adotou os direitos humanos como principal fundamento.

Como pensar é repensar as origens, nada melhor do que iniciar por examinar as sementes. Em etapas, vejamos os direitos do homem.

O Estado absolutista caracterizou-se, entre outros aspectos, pela inobservância de limites em relação ao indivíduo e suas liberdades, o que, paulatinamente, por via de insatisfações, gerou uma transformação nas estruturas de poder de forma a colocar neste o povo, representado pela burguesia, com a Revolução Francesa, marco desse período.

Todavia, a população não apresenta uma estrutura organizada de exteriorização do poder, como a estatal. Como forma de controlar esse poder surgiu então o princípio da legalidade, por via do constitucionalismo. Em suma, por meio da elaboração de um pacto sócio-político, o poder passava a ser limitado e ter regrado o seu exercício. Um texto passou a servir de limitação ao poder, sendo bastante os seus limites. Era um governo de leis, não dos homens e suas paixões.

Nesse ponto, a influência da tripartição de poderes de Montesquieu operou decisivo papel. De fato, foi por meio da separação orgânica dos poderes que primeiro se viabilizou esse desejo, trazendo a limitação do poder pelo próprio poder. O Estado, assim, deveria submeter-se às leis antes mesmo dos indivíduos, estando a separação adrede disciplinada num texto constitucional.

De chofre, vê-se que falar em *legalidade* não exclui a Constituição em favor de uma supremacia da lei, colocando a constitucionalidade numa análise separada da legalidade. Pois, lei e Constituição nem chegam a ser faces da mesma moeda, estando antes do mesmo lado.

Assim, pelo prisma histórico, a legalidade veio a consagrar a existência do indivíduo perante o Estado. O cidadão passa a ser visto como detentor de direitos e liberdades oriundos de um pacto social.

Portanto, como se observa, o princípio da legalidade é de indefectível origem democrática. Encerra em si a vontade popular contra a vontade de um ou de um grupo isolado.

Daí a sua constante identificação com a lei.

A legalidade gera o Estado de Direito, mas, da mesma forma que lei e Direito não se confundem, nem todo Estado será Estado de Direito. Por esse prisma, a lei é apenas um instrumento para o uso da força.

Mantidas as idéias que permearam o surgimento do princípio, não é de se admirar a sua identificação imediata, da legalidade, com a lei em sentido formal. À época, era o instrumento por excelência da democracia, da vedação do arbítrio, colocando-se o Poder Legislativo num patamar superior com relação aos demais.

Porém, em verdade, o que ocorre não é a transmissão da soberania popular apenas para o Parlamento, pois este já a recebe da Constituição. Esta sim a repositória maior de tal atributo, o qual é comunicado aos “poderes” do Estado. Melhor seria dizer *funções* estatais, visto que o poder é uno, sendo exercido de diferentes maneiras por diferentes órgãos, sempre com vistas a elidir o arbítrio. Este um ponto a ser continuamente lembrado: o arbítrio e suas conseqüências, notadamente a insegurança.

É com esse raciocínio que se vê o Poder Legislativo enquadrar-se como uma das formas de exercício do poder, devendo prestar reverência às normas encartadas na Constituição. Assim, não há que se falar em supremacia frente aos outros poderes, visto que são todos vassallos do mesmo senhor. Nessa visão é que se mostra importante a interdependência entre os mesmos e a autonomia no exercício das respectivas atribuições (Constituição Federal de 1988, artigo 2º).

3. Legalidade e democracia.

O caráter principal que pauta o surgimento desse esquema escrito de imposições é, como já apontado, a sua origem *consentida*. Daí, inclusive, poder falar-se em *relação jurídicotributária* e não simplesmente *relação de poder*⁹, pois o tributo, a lei, passa pelo crivo do representante popular, tanto no Parlamento, quanto na Constituição. O Tributo será *democrático*. Daí, em via de conseqüência, sua imposição terá por base a *heteronomia* da norma jurídica¹⁰. Ela impor-se-á independentemente da vontade do sujeito. Tudo sob o fundamento central de

⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. p. 7 e segs.

¹⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. p. 49.

respeito à ordem *democrática*, o que afasta um possível formalismo.

Aqui surge, portanto, uma primeira questão a ser resolvida: em que consistirá a democracia da legalidade? Tal questão mostra ainda mais a sua força caso seja observado até que ponto a democracia inspira a legalidade.

Afonso Arinos apresenta a democracia como sendo a conjugação de dois fatores: *legitimação dos governantes e limitação da autoridade*. Este manifesta-se, principalmente, pela limitação do poder pelo próprio poder, protegendo o indivíduo do arbítrio. Aquele fator aponta para a segurança advinda do respeito à legalidade.

Como se pode notar, faz-se uma clara alusão à democracia como observância da vontade legislada, fruto da maioria. Observe-se que aqui não se falará na legitimidade em si, o que reclamaria o devido aprofundamento, mas sim em democracia como governo da vontade da maioria da população.

Todavia, há uma fator que impende ser analisado, com vistas a limitar a vontade da maioria. É a chamada democracia social, produto do reconhecimento pelo Estado Moderno da geração social de direitos humanos, da dignidade do cidadão enquanto pessoa, direitos positivamente reconhecidos no texto constitucional, que dão nova feição ao caráter democrático antes exposto¹¹.

Continuando na questão, o que é democracia para a legalidade? A Constituição fala em uma legitimação pela busca do bem comum¹² (CF, 1º, parágrafo único; 3º, IV). O fator democracia provirá de uma Constituição que comunique essa característica ao ordenamento. Portanto, a legalidade, como vedação do arbítrio, que seria uma afronta ao próprio Direito (aqui a legalidade coloca-se como avalista do Direito, como instrumento que é deste), deve ser a redução da norma aos preceitos constitucionais, à preexistência de uma norma, nesse ponto, rendendo homenagens à *unicidade* do ordenamento jurídico. Todavia, enquanto este atua no campo da solução das antinomias e na caracterização do ordenamento, a legalidade atua no campo da permissibilidade normativa, ou seja, no respeito

¹¹ FRANCO, op. cit. p. 71 e segs.

¹² BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*, passim, acerca da busca do bem comum como fundamento da atuação democrática do Estado.

a critérios pré-fixados para a legalização de determinado ato.

O homem só prestará reverência a uma norma se esta estiver de acordo com as regras do jogo.

Nesse prisma, vê-se que os paradigmas do atual Estado Intervencionista diferem daqueles fixados para o Estado Liberal no século XVIII. Portanto, não apenas o Legislativo poderá inovar na ordem jurídica, mas também o Executivo e o Judiciário, numa concepção, já dominante, de que qualquer ato jurídico implica, necessariamente, também a criação de uma nova norma jurídica¹³. É a *supremacia da vontade legal*, no sentido de acordo com a estrutura normativo-sistêmica, o que põe por terra a idéia da lei, em sentido formal, como única fonte do Direito, pois os fatos criam este, apenas variando a sua forma¹⁴.

O fator segurança

É preciso agora que se examine até que ponto o princípio da legalidade vincula-se com a busca de uma *certeza* jurídica e *em que sentido a mesma pode ser entendida*. A norma, utilizando-se este termo como vontade dirigida à conduta alheia¹⁵, vedará o arbítrio na medida em que for clara, em que for *certa*. Assim, proporcionará a devida segurança, limitando comportamentos e prevenindo abusos¹⁶, principalmente no âmbito das liberdades públicas, em que se situa o presente trabalho.

Pois, em tendo o Direito o papel básico de conformação de expectativas de conduta, possibilitando a vida social, ele agirá, primordialmente, no plano das liberdades, por via repressiva¹⁷. Vale dizer, todos poderão agir da maneira que a lei disciplina, sendo que, ao infringir os limites que lhes são postos, sujeitam-se à repressão estatal da conduta desviante.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, passim. MIRANDA, Pontes de. *Poder Legislativo*.

¹⁴ BOBBIO, op. cit. DANTAS, Ivo. *Constituição Federal*. p. 14, e SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética*. p. 7, a título exemplificativo.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. p. 5 e segs.

¹⁶ LEITE JÚNIOR, op. cit. p. 14-5. BASTOS, Celso Ribeiro. Princípio da legalidade. p. 22-3.

¹⁷ FERREIRA FILHO, op. cit. p. 34-5.

4. Legalidade e tributação

4.1. A reserva de lei

Se for pensado o Direito Tributário como a regulação da “instauração, da existência e da extinção da relação jurídico-tributária”¹⁸, vê-se logo que o estudo do princípio da legalidade, transposto para os domínios da tributação, prender-se-á à análise da obrigação tributária. Pois, a relação jurídico-material tributária é o conjunto de obrigações mútuas (característica da bilateralidade-atributividade do Direito) que tem por objeto o *tributo*.

Assim, o princípio da estrita legalidade ou da legalidade tributária ou da reserva legal manifestará sua força no nascimento da obrigação tributária. Ou seja, o fato gerador deverá estar previsto *em lei*.

Daí deriva que o tributo não pode ser criado por um ato de vontade qualquer, este deverá ser legalmente qualificado. De modo que a simples vontade do administrador ou uma confissão de dívida da parte não tem o poder de criar o tributo. Apenas o fará se a lei assim o dispuser.

A expressão lei poderá conter em si diversas significações. Relativamente à fonte, poderá ela ser material ou formal. Será ela material quando for uma norma advinda do procedimento competente, porém, não-produzida pelo Poder Legislativo, daí ter apenas a característica de hipoteticidade. Lei em sentido formal é aquela emanada pelo Poder Legislativo por via de procedimento apropriado. Note-se que tanto poderá haver lei meramente em sentido material como lei meramente em sentido formal¹⁹.

Outra classificação diz respeito ao grau de determinação de conduta exposto na lei, pelo que será ela classificada em absoluta ou relativa. Na absoluta, o comando legal basta-se para não reclamar complementação de suas disposições pelo Poder Executivo, no caso da matéria tributária. A relativa é quando a norma está a abranger apenas parcialmente a conduta visada, reclamando complementação normativa. Àquele chamar-se-á de reserva legal e a este de legalidade, como característica geral do ordenamento. Na reserva de lei formal, vê-se

¹⁸ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. p. 08.

¹⁹ MACHADO, op. cit. passim. Idem. *Curso de Direito Tributário*. p. 51-3.

uma atenção para com a essência do ato, a impor condições para a administração intervir em direitos individuais²⁰.

Antes de se expor a atuação dessa *reserva de lei formal* no Direito Tributário brasileiro, invocar-se-á a enumeração de Ruy Barbosa Nogueira acerca das espécies normativas admitidas por tal conformação da legalidade como fontes primárias da mesma, a saber: emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária e medida provisória.

A reserva de lei manifesta-se, de início, no momento em que, sendo o crédito tributário de idêntica natureza à obrigação tributária, é necessário que o lançamento pormenorize a obrigação. Reconhecendo o fato gerador, de maneira administrativamente vinculada, dizer qual a base de cálculo, o valor do tributo, quem é o sujeito passivo da obrigação, se for o caso, propor a penalidade cabível (Código tributário Nacional – CTN, art. 142), determinando, ainda, a forma e prazos de pagamento ou outro modo de extinção do crédito tributário. Desse modo, já que a obrigação tributária é de base legal, como a sua aparição no mundo dos fatos, capaz de ser materialmente exigida, fugirá à mesma base impositiva legal? Não o poderá, como não pode a construção de uma casa exigir um planejamento, uma planta, e não segui-la a não ser para informar que será construída uma casa.

Todavia, é preciso que se identifique o que significa falar em *mesma natureza* para a obrigação e para o crédito tributários, como o faz o Código Tributário Nacional (artigo 139). Entendendo-se que, desde o fato gerador, inicia-se a relação jurídica, tendo fim apenas com, por exemplo, o pagamento do crédito tributário, surge uma apreciação a ser feita. Para tanto, utilizar-se-á a expressão *obrigação tributária* para designar esse *iter* jurídico. Portanto, obrigação tributária, em sentido estrito, e crédito tributário são aspectos da mesma figura jurídica. Vale dizer, são transformações que a obrigação tributária sofre de acordo com o grau de determinação²¹ que a mesma sofre, conforme vai se tornando mais especializada e factível. Daí, a obrigatoriedade de a atividade do

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Princípio da legalidade*, passim.

²¹ *Ibidem*, onde o Autor coloca a distinção entre os Princípios da Legalidade e da Reserva Legal no grau de determinação jurídica da obrigação a ser criada.

lançamento ser totalmente vinculada. É o lançamento que individualiza a obrigação tributária e cria o crédito tributário. Assim, falar em idêntica natureza equivale a falar em mesma origem e, conseqüentemente, em idênticas vigas mestras a serem seguidas.

Assim reconhece a Jurisprudência²², ao admitir a revisão de ofício do lançamento tributário por erro de fato ou de direito; por ser meramente declaratório da obrigação tributária e em decorrência do princípio da legalidade. Se a obrigação extingue-se juntamente com o crédito (CTN 113, § 1º), melhor seria dizer que desaparecem os seus vestígios, pois ela continua a influenciar o surgimento do crédito. Daí o mesmo não poder fugir ao princípio da legalidade. É a concretização da obrigação.

O que mais ainda se justifica quando se observa que, sob pena de responsabilidade funcional, a autoridade administrativa apenas pode alterar-lhe por expressa autorização legal. De fato, sua cobrança é feita por atividade administrativa plenamente vinculada (CTN, 3º).

É preciso, ainda, notar que a segurança proporcionada pela legalidade absoluta favorece os investimentos econômicos. Ora, a justificação mesma da extrafiscalidade tributária, indissociável de qualquer tributo, é a natureza intervencionista do Estado Moderno, o qual busca proporcionar uma melhor qualidade de vida à população por meio da intervenção nas relações econômicas, tornando-as não só humanas como produtivas; isto é, de modo a proporcionar progresso econômico individual e grupal, de maneira que tal atividade revela-se dependente incorrigível da segurança jurídica. As regras devem ter meio apropriado de colocação que permita o planejamento, inclusive, como função estatal prevista no artigo 174 da Constituição Federal, numa defesa até do patrimônio público, que deve ter gastos bem orientados e receitas administradas.

4.2. A exigência de lei formal

Colocadas as linhas gerais acima, pode-se agora analisar o que dispõe a Constituição acerca da criação do tributo. Reza o artigo 150, I, do Texto Maior:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é

²² Exemplificando, v. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. *Código Tributário Nacional Interpretado*. p. 89.

vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça”,

sendo certo que, quando a norma menciona “exigir”, está ínsita a criação do tributo²³, o que, inclusive, vê-se no artigo 97 do Código Tributário Nacional.

Há duas maneiras de se abordar o tema: uma é partindo do princípio para, ao após, analisar como dispôs a norma; outra é analisar a norma primeiro, e apenas depois buscar a sua essência. Utilizar-se-á a primeira opção, por ser a que melhor atende a um processo de investigação criativa, sem amarras dogmáticas.

A Constituição, abstraindo seu próprio texto supremo, fala em *Lei*; conseqüentemente, restam, a princípio, apenas duas alternativas: lei ordinária e lei complementar. Ambas devem ser admitidas, visto que a Constituição não faz distinção do uso isolado da palavra, o que pode ser notado da leitura dos artigos 146, III, “c”, e 195, § 4º, dentre outros²⁴. As exceções constitucionais ao disposto no artigo 150, I, encontrar-se-iam no artigo 153, § 1º, onde é facultada a atuação do Poder Executivo em atividades que a reclamam por sua própria natureza. Torna-se válido ressaltar que o Poder Executivo restou bastante limitado em suas atividades normativas pelo atual texto constitucional, de que são exemplos o artigo 49, V, da Constituição Federal, e o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Para alguns, elevar o princípio da legalidade tributária a tal nível, com patamares equivalentes à legalidade penal, seria equiparar a propriedade à liberdade²⁵. O importante a ressaltar é que tal raciocínio é, de início, ideológico e, por isso mesmo, não científico. Ao cientista cabe analisar a realidade e pô-la a descoberto para que dela se faça o uso que se entender melhor por quem necessitar do dado. Não que se pregue uma impossível neutralidade valorativa. O ser humano não tem como afastar o elemento *sentimento* de suas exteriorizações

²³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. p. 25-6.

²⁴ *Ibidem*, p. 52-3.

²⁵ V, a título exemplificativo, SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias*, acerca da inaplicação da reserva legal absoluta à tributação, diferentemente da Legalidade Penal.

de pensamento. A questão é buscar *domesticar a ideologia*²⁶.

Vale dizer, o direito de propriedade está claramente protegido na sistemática do Texto Constitucional de 1988 como um direito fundamental do homem (artigo 5º, *caput*). Foi uma opção política do legislador constituinte. Porém, se esse fato pode levar a desvios já registrados no curso da história, por meio de uma exacerbação do individualismo, caberá ao jurista fugir do formalismo e enfrentar a questão, ressaltando que o reconhecimento da insuficiência da declaração formal de igualdade não extingue essa primeira geração de direitos fundamentais, antes impondo relação de entrelaçamento e coexistência com a que lhe seguiu.

Afinal, cabe ao estudioso da Ciência Jurídica trabalhar a norma posta pelo Estado em conformidade com o Direito. Não fugir do seu enfrentamento. Deve buscar legitimá-la. E isso apenas se torna possível por meio do seu aprofundamento, evitando-se, com isso, afirmações vagas e imprecisas. Talvez nenhum outro ponto do estudo jurídico se mostre tão profícuo a esse estudo quanto a análise do princípio da legalidade.

Portanto, em se tratando de direito fundamental individual, impõe-se a reserva de lei em sentido formal. Pois que, por força da formulação do princípio democrático, apenas ao Legislativo é lícito intervir nesse campo do pacto social e político representado pela Constituição. Tal fato advém da composição colegiada do Parlamento, própria para a manifestação da vontade popular em constantes deliberações, bem como, visto o fato do Brasil ser uma República Federativa, devido mesmo ao sistema bicameral existente. Daí tocar ao Legislativo, como a função estatal que tem por papel primordial produzir normas gerais e abstratas, a disciplina de tais hipóteses²⁷.

Aliomar Baleeiro, em célebre passagem que merece transcrição, regrava:

“O tributo é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação”²⁸.

Falar de tributo é falar na ingerência do Poder Público no patrimônio particular, seja de

um empreendedor, de um comerciante, de uma empresa ou não, independente de suas particularidades. O tributo atinge a todos.

Portanto, nessa atividade que pode-se dizer repressiva, como já exposto, a atividade tributária apenas encontra similar na penal, excludente direta daquela, pois o tributo não pode consistir em sanção de ato ilícito.

Vem a lei atender à segurança de uma maneira geral. Segurança de até onde se pode ir; de que não será reprimido por determinado ato tomado; de que terá seus direitos respeitados.

Ainda que se admita que um esquema legal rígido não apresenta largas possibilidades de matizar a realidade social²⁹, longe está de ser aceita a pregação de uma desobediência generalizada à mesma. A lei deve ser continuamente interpretada, como o são todos os fatos sociais, a fim de melhor adequar-se à realidade. Ela segue uma orientação política, em última análise impressa na Constituição, que deve ser seguida, até os limites de afronta ao Direito, o que poria por terra toda a estrutura estatal. Sem ser fetichista, é reconhecer na lei a democracia.

5. Medida provisória e estado de sítio tributário

O ponto que se revela de aceso debate, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, é acerca da utilização de medidas provisórias para a criação de tributos. De fato, o artigo 62 da Constituição Federal dispõe textualmente que as mesmas terão *força de lei*. E é com base nesse dispositivo constitucional que o Poder Executivo tem editado diversos normativos de que são exemplo as Medidas Provisórias nº 1.463-2, de 28 de junho de 1996, acerca da contribuição social, e nº 1.506-5, de 17 de outubro de 1996, acerca do imposto de renda.

Dividem-se os estudiosos em três grandes grupos identificáveis: os que a aceitam amplamente como fonte de tributação, da maneira como coloca o ordenamento; os que a aceitam com ressalvas, isto é, apenas para tributos e casos específicos; e os que negam o poder inovador tributário da medida provisória³⁰.

²⁹ CROZIER, Michel. *La crise des sociétés occidentales*. p. 21 e segs.

³⁰ Cf., respectivamente, os posicionamentos representativos de Leon F. Szklarowsky, Hugo de B. Machado e Orlando Leite Júnior.

²⁶ SOUTO, Cláudio. *Direito alternativo*, passim.

²⁷ FERREIRA FILHO, op. cit. p. 25-6.

²⁸ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. p. 1.

Aqui o debate não passa pela questão de saber se a lei delegada é de idêntica natureza ou não à medida provisória, tema que exige o devido estudo. Todavia, para que não se fuja a um norte, é de se entender que ambas são atividades atípicas do Poder Executivo e, como tal, sujeitas às mesmas limitações, *passíveis de sofrerem restrições constitucionais*, conforme tenha melhor parecido ao Constituinte. Não se trata, então de se reconhecer na lei delegada uma maior força a justificar a aplicação da regra hermenêutica de que “quem pode o mais pode o menos”. Pois, ambos são instrumentos do Executivo de diferentes circunstâncias. Ambas sujeitas a aprovação parlamentar: a lei delegada previamente; a medida provisória, *ad referendum*³¹. Porém, com matérias próprias. A primeira, com as restrições elencadas no artigo 68 da Constituição Federal. E a segunda, matérias de interesse *urgente e relevante* para a nação.

Assim é que não poderá a lei delegada, por motivos semelhantes aos que serão expostos para a medida provisória, criar tributo. Primeiro, porque é matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional, principalmente as normas complementares tributárias (CF, artigo 68, § 1º). E, em segundo lugar, porque diz respeito a direitos individuais (CF, artigo 68, § 1º, II).

Exigindo, então, a liberdade pública lei formal para sua limitação, torna-se palmar que a medida provisória não preenche tal requisito. Claramente, não é lei. Ser lei não significa “ter força de lei”. Esta é num plano inferior. Trata-se de um modo de permitir mobilidade ao Estado em determinada circunstância, eliminando uma férrea máscara legal, capaz de trazer prejuízos em dado momento. Numa tentativa de alcançar-se a força da lei³².

Apenas admitindo essa colocação é que se pode contornar o vigor do vocábulo “lei”, constitucionalmente encartado no artigo 150, I. Inclusive, devido ao seu caráter provisório e emergencial.

³¹ Para SZKLAROWSKY, op. cit., a Medida Provisória é “lei sob condição resolutiva”.

³² LEITE JÚNIOR, p. 39: “Se a medida provisória tem *força de lei*, não é lei. O mesmo raciocínio pode ser aplicado no seguinte exemplo: se o automóvel *x* tem a força de *y* cavalos, ele não é, e nunca será, um ou vários cavalos. Quem tem a força de algo nunca será este algo. É o caso da medida provisória (...), se se converte em lei, de lei não se tratava.”

Possui ela trinta dias para que se torne lei mediante a atuação parlamentar ou perderá a eficácia, subordinando-se à regulação do Poder Legislativo. Admitir sua contínua reedição é negar a existência de tal prazo e invadir a competência parlamentar³³.

Bem como, admitir que uma medida provisória tenha seus efeitos suspensos até a deliberação do Legislativo que a torne lei seria burlar todo o processo competente de iniciativa legislativa, pois, uma distinção crucial entre as duas espécies é o debate a que é submetida a lei no Congresso Nacional, com a posterior sanção ou veto do Executivo, inclusive a democracia na iniciativa, que pode ser popular; debate que não há na medida provisória; debate que traduz a democracia.

Veja-se ainda que mesmo a iniciativa legislativa tem seus limites, posto que, rejeitado o projeto de lei, apenas por maioria absoluta de qualquer dos membros de uma das Casas do Congresso Nacional poderá ser proposta a matéria rejeitada na mesma sessão legislativa (CF, artigo 67).

Cabe a questão: e quais formas de imposição adotar para os casos em que é urgente e relevante o exercício do poder de tributar?

A Constituição, apesar do aparente silêncio, não deixou ao alvedrio do Executivo as matérias a serem tratadas por via de medida provisória. Tais matérias são aquelas passíveis de inclusão no critério de urgência e relevância.

Com efeito, caberia a utilização da medida provisória nas hipóteses de imposto extraordinário de guerra e no empréstimo compulsório de emergência para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência (CF 154, II, e 148, I, respectivamente), podendo, ainda, ser útil para a criação de empréstimo compulsório para realização de investimento público urgente e relevante, caso não seja possível obter-se a tempestiva atuação legislativa (CF, 148, II).

Portanto, respeitadas, inclusive, as contribuições sociais, que, por exigirem um prazo de noventa dias para sua eficácia, tornam-se incompatíveis com tal via precária. São esses os casos passíveis de uso da medida provisória com efeitos tributários, o que também respeita ao *princípio da não-*

³³ MACHADO, op. cit. *passim*.

surpresa, representado, por exemplo, na anterioridade e na *vacatio legis* tributária³⁴.

Todavia, se bem observado, a Constituição Federal, em seus artigos 136, *caput*, e 137, fixa que tais hipóteses enquadram-se, com exceção do artigo 148, II, nas devidas justificativas para o estado de defesa e o estado de sítio. Pois em caso, exemplificativamente, de uma guerra externa, antes de tudo é hipótese de legalidade extraordinária, sendo a tributação a menor das afrontas então feitas por decreto do Executivo, após ouvidos os Conselhos da República e da Defesa Nacional e o Congresso Nacional nos casos específicos (CF, 49, II e IV), existindo ainda diversas garantias de vigilância da liberdade individual e do arbítrio por parte do Poder Legislativo. Note-se que o tributo vai de encontro ao patrimônio e não à pessoa, o que seria vedado (CF, 139). O estado de defesa por si só não legitimaria a adoção das devidas medidas tributárias, senão na verificação de sua ineficácia, o que justificaria o estado de sítio (CF, 137, I).

Assim, antes de se colimarem por inúteis os dispositivos pertinentes do Sistema Tributário Nacional, como a supressão gradativa do imposto extraordinário, é de se entender que aquelas são as ingerências permitidas na vida tributária da nação, de modo a atender à necessidade que se apresente, bem como o regramento especial da legalidade extraordinária tributária.

Portanto, será inconstitucional a criação de exações por via de medida provisória, à exceção do disposto no artigo 148, II, caso não haja comoção grave de repercussão nacional, estado de guerra, resposta a agressão armada, ameaça de grave e iminente instabilidade institucional ou calamidade de grandes proporções na natureza.

De fato, precisamente para tais hipóteses, *de perturbação na ordem institucional*, o ordenamento jurídico prevê os devidos instrumentos de *defesa do Estado e das instituições democráticas*. Democráticas como o tributo deve ser. Nessas hipóteses prevalecerá o brocardo *salus reipublicae suprema lex esto*³⁵.

Dessa forma, no estado de sítio, por via da chamada legalidade extraordinária, legitima-se a restrição às liberdades públicas. Legitima-se,

³⁴ Idem. *Curso de Direito Tributário*, p. 54-6. COELHO, op. cit. p. 344-9.

³⁵ FERREIRA FILHO, op. cit. p. 37.

então, a imposição de tributos sem deliberação.

Não exigir reserva formal da maneira acima colocada encaminha para o arbítrio. De fato, recentes medidas provisórias mostram que, em verdade, está sendo desrespeitada a Carta Magna. Está sendo utilizado um instrumento para legitimar os atos do governo, numa primária confusão entre lei e Direito. É de se admitir, portanto, que, ao menos nesse aspecto, estamos vivendo numa nova figura jurídica, um autêntico *estado de sítio tributário*³⁶, todavia, sem as mínimas garantias que mesmo este exige...

Como se vê, o ato de se adotar uma medida provisória para tais situações é algo que apenas poderia ser feito sob legalidade extraordinária, devidamente motivada. É de se ver, então, que *longe estão de se configurarem os pressupostos para tal*, o que vem a ferir de inconstitucionalidade os atos assim emanados, de maneira expressa na Constituição.

A bem que a medida provisória seja espécie da chamada capacidade normativa de conjuntura, isto é, da possibilidade de o Executivo viabilizar soluções rápidas para situações concretas, apenas um alto grau de desmando o autorizaria a fazer isso no campo do Direito Tributário, que, só pelo fato da emergência, não deve ficar à mercê de atos de força, apenas extraordinariamente legitimados. Sim, pois fala-se em um estado de sítio velado.

A medida provisória não deve servir a cobrir os desmandos financeiros do Poder Público.

O próprio termo, Medida Provisória, indica algo que não se adequa à realidade. Pode ter até *força de lei*, mas claramente não é lei. E, se mesmo esta tem seus limites, impossível não reconhecê-los àquela.

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício L. *Filosofia do Direito* : uma crítica à verdade e à ética na ciência. São Paulo : Saraiva, 1996.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 5 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1977.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil* : artigos 5º a 17. São Paulo : _____

³⁶ Cf. posicionamento semelhante de CARRAZZA, Roque Antonio. *Legalidade e tributação*, p. 177, para quem o imposto extraordinário apenas pode ser criado após a decretação de Estado de Sítio.

- Saraiva, 1989. v. 2, p. 22-34. Princípio da legalidade.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1995.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. *Código Tributário Nacional interpretado*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 146-210. Legalidade e tributação.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. 2 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- CROZIER, Michel. *On ne change pas la société par décret*. Paris : Bernard Grasset, 1979. p. 9-34. La crise des sociétés occidentales.
- DANTAS, Ivo. *Constituição federal : teoria e prática*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. v. 1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional : teoria da Constituição : as Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1976.
- GOMES, Carlos Roberto de Miranda, CASTRO, Adilson Gurgel. *Noções de Direito Tributário*. Natal : Cooperativa Cultural Universitária do Rio Grande do Norte, 1991. (Coleção Sala de Aula, n. 16).
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1994.
- LASSALLE, Fernando. *Que es una Constitución?* Buenos Aires : Ediciones Siglo Veinte, 1975.
- LEITE JÚNIOR, Orlando. O princípio da legalidade tributária. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 7, n. 50, p. 11-52, mar./abr. 1993.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- _____. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989. (Coleção textos de Direito Tributário, n. 16).
- MENENDEZ, Emilio. La crisis de la Legalidad. *Universidad de la Habana*, Habana, v. 4, p. 43-9, jul./ago. 1934.
- MIRANDA, Pontes de. Poder legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 73-4, abr./jun. 1976.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 1990.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no Direito : uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1992.
- _____. Direito alternativo : em busca de sua teoria sociológica. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 1, n. 1, p. 16-73, jun. 1996.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. O princípio da legalidade. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal*, Brasília, v. 28, n. 28, p. 15-32, dez. 1981.
- Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.
- Constituição Federal de 1988.
- Medidas Provisórias nº 1.463-2, de 28 de junho de 1996, e nº 1.506-5, de 17 de outubro de 1996.

Suspensão condicional do processo

Homicídio. Omissão de socorro

FERNANDO CUNHA JÚNIOR

SUMÁRIO

1. *Suspensão condicional do processo. Natureza.*
2. *Homicídio culposo. Omissão de socorro. Súbita morte da vítima. Decisão judicial polêmica.* 3. *Conclusão.*

1. Suspensão condicional do processo. Natureza

A Lei nº 9.099, de 26-9-95, ao cuidar de regulamentar e operar concretamente ao comando do art. 98, inciso I, da Carta Básica Federal, relativamente ao Juizado Especial de Pequenas Causas, instituiu medidas despenalizadoras.² Dentre elas pode-se destacar a relativa ao instituto jurídico da *suspensão condicional do processo*. É o que se depreende da dicção do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26-9-95:

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a *suspensão do processo*, por dois a quatro anos..” (grifo nosso)

De acordo com o referido verbete, o Ministério Público pode propor a suspensão condicional do processo, se atendidos os pressu-

¹ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – *juizados especiais*, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor *complexidade* e *infrações penais de menor potencial ofensivo*, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

² Para o nobre juriconsulto e penalista Damásio E. de Jesus “trata-se de uma alternativa à jurisdição penal, um *instituto de despenalização*: sem que haja exclusão do caráter ilícito do fato, o legislador procura evitar a aplicação de pena.”

postos³ do *caput*⁴, e o acusado pode, da sua parte, com a mesma concordar.

Aceita a proposta da suspensão do processo⁵ e não ocorrendo revogação desta, ocorrerá, inexoravelmente, a *extinção da punibilidade*.

Segundo a abalizada doutrina de Luiz Flávio Gomes e Maurício Antônio Ribeiro Lopes⁶, a suspensão condicional do processo representa uma autêntica revolução *relativamente à quebra do princípio da obrigatoriedade da ação penal*⁷. Exsurge daí o *princípio da oportunidade* como exceção que permite ao titular da ação penal omissão na proposição ou no respectivo prosseguimento, notadamente *nos casos de escassa lesividade social*, ou seja, nos batizados “delitos de bagatela ou pouca lesividade social”.

Embora tenha havido muita discussão doutrinária, o colendo *Supremo Tribunal*, em recente decisório⁸, assentou que o instituto da suspensão condicional do processo tem natureza de *providência de ordem processual penal*⁹ que pode conduzir a uma *consequência material penal* consistente na extinção da punibilidade.

Na hipótese, destarte, o art. 89 da Lei nº 9.099/95 criou o que o Pretório Excelso batizou de *transação de natureza eminentemente processual*, embora com consequência penal, em que se suspende o processo sem se alcançar ou discutir o direito de punir¹⁰ do Estado.

³ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

⁴ Art. 89, Lei nº 9.099/95.

⁵ E após expirado o prazo da suspensão sem revogação (art. 89, parágrafos 3 e 4).

⁶ *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Revista dos Tribunais.

⁷ CPP, Art. 5. Nos crimes de ação pública, o inquérito policial será iniciado:

I. de ofício;

II. mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

CPP, Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público.

⁸ Habeas Corpus nº 74.305-SP, Relator : Ministro Moreira Alves.

⁹ Suspensão condicional do processo.

¹⁰ *Jus puniendi*.

Na suspensão condicional do processo, o réu ou agente não admite culpa, sendo um modo de se defender na persecução penal sem contestar a acusação.

Vejam a confirmação do positivado com o voto condutor do eminente Ministro Moreira Alves no *Habeas Corpus* nº 74.305:

“2. Reza o artigo 89 da Lei nº 9.099, de 26-9-95:

‘Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).’

Como se vê, esse dispositivo legal introduziu, em nosso sistema jurídico, uma suspensão condicional do processo que pode culminar com a extinção da punibilidade. Trata-se, portanto, de *instituto que se traduz na utilização de uma providência de ordem processual penal* – a suspensão condicional do processo – *que pode conduzir a uma consequência penal material* – a extinção da punibilidade. Por essa eventual consequência, configura-se tal dispositivo como *lex mitior*, aplicando-se ele retroativamente em obediência ao que estabelece a parte final do inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal, como bem acentuou o eminente Ministro Celso de Mello, na fundamentação de seu voto – que tratava de hipótese relativa à aplicação do artigo 91 dessa mesma Lei – proferido em questão de ordem, apresentada ao Plenário desta Corte, relativamente ao Inquérito 1055.

(...)

Ora, não há dúvida de que o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 criou uma *transação de natureza eminentemente processual*, embora com eventual consequência penal (extinção da punibilidade), em que não se atinge imediatamente o *ius puniendi* do Estado, que permanece incólume até que, com o cumprimento das condições dessa

suspensão, ocorra a extinção da punibilidade; enquanto isso não ocorre, há apenas paralisação do processo (...). Ademais, na transação do artigo 89, *o réu não admite culpa, sendo uma forma pela qual ele se defende, sem contestar a acusação, mas também sem admitir culpa* ou ver declarada a sua inocência. Dentre as várias finalidades dessa transação, como acentuam corretamente Ada Grinover e outros (ob. cit., p. 195), “a mais marcante consiste em evitar a estigmatização derivada do próprio processo” e, “como conseqüência, acaba evitando também a estigmatização que traz a sentença condenatória”.

2. Homicídio Culposo. Omissão de socorro. Súbita morte da vítima. Decisão judicial polêmica

Os pressupostos da suspensão vêm delimitados na Lei nº 9.099/95, art. 89 e parágrafos.

Relativamente ao que nos interessa para o presente articulado, dentre outros pressupostos, assenta a Lei que o instituto sob comento incide desde que a reprimenda, em seu mínimo legal, não seja superior a 1 (um) ano.¹¹ Conforme o comando legal, quando a *pena mínima cominada* for igual ou inferior a um ano, poderá haver a suspensão do processo. Este, portanto, o pressuposto e *balizamento do instituto da suspensão do processo relativamente ao quantitativo da pena*.

Posta a questão nestes limites é que se proferiu a sentença na 3ª Vara de Delitos de Trânsito de Brasília-DF relativamente ao atropelamento e homicídio culposo cometido pelo estudante Fabrício Klein, filho do até então Ministro Odacir Klein, do Ministério dos Transportes. O caso é relativo ao acidente ocorrido em 10 de agosto de 1996, em Brasília, quando o pedreiro Elias Oliveira teria tido falecimento imediato ao atropelamento.

A polêmica da decisão exsurgiu do fato de a juíza *desconsiderar a agravação da pena* relativamente à *omissão de socorro*. Fazendo isso, pôde a decisão aplicar apenas a suspensão

¹¹ Para alguns juristas, deve-se considerar que os crimes em sua forma “tentada” em que o cálculo da pena resulte em quantitativo igual ou inferior a 1 (um) ano também estão sujeitos à suspensão. Mesmo que se considere que o mínimo da pena para o crime consumado ultrapasse o valor *docaput* do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

do processo no qual o réu, Fabrício Klein, ficou obrigado a doar 24 cestas básicas a uma entidade assistencial, além de ter de prestar informações mensalmente sobre suas atividades.

Entenda-se. A ação penal proposta pelo Ministério Público deu o réu como incurso nas sanções do art. 121, parágrafo 3º, do Código Penal, relativamente ao homicídio culposo e, ainda, como enquadrado na *causa de aumento de pena do parágrafo 4º do mesmo artigo*, que cuida da *omissão de socorro*.

Vejamos os comandos da norma do art. 121, parágrafos 3º e 4º, do Estatuto Repressivo Penal:

“Art. 121. Matar alguém.

– Homicídio culposo

§ 3º – Se o homicídio é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

– Aumento de pena.

§ 4º – No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.”

Como se depreende das normas citadas e consoante mencionado em linhas pretéritas, o réu Fabrício Klein *somente poderia ser beneficiado* com a suspensão do processo se *estivesse incurso apenas em homicídio culposo*, já que a pena mínima para esse tipo delitual é *de um ano*.¹²

Entretanto, se a sentença considerasse a *omissão de socorro*, a pena seria aumentada de um terço e não mais seria possível a aplicação do instituto processual da suspensão (art. 89, Lei nº 9.099/95).

Vejamos agora se a omissão de socorro seria aplicável ao caso. No caso judicial de que se cuida, a juíza entendeu que não houve omissão de socorro nos seguintes termos:

“(…) *uma vez que a vítima faleceu imediatamente no local no qual foi atropelada, não restou caracterizada a*

¹² Art. 89 da Lei nº 9.099/95 combinado com o CP, art. 121, parágrafo 3º.

alegada omissão de socorro”.

A questão deu margem a grandes reclamos da sociedade, que teve como inadmissível o afastamento da agravação da pena pela omissão de socorro.¹³

Peço vênia para acompanhar a sociedade e, fazendo coro, apresentar *dissensão e discordância com a retrocitada decisão judicial*.

É verdade que *houve controvérsia* quanto a se caracterizar ou não a omissão de socorro quando o agente atropelador foge, mas,

¹³ Jornal de Brasília “Correio Braziliense” de 22-1-97.: Uma decisão polêmica.

“Acusação vai recorrer contra a pena que obriga Fabrício Klein a dar cestas básicas por atropelar e matar pedestre”

Beth Veloso e Rosana Tonetti

Da equipe do Correio Braziliense

“A família do ajudante de pedestre Elias Barboza de Oliveira Júnior, que morreu aos 24 anos, atropelado pelo estudante Fabrício Klein, 18 anos, vai voltar à Justiça. *A acusação não se conformou com a decisão da juíza Maria Leonor Leiko Agüena, da 3ª Vara de Delitos de Trânsito, que beneficiou Klein com a suspensão do processo penal, desde que doe 24 cestas básicas a uma entidade assistencial.* Ele também passará dois anos sendo vigiado pela Justiça, tendo que pedir autorização para sair de Brasília e se apresentar judicialmente todo mês.

Dentro de dez dias, o advogado Rommel Parreira vai entrar com uma apelação junto ao Tribunal de Justiça, para tentar anular a *o suris* processual (suspensão do processo) e fazer com que *Fabrício responda por homicídio culposo (sem intenção) qualificado pelo fato de não ter prestado socorro à vítima* e ter fugido do local do acidente.

A promotora Cândida Faria desconsiderou a omissão de socorro, baseando-se em depoimentos de que o pedestre teria morrido na hora. Com isso, Fabrício foi enquadrado na Lei nº 9.099/95 aplicada para crimes com pena máxima de um ano. A omissão de socorro, se levada em conta, elevaria a pena em um terço, inviabilizando a suspensão do processo. Mas a acusação quer provar que Elias não morreu instantaneamente, como concluiu a promotora nas alegações finais do processo. “Não havia nenhuma testemunha que fosse médico, legista ou perito para atestar a morte”, justificou o advogado.

O laudo do exame cadavérico de Elias, feito pelo Instituto Médico Legal (IML), não menciona se houve ou não morte instantânea. É omissis. “A promotoria deveria ter baixado o processo em diligência, para que o IML, por meio de seus peritos, atestasse se houve ou não morte imediata. De maneira nenhuma o Estado (promotoria) poderia pender para um dos lados, favorecendo o rapaz (Fabrício)”, opinou o advogado Safe Carneiro, vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil.

O relatório final do inquérito policial que deu origem à denúncia afirma que a vítima faleceu pouco depois do acidente. O delegado Onofre de Moraes, da 9ª DP do Lago Norte, que presidiu o inquérito, considerou que houve homicídio culposo qualificado. “Ele atropelou no acostamento e estava em alta velocidade, omitiu socorro e fugiu para evitar o flagrante”, disse.

No dia 28 de setembro, a promotora Cândida chegou a

inobstante, a vítima morre em seguida ao atropelamento.

A doutrina, por exemplo, de Damásio de Jesus¹⁴ assenta que somente é cabível o socorro quando a vítima não morre instantaneamente.

Também se podem citar precedentes do egrégio Tribunal de Justiça do DF onde o falecimento súbito do atropelado não dá causa ao aumento de pena pela omissão de socorro. Por exemplo, a Apelação Criminal nº 15.052, Relator o Desembargador Lécio Resende, DJ de 14-6-95:

“Ementa:

Acidente de Trânsito – Homicídio culposo – Lesões corporais culposas – Concurso formal – Materialidade e autoria provadas – Imprudência – Omissão de socorro – Vítima fatal – Óbito verificado logo em seguida ao atropelamento – Causa de aumento – Inadmissibilidade – Recurso provido, em parte.

É juridicamente impossível a aplicação da causa de aumento de pena a que se refere o parágrafo quarto do art. 121, do Estatuto Repressivo, se a vítima vem a falecer, instantaneamente após a colisão.”

Contudo, há doutrina em sentido contrário e, principalmente, as recentes decisões da jurisprudência e do próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal são no sentido de que é aplicável a agravação da omissão de socorro se o agente foge sem dar atenção à vítima.

Também a doutrina autorizada do grande penalista brasileiro *Nelson Hungria*¹⁵:

“34. Agravantes especiais do homicídio culposo.(...) Este dispositivo, segundo explica a Exposição de Motivos, “visa, principalmente, à condução de

considerar que houve omissão de socorro, mas no dia 16 de dezembro voltou atrás, citando jurisprudência do Tribunal (julgamentos anteriores), sem mencionar a decisão. Procurada pelo Correio, a promotora Cândida está em férias.

(...)

O advogado de acusação também vai argumentar, na apelação, a existência de indícios de que o acusado estava embriagado. “Segundo uma testemunha, o ex-policial Ezio Gusmão, o carro evadiu-se do local e fazia ziguezague”, argumentou Rommel”.

¹⁴ *Direito Penal*, 9. ed., Saraiva, v. 2.

¹⁵ *Comentários ao Código Penal*. Forense, v. 5.

automóveis, que constitui, na atualidade, devido a um generalizado descaso pelas cautelas técnicas (notadamente quanto à velocidade), uma causa freqüente de eventos lesivos contra a pessoa, agravando-se o mal com o procedimento *post factum* dos motoristas, que, *tão-somente com o fim egoístico de escapar à prisão em flagrante ou à ação da justiça penal*, sistematicamente imprimem maior velocidade ao veículo, desinteressando-se por completo da vítima...

Deixar de prestar imediato socorro à vítima *significa deixá-la à sua própria sorte, em perigo de vida ou de saúde, sabendo o agente que, pelas condições do local, não poderá ser efetiva ou tempestivamente acudida...* O que constitui a agravante é a *descaridade, a indiferença egoística do agente*, que, podendo, ele próprio, prestar imediato socorro à vítima, deixa de fazê-lo.” (grifo nosso).

Note-se a Apelação Criminal nº 15.073, Tribunal de Justiça-DF, DJ de 7-2-96:

“Ementa:

Para a *configuração da agravante da omissão de socorro*, basta o “non facere”, nos termos em que a lei penal o descreve, sendo indiferente que se trate de abandono de pessoa morta ou simplesmente ferida, ou, ainda, o grau e natureza das lesões, ou mesmo o fato de a vítima poder receber socorros de terceiros. Impõe-se a solução, porque não compete ao agente aquilatar a intensidade do perigo que corre a vítima ou a gravidade de suas lesões.”

O mesmo ocorreu na Apelação Criminal nº 14.332, Relator o Desembargador Vaz de Mello, DJ de 17-5-95:

“Ementa:

Delito de Trânsito. Homicídio Culposo. *Omissão de socorro*.

Pena. O agente que, imprimindo velocidade incompatível com o veículo e, ainda, efetuando manobras perigosas como “cavalos-de-pau”, vem a “colher” transeunte que caminhava próximo ao meio-fio da pista de rolamento *causando-lhe a morte*, incurso está nas sanções do artigo 121, parágrafo terceiro, do Código Penal. *É causa de aumento da pena* nos termos do parágrafo quarto do artigo

referido, *se empreende fuga sem prestar socorro à vítima*.

Desprovidos os recursos. Unânime”. (grifo nosso).

Idem na Apelação Criminal nº 14.075, DJ de 30-8-95, Relatoria do atual Presidente do TJ-DF, Desembargador Carlos Augusto de Faria, DJ de 30-8-95:

“Ementa:

Penal. Delito de automóvel. Homicídio e lesão corporal culposos.

Condenação. Culpa caracterizada. Atropelamento de dois ciclistas que trafegavam pelo acostamento. Motorista inabilitado. *Omissão de socorro*. Recurso ministerial tendente *ao aumento da pena pela omissão de socorro*, fato indicado na denúncia e desprezado pela sentença.

Demonstração probatória hábil. Apelo provido.”

Para pôr uma “pá de cal” sobre o assunto, veja-se decisão do *Colendo Supremo Tribunal Federal* no Recurso de *Habeas Corpus* nº 60.690, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 2-12-83:

“Ementa:

Habeas corpus. Paciente condenado como incurso no art. 121, parágrafos 3º e 4º, combinado com o art. 51, parágrafo 1º do Código Penal, a dois anos, quatro meses e vinte e quatro dias de detenção. Recurso do MP provido. Não ocorreu, na espécie, o alegado *bis in idem*, nem *reformatio in pejus*. O agente, segundo o acórdão condenatório, violando todas as regras possíveis de trânsito, dirigindo sem habilitação, em ziguezagues, *embriagado, matou quatro pessoas, omitindo socorro às vítimas* e quase atropelando agentes rodoviários. Nessas circunstâncias, justificava-se fixar a pena-base um pouco acima do mínimo. *Aumento obrigatório de um terço, ut art. 121, parágrafo 4º, do Código Penal*, incidindo, ainda, mais um quinto (critério do tribunal local) pelo concurso formal (pluralidade de vítimas). Inexistência de ilegalidade na pena imposta. *Habeas corpus* denegado.”(grifo nosso).

De par com o assentado, é mister observar, ainda, que se trata de homicídio culposo, de modo que o agente atropelador não quer o resultado – atropelamento e morte –, mas tem a previsibilidade de que tal pode ocorrer. No caso do art.121, parágrafo 4º, *bastaria ao agente, conforme o entendimento contido na retrocitada sentença, atropelar e simplesmente ter a “presunção”* de que a vítima havia

morrido imediatamente e, alegando tal em juízo, deixar de ver sua pena agravada pela omissão de socorro.

Ademais, também afigura-se errônea a resolução judicial¹⁶ comentada, porquanto, mesmo que não se caracterizasse a omissão de socorro, haveria o aumento da pena, pois o agente fugiu para evitar prisão em flagrante e, ainda, não procurou diminuir as consequências do seu ato.¹⁷

Na hipótese, se a peça acusatória retratou corretamente os fatos, deve ter mencionado a fuga do agente e, ainda, que o mesmo não procurou diminuir as consequências de seu ato. Seria o caso da aplicação, na sentença, do disposto no verbete do art. 383¹⁸ do Código de Processo Penal. Assim, mesmo sem agravar a pena pela omissão de socorro, a juíza sentenciante poderia fazê-lo em relação à fuga do réu e também pelo fato de o mesmo não ter procurado diminuir as consequências de seu ato. O resultado seria a impossibilidade de aplicação da suspensão do processo.¹⁹

¹⁶ Decisão da 3ª Vara de Delitos de Trânsito – DF, Réu Fabrício Klein.

¹⁷ – Aumento de pena.

§ 4 – No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.”(grifo nosso)

¹⁸ Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

¹⁹ É entendimento assente do colendo STF que o réu se defende da imputação de fato contida na denúncia e não da classificação do crime operada pelo Ministério Público (HC 56.874, DJU de 8-6-78) e, também, que, estando afirmados os fatos, a sentença pode corrigir a qualificação jurídica da infração penal (STF. RTJ 79/65).

Note-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 63.587. Relator: Ministro Rafael Meyer. Diário da Justiça, 14 de fevereiro de 1996.

“Ementa:

Processo penal. ‘*Emendatio libelli*’. Art-383 do CPP. Como o réu se defende do crime descrito na denúncia, e não da capitulação nela constante, o juiz pode enquadrar diversamente o fato imputado na peça acusatória, desde que atinente às circunstâncias efetivamente descritas. *Habeas corpus* indeferido.”

Noutra hipótese, mesmo que a denúncia²⁰ não tenha retratado o fato²¹ da fuga ou ausência de conduta para diminuir as consequências do atropelamento, mas desde que exista prova disso nos autos, poderia a magistrada sentenciante aplicar o disposto no art. 384²² do CPP. Do mesmo modo, o resultado seria a impossibilidade da aplicação da suspensão do processo, já que haveria aumento da pena em um terço.

3. Conclusão

A suspensão condicional do processo é medida processual com consequência material penal e somente pode ser usada se atendidos os pressupostos legais e, na espécie do caso concreto mencionado, seria cabível a agravamento da pena em razão da incursão do agente no parágrafo 4º, art. 121 do Código Penal, de modo a se inviabilizar a aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

²⁰ Peça acusatória.

²¹ Explícita ou implicitamente (art. 384, CPP).

²² Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se, em virtude desta, houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Mutação constitucional judicial como mecanismo de adequação da Constituição Econômica à realidade econômica

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS

“Uma constituição não é jamais idêntica a si própria, estando constantemente submetida ao pantha rhei heraclitiano de todo o ser vivo”

Loewenstein

SUMÁRIO

Introdução. 1. Formas de mudança constitucional. 2. A interpretação constitucional como mecanismo de adequação do texto à realidade. 3. O elemento político da Constituição como impulsor da interpretação dinâmica do texto. 3.1. A influência do elemento político da Constituição na sua interpretação. 3.2. Os métodos interpretativos e a mutação constitucional. 4. A Constituição brasileira de 1988 e as possibilidades de sua mudança por interpretação jurisprudencial no âmbito da ordem econômica. 4.1. Mutação constitucional por interpretação jurisprudencial. 4.2. Interpretação jurisprudencial e ordem econômica. 5. Características da ordem econômica que propiciam a mutação constitucional jurisprudencial. 5.1. O aspecto principiológico adotado pelo constituinte (a escassez de regras). 5.2. A existência de normas sujeitas à complementação legislativa. 5.3. A necessidade de harmonização de princípios antagônicos. 5.4. A busca da concretização de termos imprecisos. 5.4.1. Denotação e conotação. 5.4.2. Vagueza e ambigüidade. 5.5. Características do direito econômico relacionadas à dinamicidade do fenômeno econômico. 5.5.1. Flexibilidade e variabilidade. 5.5.2. Delegação legislativa decorrente da imediatividade dos fenômenos econômicos. 5.5.3. Predomínio do poder discricionário da administração. 6. Conclusão.

Paulo José Leite Farias é Membro do Ministério Público do Distrito Federal, Professor de Direito Tributário da AEUDF (Associação de Ensino Unificado do DF), Mestrando em Direito e Estado na Faculdade de Direito da UnB, Ex-Procurador Autárquico Federal e Ex-Consultor-chefe do INSS.

Introdução

Nessa década há uma rápida e intensa reordenação da política e da economia em todo

o mundo. Na política, o principal fator de mudança é o fim da polarização Estados Unidos–União Soviética. A *perestroika* de Gorbatchov e a queda do muro de Berlim precipitam o desmonte da União Soviética e, indiretamente, revigoram o sistema econômico capitalista, modificando paradigmas existentes à época da elaboração da Constituição de 1988.

Na economia, novos blocos são formados. Os Tigres Asiáticos aceleram seu desenvolvimento, a velha idéia da unificação da Europa corporifica-se, cada vez mais, com a criação da Comunidade Econômica Européia – hoje, União Européia¹.

Na esfera das relações de trabalho, a introdução de novos sistemas tecnológicos e dos padrões de organização do trabalho que os acompanham acarretam profundas transformações. Há uma crescente produtividade e, paralelamente, a redução da necessidade de mão-de-obra, dando ensejo ao chamado desemprego estrutural – característico de economias desenvolvidas ou em fase de expansão.

Nesse inexorável contexto fático, ressurgem a idéia de que a Constituição de um país deve ser o bastante plástica e flexível para acolher e permitir mutações decididas pela sociedade por intermédio de mecanismos democráticos estabelecidos pela própria Constituição.

Karl Loewenstein², na obra *Teoría de la Constitución*, ressalta que:

“De um ponto de vista puramente teórico – e com isso entramos no tema propriamente dito – uma Constituição seria aquela ordem normativa conformadora do processo político segundo o qual todos os desenvolvimentos futuros da comunidade, tanto da ordem política como social, econômica e cultural, pudessem ser previstos de tal maneira que não fosse necessário mudar as normas reguladoras. Cada Constituição integra, por assim dizer, tão-só o *statu quo* existente no momento de seu nascimento, e não pode prever o futuro; no melhor dos casos, quando esteja

¹ A União Européia substitui a antiga Comunidade Econômica Européia criada em 1957; esse bloco, oficializado em 1992 pelo Tratado de Maastricht, visa à criação de um mercado interno único, com uma moeda própria, um sistema financeiro e bancário comum.

² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1976.

inteligentemente redigida, pode tentar levar em conta, desde o princípio necessidades futuras por meio de destaques e válvulas cuidadosamente colocados, ainda que uma formulação demasiado elástica possa prejudicar a segurança jurídica. Assim, pois, é preciso resignar-se com o caráter de compromisso inerente a qualquer Constituição. Cada constituição é um organismo vivo, sempre em movimento como a vida mesma e está submetida à dinâmica da realidade que jamais pode ser captada através de fórmulas fixas. Uma Constituição não é jamais idêntica a si mesma e está submetida constantemente ao *panta rhei* heraclítico de tudo que vive.”

Por outro lado, observa-se que a preocupação principal das Constituições modernas foi, sem dúvida, o exercício do poder político e a garantia dos direitos individuais, mas, entre estes, sempre estiveram direitos de caráter econômico. Assim, um documento pioneiro como a Magna Carta inglesa, de 1215, abordava o problema da garantia do direito de propriedade fundiária, de relevante importância naquele tempo. Da mesma forma, a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, apesar do liberalismo crescente, preocupou-se com problemas econômicos, objetivando a “oferecer proteção ao comércio e à indústria americanos”. A importância da regulamentação econômica, já naquele diploma legal, justificou um estudo a afirmar que, “num sentido, a Constituição é ela mesma um documento econômico; certamente, eliminando a economia, ela ficaria uma sombra³”.

Assim, a crescente regulação do processo produtivo em nível constitucional, junto da evolução do constitucionalismo clássico para o constitucionalismo social, ressalta a importância da verificação de adequação do dinâmico fenômeno econômico com a Constituição Econômica vigente. Os mecanismos institucionais de ajuste da letra constitucional mostram-se, pois, fundamentais.

Sob esse prisma, procura-se analisar, nesse trabalho, a importância dos processos informais de mudança constitucional, em especial a interpretação judicial, que vivificam a Constituição Econômica adequando-a à complexa realidade fática econômica.

³ BEARD, Charles A. *American Government and Politics*. New York : Macmillan, 1944. p. 341.

1. Formas de mudança constitucional

As Constituições, afirma Loewenstein, não mudam somente mediante emendas (processos formais), mas, em maior volume, há mudanças que a norma estabelecida sofre sem que haja mudança no texto constitucional (processos informais – mutação constitucional)⁴.

Canotilho bem explica que

“considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem que haja alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: *muda o sentido sem mudar o texto*”⁵.

Jellinek, um dos mais destacados estudiosos do tema, sob o mesmo prisma, afirma:

“Las Constituciones contienen preceptos jurídicos y todo el Derecho es reformado y completado sea mediante la ley, sea a través del Derecho consuetudinario, o bien según unos afirman y otros rechazan, mediante el Derecho de los juristas (*Juristenrecht*). Ahora bien, si sólo utilizamos estas categorías generales no podemos formarnos un conocimiento cabal de la esencia de procesos tan extraños e interesantes sea con clara percepción o poco a poco, únicamente por medio de una consideración perspicaz, lograremos captar cómo los fundamentos existentes de un Estado son sustituidos por otros.

.....
Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación”⁶.

Na posição adotada pelo mestre de Heidelberg, fica clara a contraposição de

⁴ LOEWENSTEIN, op. cit. p. 165.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Almedina, 1993.

⁶ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción Christian Förster. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 6-7.

mutação constitucional e reforma constitucional. Assim, a reforma da Constituição consiste na modificação dos textos constitucionais produzida mediante *ações voluntárias*; ao contrário, a mutação constitucional firma-se em modificação de sentido sem mudança do dispositivo por *atos não acompanhados de consciência de tais modificações*. Assim, afigura uma característica subjetiva (voluntariedade ou não da modificação da norma) diferenciadora da reforma e da mutação que não se apresenta nos outros estudiosos do tema.

Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre reforma constitucional (*Verfassungsänderung*) e mutação constitucional (*Verfassungswandlungen*); a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição, pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expreso, *mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais*, por meio ora da interpretação, ora dos costumes, ora da legislação infraconstitucional. Tais mudanças, normalmente, processam-se mais lentamente e só se tornam claramente perceptíveis quando comparado o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

Não obstante as colocações já feitas, observa-se que tal qualificativo – mutação “constitucional” –, além de importar em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional, não pode ofender a letra, nem o espírito da Constituição, estando, pois, sujeito a limites para que não desvirtue a vontade da Lei Maior.

2. A interpretação constitucional como mecanismo de adequação do texto à realidade

O tema “interpretação constitucional” vem assumindo importância acentuada nos estudos contemporâneos de Direito Constitucional. Nesse trabalho, entretanto, será abordado enquanto processo de mutação constitucional no âmbito da interpretação judicial.

A interpretação de disposição constitucional proporciona a atualização e a vivificação constante de seu sentido. Assim, qualificar a tarefa hermenêutica constitucional como operativa significa vincular à jurisdição

constitucional a qualidade de “válvula de adaptação do Direito ao seu tempo”⁷.

Considerável parcela da força normativa de uma Constituição decorre da interpretação desta pelos Tribunais, e aquela será tanto maior quanto mais atuante se tornar essa interpretação. Assim, já dizia Hesse que um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas de sua *praxis*, que se efetiva por uma interpretação adequada que concretiza ao máximo o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.⁸

Como todas as normas jurídicas, a Constituição escrita deve ser compreendida e, para tanto, deve ser interpretada.

Nesse sentido, preleciona Carlos Maximiliano:

“Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do processo, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a época e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional”⁹.

Entretanto, tal relevante tarefa opera-se penosamente, pois, quanto mais resumida é uma lei, mais geral deve ser sua linguagem e maior, portanto, a necessidade e também a dificuldade de interpretação do respectivo texto.

Assim, a interpretação constitucional é vista, em regra, como exigência prática para a atuação do texto; trata-se, no entender dominante da doutrina, de operação mental “que acompanha o processo de aplicação da Constituição”.¹⁰

⁷ USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 77.

⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1991. p. 22.

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro : J. Ribeiro dos Santos, 1918. p. 99.

¹⁰ Neste sentido, cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 1990. p. 137. Preleciona o professor da Universidade de Viena que “há interpretação quando se trata de aplicar a Constituição, quer no processo legislativo, quer na criação de normas individuais (sentenças judiciais, ordens administrativas etc.)”.

Em regra, atribui-se, pois, à interpretação constitucional uma função, qual seja, “aplicação do texto constitucional”¹¹.

Tal entendimento reafirma-se na lição de Emílio Betti¹²; a interpretação jurídica não é senão uma espécie, talvez a mais importante, do gênero “interpretação em função normativa”. Essa caracteriza-se por um princípio atuante: entender para agir ou para decidir, ou seja, para tomar posição em face de um preceito que se deve observar. Nela o intérprete não pode limitar-se a uma mera representação do objeto, numa postura contemplativa.

Em se tratando da Constituição, a atividade interpretativa ganha ainda maior relevo e magnitude. Contendo as diretrizes superiores da organização política e jurídica de um povo, a Constituição só se firmará e produzirá bons resultados à medida que souber se adaptar às novas realidades da vida social.

Essa capacidade de adaptação às novas realidades da vida social tem grande importância no âmbito da ordem econômica, conforme demonstraremos nesse trabalho.

3. O elemento político da Constituição como impulsionador da interpretação dinâmica do texto

3.1. A influência do elemento político da Constituição na sua interpretação

As normas constitucionais são políticas quanto à sua origem, quanto ao seu objeto e quanto aos resultados de sua aplicação. De fato, a Constituição resulta do poder constituinte originário, tido como *poder político fundamental*¹³. A percepção teórica da existência desse poder mais elevado, superior à ordem jurídica instituída, remonta à Revolução Francesa¹⁴,

¹¹ CANOTILHO, op. cit. p. 203. Segundo o mestre da Universidade de Coimbra, “interpretar uma norma constitucional é atribuir significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos”.

¹² BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Tradução de José Luis de los Mozos. Madrid : Derecho Reunidas, 1975.

¹³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 355.

¹⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa : que é terceiro Estado?* Rio de Janeiro : Liber Juris, 1986.

embora tenha sido posto em prática pela primeira vez na consumação do processo de emancipação dos Estados Unidos da América¹⁵.

A doutrina é unânime sobre a importância do elemento político na interpretação da Constituição. Consoante assinala Lucas Verdú¹⁶, 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 sua criação e reforma, distinguindo-se das leis ordinárias. Já o conceito material refere-se, entre outras, àquelas normas definidoras da estrutura do Estado, dos direitos dos cidadãos e da regulação do sistema econômico.

Numa ou noutra perspectiva, não se deve perder de vista uma nota que lhe é característica: 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 Schmitt 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.

Analogamente, autores como Washington Peluso Albino de Souza¹⁷ definem que há uma ideologia econômica imanente a cada Constituição, que modernamente se denomina “Constituição Econômica”. Desse modo leciona, *verbis*:

“De modo geral, nas Constituições modernas, boa parte dos elementos

¹⁵ Ironicamente, Hannah Arendt, na obra *On revolution*. London : Penguin Books, 1987, assinala: “A triste verdade na matéria é que a Revolução Francesa, que acabou em desastre, ingressou na história mundial, enquanto a Revolução Americana, de sucesso tão retumbante, permaneceu como um evento menor”.

¹⁶ LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Madri : Tecnos, 1977. v. 2. p. 530.

¹⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : LTR, 1994. p. 27.

considerados como correspondentes a esta ideologia estão reunidos nos capítulos da ‘Ordem Econômica e Social’, que modernamente se denomina ‘Constituição Econômica’, apesar de muitos deles também se encontrarem dispersos por outras partes do texto constitucional.”

Nesse sentido, importante ressaltar que o conceito de ideologia tem relevância para o estudo da relação entre Direito e Economia, no sentido de implantação de uma política econômica. Karl Loewenstein, acentuando o papel desempenhado pela ideologia na conformação do sistema político, assim a define:

“O conceito de ideologia se pode definir da seguinte maneira: ‘um sistema fechado de pensamentos e de crenças que explicam a atitude do homem perante a vida e sua existência na sociedade, e que propugnam uma determinada forma de conduta e de ação que corresponde a tais pensamentos e crenças, e que contribui para realizá-los’. As ideologias são as cristalizações dos valores mais elevados em que crê uma parte predominante da sociedade, ou – o que ocorre de raro – a sociedade em sua totalidade. É importante sublinhar expressamente que as ideologias – e é isto que as diferencia da teoria ou filosofia política – compelem seus partidários à ação para conseguir sua realização. Ideologias são, portanto, o ‘telos’ ou o ‘espírito’ do dinamismo político numa determinada sociedade estatal.”¹⁸

Define Vital Moreira a *Constituição Econômica* como:

“O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.”¹⁹

Dessa definição se podem extrair todos os

¹⁸ LOEWENSTEIN, op. cit. p. 30.

¹⁹ *Economia e Constituição*, 1979. p. 41.

elementos que levam a conceituar o papel do Estado na edição de normas destinadas a reger o fenômeno econômico, bem como, especificamente, a sua função de ordenador dos mecanismos de mercado.

A Constituição Econômica opera a conversão do regime econômico em ordem jurídico-econômica. Tem esta por finalidade estabelecer os princípios e regras informadores das normas que regerão as relações econômicas. E a regência dessas relações se dá sob dois prismas: a ordem jurídico-econômica aceita e acolhe o regime econômico existente, adotando-o como base de toda a organização que a norma implanta; a ordem jurídico-econômica procura criar um novo regime econômico. Daí o grande número de normas programáticas existentes nas Constituições modernas, que têm por finalidade justamente reformular, dar outra forma, à ordem já adotada anteriormente.²⁰

²⁰ Assinala Vital Moreira que “a característica mais notável das constituições econômicas contemporâneas é o fato de incluírem em geral um grande número de disposições destinadas a informarem a política econômica, isto é, conterem uma ordem econômica programática, enfim, uma constituição econômica diretiva” (Ibidem, p. 117). Focalizando a Constituição sob o aspecto diretivo, Gomes Canotilho aponta importante evolução: ‘uma irredutível dualidade’ parece marcar as discussões em torno da Constituição: a idéia de sociedade civil e liberdade dos homens assente no ‘mercado’; a idéia de sociedade e igualdade assente no ‘Estado’. A perspectiva que se vai adotar parte, pelo contrário, da idéia de conformação da sociedade, numa determinada situação histórica, como um problema aberto. Mais do que apurar uma ontologia do ‘ser do Estado’ ou do ‘ser do mercado’ e considerar esses ‘seres’ como ‘pontos’ e ‘limites’ absolutos, importa inseri-los num processo dialético em que o problema da Constituição social é um problema de transformação da realidade a realizar pelos homens....A ‘ordo’ surge como problema de ‘evolução’ ou de ‘construção’. O problema está em como se deve conformar a realidade e se a idéia da ‘boa conformação da realidade’ deve explicitar-se ou não nos textos constitucionais” (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1982, p. 69-71). A direitividade da Constituição condiciona o surgimento das normas-fim e das normas-tarefa: A relevância das normas-fim e normas-tarefa – normas que determinam os fins a alcançar e as tarefas a cumprir, no âmbito da Constituição dirigente –, foi concretamente assinalada ao tratar-se das imposições constitucionais. O mais freqüente nesse tipo de normas constitucionais é que elas estabeleçam, como dever do legislador, alcançar certos fins, mas sem prescreverem, em geral, os meios ou comportamentos

É importante, contudo, assinalar que existem limites à criatividade da Constituição Econômica *diretiva*, quer decorrentes do contexto da Constituição Política, quer ainda provenientes da Constituição econômica estatutária.

A Constituição Econômica tem seu quadro contextual no todo da Constituição *Política*, cujos princípios devem traçar os parâmetros para aquela. Não pode haver conflito entre os princípios estabelecidos pela Constituição Econômica e os adotados pela Constituição Política. A respeito dessa necessidade contextual, faz Manuel Afonso Vaz severo reparo às posições assumidas por Gomes Canotilho e por Vital Moreira. A respeito da imperiosidade dessa adequação contextual, assim se expressa ele:

“A Constituição Econômica é, pois, uma parte da Constituição Política e o seu objeto não se confunde com a ordenação total, global e acabada da sociedade. A Constituição Econômica não se pode separar da democracia, nem das exigências de um Estado de direito. A Constituição Econômica é, no entanto, um conceito central em qualquer estudo de direito econômico, que não, propriamente, da Constituição.

Concluindo, diremos que não é a expressão *constituição econômica* que, de *per si*, torna-se sujeita a certos reparos, mas sim o enfoque ideológico que se lhe queira referir. De resto, a expressão, em si mesma, fornece-nos até um quadro terminológico simples para significar os princípios jurídicos fundamentais da organização econômica de determinada comunidade política.”²¹

Ao se referir às correntes que estudam as Cortes Constitucionais como se fossem um órgão político, o constitucionalista americano Lief H. Carter²², defensor de uma teoria estética interpretativa, assinala:

“En las tres últimas décadas han aparecido otra clase de libros útiles que

mediante os quais eles possam ser obtidos. Como normas teleológicas, impõem heteronomamente fins; a decisão autônoma quanto aos meios cabe no âmbito do poder-dever do legislador (Ibid. p. 446).

²¹ *Direito Econômico* : a ordem econômica portuguesa. 1990, p. 90-91.

²² CARTER, Lief H. *Derecho Constitucional contemporáneo* : la Suprema Corte y el arte de la política. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985. p. 26.

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 todos 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”, à medida 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 de a ciência medir as preferências humanas, contrastando-as com as condições sociais vigentes, tem um efeito poderoso sobre as ciências sociais e, também, sobre a aplicação do texto constitucional.

O que particulariza a interpretação da Constituição, de modo mais marcado, é o fato de ser ela o *estatuto jurídico do político*²³, o que prontamente nos remete à ponderação de “valores políticos”.

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 a sua interpretação um caráter intrinsecamente dinâmico.

Ademais, importante lembrar que o elemento político, imanente na 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.

3.2. Os métodos interpretativos e a mutação constitucional

Canotilho, ao tratar da interpretação

²³ GOMES CANOTILHO, op. cit. p. 146.

constitucional, reconhece a proclamada “luta das teorias da interpretação jurídica”, que se resume, em última análise, em saber se o “último escopo da interpretação da Constituição é determinado e fixado por meio da vontade do legislador constituinte histórico (teoria subjetivista) ou se, pelo contrário, a Constituição tem autonomia em si mesma, nas suas palavras, permitindo, assim, falar-se de uma ‘vontade da Constituição’, independente do pensamento e do querer do constituinte histórico (teoria objetivista)”²⁴, para concluir que, não sendo a Constituição um simples estatuto jurídico, mas, sim, um *estatuto político, a postura metodológica constitucional* é fortemente influenciada pela carga de politicidade.

O citado autor, partidário do método interpretativo de concretização, ao assinalar o fim da interpretação, diz que não se trata de procurar a “vontade do legislador constituinte ou da lei constitucional”, mas, sim, de se saber “como concretizar a Constituição nos casos em que esta não estabeleça diretivas inequívocas, antes se limitando à fixação de *pontos de partida*, indeterminados e incompletos”²⁵.

Assim é possível afirmar que todos os métodos interpretativos podem ensejar mudanças constitucionais, em maior ou menor amplitude. Por exemplo, até o método gramatical, em menor escala, permite mutação constitucional, porque o sentido de determinado vocábulo se modifica ao longo do tempo; igualmente, em maior escala, o método evolutivo²⁶, porque acompanha a alteração de valores e fins inspiradores das disposições constitucionais.

²⁴ Ibidem, p. 211.

²⁵ Ibidem, p. 216-7. Para Canotilho, “concretizar a Constituição” traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização.

²⁶ O método evolutivo (método histórico-teleológico) é aquele que, sem contrariar o texto literal da Constituição, admite novos conteúdos ao mesmo, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais, que não estavam presentes na mente dos constituintes quando elaboraram a Constituição; nesse sentido, vide BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1980. p. 273.

4. A Constituição brasileira de 1988 e as possibilidades de sua mudança por interpretação jurisprudencial no âmbito da ordem econômica

4.1. Mutação constitucional por interpretação jurisprudencial

O Direito, como observou Von Ihering²⁷, existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele. A realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento.

Desse modo recomenda Esser²⁸:

“Debe volver conscientemente la espalda a aquel espíritu ya superado y substituir las anticuadas ‘representaciones de la ley’ por una solución que haya sido puesta a prueba sobre las ‘necesidades de su época’, pero cuya legitimación dogmática no puede efectuarse más que merced a los principios generales que entresaca de la substancia de las antiguas normas, oponiéndose cada vez más a la doctrina clásica de éstas, pero perfeccionando los conceptos desarrollados por tal doctrina.”

Desse modo, ressaltando que a aplicação do Direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos, surgiu a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*. Essa foi, sem sombra de dúvida, uma das mais importantes contribuições do Judiciário no desenvolvimento de uma interpretação jurisprudencial criativa em torno da Constituição brasileira²⁹. Por construção constitucional, o Supremo Tribunal Federal, em 1909, deu amplo alcance ao conceito genérico contido no art. 72, § 22, da Constituição Federal de 1891 e estendeu o remédio do *habeas corpus*, originalmente imaginado como instrumento de proteção apenas da liberdade de locomoção, à proteção de quaisquer lesões de direitos pessoais, praticadas por abuso de autoridade pública.

Sobre o elastecimento do remédio heróico,

²⁷ IHERING, Rudolf Von. *A evolução do Direito*. Salvador : Progresso, 1956. p. 424.

²⁸ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Tradução de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona : Bosch, 1961.

²⁹ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo : Max Limonad, 1986. p. 138.

Seabra Fagundes³⁰ leciona que foi expandido o âmbito de proteção desse direito mediante corajosa postura jurisprudencial adotada pela Suprema Corte brasileira à época, *verbis*:

“Desenvolve-se, então, fecundo trabalho jurisprudencial, que se alinha entre o que de mais notável se conhece na história do Direito, como contribuição pretoriana para a estrutura da ordem jurídica. Os Juizes da Excelsa Corte, a duras penas e a riscos sem conta (dois Presidentes da República declararíamos formalmente não cumprir julgados do tribunal; um outro censurá-lo-ia em mensagem ao Congresso), fortaleceriam o constitucionalismo brasileiro. Ao *habeas corpus* se atribui latitude que, em país algum, jamais se lhe reconhecera. Os julgados ampliativos do instituto se fundamentam, principalmente, na correlação entre o exercício do direito de ir e vir e o exercício doutros direitos, acolhendo-se o pedido sempre que o direito de locomoção se mostre indispensável para o exercício de um outro, incontestável e líquido. Ao assegurar-se a liberdade de movimento, porque condição para o exercício de um direito – o direito escopo, na conhecida expressão de Pedro Lessa –, em verdade se garante é o exercício deste. O desempenho de funções políticas, as imunidades parlamentares, a cessação, com o estado de sítio, de medidas tomadas sob ele, o exercício de profissão e de cargo público, tudo foram direitos protegidos por meio do *habeas corpus*. Essa conceituação nova do *writ* multissecular, da qual resultou a denominada teoria brasileira do *habeas corpus*, consideradas as suas repercussões na vida do regime, traduz-se em concurso inestimável ao aperfeiçoamento das instituições republicanas, pela reivindicação, para o Poder Judiciário, da posição de supremo árbitro no amparo do indivíduo e das minorias contra os abusos do Poder Executivo”.

³⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. Meios institucionais de proteção dos direitos individuais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 10, p. 115-130, jun. 1977.

4.2. Interpretação jurisprudencial e ordem econômica

Hodiernamente, a Constituição de 1988 abre espaços para essa tarefa criadora do Judiciário brasileiro, em especial no que se refere à ordem econômica. Assim, institutos como a *função social da propriedade* poderão ter seu âmbito de aplicação ampliado e majorado por meio da modificação da interpretação jurídica ora vigente.

Nesse sentido, ilustrando, essa possibilidade já verificamos, em arestos do Supremo Tribunal Federal³¹, expressiva mitigação de certos dispositivos da ordem econômica. Nesse sentido, a interpretação dada ao disposto no Capítulo IV – Do Sistema Financeiro Nacional, art. 192, § 3º, que trata das taxas de juros reais não superiores a doze por cento ao ano, demonstra a potencialidade da mutação constitucional judicial nessa área.

A respeito da limitação dos juros em nível constitucional, temos que a Constituição de 1891 foi completamente omissa em relação à matéria. Todavia, o parágrafo único do art. 117 da Constituição Federal de 1934 dispunha que “é proibida a usura, que será punida na forma da lei”; o art. 142 da Constituição Federal de 1937 estabeleceu que “a usura será punida”. Já o texto da Carta de 1946, em seu art. 154, dizia que “a usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei”.

Pontes de Miranda alerta que os textos constitucionais de 1934, 1937 e 1946 apenas proibiram a usura, porém proibiram-na de acordo com a lei. Portanto, a lei ordinária teria

³¹ Na ADIN nº 4, Rel. Min. Sydney Sanches, julgada improcedente, o PDT, partido político com representação no Congresso Nacional, requereu a declaração de inconstitucionalidade de Parecer da Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, que considerava o art. 192, por inteiro, inclusive o § 3º (que trata da limitação dos juros), norma de eficácia limitada e condicionada, dependente, portanto, de intervenção legislativa. No mesmo sentido já havia se pronunciado Hely Lopes Meirelles, em artigo intitulado Tabela de juros. *Revista de Direito Público*, ano 21, n. 88, out./dez. 1988. p. 147. Nesse artigo, o consagrado administrativista indica, conclusivamente, que a aplicação do tabelamento de juros depende de lei complementar, já que o dispositivo constitucional, que trata da matéria, não é um artigo, mas sim um parágrafo que, pela técnica legislativa, atrela-se ao “caput”, dele dependendo para ter vida e operatividade.

de fixar a *taxa máxima* e a *penalidade*, bem como dizer se todo o negócio jurídico é nulo, ou só a parte em que havia usura, ou seja, considerar nulo todo o ato, sem qualquer restituição, ou considerá-lo nulo e regular-se o pagamento do que não constitui usura, se separável³².

Assim, observa-se que a matéria analisada pelo Supremo Tribunal Federal não se constituía em novidade no texto da Lei Magna. Na verdade, o que diferenciava o tratamento dado foi a maior densificação normativa dada ao dispositivo, que, por sua determinabilidade (inclusive na limitação da *taxa máxima* permitida), poderia ser auto-aplicável, independente de regulamentação.

Desse modo, verifica-se que a opção interpretativa do Supremo teve um cunho eminentemente incentivador da atividade capitalista, em especial do chamado capitalismo financeiro intimamente conectado com a figura dos juros.

5. Características da ordem econômica que propiciam a mutação constitucional jurisprudencial

5.1. O aspecto principiológico adotado pelo constituinte (a escassez de regras)

O caráter de conjunto de princípios econômicos adotados pela Carta Magna de 1988 faz com que estas normas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como “livre iniciativa”, “existência digna”, “ditames da justiça social”, “função social da propriedade” e “livre concorrência”, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.

O problema dessa *liberdade de conformação*³³ na interpretação judicial é mais agudo nos países de Constituição sintética, onde a plasticidade de certas cláusulas genéricas

³² *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : H. Cahen, 1947. v. 4. p. 40.

³³ Conforme assinala CANOTILHO, op. cit. p. 216: “as normas constitucionais apresentam, em geral, uma maior abertura (e, conseqüentemente, uma menor densidade) que torna indispensável uma operação de concretização na qual se reconhece às entidades aplicadoras um ‘espaço de conformação’ (‘liberdade de conformação’, ‘discricionariedade’) mais ou menos amplo”.

admite variações entre extremos. Porém, mesmo em Estados que adotam uma Carta analítica – ou casuística, como no caso brasileiro –, a questão se coloca com frequência.

Singulariza o documento constitucional esses preceitos orientadores da atividade estatal. Contêm tais dispositivos indicações de valores a serem preservados e de fins a serem alcançados.

Nesse sentido, a norma do art. 170, abaixo transcrita, mostra-se ilustrativa:

“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:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego;
- IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Essas normas de princípios a serem seguidos pelo sistema econômico brasileiro não se destinam de forma precípua a disciplinar condutas de indivíduos ou grupos; têm caráter instrumental e precedem, logicamente, a incidência das demais. Contêm elas disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados. Seu objeto é fixar programas de ação. Tal desiderato permite uma textura aberta à conjuntura econômica, fazendo com que esses princípios possam ser harmonizados entre si, considerando a realidade econômica vigente.

5.2. A existência de normas sujeitas à complementação legislativa

Conforme indica a doutrina americana, determinados dispositivos constitucionais não

dependem de regulamentação para ter plena eficácia (*self-executing*), outros necessitam da interferência legislativa (*not self-executing*)³⁴.

As normas constitucionais auto-executáveis identificavam-se com os preceitos dotados de aplicação imediata, porque revestidas de plena eficácia jurídica, a disciplinar diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam. Já as normas constitucionais não auto-executáveis correspondiam às normas indicadoras de princípios, não-dotadas de eficácia imediata, que exigiam providências legislativas ulteriores para sua efetivação. Explicava Rui Barbosa:

“Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos. Muitas, porém, não se revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício, os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo seu critério, habilite-os a exercerem. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos”³⁵.

Nesse sentido, surge a característica da ordem econômica nas Constituições brasileiras de freqüente remissão à lei, para converter o legislador ordinário em destinatário da norma constitucional e em responsável pelo desenvolvimento da matéria originariamente consignada na Constituição.

Os textos de 1934, 1946 e 1967 exemplificam esse comportamento, que traduz o propósito de alcançar o amadurecimento do princípio constitucional, de modo a refletir as tendências do Congresso Nacional, bem como incentivar o poder criador da jurisdição.

Por outro lado, a norma “not self-executing”, se não for executada em prazo razoável, poderá

³⁴ Uma das primeiras doutrinas que classificaram as normas constitucionais, sob o prisma da aplicabilidade, foi a norte-americana, encabeçada por Cooley e acolhida no Brasil por Rui Barbosa. Distinguiam-se, por esta doutrina, as normas constitucionais em normas auto-executáveis (“self executing provisions”) e normas não auto-executáveis (“not self executing provisions”).

³⁵ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição federal brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1933. v. 2. p. 488-489.

esvaziar o conteúdo econômico da Constituição, conduzindo ao dissídio entre o constituinte originário e o legislador ordinário, reduzindo enormemente a força normativa da Constituição.

Afastando-se da concepção de que certas normas constitucionais, fundamentalmente as normas programáticas (normas *not self-executing*), são ineficazes ou desprovidas de valor jurídico vinculante, surge a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, monografia elaborada por José Afonso da Silva, intitulada *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*³⁶. Neste estudo, o constitucionalista apresenta uma teoria tricotômica da eficácia.

O primeiro postulado dessa teoria centra-se na idéia de que todas as normas constitucionais são dotadas de aplicabilidade. Todavia, variável é o grau de aplicabilidade por elas apresentado. Sob esse enfoque, as normas constitucionais são classificadas, quanto ao grau de aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, que não dependem de legislação posterior para a sua inteira operatividade, isto é, por receberem do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, não exigindo a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

Por outro lado, as normas de eficácia contida, define José Afonso da Silva, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Por fim, surgem as normas típicas da ordem econômica, as normas de eficácia limitada ou reduzida, que são todas as normas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade suficiente, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Apre-

sentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade³⁷. São, pois, normas constitucionais de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante legislação integrativa.

As normas de eficácia limitada, por outro lado, subdividem-se em normas definidoras de princípios institutivos ou organizativos e as normas definidoras de princípios programáticos. As primeiras dependem de lei para constituir órgãos e instituições previstos na Constituição; exemplifica-se com a norma do art. 131 da Constituição que cria a Advocacia-Geral da União, remetendo a lei complementar a sua organização e funcionamento. As normas definidoras de princípios programáticos³⁸ são, por excelência, as normas contidas na Constituição Econômica; constituem os elementos socioideológicos que caracterizam as Constituições contemporâneas, condicionando a atividade dos órgãos do poder público e estabelecendo verdadeiros programas constitucionais de ação econômica, a serem desenvolvidos mediante atuação integrativa da vontade constituinte.

A Constituição de 1988 não abandonou a técnica de remeter ao legislador ordinário o desdobramento da norma constitucional da ordem econômica e financeira. São numerosas as remissões à lei, para desdobrar relevantes decisões constitucionais.

Assim, exemplificando, citamos alguns dos dispositivos sujeitos à integração normativa concretizadora:

- a) “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança

³⁷ Op. cit. p. 73.

³⁸ Luís Roberto Barroso, na obra *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* : limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro : Renovar, 1990. p. 85, classifica as normas constitucionais em: “a) Normas constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político: “Normas Constitucionais de Organização”; b) Normas constitucionais que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos: “Normas Constitucionais Definidoras de Direito”; c) Normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: “Normas Constitucionais Programáticas”.

nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

.....
§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.”

b) “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

.....
§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”

c) “Art. 175. 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – 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;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

Verifica-se, no entanto, que, para determinados assuntos, o constituinte preferiu a norma completa, dotada de executoriedade imediata.

Exemplificam essa conduta as regras originárias da promulgação da Carta Magna definidoras da empresa brasileira de capital

nacional³⁹, que dispensam maior concretização do legislador ordinário.

“Art. 171. São consideradas:

I – *empresa brasileira* a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;”

Observa-se que, nesse caso, a existência de uma norma constitucional mais detalhada, definidora de um instituto delimitado – empresa brasileira –, foi motivo ensejador de um processo de mudança formal da Constituição.

Assim, a falta de norma de eficácia imediata, também, favorece a mudança do sentido do texto, uma vez que, não estando suficientemente detalhada, fornece amplo âmbito de discricionariedade judicial, evitando-se a utilização do processo de modificação do enunciado normativo.

5.3. A necessidade de harmonização de princípios antagônicos

Karl Engisch ensina que a lei e seu conteúdo

“não são uma coisa estática como qualquer facto histórico passado (eternamente quieto permanece o passado), mas são algo de vivo e de mutável e são, por isso, susceptíveis de adaptação. O sentido da lei logo se modifica pelo facto de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica”⁴⁰.

Assim, retrata-se a necessidade de harmonização dos preceitos normativos quando esses ingressam no sistema jurídico.

Por outro lado, a ordem econômica prevista na Constituição de 1988 encontra-se repleta de aparentes contradições. Raul Machado Horta conclui, em notável trabalho realizado sobre a ordem econômica na nova Constituição, que⁴¹:

“A ordem econômica da Constituição está impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora inflete no rumo do capitalismo neoliberal, consagrando os

³⁹ Tais normas foram revogadas posteriormente por meio da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, publicada no *Diário Oficial* da União de 16.8.95.

⁴⁰ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbrenkian, 1977. p. 173.

⁴¹ HORTA, Raul Machado. *A Constituição brasileira, 1988 : interpretações*. Rio de Janeiro : Forense, 1988. A ordem econômica na nova Constituição : problemas e contradições.

valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores. As cláusulas dotadas de função transformadora, que se difundem na ordem econômica, poderão unilateralizar os caminhos da Constituição e conduzir a soluções não expressamente contempladas no seu texto.”

José Afonso da Silva, referindo-se à circunstância de a Constituição declarar que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, observa que ela “consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista”; (mas) “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”; (e) “conquanto se trate de declaração de princípio essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, não é apenas fundamento da ordem econômica, mas o é da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)”⁴².

A partir da “idéia do igual valor dos bens constitucionais”⁴³, segue-se a necessidade de harmonização dos bens constitucionais tutelados. Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

Esse princípio de hermenêutica constitucional, também conhecido como princípio da harmonização, consoante assinala Canotilho⁴⁴, embora divulgado por Hesse, “há muito constitui um *canon of constitutional construction* da jurisprudência americana”.

Fornece-nos um indicativo de que cada valor constitucional deve ser ponderado na circunstância específica; portanto, com tal metodologia, cada valor constitucional variará conforme a necessidade fática da solução do problema. A solução de conflito de direitos ou

de valores deve passar sempre por um juízo de ponderação, procurando ajustá-los à unidade da Constituição. Pode caracterizar-se, dependendo do caso concreto, em uma interpretação restritiva que deve ser verificada para que não valha para dois bens constitucionais a regra do tudo ou nada.

Detalhando o tema, Canotilho e Vital Moreira⁴⁵ sugerem a elaboração *a priori* de soluções concretas ou tópicos de acordo com a natureza dos direitos e valores envolvidos num conflito. Assim, estando o intérprete perante dois direitos fundamentais, não-restringíveis constitucionalmente por lei (infraconstitucional), em conflito, deve utilizar o método da concordância prática; em um conflito entre um direito não-restringível por lei e outro direito fundamental passível de restrição legal, prepondera a garantia de eficácia total do direito não-restringível e, conseqüentemente, ocorre a limitação do direito restringível, “mas com observância estrita do princípio da proporcionalidade”; caso o conflito ocorra entre dois direitos fundamentais, ambos restringíveis por lei, o legislador deve atender ao princípio da concordância prática; constatado conflito entre direitos fundamentais típicos (que dizem respeito ao indivíduo), não-restringíveis legalmente, e direitos fundamentais atípicos (ex: direitos econômicos, sociais e culturais), ou ainda, bens constitucionalmente protegidos (defesa, saúde), devem prevalecer aqueles; por último, no conflito entre direito fundamental legalmente restringível e outros bens e/ou direitos, admitem-se restrições aos primeiros, no sentido de resguardar os segundos.

5.4. A busca da concretização de termos imprecisos

Exemplificando, a Lei Maior dispõe, no art. 170, *caput*, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*. Na referência a ela, observa-se que justiça social⁴⁶

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed. 1991. p. 137.

⁴⁶ Observa-se que a inserção do termo *justiça social* no âmbito constitucional vêm se repetindo desde a Constituição de 1946 (art. 145). Nesse diapasão, a Constituição de 1946 afirmava que deveria a ordem econômica “ser organizada conforme os princípios da justiça social”; a Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 160) afirmava que incumbia à Ordem Econômica “realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social”.

⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 658.

⁴³ Idem, p. 234.

⁴⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 234.

é um conceito cujo termo é impreciso, contingencial. Do que seja justiça social temos a idéia, que fatalmente, no entanto, sofreria reduções – e ampliações –, que demonstram a imprecisão do termo sujeito à atividade interpretativa para sua concretização efetiva.

Desse modo, mesmo o mais tenaz liberal defende esse preceito, tendo em vista principalmente a sua largueza de conceituação.

5.4.1. Denotação e conotação

Semanticamente, o significado das palavras abrange dois aspectos: a denotação e a conotação.

A denotação ou extensão diz respeito ao conjunto de objetos aos quais se aplica uma mesma palavra (termo ou expressão). Assim, “Brasil”, “Argentina” e “Alemanha” são partes da extensão ou denotação do termo “cidade”.

A conotação ou intenção, por outro lado, expressa as propriedades em função das quais aplicam-se a um conjunto de objetos a mesma palavra. Por exemplo, a expressão “mulher casada” apresenta como conotação ou intenção as propriedades seguintes: ser humano, de sexo feminino, que possui um marido, etc.

Desse modo, cabe distinguir, em termos de classe, dois aspectos: o intencional e o extensional. Pode-se dizer que, sob um certo ângulo, os exemplares, as coisas ou objetos, aos quais se pode corretamente aplicar um rótulo, constituem o “significado” do termo. É seu significado referencial chamado tradicionalmente: significado denotativo ou extensional. E também pode-se dizer que as propriedades em função das quais se constitui a classe em questão delimitam o significado do termo. É seu significado conotativo ou intencional.

5.4.2. Vagueza e ambigüidade

Nem todos os termos de uma linguagem natural (palavras ou expressões) apresentam uma denotação ou uma conotação precisas, sendo possível encontrar, nas línguas naturais, imprecisões de caráter conotativo ou denotativo.

As imprecisões conotativas são denominadas ambigüidades. A ambigüidade se verifica quando não é possível desde logo precisar quais são as propriedades em função das quais um termo deve ser aplicado a um determinado conjunto de objetos. Por exemplo, a palavra “manga”. Sem que seja explicitado o contexto

em que o termo “manga” é usado concretamente, não é possível de antemão saber-se se o mesmo refere-se à fruta produzida pela mangueira ou a uma das partes que compõem uma camisa, blusa, vestido ou outras roupas. Nesses casos, estamos diante de ambigüidades lingüísticas, porquanto um determinado termo se aplica a duas ou mais classes de objetos diferentes.

Por outro lado, as imprecisões denotativas denominam-se vaguezas. A vagueza se verifica quando ocorre dúvida acerca da inclusão ou não de um ou mais objetos dentro da classe de objetos aos quais determinado termo se aplica; ou, ainda, quando ocorre incerteza sobre quais são os objetos que integram a denotação de uma palavra ou expressão lingüística. A vagueza ocorre, na prática, quando as condições de aplicabilidade ou critérios mediante os quais se pretendem explicar os significados dos termos gerais de linguagem natural não permitem identificar se determinado objeto é abrangido ou não pela extensão de determinado termo.

Desse modo, diz-se que a *lei é ambígua*, ou há ambigüidade, quando, por defeito ou falta de clareza de sua redação, possa-se ter dúvida em relação a seu verdadeiro sentido, ou possa ser este interpretado de diferentes maneiras, em razão da falta de um contexto que defina univocamente o seu sentido.

A *ambigüidade* difere da *obscuridade*. A ambigüidade se interpreta e assim se tem o sentido das palavras, em confronto com o espírito geral de disposições análogas ou do conjunto das disposições contratuais. A obscuridade indica falta de clareza. E o juiz a remove, suprimindo a deficiência, também procurando encontrar o seu sentido racional, que as palavras não mostram e que, no entanto, deve estar contido nelas.

Pelo sistema de nosso Código Civil (Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657/42, art. 4º), não cabe ao juiz eximir-se de proferir sentenças ou despachos, sob alegação de *ambigüidade ou vagueza* da lei; a indeclinabilidade faz com que o juiz sempre decida.

Em tal caso lhe cabe, investigando ou analisando o sentido das palavras, tendo em vista o conjunto de demais regras análogas à matéria, concretizar o texto no exato sentido do problema que lhe é posto.

No âmbito da Constituição Econômica,

ressurge o desiderato de dar efetividade a termos de flagrante imprecisão semântica.

English ressalta a importância da adaptação da norma jurídica ao substrato fático que valoriza. Assim, ressalta que “as novas disposições legais refletem sobre as antigas o seu sentido e modificam-nas”. Também o fluir da vida leva atrás de si o direito preexistente. Com base neste, “novos fenômenos técnicos, econômicos, sociais, políticos, culturais e morais têm de ser juridicamente apreciados”. Não tendo podido prever tais acontecimentos, o legislador histórico “cresce para além de si mesmo”. Em razão disso, podemos *compreender melhor* a lei do que ele a compreendeu. “Fidelidade à situação presente, interpretação de acordo com a época atual, tal a tarefa do jurista. Fazer do órgão aplicador do Direito um obediente servo do legislador... significaria degradá-lo”⁴⁷.

5.5. Características do Direito Econômico relacionadas à dinamicidade do fenômeno econômico

O Direito Econômico caracteriza-se, *prima facie*, pelo objetivo visado no sentido de conferir aos negócios econômicos do País um aspecto dinâmico; explica-se no sentido de adaptação constante das regras jurídicas às mutações econômicas, afastando-se de institutos obsoletos.

Por outro lado, o Direito Econômico procura enquadrar a evolução mediante hierarquia de valores, tendente a coordenar os esforços individuais e coletivos, obstando que a aceleração venha a se transformar em anarquia.

Enquanto o Direito clássico esmera-se na conservação, na preservação de institutos e princípios já superados, o Direito Econômico insurge-se contra o imobilismo, o superado, a fim de acompanhar, mediante fórmulas novas, as grandes transformações tecnológicas.

Arnoldo Wald acentua magistralmente esse aspecto:

“É assim o direito econômico o ramo que se hipertrofia no momento das grandes transformações nacionais. Foi, por exemplo, o direito específico a que recorreu a *New Deal*, de Roosevelt, para

⁴⁷ ENGLISH, op. cit. p. 173.

realizar as reformas básicas que pretendeu introduzir na vida norte-americana.”⁴⁸

O Direito Econômico apresenta as seguintes características principais relacionadas à dinamicidade do fenômeno econômico que facilitam a mutação constitucional:

- a) flexibilidade e variabilidade;
- b) delegação legislativa decorrente da imediatividade dos fenômenos econômicos;
- c) predominância do poder discricionário da administração.

5.5.1. Flexibilidade e variabilidade

As mudanças nos padrões tradicionais, advindas com a intervenção no setor econômico, evidentemente determinam a presença de normas também flexíveis ou menos rígidas. A exigida flexibilidade ou variabilidade das normas determina também que sejam evitadas as longas tramitações legislativas perante o Parlamento, para que sejam cuidadas no âmbito administrativo, não se dando tanta ênfase ao rigorismo técnico com que outrora se preocupava o Legislativo. Nessa fase de reelaboração normativa, até mesmo o Parlamento, que é considerado o Laboratório da Lei, mercê da urgência com que deve aprovar as normas, não tem primado pela perfeição. Dessarte, tanto elaborada pelo Parlamento como por órgãos administrativos, por meio de portarias, resoluções, circulares, pareceres-normativos, a norma apresenta a mesma imperfeição do ponto de vista técnico-jurídico, resultando daí a reconhecida instabilidade e alterabilidade.

A inconstância e a instabilidade da disciplina dos problemas econômicos e a dificuldade de mantê-los em consonância com a idéia do Direito, anota Santos Briz⁴⁹, constituem conseqüências de hipertrofia legislativa.

Salienta o notável mestre espanhol o aspecto centenário dos códigos civis, indicando que jurisprudência vai aos poucos ajustando-os à evolução dos fatos.

Ao conduzir a atividade econômica, o Estado está tratando com um fenômeno que se caracteriza pela constante evolução e pela contínua mobilidade. Uma medida de política econômica, por se endereçar a fatos concretos

⁴⁸ WALD, Arnoldo. O direito do desenvolvimento. *Revista Forense*, v. 220, p. 423.

⁴⁹ BRIZ, Santos. *Derecho Económico y Derecho Civil*. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1963. p. 44.

e, por isso mesmo, isolados, não consegue nunca gerar uma situação de satisfação generalizada. Os setores que, alcançados por aquela medida, se sentirem prejudicados lançarão seus brados provocadores de mudança. E o Estado deverá certamente procurar adotar novas medidas no intuito de alcançar o equilíbrio.

Todavia, nos últimos tempos, a sucessão de conjunturas e crises, bem como outras aspirações supervenientes, têm exigido uma incessante adaptação do Direito a novas situações. Sucodem-se de maneira rápida novas leis, novas modificações das leis vigentes, resultando daí a obrigação de o Direito Econômico ser atual. A estabilidade do ordenamento jurídico anterior é abalada por medidas transitórias e resoluções temporárias e imprevistas⁵⁰.

5.5.2. Delegação legislativa decorrente da imediatividade dos fenômenos econômicos

O problema da delegação legislativa ou outorga de poder do Legislativo ao Executivo para expedir normas com força de lei não constitui fenômeno novo. Lembra Francisco Sá Filho⁵¹ que este expediente é conhecido há mais de um século, e tem sido objeto de numerosos estudos... Usados sob a designação de “decretos-lei”, na França, no Segundo Império, e sob o nome de “leis de plenos poderes”, na II e III Repúblicas, assim como na Suíça republicana, nas primeiras Grandes Guerras, na Itália, tornou-se questão jurídica palpitante, depois do restabelecimento da ordem constitucional, nos regimes democráticos; em muitos deles, a despeito da aversão manifestada nas suas Constituintes, não se dispensando o recurso e a forma excepcional de legisferar, que busca fundar-se nas exigências prementes e nas situações de crise, compatíveis com natural lentidão homogênea.

E continuando, assegura o provento mestre brasileiro que

“a ação tardígrada dos parlamentos deixa de atender, por vezes, aos reclamos de multiforme e trepidante atualidade, notadamente nas suas manifestações econômicas e financeiras. Daí, a votação de leis, pelas quais o próprio Parlamento,

num gesto de confissão da sua insuficiência, habilita o governo a tomar determinadas medidas, que podem interferir com a legislação em vigor.”

No mesmo diapasão, Clèmerson Merlin Clève, ao cuidar do fenômeno da descentralização legislativa no Estado Social⁵², ensina:

“A descentralização legislativa, este fenômeno que, no contexto do Estado Social, vem-se desenvolvendo de uma maneira impressionante, consiste na possibilidade de criação de atos normativos, sob a forma de lei ou não, por outros órgãos que não propriamente o Legislativo (neste passo compreendido enquanto Plenário). Ou seja, consiste no exercício de uma função legislativa, definida quer seja sob o ponto de vista formal (forma de lei) ou material (regulação heterônoma de interesses particulares – regra de direito – ou regulação genérica e abstrata – norma geral)”.

No regime da atual Constituição brasileira, adota-se o sistema de delegação ao Executivo, ressalvadas as matérias que compõem a competência exclusiva do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, além de outras elencadas na Constituição Federal de 1988⁵³.

⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, p. 78.

⁵³ No Título IV – Da Organização dos Poderes, o art. 68 dispõe:

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

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

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

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

III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda”.

⁵⁰ Idem, p. 44-55.

⁵¹ *Relações entre os poderes do Estado*. Borsoi, 1959, p. 230.

Além do poder de elaborar leis delegadas, poderá o Presidente da República expedir medidas provisórias⁵⁴.

Na fase de elaboração do Direito Econômico, em que aumenta a complexidade técnica das matérias, ocorre a delegação legislativa do Parlamento a órgãos especializados da Administração Pública. Tais órgãos se investem do poder disciplinar, fiscalizador e controlador dos assuntos que lhe ficam afetos por força da própria delegação. É exemplo o Conselho Monetário Nacional que recebeu da Lei nº 4.595, de 31-12-64, atribuições para formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do País (art. 12), e, inclusive, disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas (art. 4º, item VI).

No âmbito administrativo, a delegação também fora justificada em razão de assegurar a maior rapidez e objetividade das decisões, consoante os termos da Reforma Administrativa, aprovada pelo Decreto-Lei nº 200, de 25.2.67, cujo art. 11, assim expressa:

“A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-a na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.”

Como se vê, embora o Direito Positivo brasileiro, em alguns casos, tenha adotado o sistema de delegação de competência diretamente a órgãos da Administração, como é o caso do Conselho Monetário Nacional, tem também adotado o sistema de delegação de competência ao Presidente da República e deste a órgãos administrativos.

Além de constituir uma das características mais salientes do Direito Econômico, a delegação de competência propicia uma grande

⁵⁴ O art. 62, regulando a matéria, dispõe:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.”

possibilidade de conformação dos princípios da Constituição Econômica à realidade econômica vigente por órgãos da Administração Pública promovedores das políticas públicas instituídas na Constituição. Essa conduta colabora para a mutação da norma constitucional, que, ao ser aplicada pelo Judiciário, terá de levar em conta a regulamentação administrativa da matéria.

5.5.3. Predomínio do poder discricionário da Administração

O poder discricionário de que dispõe a Administração Pública não traduz o arbitrário, o que é praticado à revelia de qualquer princípio constituído ou de direito, o que certamente estaria em desacordo com os postulados do Estado de Direito. A sujeição à lei constitui princípio básico do Estado constitucionalmente organizado. Entretanto, convém notar, a lei deixa ao administrador certa margem de liberdade, constituindo assim uma zona de oportunidade, correspondendo ao chamado poder discricionário.

Assim como o juiz não fica adstrito aos dispositivos da norma legal, podendo, inclusive, completá-la usando da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito (Lei de Introdução, art. 4º), o administrador também usa de liberdade de ação necessária e indispensável ao desempenho de suas funções.

A justificação do poder discricionário é explicada por André Hauriou,⁵⁵ professor da Faculdade de Direito de Toulouse, pela

“idéia de empresa, ou, mais precisamente, do reconhecimento de que a noção de interesse público não é uma noção absoluta e definitiva, e sim uma noção afetada de certa relatividade, uma noção que se determina progressivamente, e, em parte, além disso, graças à lei, o poder discricionário se justifica pela margem de liberdade, de que gozam todos os entes sujeitos de direitos no tocante às regras externas, na sua qualidade de chefes de empresas – no que concerne à noção de interesse público e das diretrizes internas que podem decorrer, o poder discricionário corresponde ao fato da determinação progressiva do interesse público.”

⁵⁵ HAURIUO, André. O poder discricionário e sua justificação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 19/27.

Essa característica do Direito Econômico é acentuada pelo Professor Arnoldo Wald,⁵⁶ quando afirma que as suas normas,

“em certo sentido, representam o triunfo do poder discricionário da administração que, nos países democráticos, exerce a sua tutela num clima de diálogo e de colaboração com a empresa privada.”

Parece evidente que a simples justificativa essencial do procedimento discricionário – o interesse público – ensejará a adoção de medidas urgentes e imprescindíveis pela Administração Pública, com vista à realização de suas finalidades. Assim, os regulamentos e demais normas baixadas pela Autoridade Pública, com base na lei de intervenção no setor econômico ou como complementação a normas legais, revelam essa tendência do Direito Econômico, que retrata a sua dinamicidade.

6. Conclusão

1. Há duas espécies de mudança do texto constitucional, uma formal, prevista no corpo da própria Constituição, que modifica o próprio texto (reforma constitucional), outra informal sem a modificação do texto, mas com a mudança do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais (mutação constitucional).

2. A vontade da Constituição não é algo imutável, ao contrário, mostra-se dinâmica e maleável, de maneira que uma mudança nas conjunturas essenciais implica correspondente adaptação do sentido da norma constitucional.

3. Assim, como todas as normas jurídicas, a Constituição deve ser compreendida (interpretada) para que possa efetivamente ser aplicada. A própria estrutura da norma constitucional favorece a sua flexibilidade e adaptabilidade a épocas e circunstâncias diversas, sem que seja necessário a mudança do disposto na norma; por outro lado, essa estrutura torna a tarefa do intérprete mais desafiante.

4. O caráter finalístico da interpretação jurídica, no qual se compreende para aplicar determinado preceito, mostra-se de maior relevo na interpretação constitucional, uma vez que a Constituição contém as diretrizes superiores da organização política e jurídica de um povo.

5. A Constituição, como estatuto fundante do Estado, traduz uma fórmula política, o que particulariza um caráter dinâmico à interpretação constitucional, favorecendo a mutação constitucional.

6. Todos os métodos ou etapas de interpretação ensinam, em maior ou menor escala, mudanças constitucionais, sendo que os métodos relacionados à teoria objetiva da interpretação jurídica permitem uma maior dimensão criadora da concretização.

7. As características imanentes da norma constitucional econômica, tal como o seu caráter esquemático e amplo, favorecem a mutação constitucional.

8. A Carta de 1988, no âmbito da ordem econômica, apresenta-se como sistema aberto a mutações judiciais enriquecedoras do seu programa normativo.

9. A ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista, entretanto, possui textura aberta, em razão da necessidade de harmonização de princípios conflitantes.

10. Há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, modelo aberto que permite a mutação constitucional.

11. O caráter principiológico adotado pelo constituinte de 1988, bem como a existência de termos semanticamente imprecisos, favorecem a abertura e conseqüente adequação do texto à realidade social pelo Judiciário.

12. Do mesmo modo, a existência de normas sujeitas à complementação legislativa, normas *not self-executing*, permite a discricionariedade enriquecedora do operador do Direito.

13. A necessidade de interpretação da Constituição como uma unidade e o esclarecimento das imprecisões dos enunciados constitucionais também requerem a harmonização dos bens constitucionais estabelecidos na Constituição Econômica.

14. A dinamicidade do fenômeno econômico favorece sobremaneira a mutação dos dispositivos da Constituição Econômica, dando ensejo à necessidade de adequação da norma às mutáveis relações do sistema econômico.

15. A ordem econômica na Constituição de 1988, sendo objeto de mutação constitucional, poderá ser adequada às intensas mudanças da realidade social e econômica.

⁵⁶ WALD, Arnoldo. op. cit.

Bibliografia

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição federal brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1933. t. 2.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro : Renovar, 1990.
- BEARD, Charles A. *American Government and Politics*. New York : Macmillan, 1944.
- BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Tradução José Luis de los Mozos. Madrid : Derecho Reunidas, 1975.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- BRIZ, Santos. *Derecho Económico y Derecho Civil*. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Ed. 1991.
- _____. Coimbra : Coimbra Ed. 1991. p. 146.
- CARTER, Lief H. *Derecho Constitucional contemporáneo : la Suprema Corte y el arte de la política*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbrenkian, 1977.
- ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Tradução de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona : Bosch, 1961.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo : Max Limonad, 1986.
- HANNAH, Arendt. *On revolution*. London : Ed. Penguin Books, 1987.
- HAURIOU, André. O poder discricionário e sua justificação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 19, p. 27-32, jan./mar. 1950.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1991.
- HORTA, Raul Machado. *A Constituição brasileira, 1988 : interpretações*. Rio de Janeiro : Forense, 1988. A ordem econômica na nova Constituição : problemas e contradições.
- IHERING, Rudolf Von. *A evolução do Direito*. Salvador : Progresso, 1956.
- JELLINEK, GEORG. *Reforma y mutación de la Constitución*. Traducción de Christian Förster. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 1990.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1970.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Madrid : Tecnos, 1977. v. 2.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro : J. Ribeiro dos Santos, 1918.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Tabela de juros. *Revista de Direito Público*. n. 88, p. 147.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : H. Cahen, 1947.
- MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra : Faculdade de Direito, 1979.
- SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os poderes do Estado*. Borsoi, 1959.
- SEABRA FAGUNDES, M. Meios institucionais de proteção dos direitos individuais. *Revista Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 10, 1977.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa : que é terceiro Estado?* Rio de Janeiro : Liber Juris, 1986.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico : a ordem econômica portuguesa*. 2. ed. Coimbra Ed., 1990.
- WALD, Arnoldo. O Direito do desenvolvimento. *Revista Forense*, v. 220, p. 423.

Reforma administrativa

Reflexões sob a perspectiva político-filosófica

MARIA COELI SIMÕES PIRES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Paradigmas pré-modernos. 3. Paradigmas modernos e Estado de direito. 4. Crise do Estado de direito e do liberalismo e opção pelo Estado social. 5. Crise do Estado social. Paradigmas do Estado democrático de direito. 6. Concepções de Estado e modelos de administração. 7. Descompasso entre concepção política, aparelhamento estatal e transformações sociais. O esforço reformista. 8. O papel do Estado e a relevância da sociedade. 9. A atual Reforma Administrativa. 10. Conclusões.

1. Introdução

O propósito deste trabalho é traçar, no quadro pendular de marchas e contramarchas da Revisão Constitucional, de reforma e contra-reforma do Estado, um espaço de neutralidade, para o qual se possam transplantar as idéias contrapostas por aqueles que polarizam a discussão, para que elas ali se estruturam como base de um processo dialético, capaz de precisar razões, de sondar vontades e delinear caminhos conciliatórios de trajetórias tão antagônicas que hoje se projetam em completo divórcio da expectativa dos que, no plano da legitimação originária, são usados para sustentação de antinomias como neoliberalismo-estatismo, Estado mínimo-Estado máximo, entre outras.

O tracejamento desse campo contemplará múltiplas órbitas de análise, abrangentes das concepções de Estado e de direito, das repercussões destas nos modelos de administração pública, dos atuais paradigmas constitucionais e suas potenciais ou efetivas interferências nas práticas administrativas e nas matrizes das relações público-privado e administração-administrado.

Maria Coeli Simões Pires é Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais e Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFMG.

Diante da idéia da instrumentalidade do aparelho estatal e da correlação entre atividade administrativa (administração no sentido objetivo), administração (no sentido subjetivo) e concepção política, tendo esta tradução mais fiel nas linhas de governo, torna-se fundamental resgatar, seqüencialmente, os paradigmas que prefiguram ou conformam o Estado, especialmente os atuais (formais e informais), com vistas ao delineamento das balizas que devem demarcar uma nova noção de Estado, com reflexos, em ângulo aberto, sobre aquelas práticas e relações.

De outra parte, a análise não pode descurar o cruzamento de forças centrípetas e centrífugas na lógica natural da contextualização, as idéias e os valores internos e externos em processo de imantação e repelência. Há de atentar no macrocenário, buscando identificar as grandes tendências mundiais; há de se deter no estrato interno, perquirindo a solidez de sua base para sustentação das idéias e dos valores próprios e, ao mesmo tempo, a permeabilidade dessa estrutura ao fluxo de concepções externas, avaliando o poder de afirmação, absorção e resistência responsáveis. Enfim, deve alcançar, em toda sua extensão e profundidade, o objeto de exame, tornando possível a identificação das crises e sua conotação, possibilitando estimar-se o grau de viabilidade e consistência de alternativas aventadas para superá-las.

Para breve retomada dos paradigmas, buscase, aqui, suporte em referências sintetizadas, principalmente, pelo Professor Menelick de Carvalho Netto, a partir de leituras de N. Luhmann, Habermas, Marcuse, Norberto Bobbio, entre outros. (Exposição em aulas nos cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1995.)

2. Paradigmas pré-modernos

Os paradigmas pré-modernos (antigo e medieval) condicionam *uma organização política e um direito de privilégio, cuja base é a sociedade de castas, na qual a justiça equivale à equidade do desigual*, num artifício que acaba por marmorizar a desigualdade originária da hierarquia social absoluta e divinizada, em que se mantêm as posições de nascimento. Aí, a norma perpassa a religião, o direito, a moral, a tradição e os costumes, que, na realidade, confundem-se e se aplicam casuisticamente.

Esses paradigmas sofrem alteração, quer em razão do capital, quer da força de trabalho – o contraponto – que, fazendo *homens livres e possessivos*, constituem-se em mecanismos de paulatina *destruição da estrutura feudal, fechada e hierarquizada*, o que traz como reflexo a separação das esferas antes indistintas.

3. Paradigmas modernos e

Estado de direito

Nesse contexto, emergem os Estados nacionais como espaço de elaboração racional de normatividade propriamente jurídica e de imposição de regras abstratas e abrangentes. Sustenta-se que o direito deve ser *imposto por lei emanada do aparato da organização política laicizada*. O direito passa a se assentar em idéias de cunho natural e jusracionalista, sustentadas pelo princípio de igualdade perante a lei; dá-se a *quebra dos privilégios de nascimento* pela extensão formal das liberdades e dos direitos a todos os membros da sociedade. O direito público, todavia, está adstrito à *melhor sociedade*, na expressão de Pimenta Bueno (Constituição Política do Império, de 1824); só o direito privado é inerente a todos, mas, em suas duas vertentes, tem-se um direito de escol, oriundo daquela. Com efeito, o direito é de base elitista e excludente, já que cabe à sociedade política a salvaguarda da sociedade civil, com o que se evidencia o fosso entre elas, ou seja, a superioridade daquela em relação a esta.

O constitucionalismo implanta o Estado de direito, que é o Estado da legalidade, responsável pelo direito e a ele sujeito. A ele cabe desenvolver um sistema normativo válido universalmente para a sociedade, estruturado sobre um conjunto de idéias postas como direito racional naturalizado, de valor absoluto.

Odete Medauar¹ lembra, a partir de apontamentos de Giannini, que a expressão Estado de direito

“na sua formulação originária revestia-se de significado polêmico contra o Estado Absolutista tardio (Estado de Polícia) e visava, na essência, à limitação do poder do Estado, pelo direito, como garantia aos indivíduos contra o arbítrio”.

¹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 95.

Mostra a autora, no entanto, que, no desenvolvimento da doutrina, verifica-se a agregação de outros elementos à concepção abarcada por aquele rótulo.

Sob os auspícios dessa filosofia, na prevalência do liberalismo, a salvaguarda da sociedade civil revela-se por meio do direito público, como o *mínimo* de leis gerais editadas para *assegurar ampla liberdade a cada um de desenvolver suas "propriedades"* físicas e mentais sob a ótica do interesse geral, entregue a representantes da melhor sociedade e do direito privado, como o conjunto de normas destinadas à garantia formal da igualdade de todos perante a lei. Todo esse direito, cujo substrato são normas gerais e abstratas, destina-se a estabelecer limites negativos, tendo ao centro os direitos individuais².

O direito ganha, assim, o respeito e a rigorosa aplicação em sua vertente dogmática. Pode-se dizer, com apoio em críticas feitas pela doutrina à teoria do Estado de direito, de que dá notícia Odete Medauar em sua atualíssima obra, como as de Chevallier³ e Jean-Louis Autin⁴, retemperadas por salutar ponderações da autora, que, ancorado nessa concepção, que conseguiu carrear para a regra jurídica *força simbólica especial* e incutiu nos governantes e na sociedade a reverência ao direito, o Estado construiu o artifício da *legitimação das autoridades públicas*, erigindo o direito ao patamar de *caução de seus atos*, os quais se sustentavam na medida da observância das regras de competência e forma, sem qualquer compromisso com o conteúdo material de justiça. Eis por que a formulação precisava ser densificada com novos elementos e aprimorada em seus pressupostos, para que lhe fosse garantida eficácia enquanto concepção da organização social e política sucessivamente transformada, buscando-se o primado do direito, mas, também, o da justiça na sua perspectiva material.

² CARVALHO NETTO, Menelick. *Anotações de exposições em aulas no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG*. 1995.

³ CHEVALIER. *L'état de droit*. Revue du Droit Publique, p. 314-316, 1988. Apud MEDAUAR, op. cit., p. 99.

⁴ AUTIN, Jean Louis. *Illusions et vertus de l'état de droit administratif*. L'état de droit, 1987. Apud MEDAUAR, op. cit., p. 99.

4. Crise do Estado de direito e do liberalismo e opção pelo Estado social

No século XX, o liberalismo perde seu primado. A negação histórica dos valores de liberdade e igualdade, as chamadas *idéias abstratas*, principalmente pela presença da propriedade privada na base da relação de exploração do homem, na prática, evidenciaram a crise do liberalismo; a este, contrapunham-se idéias socialistas, comunistas, anarquistas, movimentos de massa empunhando bandeiras de interesses coletivos, enquanto a Primeira Guerra jogava nítidos reflexos sobre o cenário mundial. A noção de Estado de direito evoluía, então, para a de Estado social, ganhando expressão formal nas Constituições do Primeiro Pós-Guerra e plena maturidade na Lei Fundamental de Bonn de 1949, em seu art. 20, item 1⁵.

A organização política logo passou a perseguir, pelo menos no plano nominal, novo perfil, em que se redefiniam direitos individuais e se consagravam direitos coletivos e sociais sob a perspectiva de igualdade material, avaliada pelo poder público. Propunha-se, assim, a redefinição e a relativização de direitos individuais, a incorporação de direitos coletivos e sociais e a sua materialização.

Nas diversas formas de organização política, ao Estado social caberia, circunstanciado, de um lado, pela pressão das massas em busca do reconhecimento de novos direitos, pela presença do operariado como ator político importante, como decorrência da Revolução Marxista, e, de outro, pela própria demanda de adoção gradativa de políticas intervencionistas para proteção do capitalismo, a responsabilidade pela ampliação da base de emprego, pelos investimentos no processo de crescimento, pela política distributiva destinada a assegurar um mínimo social de acordo com a riqueza produzida, e pela substituição do mercado na provisão de direitos sociais em grau de universalização cada vez mais acentuados, dando fluxo à lógica estrutural de apropriação da produção social pelo capitalismo, e, como contraponto, ao reinvestimento, por parte deste, de seus lucros, com o objetivo de aumento da capacidade produtiva e de financiamento do bem-estar, ou à lógica do capitalismo de Estado nas versões do socialismo e das sociais democracias, entre outros.⁶

⁵ MEDAUAR, op. cit., p. 103.

⁶ MELLO, Carlos Ranulfo F. de. *Social-democracia : compromisso e crise*. Palestra proferida na Assembléia Legislativa de Minas Gerais, em 9/9/96.

Dessa concepção política de Estado social decorre a relativização da dicotomia do direito; a divisão público - privado passa a ter cunho meramente didático: todo direito é público, oriundo de um Estado superior. Esse Estado confunde-se com o público, e a ele cabe prover todas as necessidades.⁷

Sustenta-se, assim, um Estado demiurgo, monocrático, que exclui outras esferas de poder e se coloca completamente afastado da sociedade, embora concebido para dar uma resposta ao social.

5. Crise do Estado social. Paradigmas do Estado democrático de direito

O Estado de bem-estar, assentado no intervencionismo na área econômica e social, antes mesmo de produzir os resultados esperados, entra em crise, para o que contribuíram fatores endógenos – contradições internas do próprio modelo – e fatores exógenos, ou seja, fora do controle do Estado.

Na verdade, já com o final da Segunda Guerra Mundial, teve início a crise do *Welfare State*, a qual se acentuou nos primeiros anos da década de 70, em múltiplas vertentes: a crise econômica, que se agrava em nossos dias pelas tendências de globalização, reorganização espacial da atividade econômica, mudança de eixos decisórios, desregulamentação de mercados, desterritorialização de economias por força dos oligopólios mundiais e revolução tecnológica, conforme lembra Carlos Ranulfo F. de Mello⁸; a crise da *racionalidade objetiva da tecnocracia*, do aparelho estatal, o que mais se agravou no *cenário das sociedades pós-industriais hipercomplexas*, com relações densificadas, com grandes massas reivindicantes assumindo espaço no cenário político, em cujo contexto registra-se a emergência de interesses difusos, *de terceira geração*, paralelamente aos direitos sociais, exigindo novas formas de atuação do setor público e redefinição de papéis estatais; a crise política, com a quebra da credibilidade dos mandatários e a reação à representação; a *crise da distinção das esferas pública e privada*, que se evidencia na medida em que a *sociedade civil, representando o interesse público, enfrenta o Estado privatizado*

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra : Armênio Amado, 1976.

⁸ MELLO, op. cit.

ou *omisso*, exigindo o espaço de participação; e, por fim, a crise de ideologias, com as perplexidades decorrentes do fracasso de modelos sócio-econômicos dominantes capitaneado pela queda do regime soviético, que desafia os estudiosos a buscarem caminhos alternativos⁹.

É certo que, no contexto dessa crise, os direitos individuais e sociais ganham novo significado, colocando-se numa dimensão pluralista e democrática, especialmente a partir das mobilizações do processo constituinte, que já refletem a mudança de paradigmas. Estrutura-se, então, com a Constituição de 1988, novo núcleo filosófico-institucional de sustentação política, o Estado democrático de direito, que contempla sucessivas e concêntricas órbitas de interesse, correspondentes às esferas do indivíduo, das coletividades definidas, da sociedade como um todo e dos grupos indeterminados, e cujas forças vetoriais não de ser impulsionadas e alimentadas em processo democrático e de absoluta cumplicidade entre o cidadão, a sociedade e o Estado, na efetivação do pluralismo ideal.

Por isso mesmo, a Constituição, como matriz principal dessa concepção, coloca-se como *instrumento do Estado e da sociedade*, e, assim, não diz respeito tão-só ao Estado ou ao sistema político, mas também à própria sociedade, como uma reação à marginalização da própria sociedade.

José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁰ colhe de Jean-François Revel a afirmação de que *sendo exageradamente pretensioso, o Estado marginaliza a sociedade e desestimula as iniciativas*.

Opondo-se a esse exagero, adverte para a necessidade de uma nova visão do papel do Estado:

“A tarefa principal do Estado consiste em estabelecer, como garantia formal, o cumprimento do bem comum e da solidariedade. O Estado só deve agir por ele próprio, quando existe necessidade real, que não foi atendida por qualquer coletividade ou grupo de cidadãos. O Estado não é o substituto eventual dos atores omissos, pelo que deve velar pela garantia do bem

⁹ CARVALHO NETTO, op. cit.

¹⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade : conceito e evolução*. Belo Horizonte : Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995. p. 15.

comum, sem substituir as ações possíveis dos cidadãos, capazes de corresponder ao interesse geral.”¹¹

Contudo, ainda pouco fiel à matriz constitucional, o Estado brasileiro, longe de assinalar, sem reservas, novos traços, só acanhadamente vem incorporando aquela filosofia, continuando, em vários setores do aparelhamento, na letargia do repouso sobre os trapos de antigos vícios e disfunções, desconhecendo, também, inconfundíveis paradigmas informais que apelam por reflexos no aparelhamento estatal e nas relações. Na realidade, manteve-se no patamar da impotência para concretizar o Estado social e, desacreditado em razão de múltiplas circunstâncias e fatores, viu-se reduzido a mera alegoria – ostentação e inocuidade, desperdício e ineficiência –, um monstro de difícil combate em processo promíscuo de autofagia. Esse desconforto, é certo, motivou alguma reação do setor público, orientada, talvez, para a própria sobrevivência, explicando os discursos centrados em temas e jargões da modernidade, as campanhas institucionais para recuperação de imagem, a aplicação de métodos gerenciais para racionalização de custos, “otimização de resultados” e “satisfação de clientes”, a abertura de canais de comunicação com a sociedade e medidas mais consistentes, visando a integrar o cidadão nos processos de planejamento e decisão, e objetivando a reciclagem de pessoal e a apropriação de tecnologia, pelo menos, pelos ditos núcleos de excelência.

Os avanços, no entanto, operam-se parcimoniosamente, principalmente em face das resistências veladas ou assumidas à nova ordem constitucional por parte do próprio Congresso Nacional, manifestadas por inconcebível omissão na elaboração da legislação complementar ou por tardia produção legislativa; dos poderes encarregados da aplicação do direito, sobretudo pela revelada postura psicológica negativa diante dos novos paradigmas que deveriam constituir a base do processo de novação do ordenamento como um todo; e da própria sociedade, que não se estruturou para assumir sua posição de coadjuvante na tarefa de construção de nova cidadania, como detentora de poderes sobre o campo público não-estatal, e, como fonte originária de legitimação do poder estatal, não se assenhoreou de todos os instrumentos de controle sobre esse poder.

¹¹ Ibid. p. 100.

Assim, antes que se superassem as dificuldades para implementação de um novo ordenamento constitucional e incorporação de seus paradigmas, como decorrência da fragilidade interna às influências externas, e a pretexto de enfrentamento das múltiplas crises de índole estrutural e conjuntural,

“forja-se, no Brasil, a reação cultural e ideológica ao intervencionismo estatal: o chamado neoliberalismo.”¹²

Segundo essa tendência, o Estado transfere as responsabilidades para a sociedade, reservando-se papel bastante restrito. Abandona-se o substrato do Estado social como se ele tivesse sido, entre nós, realizado e, mais de que isso, como se a sua concepção ideológica pudesse ser considerada inteiramente incompatível com a filosofia do Estado democrático de direito, que, em verdade, não exclui, mas, ao contrário, pressupõe a efetividade daquele, sujeito, porém, a novo arranjo de forças e a novos padrões de legitimação em vertente pluralista e democrática, substituindo o mero “cliente” por um ator qualificado – o cidadão – e invocando a ação conjunta da sociedade.

6. Concepções de Estado e modelos de administração

Sem configuração consistente na correspondência com os paradigmas pré-modernos, o aparelhamento administrativo só ganha relevância no Estado moderno, assimilando variações decorrentes de inspiração político-filosófica das sucessivas concepções políticas de Estado.

Na Antigüidade Clássica e na Idade Média, a atividade pública apenas tangenciava campos nitidamente abarcados por indistintos círculos de poder que gravitavam em torno de referências mitológicas ou de uma sociedade de castas e se apoiava na lógica da moral religiosa e, depois, na do feudalismo, que, só aos poucos, fragiliza-se pelo impulso do período comunal, propiciando o início do desenvolvimento de atividades administrativas tipicamente de caráter público de âmbito municipal. Destaque especial, contudo, deve ser dado à atividade pública de caráter militar, que espelha a hierarquia dos privilégios sociais de uma sociedade de castas.

¹² PEREZ, Marcos Augusto. Privatização e reforma do estado. *Revista de Direito administrativo aplicado*, Curitiba, n. 5, p. 356, jun. 1995.

Em fase posterior, a administração pública passou a ocupar espaço mais amplo e importante. Todavia, como o público confundia-se com a vontade do absoluto, aquela, ao seu turno, incorporava os traços de patrimonialismo.

No Brasil, nas monarquias do passado, nas capitanias hereditárias e até o início do século XX, estruturava-se, também, uma administração patrimonialista. Nesta, *o Estado era percebido como propriedade do rei, e na qual, portanto, o nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma*.¹³

Como visto, desde o final do século XVIII até meados do século XX, tem lugar o Estado de direito, erigido, como reação ao absolutismo, sobre os pilares da racionalidade legal, em cujo abrigo se colocavam as idéias liberais, que restringiam o público às esferas essenciais. O espírito público, por sua vez, absorvia a idéia do vínculo do funcionário à entidade abstrata do Estado. Nesse sentido, a lição de Marcelo Caetano:¹⁴

“O funcionário que nos tempos da monarquia absoluta fora servidor da Coroa, um servidor do Rei, a quem, mesmo quando modesto beleguim, representava, passou, com as idéias modernas do século XIX, a servir essa entidade abstrata, mas ainda mais poderosa que os monarcas, que se chama o Estado. Obtido o ingresso no cargo público, o funcionário revestia-se, pois, da dignidade de quem mais proximamente traduzia o Poder Público junto do povo, olhava com superioridade e nem sempre com complacência os cidadãos que tinham de contatar com ele, constituindo uma casta que os administrados deveriam respeitar com humildade e sofrer com paciência”.

Sob orientação liberal, destinava-se o Estado, já então sujeito ao direito, a garantir a propriedade e os contratos, a ordem interna e a segurança do País contra inimigos externos.

Celso Bastos¹⁵, analisando o Estado liberal

¹³ PEREIRA, Luiz Bresser. *A reforma do aparelho do Estado e a Constituição brasileira*. Brasília : Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, 1995. p. 4.

¹⁴ CAETANO, Marcelo. *A Reforma Administrativa*. RDP, n. 57-58, p. 19.

¹⁵ BASTOS, Celso. Concessão de serviços públicos. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, p. 25.

que vigorou no final do século XVIII e no XIX, aponta o seu traço básico:

“O liberalismo tinha por nota caracterizadora o dispensar, tanto quanto possível, a presença do Estado. Note-se que a diretriz fundamental que importava cumprir era a da exclusão do Estado do campo econômico, vale dizer, interditava-se-lhe por completo a ingerência nessa área”.

Afirma José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁶ a propósito da filosofia do liberalismo:

“A corrente liberal surge com a idéia de suplência, objetivando a visão negativa da não-ingerência. O individualismo filosófico, político, econômico e jurídico vê a sociedade como um conjunto de singularidades separadas umas das outras, onde cada qual procura sua felicidade por caminhos próprios”.

A idéia básica é a de não-ingerência e do afastamento do Estado, que se restringe ao estabelecimento de limites negativos mínimos.

Nessa concepção, segundo Panebianco,¹⁷ ao “Estado mínimo correspondia Administração mínima, a burocracia-guardiã.”

Contudo, a administração ainda se organizava segundo critérios e conveniências políticas dos governantes e dos grupos, assimilando o caráter patrimonialista.

Marcelo Caetano¹⁸, em linguagem caricatural, registra seu testemunho acerca da administração pública tal como ele a conheceu em plena guerra de 1914-1918, e que bem se adaptaria, com raras exclusões, à realidade administrativa atual:

“Um sistema de repartições, onde funcionários pachorrentos escreviam – muitos chamavam-se escrivários – numa caligrafia apurada, papéis em que informações, minutas, números, acumulavam-se para resolução superior e depois eram arquivados em livros bem encadernados e alinhados. O funcionalismo constituía uma carreira prestigiosa na qual se ingressava geralmente por influências políticas, garantindo estabilidade, paga certa no fim do mês, pouca exigência no trabalho e – regalia sobre todas apreciada nesses tempos em que

¹⁶ BARACHO, op. cit., p. 87.

¹⁷ PANEBIANCO apud MEDAUAR, p. 123.

¹⁸ CAETANO, op. cit., p. 18-19.

era desconhecida a previdência social – a perspectiva de uma aposentadoria ou reforma ao cabo de uns tantos anos de serviço.

“É certo que em alguns países a prática dos partidos ou as mudanças violentas de Governos punham sombras nesta tranqüilidade. Um grande número de lugares públicos, nos Estados Unidos e noutros países americanos, constituía o espólio de que o partido vencedor nas eleições gerais se apossava, implicando a demissão de milhares de funcionários da confiança do partido deposto para serem substituídos pelos cabos eleitorais e outros asseclas do clã triunfante. E nalguns países europeus as alterações de regime político envolviam igualmente renovação de pessoal. Mas a maior parte dos burocratas permanecia, indispensáveis como eram à continuidade administrativa e cobertos pela idéia de que acima de tudo serviam o Estado e não um regime ou um partido”.

Entre nós, em 1935, é que se estruturou a administração burocrática clássica, aquela rígida, na sua formação, no seu funcionamento e no seu desenvolvimento, pelas regras e procedimentos formais.

Segundo Luiz Bresser Pereira¹⁹, o modelo burocrático é um tipo de administração racional-legal baseada em administradores profissionais, em carreiras bem definidas, na centralização das decisões, na hierarquia traduzida no princípio da unidade de comando, na forma piramidal das organizações, em normas e rotinas rígidas, no controle *a priori* dos processos administrativos – processos de contratação de pessoal, de atendimento de demandas, de concorrência nas compras realizadas pelo Estado.

Notícia Luiz Bresser Pereira²⁰ que a administração burocrática clássica tem raízes no sistema militar prussiano, tendo sido implantada nos principais países europeus no final do século XIX; nos Estados Unidos, no começo deste século; e, no Brasil, em 1935, para contrapor-se à burocracia patrimonialista, caracterizada pelo empreguismo, pelo nepotismo e pela corrupção.

Entretanto, entre nós, mesmo depois da implantação da administração burocrática, manteve-se o seu comando com os *donos do*

¹⁹ PEREIRA, op. cit., p. 4.

²⁰ Ibid.

*poder, sem que a Nação se apropriasse da soberania nacional.*²¹

Além do resquício patrimonialista, aí sob novas roupagens, o autoritarismo, a burocratização, a ineficiência oxidaram as engrenagens principais da máquina pública, fazendo-a burocracia por burocracia, muitas vezes desviada de seu papel finalístico.

Com efeito, essa burocracia, com traços de centralização e uniformidade e monocracia, apresentava-se sob os cânones da impessoalidade e da hierarquia, o que, por um lado, sustentava a própria desresponsabilização dos agentes e, por outro, projetava a falta de eficácia da atuação do Estado, incapaz de acompanhar os avanços da sociedade.

Já o Estado social deveria estar amplamente instrumentalizado por uma burocracia apta a suprir as demandas sociais. Teria lugar, então, uma máquina administrativa a que, recordando Wolff, Odete Medauar²² rotula de prestacional: à “burocracia-guardiã segue-se a burocracia prestacional”.

Contudo, essa administração prestacional não perdeu o caráter burocrático, revelando-se despreparada para responder às crescentes e complexas demandas. Sem alterações intrínsecas e fadado a uma progressiva expansão compreensivista e desordenada, o aparelho estatal vai-se fragmentando e desagregando mediante processos de descentralização de serviços, voltado para variadas atividades e fins. A pressão das demandas, o corporativismo dos setores, a multiplicação e o alargamento das vias de atuação do Estado, a especialização de sua ação, a ilusão de ótica quanto às referências do estratégico para o setor governamental refletem-se, cada vez mais, negativamente, no perfil da máquina estatal. Agiganta-se a organização, cresce o endividamento público, evidencia-se perda nos padrões de qualidade dos serviços prestados pela administração em áreas essenciais, anuncia-se o caos da burocracia e, por fim, o alarmante quadro das estatais, confirmando a importância da adoção de mecanismos de controle, como entende Pedro Paulo de Almeida Dutra²³, em sua alentada

²¹ WALD, Arnoldo. A sociedade e o Estado : O sentido da Reforma Constitucional e legislativa. *Cadernos de Direito Constitucional e ciência política*, n. 15, p. 68.

²² MEDAUAR, op. cit., p. 127.

²³ DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de empresas estatais*. São Paulo : Saraiva, 1991.

tese, defendida em universidade francesa e publicada entre nós: *Controle de Empresas Estatais*.

Nesse estágio da administração pública, o modelo nominalmente prestacional deixa a nu disfunções profundas, resquícios do radicalismo do modelo burocrático racional-legal, marcas inconfundíveis de corporativismos e resultados negativos de práticas arcaicas na missão de serviços, regulação e controle. Nesse cenário de ampla crise, de frustração e perplexidade em face do Estado social irrealizado e de vigorosa e persistente pugna pela construção de cidadania material, a nova concepção política apresenta-se em descompasso com a realidade administrativa: enorme é a distância entre o Estado ideal e a sua instrumentalização para o cumprimento de seu papel. É dizer: um aparelho estatal arcaico para demandas de terceira geração decorrentes de esferas progressivamente universalizadas de interesses e direitos. Em face desse estado de coisas, o Professor Paulo Neves de Carvalho, em palestra proferida no Seminário de Direito Administrativo, realizado pela Faculdade de Direito da UFMG, em outubro de 1991, lançava o desafio do Direito Administrativo Organizatório no sentido de buscar a conformação do aparelho estatal ao perfil da sociedade moderna, mediante apropriação de tecnologia e mudança de paradigmas, mostrando a perplexidade da administração diante da complexidade dos problemas que sugerem mesmo a sua impotência (como o crime organizado, especialmente o narcotráfico) e, ainda, do apelo de democratização das práticas administrativas.

A nova filosofia de Estado democrático de direito não pode ser descartada. Ela deve, necessariamente, trazer conseqüências nos planos orgânico e material da administração pública, o que sinaliza no sentido de mudanças nessa seara.

Assim, a organização do aparelho estatal e a atividade administrativa haverão de se afastar dos paradigmas do Estado liberal, que ainda hoje sustentam, na prática, um Estado privatizado pela ditadura dos interesses econômicos em alguns setores; e do Estado intervencionista monocrático, que distancia as diversas esferas de poder, devendo buscar sua matriz e delimitação nos paradigmas do Estado democrático de direito.

7. Descompasso entre concepção política, aparelhamento estatal e transformações sociais. O esforço reformista

O desafinamento entre concepção política e aparelhamento estatal é uma constante na realidade brasileira. Se se fizer uma profunda reflexão sobre o processo evolutivo da administração pública no Brasil, observar-se-á sempre um descompasso entre a linha de transformação da sociedade, dos respectivos paradigmas e a capacidade de adaptação da máquina pública às novas necessidades. Percebe-se que a administração brasileira, a despeito de tantas reformas e tentativas de modernização e, ainda, da incorporação de algumas tecnologias, não consegue ostentar traços muito distintos daqueles com os quais se apresentava no primeiro quartel deste século, com evidente ressalva para a atual situação de desprestígio e para o *caráter prestacional* a partir do Estado social – pelo menos em plano nominal – em substituição ao padrão de *burocracia-guardiã*, com conseqüência no plano organizatório, e que resvalou para um processo autofágico de agente-benefício, isto é, prestação voltada para os interesses dos próprios integrantes do aparelho estatal e hipertrofia dos sistemas – meio em prejuízo da estrutura finalística.

Não se pretende a negação das transformações, mas, tão-só, o seu questionamento quanto à profundidade, quanto à eficácia e quanto ao seu acatamento como novas referências para a cultura administrativa. Nesse sentido, registram-se, entre outras, mudanças mais sensíveis na administração pública a partir da Primeira Guerra: o ingresso das mulheres para preenchimento de vagas deixadas pelos homens mobilizados para os campos de batalha; a introdução da máquina de escrever, cuja repercussão, guardadas as proporções, pode ser comparada à da utilização, nos dias atuais, da informática; o alargamento da ação do Estado, com a instituição de novos serviços públicos para atender à necessidade de racionalização dos abastecimentos; e, a partir da grande crise econômica de 1929, quando a doutrina do liberalismo econômico cedia às pressões, abrindo espaço ao intervencionismo que se anunciava nos EUA com o *New Deal* de Roosevelt para sustentar as empresas e relançar a economia, verificou-se um paralelo esforço de adaptação da máquina burocrática por meio

da adoção de fórmulas novas, que interferiram na tradição administrativa.²⁴

A essas alterações agregam-se outras resultantes de processos específicos compreendidos no chamado ciclo reformista brasileiro. Este pode ser dividido em três nítidos períodos, cada qual marcado por iniciativas e estratégias diferentes: o primeiro, identificado com o sistema do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP; o segundo, capitaneado pelo Decreto-Lei nº 200/67; e o atual, iniciado a partir da Constituição de 1988. Ligam esses períodos intercorrências de medidas menos abrangentes e de repercussão mais restrita.

O período do DASP teve início em 1935, caracterizando-se pelo esforço de implantação da administração burocrática em contraposição à patrimonialista, tendo à frente Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes. Esse período consolidou-se com a instituição do DASP, em 1938, como fruto da assimilação de idéias inovadoras defendidas principalmente pelo sistema americano, sob a bandeira da *Reforma Administrativa*, empunhada por Roosevelt, em 1937. Suas idéias, refletindo-se por toda parte, foram acolhidas no Brasil, na Carta de 1937, e aqui ganharam corpo com a criação do DASP pelo Decreto-Lei nº 579, de 30-7-38, que empreendeu no Brasil pioneira revisão administrativa.²⁵

Do Relatório da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer sobre a PEC nº 173 - A, de 1995, na Câmara dos Deputados, tendo como relator o Deputado Moreira Franco, colhe-se o seguinte comentário acerca das medidas compreendidas no primeiro período do ciclo:

“Com Getúlio Vargas, o Brasil conheceu a sua primeira reforma administrativa. Na época, a reforma foi moralizadora, orientada por teorias recolhidas de sistemas mais avançados de administração, como aqueles gerados pelo movimento norte-americano para criação da Comissão do Serviço Civil.

“Além de rever as estruturas e de racionalizar os métodos, o Governo Vargas buscou simplificar e padronizar a administração de material no serviço público, introduziu a concepção de orçamento como plano de administração e, sobretudo, buscou mudar a administração de pessoal, fortalecendo o mérito

como pedra angular do serviço público. Nasceu, assim, o DASP, com o objetivo de robustecer os padrões éticos do serviço público, mediante a instituição de critérios objetivos de recrutamento, seleção e promoção de pessoal. Tudo isso, para encerrar o ciclo do que o Professor Nelson Mello e Souza chamou de mentalidade do sistema de distribuição de cargos públicos.”²⁶

A partir da Segunda Guerra, para fazer face a uma *sociedade concentrada, massificada, premente e dinâmica*, esperava-se que a administração se voltasse para a gestão de serviços, com vistas ao cumprimento das funções demandadas pela coletividade; frustraram-se, no entanto, as expectativas de respostas do setor público.²⁷

Em 1952, houve novo esforço de mudança por parte do Governo Vargas com o objetivo de institucionalizar a atividade de planejamento na administração pública, sem que o intento lograsse êxito.

No Governo Juscelino Kubitschek, nenhuma reforma ocorreu, registrando-se apenas a criação da Comissão de Simplificação Burocrática junto ao DASP.

Com o Presidente João Goulart, a temática da reforma retorna à pauta com a criação de um ministério extraordinário voltado para esse objetivo, apontando-se como principal produto desse órgão o Anteprojeto de Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal, documento que subsidiou, logo depois, o projeto de reforma administrativa do Governo Castelo Branco e que se consubstanciou no Decreto-Lei nº 200/67, o qual marcou novo período no ciclo reformista da administração brasileira.

A Reforma de 1967, assentada nos princípios do planejamento, do controle, da coordenação e da descentralização, a despeito de propugnar pela supressão dos formalismos e pela racionalidade e eficiência da administração, acabou por gerar uma série de disfunções, principalmente no tocante à administração indireta, ao projetar a proliferação de empresas, autarquias e fundações.

Para combater essas disfunções, especialmente o excesso de controles formais, criou-se, no final da década seguinte, o Ministério

²⁴ CAETANO, op. cit., p. 19-20.

²⁵ Ibid.

²⁶ Relatório da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer sobre a PEC nº 173 - A, de 1995, na Câmara dos Deputados, p. 1-2.

²⁷ CAETANO, op. cit., p. 22.

Extraordinário da Desburocratização, que teve como titular o Ministro Hélio Beltrão. Contudo, o discurso da desburocratização foi mais eloqüente que eficaz, mostrando-se incapaz de reverter o quadro de anomalias.

Sob a égide da Constituição de 1988, as primeiras tentativas de reforma administrativa macularam-se pela improvisação e ausência de sistema. Nesse sentido, registra-se como providência isolada do Governo Sarney a extinção do DASP, com a criação da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP. Por outro lado, as medidas adotadas pelo Governo Collor incidiram sobre a estrutura administrativa federal, não contemplando planos mais substantivos, salvo no tocante às privatizações, cujo processo teve efetivo início. Já as assumidas pelo Governo Itamar limitaram-se a conter o inchaço do aparelhamento mediante simplistas medidas de suspensão dos concursos públicos e a corrigir distorções mais sensíveis na remuneração dos servidores por meio de substancial aumento da folha de pagamentos da União. Não se incluíram, nas medidas propostas, alterações na Constituição, embora se tenha, repetidas vezes, anunciado a ingovernabilidade como decorrência da nova ordem.

O atual período do ciclo, tendo em vista o contexto de crise e as perplexidades em que se insere e os mecanismos pelos quais pretende-se operar a reforma, traz nuances especiais, principalmente se se toma em conta a ideologia em que aquela encontra arrimo e que sustenta o confronto com a Constituição, na tentativa de redefinição da própria concepção política nela erigida.

Hoje, as *sociedades hipercomplexas*, a *emergência de interesses difusos*, as novas tendências de mundialização da economia, da mídia, da cultura e das relações, bem assim a revolução tecnológica indicam a necessidade de uma administração *ágil, bem informada, dotada de recursos tecnológicos*, integrada por *agentes recrutados pelas suas aptidões, previdente, capaz de fazer planos exequíveis, de responder ao conjunto de mudanças sociais*. Uma administração voltada para a salvaguarda dos interesses dos administrados, que, além de subordinar suas discussões à *regularidade jurídica de um prudente procedimento*, contribua efetivamente para a satisfação de necessidades e a obtenção de padrões de

eficiência e qualidade. Uma administração que tenha sempre em vista a perspectiva da cidadania material e os mecanismos de interferência no processo de distribuição de riquezas, de modo a evitar o agravamento das injustiças sociais. Um aparelhamento que reúna condições de regulação e articulação que extrapolem o âmbito interno para acolher o fenômeno da vivência coletiva em sua abrangência, sob a perspectiva de humanização das relações e de reordenação dos espaços administrativos próprios ou partilhados. Uma administração para gestão de mudanças, mais de que de situações, e, assim, dinâmica e projetiva. Uma burocracia menos apegada à hierarquização e mais ligada à responsabilização, mediante distribuição do poder decisório. Uma máquina pública capaz de racionalizar custos, sem que tenha de traduzir seus benefícios em objetos contabilizáveis e sem perder de vista as vantagens sociais da solução. Enfim, é necessária uma organização administrativa sintonizada com os novos tempos, que incorpore os segmentos técnicos necessários sem se converter em tecnocracia, que assimile os valores de democracia nas suas matrizes relacionais e nos processos decisórios, que traduza uma nova cultura e, assim, tenha claramente delineado o que, como e para que fazer.²⁸

Nesse quadro, apresentam-se à administração pública sérios desafios: o da identificação segura do papel a cumprir na sua missão político-administrativa; o de sua viabilização e revitalização, para que se possa desvencilhar de antigas concepções e criar novas matrizes, novos padrões de conduta sintonizados com o cenário atual e capazes de instrumentalizar um Estado democrático de direito; e, mais do que isso, o de se estruturar, para que possa operar a reversão da lógica de apropriação dos resultados da civilização, com o objetivo de, progressivamente, assegurar sua universalização. Nesse sentido, sob exata medida, a seguinte advertência: *O Estado moderno não se pode limitar a gerir racionalmente o absurdo*.²⁹

Entretanto, o que se observa é uma grande crise na administração pública, que se arrasta penosamente sob o peso de sua arcaica burocracia, paradoxalmente, omissa e intrusa em razão da indefinição de seu papel. Um quadro de desequilíbrio de variadas conotações, como

²⁸ Ibid., p. 23.

²⁹ Cf. Editorial. *Revista de Serviço Público*, v. 118, n. 3, set./dez.1994.

já se assinalou neste trabalho, às quais podem ser aditadas outras versões de crise: de legitimidade, ainda limitada à expressão do voto; de falta de identidade democrática, com prevalência da opressão da burocracia; de eficiência, em razão das disfuncionalidades, das irracionalidades e da não-apropriação de tecnologias; de finalidade, desviada pela viciosa relação agente-benefício; de escassez de recursos, agravada pela falta de controle dos gastos e do endividamento. E mais, padece o setor público de desprestígio, de falta de credibilidade. Por fim, a crise é de eficácia e de efetividade da Constituição, que se mantém em nível de princípios, sem se impor como disciplina para desenvolvimento do sistema em sua plenitude.

O certo é que, inseridas numa crise mais ampla que coloca em xeque o próprio Estado, questionado em seu papel substantivo, quantitativa e qualitativamente, diante de tantas disfunções, a máquina pública e a atividade administrativa precisam, também, ser repensadas no âmbito mais largo da reforma do Estado, ao abrigo de ampla discussão que, respeitando a pluralidade de idéias e alternativas, seja instrumento do relativo consenso em processo crítico amadurecido.

É fato que não há dúvidas quanto a esse estado de crise e de ineficiência do setor público, embora as leituras não se façam segundo uma única ótica. O que não é consenso é a opção por mudança e, menos ainda, por uma alternativa para a reversão desse quadro.

8. O papel do Estado e a relevância da sociedade

Na busca desse consenso, uma questão preliminar se impõe: a da definição do papel do Estado, à qual cientistas políticos como Fábio Wanderley agregam outros pontos complexificadores, entre os quais a indagação sobre como a expansão funcional do Estado se relaciona com a eficiência e a democracia como desideratos.³⁰

Contra a perspectiva do Estado mínimo, afasta aquele cientista a relação direta entre este e o Estado eficiente, sustentando que diversos fatores justificam o empenho de um Estado adequadamente complexo, não só ligados às

³⁰ WANDERLEY, Fábio. Notas sobre a reforma do estado. *Revista do Serviço Público*, v. 118, n. 3, p. 18, set./dez. 1994.

necessidades da massa trabalhadora, mas também à demanda da administração do próprio capitalismo.³¹

Assim, o caminho há de ser o do abandono do maniqueísmo do Estado, que se radicaliza em dualidades inconciliáveis, para delinear, a partir de novos postulados, um espaço estatal que corresponda, no estágio atual de evolução da sociedade, ao quinhão indisponível na partilha da responsabilidade pela gestão do interesse público; e de traçar o perfil de um ente capaz de ocupar institucionalmente essa esfera, de se relacionar com os diversos atores e, sobretudo, de catalizar, com eficiência, a multiplicidade das forças sociais sob a perspectiva da superação conjunta das dificuldades e da construção de novos paradigmas societários.

Só após a definição do papel do Estado e a identificação da área específica e inconfundível da atividade administrativa, é possível falar-se em reforma do aparelhamento, em reorientação do enfoque da gestão nos órgãos públicos, do modo tradicional de atuação da administração pública, em remodelação da lógica de abordagem dos problemas, dos padrões de relação entre Estado e sociedade e, então, na alteração da disciplina dos agentes públicos que corporificam o Estado e materializam sua vontade.

Grande é o esforço dos estudiosos no sentido de contribuir para a discussão sobre o papel e o perfil do Estado. Entre as inevitáveis perplexidades e as posições que oscilam nos extremos, longe de concepções radicais simplificadoras, assenta-se o entendimento segundo o qual o papel do Estado só pode ser delineado no contexto partilhado da esfera pública (do público estatal e do público comunitário) e da esfera privada, assegurada significativa relevância à sociedade como núcleo originário de poder, seja em nível decisório, seja em âmbito de controle.

Nessa linha, Arnoldo Wald³², destacando o desafio da reestruturação do Estado, assinala a importância de se repensar, simultaneamente, a organização da sociedade com vistas à colaboração, ao controle e à intervenção na vida estatal.

“Mas, se é preciso reinventar o Estado, modificar o seu relacionamento com o cidadão, privatizar a sua gestão, retirar-lhe a arrogância e a onipotência,

³¹ *Ibid*, p. 24.

³² WALD, op. cit., p. 69.

que não se coadunam com a democracia, submetê-lo à estrita obediência das normas jurídicas, também a sociedade deve criar os seus órgãos de colaboração, controle e intervenção na vida estatal, para reassumir a posição, que sempre deveria ter tido, de titular da verdadeira soberania, que pertence à Nação.”

O desafio consiste, assim, em garantir a complementaridade e o caráter não-excludente das soluções – a mudança do padrão de relação Estado-cidadão e o avanço da sociedade para que possa assumir a condição de detentora da soberania.

José Alfredo de Oliveira Baracho³³, reconhecendo o papel subsidiário do Estado em relação à sociedade, sustenta, como pressupostos dessa interação, uma cidadania ativa e um Estado garantidor final do cumprimento do bem comum, resultantes da superação do liberalismo anárquico e do providencialismo do Estado. Seu pensamento é sintetizado na fórmula “doutrina da subsidiariedade”, conciliatória das alternativas extremadas que não conseguiram concretizar o Estado ideal. Nesse sentido, é de grande proveito a leitura de sua obra *O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução*.

A propósito dos lineamentos filosóficos do referido princípio, comenta o constitucionalista mineiro: “a idéia moderna da subsidiariedade nasce das aspirações aristotélicas, cristãs e germânicas”.³⁴

E completa: (...) “aparece como característico da cultura política européia contemporânea e concretiza as atribuições do Estado em geral e das autoridades, na pluralidade das comunidades”.³⁵

Interpretando as concepções extremadas de liberalismo e socialismo, destaca a identidade de resultados no tocante à exclusão do setor privado na realização do interesse geral.

“Durante dois séculos, o espírito liberal e o espírito socialista dominantes reúnem-se para decretar o setor privado como incapaz de realizar qualquer função de interesse geral. As justificativas são diferentes, mas as consequências são idênticas. O liberalismo repousa sobre a concepção do homem

egoísta, internado, exclusivamente à procura de sua própria felicidade. O socialismo recusa a ação privada que visa ao interesse geral, desde que não suporte outra maneira de pensar.”³⁶

E aponta a subsidiariedade como alternativa intermediária:

“A idéia de subsidiariedade causou inquietações, desde que surgia como alternativa entre o liberalismo clássico e o socialismo centralizador. Assenta-se em política social, proposta por Estado descentralizado, com o reconhecimento, de certa forma paradoxal, de dois entendimentos. Abandona o igualitarismo social em proveito do valor da dignidade; ao mesmo tempo que foge do individualismo filosófico, para compor uma sociedade estruturada” (...).³⁷

Enfim, resume o constitucionalista a doutrina da subsidiariedade partindo da concepção de autoridade: a autoridade é secundária, sem valor em si, mas relativo, em função da necessidade que se extrai das atribuições de outra instância; a autoridade é supletiva, já que objetiva suprir deficiência da sociedade, mas é, também, subsidiária, uma vez que pode sustentar medidas positivas, isto é, não só restritas ao suprimento de falhas.³⁸

Odete Medauar³⁹, assimilando a evolução do papel do Estado e atenta aos novos paradigmas formais e informais de sua relação com a sociedade e com o administrador, aponta os desafios do direito administrativo diante das perplexidades que cercam o seu objeto, a administração pública, subjetiva, objetiva e operacionalmente considerada, e que põem em evidência o descompasso entre aquela e o estágio de evolução da sociedade. Segundo a autora, o referido ramo do direito é hoje tangido a acompanhar incontrastáveis tendências, atendendo aos apelos de:

a) desvencilhamento de resquícios absolutistas, sobretudo no aspecto da vontade de autoridade impondo-se imponente;

b) absorção de valores e princípios do ordenamento consagrados na Constituição;

³³ BARACHO, op. cit.

³⁴ Ibid., p.135.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid., p. 99.

³⁷ Ibid., p. 105.

³⁸ Ibid., p. 106.

³⁹ MEDAUAR, op. cit., p. 227.

c) assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade;

d) abertura para o cenário sócio-político-econômico em que se situa;

e) abertura para conexões científicas interdisciplinares;

f) disposição de acrescentar novos itens à temática clássica.

Na realidade, novos apelos podem ser agregados àqueles, com realce para os de internacionalização de aspectos da disciplina, de incorporação da informação como fator de racionalidade administrativa e de interferência positiva na gestão da mudança, de forma que se possa prestar à projeção de alternativas, e não simplesmente a cristalizar uma realidade social abominável. Nesse particular, cabe chamar a atenção para a necessidade de o direito administrativo enfrentar a questão da função social da propriedade, de superlativa importância como fator de mudança.

9. A atual reforma administrativa

Segundo versão oficial do Ministro Luiz Bresser Pereira⁴⁰, os objetivos a serem alcançados como resultado da proposta de reconstrução do Estado apresentada pelo governo são assim focalizados:

“Superar definitivamente a crise fiscal e rever as estratégias de intervenção no plano econômico e social, abandonando as intervenções diretas e adotando formas regulatórias. (...) (1) tornar a administração pública mais flexível e eficiente; (2) reduzir seu custo; (3) garantir ao serviço público, particularmente aos serviços sociais do Estado, melhor qualidade; (4) levar o servidor público a ser mais valorizado pela sociedade ao mesmo tempo que ele valorize mais seu próprio trabalho, executando-o com mais motivação.”

O governo toma como principal fator de viabilização de seu propósito de mudanças a alteração da Constituição para a flexibilização da administração pública e a redefinição das regras básicas da previdência do servidor.

A administração concebida na Constituição de 1988, segundo a leitura dos reformistas mais ferrenhos, retorna ao perfil da burocracia

clássica dos anos 30, caracterizando-se pela rigidez, pelo formalismo, pelo seu distanciamento da cidadania, em razão de sua ineficiência na prestação de serviços sociais como educação, saúde, cultura, segurança e pesquisa científica.

É nesse sentido a crítica frontal às bases constitucionais vigentes da administração no Brasil registrada por Bresser Pereira⁴¹:

“A Constituição irá sacramentar os princípios de uma administração pública arcaica, burocrática ao extremo. Uma administração pública altamente centralizada, hierárquica, rígida, fundamentalmente baseada na idéia do controle por processo e não por resultados e objetivos, quando sabemos que administração pública e também a administração de empresas modernas estão hoje baseadas na descentralização, na administração matricial, nos sistemas da autoridade funcional convivendo com os de linha, na confiança, e no controle dos resultados e não nos processos.”

Assim, antecipando-se ao aprofundamento de discussões fundamentais, vem à tona um conjunto de propostas de alterações da Constituição da República rotulado de Reforma Administrativa, que tem, ao centro, como alvo principal, o servidor. Gravitam em torno dessa figura os temas principais que compõem o discurso acerbo e fácil que propõe o Estado austero e diminuto a partir do quase banimento de seu suposto empecilho – o fantasma do servidor público.

Não se trata de desconhecer o processo adotado pela Câmara dos Deputados sob coordenação das relatorias das comissões encarregadas de emitir parecer sobre a Proposta de Emenda da Reforma Administrativa. Sabe-se que foram usados mecanismos institucionais de audiências públicas, de participação técnica de especialistas da área de administração pública, entre outros. Nem se olvida a peregrinação de equipes capitaneadas pelo Ministro Bresser Pereira pelo interior do Brasil. Nesse sentido, é oportuno o registro da participação de dois renomados peritos internacionais, conforme noticia o relatório da comissão destinada a emitir parecer sobre o mérito da proposição: Serge Vallemont, ex-Presidente do Comitê para a Reorganização e Desconcentração da

⁴⁰ PEREIRA, op. cit., p. 8.

⁴¹ Ibid., p. 3.

Administração Pública da França, que analisou o recente processo de reforma daquele país, e Kate Jenkins, Consultora e ex-funcionária pública britânica, que relatou sua experiência à frente da Reforma Administrativa implantada por Margareth Thatcher, na Inglaterra.

Contudo, a discussão que se travou nos círculos internos e externos ao Congresso e em torno da equipe técnica da reforma privilegiou aspectos conjunturais em prejuízo dos estruturais, temas mais candentes e de fácil apreensão pela mídia e pela população, como os relacionados com o servidor, relegando a segundo plano questões centrais, como a do destino do país em face das novas tendências mundiais de quebra de fronteiras; a da exigência de adequação do aparelhamento para instrumentalização de um Estado capaz de manter o equilíbrio entre a permeabilidade às influências externas e a resistência interna como garantia de uma relativa identidade; a da concepção política que se coloca como força motriz das mudanças, e que não teve a tradução em toda a sua amplitude no momento da opção por um projeto de governo, pelo exercício do voto, nas eleições presidenciais.

Com efeito, não se apresenta com nitidez o núcleo de idéias que projetam a transferência de responsabilidades estatais para outros setores, ou seja, o desmonte do intervencionismo estatal, sem substituição por estruturas alternativas, e nem as que respaldam a nova concepção e, em conseqüência, não se delimita com precisão a área para o exercício da função administrativa do Estado, nem se delinea o perfil desejável de organização, e tampouco se constrói uma lógica operacional para seu desempenho.

Focalizando o aparato estatal, a reforma em curso parte da distinção entre o núcleo burocrático do Estado e o setor de serviços sociais e de infra-estrutura, correspondendo o primeiro às funções de governo, o segundo, às de execução das decisões de governo, e o terceiro, a funções de execução no setor de obras.

Nesse sentido, propalam os reformistas que a estratégia, no tocante ao aparelhamento estatal, é aperfeiçoar a administração burocrática clássica, assimilando-a no que tem de mais positivo: a profissionalização do serviço público, protegendo-o contra o clientelismo e a corrupção; o combate aos excessos de rigidez e formalismo, de controles de processo, de desconfiança e de custos e a distinção entre

núcleos estratégicos de formulação de políticas públicas regulatórias e os de execução dos serviços sociais de infra-estrutura.⁴²

A concepção da reforma administrativa desenvolve-se a partir do aporte de experiência no campo da administração privada e dos pressupostos teóricos da doutrina americana de Osborne e Gaebler, substanciada no livro *Reinventando o Governo*. Com inspiração em nova lógica de abordagem do setor público, mediante a dispensa de normas rígidas da administração burocrática clássica, grassam as técnicas de qualidade total, as estratégias de tratamento dos “clientes”, as tentativas de identificação e adaptação dos “produtos”, as linhas de gerenciamento, as relações de “compartilhamento”, como ingredientes primários de renovação das práticas administrativas.

Como estratégia da reforma, emerge como núcleo de ataque o funcionalismo. Nesse contexto, quase estigmatizado como verdadeiro *sócio privilegiado do sistema de benefícios fáceis* sustentados pelos recursos arrecadados do contribuinte, o servidor se transforma no ator principal para o qual convergem as câmeras mais suspeitas, quer de setores políticos, quer de estamentos econômicos da área privada, estes, sim, abrigados pelas salvaguardas de um sistema cartorial de atividades ditas produtivas.⁴³

Assim, num cenário político de profundas mutações, estimuladas pela crise ou simplesmente orquestradas por arranjos ideologizados, a hora é de contenda, e o grande risco para a sociedade reside na possibilidade de o governo gastar todo o fôlego guerreiro contra o fantasma, poupando, quiçá, os inimigos verdadeiros; e, nesse sentido, apegam-se os reformistas, mais ardorosamente, a pontos cuja mudança poderá alcançar uma ilusória visibilidade no âmbito do universo que assimila o discurso.

Enfatizam-se, então, temas como aposentadoria, remuneração, estabilidade, paridade e regime jurídico de servidor, e, por razões políticas a que se sujeita o governo, relegam-se a plano secundário ou, estrategicamente, subtraem-se à mídia outros de mais substancialidade, como autonomia gerencial, contratos de gestão, controle de políticas públicas, consórcios

⁴² Ibid., p. 8.

⁴³ ESTEVES, Júlio César dos Santos. Palestra. In: SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO, 1996, Belo Horizonte. *Anais...*

administrativos, regime jurídico dos agentes políticos, controle de gastos públicos, desafios da administração em face dos avanços da tecnologia, internacionalização das normas de gestão, e a efetivação da função social da propriedade, a identidade democrática, mormente se se tem em conta a consagração formal do Estado democrático de direito e a emergência de novos paradigmas sociais.

Diante desse quadro, verifica-se posição recalcitrante de vários segmentos, e não desprovida de razão. Que os temas formalmente propostos pelo governo devam ser objeto de uma reflexão, não se discute. Contudo, eles não podem monopolizar o debate, pois não há negar o caráter absolutamente secundário dos mesmos, seja em razão do que as medidas nessa seara possam representar no quadro do déficit público, móvel que se encontra na raiz do processo de reforma, seja porque aquelas questões fundamentais da administração pública precisam ser esgotadas.

Assim, as posições se radicalizam na abordagem da mudança, colocando-se em pólos opostos defensores ardorosos da reforma do Estado, que, empunhando a bandeira da diminuição do Estado como solução de eficiência para a prestação de serviços públicos, assumem o risco da quebra das estruturas e dos alicerces, e os absolutamente refratários às mudanças, normalmente integrantes de burocracias incrustadas na máquina pública ou de corporações privilegiadas. São verdadeiros adeptos da contra-reforma, sustentando absoluta inoportunidade das medidas, bem assim a condição da reforma como lema demagógico em busca da legitimação popular.

Essas polarizações acabam por nulificar um espaço de racionalidade no qual se possam reunir elementos para uma reflexão de caráter menos reativo e mais construtivo acerca dos pontos de sustentação da nova concepção do Estado, que, por sua vez, deve nortear os rumos da reforma.

Só nesse estreito campo, a salvo das radicalizações e do passionalismo, podem ser ponderados, com neutralidade, os diversos fatores que indicam a real necessidade de mudança.

Nesse sentido, por exemplo, as circunstâncias atuais de desemprego nos planos interno e internacional projetam mudanças de rumo no tratamento da função pública, conforme notícia

Antônio Álvares da Silva⁴⁴, ao comentar as alternativas adotadas por meio de medidas provisórias restritivas de direitos dos servidores. Sustenta a inevitabilidade do processo como decorrência de uma crise internacional de relevância, ao mesmo tempo em que alerta sobre a situação de fragilidade do segmento do funcionalismo na virtual oposição ao seu desmantelamento:

“As recentes medidas do governo contra o servidor público são o resultado concreto de um processo inevitável que já começara na iniciativa privada e se estende agora aos setores de pessoal do próprio Estado.

“Todos os indicadores internacionais mostram que caminhamos para um mundo sem empregos (que os americanos chamam de *dejobbing*). Desde 1993, nos Estados Unidos, apenas um entre quatro empregados consegue um novo posto de trabalho. Afirma-se que, na Europa, onde o desemprego assume taxa altíssima (só na União Européia cerca de 19 milhões), as empresas precisam ainda de dispensar 20% – dados colhidos em William Bridge, no livro *Um Mundo sem Empregos* (p. 6). Esta tendência não deixará de fora o serviço público que, a exemplo dos demais setores, vai enfrentar um período de dispensas, enxugamento e limitação de direitos.”

E prossegue:

“Finalmente, deve o servidor abandonar de vez a ilusão do regime estatutário, decadente em todo o mundo, e assumir logo o vínculo empregatício com o Estado. Em troca do direito de impor-lhe regras unilaterais de prestação de serviço, a Administração deu-lhe a garantia no cargo. Como esta garantia será extinta ou relativizada, perde qualquer razão o vínculo administrativo.”⁴⁵

Se esse quadro sugere uma nova abordagem do setor público sob o ângulo da função, há razões sobejas que se projetam a partir de um fenômeno também internacional, fruto, sobretudo, da revolução urbana, para se forjar uma identidade democrática de gestão

⁴⁴ SILVA, Antônio Álvares da. O mundo sem empregos. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 31 out. 1996.

⁴⁵ *Ibid.*

administrativa capaz de se inserir no contexto participativo das massas reivindicantes e dos núcleos comunitários de poder.

Com efeito, a democracia há de perpassar a organização e a atividade administrativas. No entanto, sabe-se que o perfil da administração pública e as práticas administrativas, a partir de 1988, pouco assimilaram nessa linha. Apesar do relativo avanço na estruturação de conselhos e outras instâncias de participação da sociedade, não são raras as situações em que vinga o arbítrio, a prepotência, a iniquidade, o malabarismo dos atos administrativos normativos. E não se vislumbram formas eficazes de contrastação, erradicação ou bloqueio à expansão dessas práticas, tamanha a *timidez* com que se busca, *na efetivação da Constituição, a instrumentalização dos princípios nela albergados ou a sua adoção como disciplina*.⁴⁶

José Alfredo de Oliveira Baracho⁴⁷, recordando Nestor Pedro Sagües, mostra que nem sempre coincidem a Constituição escrita e a normatividade dominante no Direito Constitucional, explicando que, ao lado do sistema legal, há *a interpretação mutativa das normas realizada pelos juízes, legisladores, órgãos do Poder Executivo e outros centros de poder, que podem até alterar o conteúdo dessas prescrições constitucionais, substituindo a mensagem do legislador constituinte por outra diretriz normativa, mesmo que o texto da cláusula constitucional permaneça aparentemente intacto*.

Entre nós, a Constituição escrita, avançada, dirigente e projetiva de um Estado democrático de direito não coincide com a normatividade efetivamente dominante no plano da aplicação do direito na função administrativa ou jurisdicional, por força da interpretação mutativa, que prefere a perspectiva da leitura tradicional do texto a sua aceitação como parâmetro para novação do direito e da normatividade dominante até seu advento.

No plano político, na esfera administrativa e mesmo no âmbito da interpretação judicial, a ordem constitucional é experimentada, passando da enunciação de princípios para a disciplina e, como disciplina, prevalece com nova *conformação* definida nos *conflitos*, nos

choques ideológicos, nos antagonismos, nas rupturas e sobretudo nas violações.⁴⁸

O que se percebe é que o ordenamento jurídico, no tocante à administração pública, naturalmente recepcionado pela Carta de 1988 naquilo que com ela não conflitava, não chegou a uma nova conformação, ou seja, não passou pelo verdadeiro “processo de novação”, a que se refere o constitucionalista Jorge Miranda⁴⁹, e esses aspectos não são discutidos.

A prática administrativa não assimilou, ainda, em grau desejável, os valores democráticos e mantém-se em diversos setores no *status quo*, atuando segundo antigas regras e equilíbrios, num processo que acaba por consolidar as próprias deficiências da administração, ao invés de permitir a reavaliação de práticas, valores e princípios.

Eis por que deve estar presente o alerta pela identidade democrática da administração, conforme enfatiza Odete Medauar⁵⁰, recapitulando Berti: “um dos grandes problemas da Administração Pública está na busca de identidade democrática.”

Ora, a democracia na administração pública não se garante pela simples legitimação pontual do voto na escolha de representantes, pela instituição formal de instâncias de participação, pelo recrutamento de pessoal mediante concurso público com aplicação das regras de ampla acessibilidade aos cargos. Numa concepção que abarca o pluralismo político e que alberga a participação como forma processual de legitimação, a tentativa de modernizar a administração há de pressupor direcionamento claro no sentido da compatibilização dos modelos de gestão, para que possam incorporar práticas participativas a salvo de manipulações, principalmente em nível de controle da atuação estatal na vertente mais moderna do controle social das políticas públicas. E é certo que o desenvolvimento de uma cultura participativa pode levar a administração pública a uma melhor *performance*; quanto maior o envolvimento da cidadania nos negócios públicos, mais consistente pode ser a gestão administrativa *democrática*, e mais legítimas serão as instâncias regulatórias, decisórias e de execução e de controle das políticas públicas.

⁴⁶ FANTONI JÚNIOR, Neyton. A Constituição, o juiz e o bom senso. *Gênesis : RDAA*, v. 2, n. 5, p. 367-371.

⁴⁷ BARACHO, op. cit., p. 22.

⁴⁸ BONAVIDES apud FANTONI JÚNIOR, p. 368.

⁴⁹ MIRANDA apud FANTONI JÚNIOR, p. 368.

⁵⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 129.

É oportuno dizer que algumas administrações municipais têm empreendido verdadeiras reformas administrativas, rompendo com práticas seculares e trazendo à *cena pública* decisões importantes para a vida da cidade, em processo que inaugura espaços de aprendizagem que vão, aos poucos, ganhando evidência como campo de eficácia da gestão democrática, em perfeita sintonia com as exigências dos novos tempos. E não se falou em necessidade de alteração de uma só norma constitucional para a viabilização desse mister.⁵¹

Registrem-se, a propósito, as experiências de administrações participativas dos Municípios de Porto Alegre(RS), de Belo Horizonte (MG), Jacuí(MG), Gouveia(MG), para citar apenas alguns, e não sem dizer que esses esforços nem sempre encontram um campo propício à realização da cidadania material; ao contrário, precisam superar dificuldades para gerar efeitos positivos.

Para que se possam aquilatar as dificuldades que devem ser superadas para a estruturação de uma cultura participativa, colhem-se depoimentos de Tarso Genro⁵², ex-Prefeito de Porto Alegre:

“Nós temos a ilusão de que, nas comunidades humildes, as lideranças têm uma ética exterior à sociedade de classes, como se não reproduzissem todos os vícios. Isso não é verdade. (...)”

“As lideranças ainda não pensam a cidade como um todo. Elas têm uma visão geográfico-corporativa, que tende a abordar a cidade de modo completamente fragmentário.”

Mostra, todavia, aquele administrador que a consistência do envolvimento da população vai-se alcançar de forma processual, estabelecendo-se como ganho imediato a lógica participativa que, consolidada, levará, em momento posterior, a resultados autônomos e concretos.

De qualquer modo, não podem ser olvidadas as peculiaridades das diversas esferas de governo. Com efeito, os municípios, por exemplo, receberam, na Constituição de 1988, um tratamento que poucas alterações está a demandar na ordem constitucional; o mesmo não ocorre em relação à União, que, despojada

⁵¹ MIAILLE apud MEDAUAR, p. 98.

⁵² *Poder local, participação popular, construção da cidadania*. Belo Horizonte : Fórum Nacional de Participação Popular nas Administrações Municipais. 1995. p. 21 e 23.

de significativas fontes de arrecadação, permanece como avalista das principais políticas públicas, situação que sugere a adoção de novas alternativas.

Contudo, a opção pela mudança não pode ser resposta aos acenos de modismo.

Marcelo Caetano⁵³, referindo-se ao fenômeno recorrente na política, na filosofia, nas atitudes sociais e nas idéias, descreve-o, usando uma linguagem de alegorias:

“De repente, no Mundo inteiro todos falam no mesmo tema e procuram acertar o passo pelos chefes de fila para não parecerem atrasados, (...).”

“Mas o tempo corre e o que era ‘a verdade’ universal da véspera transformou-se no erro execrável do dia. Outras novidades surgem com nova terminologia a exigir a contemporização dos sábios.”

Por outro lado, os caminhos de eventuais mudanças não tracejam a ruptura com o que de melhor se sedimentou no âmbito do aparelhamento estatal sem a perspectiva de processos substitutivos responsáveis, coerentes e eficazes; indicam, sim, o descarte das práticas autoritárias, dos corporativismos de interesses que privatizam o Estado, das disfunções da máquina, e, enfim, das *opressões do burocratismo estatal resultantes da dualidade radical* entre administração e administrado, de que fala Morell Ocana.⁵⁴

A nova conformação do aparelhamento estatal não resultará, com certeza, de processos artificiais de mudança, conforme lembra Marcelo Caetano⁵⁵:

“A Reforma Administrativa não consiste numa operação instantânea de remodelação de estruturas e procedimentos, e sim num processo de contínuo ajustamento de organização e de métodos da Administração Pública às condições sociais e às necessidades coletivas de comunidades em constante transformação.”

E continua:

“Não se trata de publicar leis com reformas burocráticas e sim de manter a

⁵³ CAETANO, op. cit., p. 18.

⁵⁴ OCANA apud MEDAUAR, p. 215.

⁵⁵ CAETANO, op. cit., p. 26.

Administração em condições de, numa sociedade em desenvolvimento, cumprir eficazmente as suas missões.”⁵⁶

Assim, a reforma há de resultar de uma reflexão amadurecida que, contemplando as diversas circunstâncias e componentes do processo de mudança, tenha como norte um fim consensual e razoável. Há de perseguir objetivos claros e projetar alternativas seguras e adequadas não à simples conjuntura, mas à realidade estrutural e ao ideal concebido, sob pena de deixar ao capricho dos “donos do poder” o destino de estruturas importantes.

A prevalecer a vertente da exarcebação, o furor reformista pode dar azo a contradições muito sérias até num mesmo contexto, o que justifica a reação de perplexidade por parte de estudiosos, como a que é oposta pelo publicista Júlio César dos Santos Esteves⁵⁷ diante da proposta de acatamento da duplicidade do regime jurídico do servidor em substituição à solução de unificação prevista na Constituição de 1988:

“Antes mesmo que se implementasse a unificação determinada pela Lei Fundamental, volta-se a permitir o indesejável quadro anterior. O eterno fazer e desfazer oficial já traz, de por si, indignação, pasmo e insegurança, evocando a figura mitológica de Penélope, que tecia e desfazia seu manto, para evitar os pretendentes, enquanto aguardava o retorno de seu eleito. A comparação figurada mostra-se, de fato, adequada, a não ser pela diferença de que Penélope sabia o que queria.”

10. Conclusões

1 – As concepções de Estado se estruturam a partir de paradigmas formais e informais, devendo esses núcleos ideológicos, integrados por princípios, valores e filosofias, guardar relação com os modelos organizatórios da administração e com os campos da atividade administrativa, tendo em vista o caráter instrumental do aparelhamento.

2 – Na história da evolução administrativa brasileira, verifica-se descompasso entre a concepção de Estado, os modelos de organização e de gestão administrativa e o estágio de

evolução da sociedade; o esforço reformista não consegue estabelecer a sintonia desejável entre eles.

3 – Ao Estado democrático de direito, apesar de delineado formalmente na Constituição de 1988 e concebido a partir de paradigmas erigidos pela consciência coletiva, não corresponde uma identidade administrativa democrática, ressaltando-se o esforço de institucionalização de instâncias participativas e algumas experiências mais consistentes de gestão com progressivo envolvimento da cidadania.

4 – A par dessa ausência de identidade, verifica-se, inserida num contexto de desequilíbrio do Estado como um todo, uma crise multifacetada da administração, resultante da convergência de vários fatores de pressão, internos ou externos: a ilegitimidade, a ineficiência, a irracionalidade, a escassez de recursos, o desprestígio, a falta de credibilidade, o corporativismo, a falta de eficácia e de efetividade da Constituição, a indefinição das esferas pública e privada, a não-apropriação de tecnologia, a insatisfatória absorção dos reflexos da telemática, a persistência de um quadro de desigualdades inaceitáveis, a incapacidade de resposta à crescente demanda da sociedade hipercomplexa, entre outros.

5 – Para se opor à crise, o governo pretende fazer uma reforma de inspiração neoliberal na Constituição da República, propugnando por um Estado austero, diminuto e eficiente, como se se pudesse estabelecer uma relação necessária entre eficiência e diminuição funcional daquele, e, por outro lado, descartando o Estado complexificado, como se ele fosse de todo incompatível com as demandas do capitalismo, quando ele pode ser até uma exigência desse.

6 – Se há uma opção do governo, espontânea ou induzida, no âmbito do cenário internacional, não há um consenso relativo da sociedade sobre o papel do Estado, questão que deve ser esgotada preliminarmente à reforma. A emergência desse papel só poderá ocorrer a partir da conciliação das esferas públicas (estatal e não-estatal) e privada, com o reconhecimento dos núcleos de poder e responsabilidades no âmbito de cada uma, levando-se em conta o fator da globalização que se constituirá em grave ameaça ao Estado nacional, se este não estabelecer salvaguardas contra os efeitos perversos do fenômeno.

7 – Temas secundários não podem continuar

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ ESTEVES, op. cit.

monopolizando a discussão. Não se pretende a sua mera exclusão da pauta das reformas, mas a incorporação de novas temáticas que permitam aprofundar a análise do fenômeno administrativo em sua intimidade e elaborar alternativas de interferência do poder público na realidade social, sob pena de a busca de eficiência se resolver na racionalidade da gestão do absurdo de que fala Fábio Wanderley.⁵⁸

⁵⁸ WANDERLEY, op. cit.

O Estadista Agamemnon Magalhães

A Lei Antitruste e a Conferência do Clube Militar

JARBAS MARANHÃO

A Lei Antitruste

Dois princípios de essência política sempre o motivaram: o da justiça social e o da livre concorrência no campo econômico.

Assim, no Ministério da Justiça, preparou a lei antitruste – apelidada de *Lei Malaia* – sancionada pelo Presidente Vargas, por meio do Decreto-Lei nº 7.666, a 22 de junho de 1945.

Diz Paulo Germano de Magalhães, em seu livro *A Nova Liberdade*:

“Estava declarada a luta. O primeiro *round* foi contra Agamemnon. Getúlio foi deposto e o Presidente Linhares revogou o Decreto-Lei. Veio, porém, a redemocratização e a extraordinária vitória do constituinte Agamemnon, com a sagração constitucional (art. 148 da Constituição Federal de 1946) do princípio da liberdade econômica.

Em 1948, ele apresentou o projeto 122 e, justificando-o, não esquece Delmiro: A nação inteira – escreve Agamemnon – conhece a iniciativa de Delmiro Gouveia, no Nordeste, captando um fio d’água da Cachoeira de Paulo Afonso e criando uma civilização. Fundou uma fábrica de linhas de coser e não cedeu na luta contra o truste das linhas inglesas, até morrer”.

E Paulo Germano conclui este trecho de seu mencionado livro:

“Agamemnon, como Delmiro, também não cedeu. Tombou antes de ver o seu projeto transformado em lei, a Lei nº 4.137, de 1962.

Mas, abriu a trilha da estrada que, hoje, começamos a percorrer”.

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.

O capítulo da Ordem Econômica e Social da Constituição de 1946, do qual Agamemnon foi relator, demonstra a sua inclinação social-democrática.

Bastam alguns dispositivos para comprová-lo:

Art. 145 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único – A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

Art. 146 – A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

Art. 148 – A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Agamemnon pregou um Estado como um poder em luta, um poder de equilíbrio e coordenação das forças sociais.

Sua causa inspiradora e orientadora é o fenômeno da solidariedade social que deverá dominar todas as construções políticas.

“Da luta do poder do Estado com os grupos formados na defesa dos interesses particulares, com as classes que se diferenciam no regime do capital, originando desigualdades e antagonismos, com as tendências opostas – nacionalismo e internacionalismo – surgirá um Estado novo, conciliando, pelo direito alicerçado na solidariedade, todas as forças em dissídio e assegurando a unidade dos fins sociais – a justiça e a paz universal”.

Estava certo de que os países só alcançam a verdadeira liberdade e autonomia política e de

riqueza quando baseados numa estrutura econômica forte e independente.

Urge que as nações em desenvolvimento mobilizem racionalmente os seus próprios recursos. Não se trata de uma idiossincrasia gratuita contra o capital externo que, respeitadas a legislação e a soberania nacionais, pode ser de utilidade, mas de uma necessária, imprescindível vigilância contra o capital estrangeiro espoliativo, que põe em risco a economia das nações em formação ou em desenvolvimento, “promovendo – como diz Alfredo Marques Vianna – devastadora sangria, através das várias modalidades de remessas de lucros, de *royalties*, de dividendos”.

Ou, como assinala Agamemnon Magalhães:

“Não se explica que o Estado continue, sob influência de um neomercantilismo irracional, a estabilizar os câmbios e elevar as tarifas, a proteger indústrias fictícias, a financiar trustes e cartéis, buscando, enfim, resolver os problemas da produção e do consumo por meio de providências cujos efeitos são transitórios e que concorrem para acumular dificuldades e encarecer a vida, afrontando a revolta das massas”.

Trata-se não só de defender como de fortalecer a economia nacional.

Toda nossa crise, inflação, recessão, desemprego, altos índices de mortalidade infantil, as terríveis deficiências nos campos da saúde e educação públicas, do saneamento básico, da moradia, a fome, a pobreza absoluta, a desorganização dos transportes, a baixa produtividade, a injusta distribuição de renda, todo esse quadro não só dramático como alarmante tem uma só causa: a nossa pobreza, a nossa desorientação de país que busca ainda os rumos necessários ao seu desenvolvimento, embora já possua condições, fatores e elementos que lhe ensejem uma política de recuperação e de prosperidade nacional.

O que Agamemnon patrioticamente aspirava era a um Estado brasileiro, estruturado em economia própria, sem deturpação nem mistificação doutrinária, dentro de nossa cultura, do nosso meio geográfico, da nossa realidade.

Sobre a Lei de Repressão aos Abusos do Poder Econômico vale a pena transcrever o que escreveu a respeito o saudoso engenheiro e político Sérgio Magalhães:

“A lei, ao garantir a liberdade econômica, desempenha importante papel

na distribuição da renda *per capita*".

E cita, em seguida, W. Arthur Lewis no seu tratado sobre a teoria do desenvolvimento econômico, o qual informa que

“o aumento da renda *per capita* na Europa Ocidental e na América do Norte, nos últimos séculos, foi associado, acertadamente, com o aumento da liberdade econômica... e que o dano causado pelos monopólios é mais patente em relação ao crescimento econômico do que sob qualquer outro ângulo”.

E Sérgio Magalhães insiste que, nos países ricos, o domínio dos monopólios constitui uma etapa da evolução capitalista; que a destruição deles é impossível porque não se pode fazer o capitalismo retroceder à época primitiva da livre competição generalizada; que a lei, nos países desenvolvidos, tem uma função perfeitamente limitada de evitar os casos mais chocantes para a opinião pública; que, nos países desenvolvidos, os monopólios exercem, no Exterior, função de interesse nacional e que por isso mesmo contam eles com o apoio governamental nas questões internacionais. No caso, porém, do país subdesenvolvido – adverte Sérgio – “os monopólios não surgiram em decorrência da evolução capitalista. Vieram de fora para cumprir objetivos estranhos ao (nosso) interesse fundamental de desenvolvimento independente. O país subdesenvolvido, para conseguir desenvolver-se, não pode admitir a presença de monopólios privados nos setores econômicos básicos”.

O projeto de lei de Agamemnon Magalhães foi apresentado na Câmara dos Deputados a 15 de abril de 1948 e tomou o número 122.

Justificando-o da tribuna, ele declarou:

“Essa lei será a carta, será a nova liberdade – liberdade do consumidor brasileiro e liberdade do Estado, que fica armado contra o poder que o quer dominar; liberdade do governo, porque com ela não estará sujeito às influências dos grupos econômicos”.

No ano seguinte, em conferência no Clube Militar (Rio de Janeiro), ele prosseguiu:

“O Estado de Direito só pode defender-se com a lei. Se não outorgarmos ao Estado poderes legais, para defender as instituições e o povo contra a opressão econômica, seremos vencidos por aquele governo invisível definido por Wilson

como governo de corrupção econômica e política”.

Ernani Sátiro, deputado federal (UDN) e depois governador da Paraíba, registra em discurso na Câmara dos Deputados:

“O antigo professor do Ginásio Pernambucano, que cedo despertara para as solicitações da política, foi um desses homens que sempre souberam equilibrar as aptidões práticas com uma linha doutrinária ou uma concepção teórica, se não da vida, pelo menos de certos fenômenos, sem a qual não é possível realizar qualquer coisa imperecível. Em Agamemnon Magalhães, essa linha poderia talvez ser resumida numa expressão que encerra sua maior iniciativa de lei na legislatura passada: o combate ao abuso do poder econômico.

“Essa idéia foi uma constante em sua vida. Sempre que pôde, tirou do rico para dar ao pobre, às vezes até com abuso de outro poder, que era o poder político.

“Mas isso não era nele uma improvisação. Na sua tese de candidato a professor de direito, ao lado de outras preocupações que não foram, em sua vida, apenas especulativas, mas de prática constante, já estava essa de repressão aos trustes e cartéis”.

Por sua vez, o deputado federal Leite Neto, depois senador, enfatizou “a coerência inflexível” do eminente brasileiro que, “sozinho, arcou com a responsabilidade, ainda no tempo da ditadura, de baixar um decreto estabelecendo normas, exatamente para combater o abuso do poder econômico. Posteriormente, vindo do regime discricionário e assumando a tribuna desta Casa, foi ele quem, corajosamente conduziu a Constituinte brasileira de 1946 a inscrever, no seu texto, os memoráveis artigos que permitem à nação lutar contra o abuso do poder econômico. Em seu projeto, elaborado sob a inspiração do que de melhor se fazia no mundo civilizado – profundamente impressionado com a luta que se travava, em diversos países do mundo, contra o abuso desse poder, notadamente na América do Norte, a partir da célebre Lei Sherman; observando a luta magnífica e patriótica travada, naquela República do Norte, pelo grande Wilson, em defesa do povo, contra o abuso do poder econômico –, Agamemnon, antevendo a complexidade dos problemas de ordem social e econômica que o

Brasil teria de resolver... já desejava que a nação possuísse um diploma legal, capaz de coibir eficientemente o abuso do poder econômico e impedir se transformasse, pelo tempo afora, em nação colonizada pelos povos mais adiantados”.

O saudoso líder pernambucano foi uma índole arrojada e perspicaz, de grande espírito público.

Paulo Germano de Magalhães, em *A Nova Liberdade*, dessa maneira o definiu e mostrou como ele foi atraído pelo infarto.

“Assim foi Agamemnon, meu pai. Lutador incansável...Deixou-nos um legado imenso de virtudes cívicas, de lições de política e de direito, de amor aos humildes e de reação aos poderosos. A lei antitruste constituiu pedra angular desse legado. A nação aguarda com interesse, digo com intensa expectativa, a sua execução. Deus queira que não venha a se decepcionar... Sertanejo autêntico, na sua fortaleza. Bom jagunço, sempre pronto a reagir ao primeiro sinal de inimigo próximo. Invencível na refrega. O seu recuo era o do jagunço de Euclides: demoníaco. Quando retornava ao campo da luta, vinha mais forte, mais bem armado.

“Era seco como o sertão, nas suas palavras e no seu estilo. Espinhoso como os cactos nas suas atitudes. Impenetrável como as caatingas. Resistente como a granítica Serra Talhada que domina a paisagem do rincão onde nascera. Generoso para os humildes até o carinho mais humano... A morte só poderia atingi-lo de emboscada, como fez naquela fatídica madrugada de 24 de agosto de 1952. O coração traiu-o. Nunca dera sinal de fraqueza. De repente, veio a dor violenta e o coração pára. O golpe fora traiçoeiro e fulminante.”

A Conferência do Clube Militar

Como é sabido, Agamemnon Magalhães foi eleito deputado à Constituinte Federal de 1946 nas eleições de 2 de dezembro de 1945, e, mesmo ausente do Estado, por haver permanecido no Rio de Janeiro, o mais votado na legenda de seu partido.

Na Constituinte, foi escolhido um dos membros da Grande Comissão, encarregada de elaborar o anteprojeto constitucional, e, nessa

Comissão, coube-lhe ser o relator do capítulo da Ordem Econômica e Social, de que se desincumbiu com pleno êxito.

O capítulo, que determina a organização da ordem econômica conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, é dos mais elogiados da Lei Suprema de 1946, por constitucionalistas e outros estudiosos.

O artigo 148 assinala uma conquista do dr. Agamemnon na luta contra os abusos do poder econômico, ou, como diz seu filho Paulo Germano: “Veio a redemocratização e a extraordinária vitória do constituinte Agamemnon com a sagração constitucional do princípio da liberdade econômica”.

É do seguinte teor o mencionado dispositivo:

“Art. 148 – A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Trata-se de norma não existente em nenhuma das Constituições anteriores. “A sua necessidade – diz Agamemnon – fez-se sentir agora com a evolução industrial do nosso país, acelerada pelas últimas guerras”.

Com a transformação da Constituinte – depois de promulgada a Constituição de 1946 – em legislatura ordinária, foi eleito, tendo em vista os seus conhecimentos jurídicos e expressão política, presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e reeleito sucessivamente até o final do mandato em 1950.

Nesse posto, como no plenário, esteve sempre atento na defesa de seus princípios e a tudo que dissesse respeito aos interesses nacionais.

Mas era preciso dar continuidade à obra constitucional e Agamemnon, então, apresentou, a 15 de abril de 1948, o famoso Projeto nº 122, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, de que resultou a Lei nº 4.137/1962, que, além de dispositivos pertinentes, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Apesar de o projeto ser a regulamentação do artigo 148 da Constituição e adotar – como explica seu autor – as diretrizes da legislação

dos Estados Unidos, com as modificações impostas pelas nossas condições econômicas e políticas, é fácil imaginar as tremendas resistências que ele enfrentou no Congresso e de parte da imprensa, que lhe moveu dura e terrível campanha; mas, obstinado nos seus ideais, pertinaz nos seus princípios, ele não cedeu nunca, mantendo-se firme nos seus propósitos.

E, como foi dito, “apesar da virulência de seus adversários, saiu engrandecido e exaltado no conceito público”.

É dessa fase sua conferência no Clube Militar do Rio de Janeiro, pronunciada a 15 de junho de 1949, para esclarecer e divulgar as razões de seu projeto.

Resumam-se alguns trechos:

“O capitalismo industrial, que atingiu seu apogeu no Velho Mundo e na América do Norte, só nos meados do século XX se volta para o Brasil e atravessa as nossas fronteiras, com a sua técnica, as suas formas de concentração, a sua cobiça de lucros e de mercados...”

“O Brasil, que, na Colônia e no Império, não soube defender-se contra o mercantilismo capitalista, que levou o ouro do açúcar, das minas e do café para Portugal, Holanda e Inglaterra, deve ter outra atitude em face da Revolução Industrial. Se as Companhias de Comércio dos séculos XVI, XVII e XVIII dominaram os mares e as trocas no mundo, os trustes e os cartéis controlam hoje a produção industrial e a sua distribuição em todos os mercados...”

“A verdade é que devemos ser senhores das nossas matérias-primas e das nossas riquezas minerais, mas senhores industrialmente, formando no Brasil um grande mercado de trabalho e de consumo...”

“Estamos crescendo industrialmente numa época em que o desenvolvimento industrial de outros povos já é espantoso... Numa época em que o capitalismo financeiro atingiu a formas mais absorventes do que na do mercantilismo. Na época do mercantilismo, fomos vencidos pelos empréstimos com o penhor das nossas rendas alfandegárias e os tratados comerciais, que tinham por base favores tarifários. A técnica do capitalismo financeiro é outra. Os trustes e cartéis internacionais dominam as iniciativas industriais, fundando, em nosso país e em

outros, indústrias que se articulam e se combinam, eliminando, pelos métodos de concorrência desleal – o *dumping* e outros processos –, as empresas mais fracas, ou limitando a produção das fábricas pela divisão de quotas e de mercados...

“Não há dúvida de que a filosofia do capitalismo é o lucro, mas também não há dúvida de que esse lucro tem um limite, e esse limite é a capacidade aquisitiva do consumidor. Se as concentrações do poder industrial enriquecessem os chefes de empresas e também os consumidores, não havia problema. Os fatos, entretanto, demonstram exatamente o contrário. A produção em série e mais aperfeiçoada tecnicamente gerou o desemprego em massa e, conseqüentemente, o empobrecimento dos consumidores...”

“Por que os preços sobem tanto no Brasil? Dizem uns que é por causa da inflação, outros que é pela falta de crédito organizado para o trabalho. Tem-se medo de falar nos trustes e cartéis, e, quando se fala, respondem logo certos economistas e homens de negócios que no Brasil não há trustes, que somos um país subcapitalista, um país que precisa criar riquezas. É esse o *slogan* da imprevidência ou da falta de compreensão dos fatos econômicos.”

Mais adiante transcreve as duas verdades que, em sua mensagem ao Congresso, a 29 de abril de 1938, Franklin Delano Roosevelt proclamou ao mundo sobre a liberdade nas democracias:

“A primeira era que a liberdade na democracia estava em risco, porque o povo tolerava o crescimento do poder privado até o ponto em que este era mais forte que o do Estado democrático. Isso na sua essência – disse ele – é fascismo. Tanto é fascismo o governo dominado por um indivíduo ou grupo de indivíduos, como o governo controlado pelo poder privado. A segunda verdade era que a liberdade na democracia continuava em perigo, se o sistema de negócios não estabelecesse uma distribuição de mercadoria capaz de assegurar um *standard* de vida aceitável.”

E Agamemnon concluiu a conferência dizendo: “é essa liberdade que pretendemos salvar no Brasil com o projeto de repressão aos abusos do poder econômico”.

A “flexibilização” da legalidade nas práticas conciliatórias na Justiça do Trabalho

ROBERTO FREITAS FILHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Considerações sobre a conciliação na origem do direito do trabalho e na Justiça do Trabalho no Brasil. 3. A Justiça do Trabalho e a crise do Judiciário. 4. O momento conciliatório, as técnicas de persuasão e os limites legais. 5. Argumentos de persuasão e a conciliação. 6. Pesquisa de campo. 7. Resultados. 8. Análise dos resultados. 9. Desdobramentos e conclusões.

1. Introdução

O presente trabalho pretende ser uma modesta contribuição pessoal do que creio seja um importante meio de afirmação da credibilidade do Judiciário frente à sociedade como um todo, qual seja, o compromisso de seus juízes com a construção de uma sociedade mais justa e equânime. Reconhecendo a profícua atuação dos juízes trabalhistas no que diz respeito ao empenho em responder a uma demanda social crescente por pronunciamentos e providências judiciais, remeto-me a um questionamento no sentido do compromisso com o todo; uma tentativa de apontar focos em que essa atuação possa ser otimizada.

Assim, neste texto, pretendo, a partir da constatação da lógica interna da Justiça do Trabalho, no que tange à ênfase conciliatória, analisar a prática judicante em que os juízes das Juntas de Conciliação e Julgamento se utilizam de uma retórica persuasiva ao limite, tendo uma atuação pragmática que pode estar transbordando as balizas estritamente legais de sua atuação.

Isso pode indicar que, apesar da formação técnico-profissional de caráter formalista e normativista, que pressupõe a lei como critério decisório e a sua obediência como critério de

Roberto Freitas Filho é advogado em Santos, São Paulo, formado pela Unisantos – Universidade Católica de Santos, pós-graduado em nível de especialização e cursa pós-graduação como aluno especial na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

justiça¹, os juízes das Juntas de Conciliação e Julgamento estão alternativando esse modelo de comportamento judicante, que traz conseqüências de relevo. Ainda, que as conseqüências desse transbordamento se estendem muitas vezes para além da discussão da legalidade estrita do procedimento (o que de fato também importa), atingindo a esfera social, econômica e política, o que é observado tanto na prática da “disponibilização” dos recursos devidos ao Instituto Nacional do Seguro Social, incidentes sobre as verbas salariais (Lei nº 8.212/91) quando da tentativa de conciliação proposta pelos juízes das Juntas de Conciliação e Julgamento, quanto na proposta de que não se faça o reconhecimento do vínculo empregatício oriundo de uma relação

¹ A noção de um conceito lógico-formal é traduzida de forma concisa em José Eduardo Faria, *Sociologia jurídica* : crise do direito e práxis política. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 176-177, em que invoca Joaquim Arruda Falcão Neto: “Podem-se perceber, de acordo com distinção feita por Joaquim de Arruda Falcão Neto, duas visões contraditórias do direito transmitidas por nossas faculdades: a visão lógico-formal, fundada no normativismo lógico, e a visão liberal, moldada nos princípios gerais da ideologia liberal importada da Europa.

Responsável pelos conceitos de ciência e do método do conhecimento dominante nas faculdades de direito, a visão lógico-formal procura dar um caráter pseudo-científico à dogmática jurídica, reduzindo a Ciência do direito à ciência da forma normativa. Nesta tentativa de obtenção de “status” científico, o direito é desvinculado tanto da moral como da economia, da política e da sociologia. Esta concepção exige que o direito seja visto como um sistema ordenado, harmônico e hierarquizado, imune às mudanças e aos conflitos sociais. Nesse sentido, o método de conhecimento da ciência do direito é formalizado e dedutivo, partindo de dogmas postos fora do conhecer jurídico.(...) Além disso, a predominância da visão lógico-formal no ensino do direito fornece a estruturação de algumas de suas características básicas, como a redução do estudo do direito ao direito positivo, em especial ao estatal; a ênfase nos temas de validade e legalidade, em detrimento dos de eficácia e legitimidade; a construção do currículo com base na pretensão de autonomia de cada disciplina; a ênfase no que se opera e distingue e na transmissão de conhecimentos estanques, sem um panorama interdisciplinar; a predominância do raciocínio dedutivo a partir de dogmas não-questionados, além de um obscurecimento dos estudos sócio-políticos sobre o processo nomogênico. Estas especificidades do ensino fazem do advogado um simples técnico na aplicação do sistema normativo, que abre mão do questionamento profissional que deveria marcar sua atuação.”

de emprego, conseqüentemente sem a anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS do empregado-reclamante.

A partir do reconhecimento e identificação dos tópicos mencionados, tratarei dos desdobramentos oriundos daquelas práticas, que se refletem tanto em seu âmbito profissional quanto pessoal.

Tomando esses fatos como exemplos da pragmatização da prática judicante, pretendo mostrar que o juiz tende – como de fato o faz – a “diversificar” o padrão decisório e conciliatório legalista-normativista, e que essa atitude indica uma alteração comportamental frente ao paradigma sob o qual são os atores jurídicos formados; e, por não ser articulada com os outros atores, legislações e instituições oficiais estatais de caráter previdenciário e sócio-econômico (dentre elas, o exemplo citado tange ao INSS e à Caixa Econômica Federal mais diretamente), essa “praxis”, calcada em razões pragmáticas, concorre para comprometer a funcionalidade provedora do Estado.

2. Considerações sobre a conciliação na origem do Direito do Trabalho e na Justiça do Trabalho no Brasil

A origem histórica do Direito do Trabalho tem suas bases na conjugação, no final do século XVIII, de duas revoluções: a Revolução Industrial e a Revolução Política. Se, de um lado, a invenção da máquina aplicada à indústria provocou a sabida revolução nos métodos de trabalho e, conseqüentemente, nas relações entre patrões e empregados, de outro, o homem tornava-se livre, e o “cidadão” era erigido à categoria racional na ordenação política da sociedade.

A revolução na noção de trabalho, com a concentração de massas operárias sob o jugo do capital nas grandes explorações com unidade de comando, apontou para o fato de que somente a “liberdade” e a “igualdade” como conceitos formais não garantiam a justiça social almejada. Era necessária a intervenção estatal nesse desequilíbrio de forças produzido pelo sistema liberal. Já no século XIX, dava-se início a uma nova era social, marcada notadamente pela noção de que o bem individual deve ser atingido sempre em vista do bem coletivo.²

² Vários autores do período indicam este sentido, culminando com a sistematização do coletivismo por meio da obra de Marx, *O Capital*.

Nesse contexto, observa-se a ação inicial do Estado como agente de equilíbrio entre as classes, um Estado intervencionista, providência que busca harmonizar os interesses individuais e coletivos, fazendo-se sentir de diversas maneiras, seja regulamentando a iniciativa privada, seja fomentando-a e vigiando-a, ou substituindo-a em benefício do interesse coletivo.

A legislação social no Brasil começou, decididamente, após a Revolução de 1930. O Governo Provisório de então, sob o comando de Getúlio Vargas, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que principiou a elaboração das nossas leis sociais.³

Instituído o Governo Provisório pelo Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, já em 12 de dezembro era publicado o Decreto nº 19.482, com várias medidas de proteção ao trabalhador.

A Justiça do Trabalho foi instituída pela Constituição de 1934, sendo organizada, em 2 de maio de 1939, pelo Decreto-Lei nº 1.237.

A Consolidação das Leis do Trabalho, que é o texto legal que regula o Direito do Trabalho tanto no seu aspecto formal quanto substancial, foi promulgada pelo Decreto-Lei nº 5.452 de 1-5-43. Nesse diploma, foram reunidas as leis esparsas que existiam sobre o Direito Individual do Trabalho, o Direito Coletivo do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho.

A Justiça do Trabalho, conforme observado, é uma justiça especializada que tem por objetivo original compor e resolver litígios resultantes da luta entre o capital e o trabalho.

A competência da Justiça do Trabalho é dada presentemente pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 114, que dispõe:

Art 114, *caput*: “Compete à Justiça do Trabalho *conciliar* e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios

³ Sobre os antecedentes históricos do Direito do Trabalho, ver os cap. 1 e 2 da obra *Instituições de Direito do Trabalho*, por Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna. 10. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1987. Capítulos esses de autoria do último.

que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.”

Por todas as circunstâncias de sua gênese, a Justiça do Trabalho dá ênfase à conciliação, como forma de se atingir o objetivo da paz social. Ao Estado, é interessante que o litígio seja composto pelas próprias partes em litígio.

Ao criar seus órgãos judiciários, o Estado proveu os mesmos de uma função conciliatória preponderante em relação ao julgamento. Segundo essa atribuição, o juiz deve empenhar-se em esclarecer os litigantes, eliminando mal-entendidos e persuadindo-os a reconhecer as faltas próprias e os direitos da parte contrária. Isso segundo a doutrina de Direito do Trabalho.⁴

Em termos sucintos, um processo na Justiça do Trabalho pode ser decidido de duas formas após sua instauração: ou se profere uma “sentença”, que se entende por “um veredicto que o juiz ou tribunal profere sobre a espécie submetida ao seu julgamento”⁵, ou se promove uma “conciliação”, que é o “acordo entre as partes litigantes para pôr fim à demanda; transação”. Em Direito Processual Civil e em processo trabalhista, diz-se da forma de dirimir, amigavelmente, por proposta do juiz, na audiência de conciliação, instrução e julgamento, qualquer litígio entre as partes.”⁶ Quando ocorre uma conciliação, esta é homologada pelo juiz. Nesta homologação, o juiz confirma e aprova uma convenção particular. No processo do trabalho, ao juiz é imposto, sob pena inclusive de nulidade de posterior decisão, que o mesmo proponha uma solução conciliatória por duas oportunidades antes de proferir uma sentença.

A CLT menciona a conciliação enfaticamente como forma de composição dos litígios. Já ao iniciar o Título X (Do Processo Judiciário do Trabalho), em seu segundo artigo (o de nº 764), é disposto que :

“Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da

⁴ MARANHÃO, Délio, op. cit., v. 2, p. 1.189 ; GIGLIO, Wagner D., *Direito Processual do Trabalho*. 9. ed. rev., ampl. e adap. à Constituição Federal de 1988. São Paulo : LTr, 1995. p. 27, 232-233; CARRION, Valentín, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 18. ed. São Paulo : Rev. Tribunais, 1994. Entre outros.

⁵ NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica*. FASE. 3. ed. 1990.

⁶ Idem.

Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à *conciliação*.

Parágrafo Primeiro. Para os efeitos deste artigo, os Juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus *bons officios e persuasão* no sentido de uma solução *conciliatória* dos conflitos.(...)"

A ênfase à conciliação se manifesta sistemicamente no corpo do texto legal, conforme se observa nos artigos 847 e 850 da CLT, explicitando claramente a intenção do legislador:

"Art. 847. Terminada a defesa, o juiz ou o presidente proporá a *conciliação*.

Par. 1º Se houver acordo, lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para o seu cumprimento."

"Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de dez minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de *conciliação*, e, não se realizando esta, será proferida a decisão." (...)

conciliação.

A jurisprudência se firmou, inclusive, no sentido de ser obrigatória a tentativa de conciliação, sob pena de nulidade da decisão. (TRT, 10ª Reg., RO 1.067/85, Francisco Pinto. Ac. 2ª T. 1.492/86); (TFR, RO 8.836 – Am, Carlos Thibau); (TRT – PB, RO 1.852/90, Aluísio Rodrigues, Ac. 7.383/91); (TST, RR 22.143/91.3, Ursulino Santos).

3. A Justiça do Trabalho e a crise do Judiciário

O Judiciário enfrenta, presentemente, a questão de recuperar sua função social. Embora se discuta a questão já há algum tempo, a mesma permanece atual. Esse dado é expresso claramente por vários autores que trabalham a legitimidade e a funcionalidade do sistema jurídico frente ao paradigma legalista de natureza notadamente liberal nos seus vários aspectos.⁷

A tabela⁸ a seguir transcrita dá a medida do descrédito da efetividade decisória do Judiciário frente a "clientes" cidadãos.

População com 18 anos ou mais (1985-88) envolvida em conflito, por tipo de reação – Brasil e Regiões (N=8.641.761)

Porcentagem da população	Brasil	N	NE	SE	S	CO
Não buscaram a Justiça	67,0	60,0	65,0	64,0	68,0	67,0
Resolveram por conta própria	43,0	41,0	34,2	42,0	50,0	55,0
Temeram represálias	1,5	1,2	1,8	1,8	0,8	0,5
Não buscaram a Justiça por custar menos ser indiferente ao conflito	28,7	35,5	36,0	28,4	21,8	22,8
Recorreram a outras pessoas ou entidades	6,0	7,0	6,3	6,0	6,2	5,0

Conforme visto, a lei e a Constituição legitimam os juízes a utilizarem-se de técnicas persuasórias a fim de atingirem a solução do litígio pela conciliação. Não apenas legitimam, mas determinam a utilização dessas "técnicas", exteriorizando-se o comando legal no imperativo "empregarão" do parágrafo 1º do artigo 114 da CLT.

É importante notar que há um grande grau de liberdade discricionária que subjaz ao termo "bons officios e persuasão" referente à atribuição legal do juiz. Assim, o processo na Justiça do Trabalho pauta-se, entre outros, pelo princípio da tentativa obrigatória de

Somente o nº total daqueles que, estando

⁷ FARIA, José Eduardo. *Violência Simbólica*. SP: EDUSP, 1988; e *Justiça e Conflito* : os juízes em face dos novos movimentos sociais. SP : RT, 1991, em conjunto com CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991, bem como os trabalhos da Coleção Lições de Direito Alternativo, ed. acadêmica, além de vários textos e trabalhos como a Revista da UnB, 1979, sobre Ensino Jurídico.

⁸ Fonte: IBGE, *Participação política e social*. 1990, V. 1; e W. Guilherme dos Santos, *Razões da Desordem*, Rio de Janeiro : Rocco, 1993. *apud* José Eduardo Faria. *Os Novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo : LTr, 1995.

envolvidos em conflitos, deixaram de procurar o Judiciário para obter uma providência jurisdicional, que foi de 67,00 %, já dá a medida da crise à qual me refiro.

Pode-se, é claro, fazer a leitura inversa, ponderando que, apesar dos dados da realidade sócio-cultural apontarem para a falta de acesso simplificado ao Judiciário e os baixos índices de informação da população brasileira, um terço dos que estiveram envolvidos em conflitos buscaram o Judiciário. Ocorre que a validade deste viés de interpretação está diretamente relacionada a um Estado liberal de pouca intervenção na ordem privada, o que claramente não ocorre no caso brasileiro.⁹

A teorização mais aceita pela maioria dos autores (em contraposição a uma concepção histórica e cultural) para a explicação das razões desta crise, e que aqui assumo como premissa, é a que pugna por um descompasso lógico-racional entre o sistema decisório e a realidade fática. Em termos sucintos, esta crise se apresenta tendo em vista uma dinâmica de modificação da estrutura da produção industrial desde a década de 40 até a década de 90. Ao longo desse período, a economia basicamente agrária que predominava foi sendo substituída por uma economia industrializada.

No ensejo dessa modificação, ocorreu um grande deslocamento populacional do campo para os centros urbanos. Surgem daí uma nova classe operária e classe média, e uma pobreza concentrada nas periferias das metrópoles.

O sistema jurídico pátrio foi organizado a partir de um modelo liberal clássico, privilegiador dos méritos individuais, com o fim de assegurar as liberdades de iniciativa e garantir a observância contratual. Houve a crescente demanda por providências sociais de toda natureza, como consequência do inchaço metropolitano, o aparecimento de pobreza periféricas, etc, bem como surgiram novos conflitos sociais.¹⁰ O Judiciário não respondeu a contento a essas demandas, comprometendo sua eficácia, credibilidade e funcionalidade. É o que mostram os dados.

⁹ Refiro-me à noção de estado liberal dada em BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1995.

¹⁰ Estes raciocínios foram desenvolvidos em FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito* : os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo, 1991; e *Os Novos desafios da Justiça do Trabalho*, op. cit.

A Justiça do Trabalho, como parte integrante do Judiciário, também sofre do mesmo sintoma do órgão como um todo. Entretanto, no caso da Justiça do Trabalho, esse sintoma crítico é perceptível de forma mais branda, por vários motivos. Alguns deles são: a flexibilidade do processo trabalhista (o rito processual mais rápido e passível de diversificação segundo cada circunstância, pela praxis dos foros trabalhistas); a mercantilização dos direitos relativos à relação de emprego; os ajustes políticos aos quais a Justiça do Trabalho tem servido como instrumental de realização, bem como à realização das políticas econômicas estatais¹¹; e, como dado da prática cotidiana, uma franca tolerância das disfunções sistêmicas por parte de advogados perante os juizes, posto que os primeiros são, na prática, co-autores das ações, no que concerne ao benefício econômico trazido pelas mesmas, e os segundos encontram-se assoberbados de trabalho em razão do pequeno número de juizes e da grande demanda.

Estas razões podem ser indicativas de que os envolvidos nessas práticas tendem a alternativizar o processo e o procedimento a fim de atingirem maior “produtividade”. Nesse contexto, os embates são menores, as disfunções são superficialmente equalizadas e ambas as classes de atores jurídicos “cumpram o seu papel”.

Um momento no qual se dá essa alternativização, em toda a sua expressão, é o da conciliação, em cujas circunstâncias e especificidades se manifestam alguns procedimentos que nos interessam para o presente trabalho, sendo tratados nas seções seguintes.

4. O momento conciliatório, as técnicas de persuasão e os limites legais

Os momentos conciliatórios nos quais o juiz empenha “seus bons ofícios e persuasão” (art. 764, §1º) são permeados por limites legais que, se por um lado balizam seus limites de atuação, por outro entreabrem um espaço de discricionariedade do mesmo.

Ou seja, ao mesmo tempo em que o juiz deve utilizar-se de todo o rol de argumentos e técnicas para incentivar uma conciliação entre as partes (e pode utilizar-se destes segundo sua própria conveniência), não pode extrapolar a

¹¹ Idem.

obediência ao devido processo legal (due process of law)¹², nem desprezar os mandamentos legais de caráter imperativo, que determinam expressamente uma incidência e uma consequência legais inescusáveis.

A lei autoriza e impõe a conciliação como requisito de validade para o julgamento. Mesmo assim, o juiz encontra, em preceitos constitucionais e legais, parâmetros ao seu limite de atuação. Há direitos indisponíveis, como, por exemplo, a paga de valor equivalente ao salário mínimo (sendo esta a hipótese de questionamento em juízo, a lei e a Constituição são imperativos quanto à indisponibilidade desse direito). A renúncia a direitos deve ser acompanhada pelo julgador, tendo em vista precipuamente a franca hipossuficiência do trabalhador.

Essa ótica é reforçada por todos os princípios de Direito do Trabalho que são, notadamente, de caráter protecionista.

Amauri Mascaro Nascimento¹³ fala em princípios universais de Direito do Trabalho. Entre eles, aponta o “princípio das garantias mínimas do trabalhador”; “princípio da justa remuneração”; “direito à previdência social”; “princípio da condição mais benéfica ao trabalhador”, entre outros.

Elenca, ainda, entre os princípios do Direito brasileiro, o da concepção contratual do vínculo entre empregado e empregador com interferências legais destinadas a estabelecer proteção mínima ao trabalhador, considerados nulos os atos destinados a desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação à equiparação dos efeitos da relação de trabalho aos dos contratos.

Sussekind¹⁴ fala em inderrogabilidade do Direito do Trabalho. Trata este princípio da proteção do trabalhador por meio da proibição à renúncia e à transação atinentes a direitos relativos a normas de ordem pública.

¹² O princípio do “devido processo legal” está no art. 5º, LIV, da Constituição Federal. Caracteriza-se como “as formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 272-273.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 458-459.

¹⁴ Idem, 222-226.

Por óbvio, no momento conciliatório, o juiz tem de observar os limites legais a ele impostos pela própria natureza do Direito do Trabalho.

5. Argumentos de persuasão e a conciliação

De acordo com minha experiência pessoal profissional enquanto advogado, e em face dos resultados de entrevistas realizadas com vários atores jurídicos, entre os quais advogados, juízes e serventuários, observa-se que a técnica de persuasão empregada pelos juízes no momento da proposta conciliatória é basicamente uma argumentação no sentido das perdas e ganhos pecuniários das partes. A seguir, apresento uma gama exemplificativa de argumentos, para então detalhar aqueles que serão de especial interesse.

Neste rol de argumentos, os juízes invariavelmente incluem, em relação aos reclamantes, a demora na solução da lide, a possibilidade de encerramento das atividades da empresa, a falta de provas documentais na instrução processual, riscos futuros em eventual fase de execução, o que impediria o recebimento por parte do autor daquilo que lhe é devido.

Em relação às empresas-rés, 1) a redução do que seria regularmente devido; 2) o não-pagamento de multas administrativas aplicáveis ao caso por descumprimento legal; 3) a consignação, em juízo, dos valores acordados, como valores pagos a título indenizatório, o que determina a não-incidência das contribuições previdenciárias, minimizando o custo da solução do processo; 4) em hipótese de não ter, durante a prestação do trabalho, havido o registro em carteira de trabalho, o não-reconhecimento, pela empresa, do vínculo empregatício, evitando assim todos os recolhimentos previdenciários, de fundo de garantia por tempo de serviço, e quaisquer multas administrativas.

Os argumentos ora elencados não são de forma alguma exaustivos do repertório dos juízes. Há diversos outros que, entretanto, são menos freqüentes e menos verificáveis objetivamente. Para mencionar apenas alguns, a inflexão verbal aplicada à proposta de conciliação para uma das partes, como por exemplo o seguinte: “- Olhe, Doutor, até que este acordo está bom! Se fosse eu fechava esse acordo!”, os recursos de figuras de estilo e linguagem como, por exemplo, a ironia, a metáfora, e todo o aparato simbólico de poder que se observa na

disposição física de uma sala de audiência e que se manifesta também corporalmente nas atitudes do juiz.

Algumas das práticas discursivas dos juízes trabalhistas, quando do momento do acordo, parecem indicar que resvalam nos limites legais das normas de ordem pública, que determinam sua auto-incidência necessária. Deste momento em diante, tomarei como foco dois dos argumentos preponderantemente utilizados pelos juízes a fim de persuadir as partes a realizar uma conciliação numa lide trabalhista: *a)* os valores consignados a título indenizatório com o fim de determinar a não-incidência das contribuições previdenciárias e; *b)* o não-reconhecimento formal de uma relação jurídica material e fática, que é a relação de emprego havida entre as partes litigantes, quando não houve a anotação em carteira de trabalho durante a vigência do contrato.

Apoiando-me no conceito de legalização do ilegal desenvolvido por Holston¹⁵ pretendo avaliar a dinâmica dessa prática judicante e suas possíveis consequências.

Segundo o conceito trabalhado em Holston, que tomou como foco as lides cujos objetos eram os conflitos de terras, o sistema jurídico brasileiro não objetiva resolver os conflitos de terras sob um julgamento por sentença que incorpora os fundamentos de uma teoria da Justiça, nem mesmo decidir sobre seus méritos legais por meio de procedimentos judiciais.

O papel da lei, nesse sentido, seria o da instrumentalização de desordem calculada, por meio do qual práticas ilegais produzem lei, e soluções extralegais são introduzidas clandestinamente no processo judicial.

Redimensionando o conceito ao Judiciário trabalhista, vê-se que a mesma prática de introdução de soluções não-jurídicas numa sede legal passa a ser, pelo uso, legitimada e legalizada.

Como já foi dito, os juízes se utilizam de uma argumentação que põe em disponibilidade valores devidos à Previdência Social. Melhor esclarecendo, para que os custos de um acordo trabalhista sejam minimizados, o juiz propõe às partes que discriminem, no ato do acordo, que as verbas pagas não são de caráter salarial, e sim indenizatórias. Ocorre que muitíssimo raramente (para que não se diga nunca) o pedido de uma ação reclamatória trabalhista restringe-se a valores apenas indenizatórios (ou

diga-se “não-salariais”). Ou seja, mesmo sendo claro que as verbas sobre as quais se faz acordo para o pagamento são de natureza salarial, o juiz homologa o acordo dessa forma.

Existe, entretanto, disposição legal expressa no sentido de que os recolhimentos previdenciários incidam sobre os pagamentos de verbas provenientes de acordos trabalhistas efetuados sobre valores de natureza salarial. Estas chamadas verbas de natureza salarial são aquelas pagas em razão da prestação de um serviço no âmbito de um contrato de trabalho. Amauri Mascaro Nascimento indica a diferença entre verbas salariais e verbas indenizatórias:

“Salário é a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho.

Não integram o salário as indenizações, inclusive as diárias e ajudas de custo, os benefícios e complementações parafiscais, os pagamentos de direitos intelectuais e outros pagamentos não considerados salário por lei.”¹⁶

O artigo 43 da Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre o plano de custeio da Previdência Social, determina:

“Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

Parágrafo único. Nas sentenças judiciais ou nos *acordos homologados* em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado. (Redação dada pela Lei nº 8.620 de 5-1-93).”

Ainda, o artigo 44 da mesma Lei impõe ao juiz o dever expresso de cumprimento dos recolhimentos:

¹⁶ HOLSTON, James. Legalizando o ilegal : propriedade e usurpação no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 8, n. 21, p. 68-89.

¹⁵ Op. cit., v. 1, p. 178-179.

“Art. 44. A autoridade judiciária velará pelo fiel cumprimento do disposto no artigo anterior, inclusive fazendo expedir notificação ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, dando-lhe ciência dos termos da sentença ou do acordo celebrado. (Redação da Lei nº 8.620/93)

Por sua vez, o artigo 28 da mesma Lei nº 8.212/91 conceitua o salário-de-contribuição e enumera as verbas sobre as quais incide o percentual devido ao INSS, quais sejam, as de natureza não-indenizatória:

“Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I- para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 8º e respeitados os limites dos §§ 3º, 4º e 5º deste artigo;

II- para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para a comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração.(...)”

Assim, por todo o demonstrado, resta claro que os limites do juiz ao dispor das verbas devidas ao INSS são estreitos, devendo o mesmo inclusive zelar pelos recolhimentos destes valores ao órgão. Utilizando-se da noção de normas de ordem pública em cotejo com a lei, observa-se que o magistrado não pode dispor nem dos valores devidos ao INSS, nem mesmo, se conhecer de uma prestação salarial, deixar que as partes disponham dos referidos recolhimentos.

Quanto ao segundo argumento de persuasão utilizado pelos juízes, qual seja, o do não-reconhecimento da relação de emprego, e a conseqüente não-anotação da Carteira de Trabalho, além da conseqüência já descrita até agora, ocorre ainda que o trabalhador não disporá de prova cabal, que é a anotação em Carteira de Trabalho, para os fins de cômputo de tempo de serviço para a aposentadoria. É notório que, no sistema previdenciário brasileiro, funciona a aposentadoria por tempo de serviço. Este período é comprovado preponderantemente mediante documentação oficial prevista na CLT, qual seja, a Carteira de Trabalho e Previdência Social. Se o empregado não tiver

sua carteira “assinada”, terá muita dificuldade em comprovar o tempo de serviço, e em muitos dos casos ser-lhe-á impossível esta comprovação. Dessa forma, a conseqüência de um acordo celebrado projeta-se ao futuro na forma de um prejuízo de alta monta.

O artigo 55 da Lei nº 8.213/91, que trata do Plano de Benefícios da Previdência Social, é elucidativo:

“Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o artigo 11 desta lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado: (...)”

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em indício de *prova material*, não sendo admitida exclusivamente prova testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

6. Pesquisa de campo

A fim de constatar empiricamente o alegado, foi conduzida uma pesquisa de campo cujo universo, espaço amostral, metodologia, dados e resultados são expostos a seguir.

O universo pesquisado foi de cinco Juntas de Conciliação e Julgamento componentes de uma das Comarcas¹⁷ do Estado de São Paulo, que são órgãos de primeira instância para os dissídios individuais, onde são julgadas as ações trabalhistas. Cada Junta julga, anualmente, aproximadamente dois mil e quinhentos processos.¹⁸

¹⁷ Como o presente trabalho não tem por intuito uma crítica particular ou atomizada, mas sim uma contribuição para o Judiciário trabalhista como um todo, não são mencionados dados identificadores, o que faço exclusivamente por uma questão técnica tendo em vista o fim a que o presente se propõe.

¹⁸ obs.: Há, na comarca pesquisada, seis Juntas de Conciliação e Julgamento. Foram apenas pesquisadas cinco Juntas, tendo em vista a não-franquia aos dados em uma delas. Ainda, não há nenhuma relação entre o número da Junta aqui apresentado com qualquer indicação real de que esta ou aquela Junta é de fato assim denominada. Dessa forma, a Junta aqui apontada como número 1 não é necessariamente a primeira Junta da comarca.

Como espaço amostral, foram pesquisados 228 processos de um total aproximado de 12.500, perfazendo um total percentual aproximado de 2% do total de ações propostas. Todos os processos pesquisados foram colhidos dentre aqueles nos quais foram celebrados acordos.

Foi feita, também, uma estatística de relação percentual entre acordos e processos efetivamente julgados por sentença que haja analisado o mérito dos pedidos. Dentro do universo pesquisado, tem-se um total de 63,5% em acordos (conciliações) e um total de 36,5% em processos julgados com uma decisão de mérito. Devo lembrar que há processos em que o juiz não julgou o mérito nem deu-se o acordo. Nestes, os “caminhos” dos processos são os seguintes: vão ao arquivo por desistência das partes; são extintos de plano por faltar-lhes algum requisito legal para o seu regular andamento; o juiz encaminha o processo para outro órgão, por não ser a ação de sua competência (no sentido jurídico do termo); por alguma razão de ordem jurídica o processo é remetido para outro órgão, como por exemplo a eleição pelas partes de outro foro.

O percentual do espaço amostral, entretanto, é relativo ao total das ações propostas.

7. Resultados

Total dos valores dos acordos celebrados	R\$ 357.993,66
Total dos valores discriminados como acordos sobre “verbas indenizatórias”	
Junta nº 1	R\$ 44.440,00 = 100%
Junta nº 2	R\$ 83.324,40 = 100%
Junta nº 3	R\$ 77.660,04 = 69,08%
Junta nº 4	R\$ 54.729,42 = 100%
Junta nº 5	R\$ 61.930,00 = 100%
Total Geral	R\$ 323.083,86
Percentual em relação ao total geral das verbas que foram discriminadas como “indenizatórias”	90%
Percentual dos processos nos quais havia pedido relativo a valores salariais	100%

Total do período (dias) pleiteado a título de reconhecimento de relação de emprego, com conseqüente vínculo empregatício e reconhecimento de tempo de trabalho	
Junta nº 1	2.053 dias
Deste total, 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.	
Junta nº 2	12.611 dias
Deste total, 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.	
Junta nº 3	3.333 dias
Deste total, 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.	
Junta nº 4	5.820 dias
Deste total, 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.	
Junta nº 5	5.356 dias
Deste total, 0% foi reconhecido como período trabalhado sob uma relação de emprego.	
Total geral do período pleiteado de reconhecimento judicial de relação de emprego	29.173 dias
Total de período pleiteado em que houve o reconhecimento da relação de emprego	0 (zero) dias
Percentual do período no qual houve o reconhecimento da relação de emprego	0% (zero por cento)

Para que se tenha uma idéia da representatividade desses valores, passo a transcrever os dados fornecidos pelo Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, indicativos da quantidade de ações propostas, e os resultados, em termos quantitativos, das formas de conclusão dos mesmos.

TABELA

Ações ajuizadas em primeira instância, compreendendo capital e interior de São Paulo, no âmbito da competência territorial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região quanto às formas de conclusão, bem como a relação percentual entre os processos conciliados e aqueles efetivamente solucionados

Ano	Processos distribuídos	Processos solucionados	Processos conciliados	Processos julgados	%entre processos conciliados e solucionados
90	242.449	213.411	91.440	121.971	42,8
91	287.888	263.909	117.680	146.229	44,6
92	293.690	266.118	111.469	154.649	41,9
93	277.500	278.436	108.557	169.879	39,0
94	301.870	292.814	117.628	175.186	40,2
95	356.426	295.371	135.175	160.196	45,7

Obs.: Processos não-solucionados são aqueles nos quais não houve uma decisão de mérito.

8. Análise dos resultados

Como se pode constatar, embora tenha havido, em todos os processos pesquisados, pedido relativo a verbas de natureza salarial, em termos de valores, noventa por cento dos valores acordados o foram tendo como a discriminação “verbas indenizatórias”. Em outras palavras, do total dos processos, em termos de valores, em somente dez por cento destes vai haver o recolhimento dos valores devidos aos órgãos competentes.

Mais ainda, em apenas uma das cinco juntas pesquisadas houve a determinação de que as verbas acordadas não seriam de caráter indenizatório, o que demonstra claramente uma opção de conduta na elaboração e homologação dos acordos.

Quanto ao período objeto do pedido referente ao reconhecimento da relação de emprego, na totalidade das vezes em que o acordo foi celebrado, em audiência, por iniciativa do juiz, não houve o reconhecimento de sequer um dia a título de relação de emprego. Se houvesse a opção por uma conduta diversa desta, os acordos seriam realizados somente se estabelecida a regularização da anotação em Carteira de Trabalho do empregado. Dessa forma, evitar-se-iam as seqüências danosas dessa falta de proteção documental.

9. Desdobramentos e conclusões

Conforme observado, a Justiça do Trabalho guarda características de proteção ao hipossuficiente, assim identificado o empregado frente ao empregador, que remontam às suas origens históricas.

O poder-dever conciliatório conferido aos órgãos de primeira instância nos dissídios individuais (JCJ) enseja a utilização de uma retórica persuasiva que encontra os limites da disponibilidade dos direitos em questão tanto na lei quanto no texto constitucional.

Constatado nos resultados da pesquisa conduzida, o comportamento judicante pode estar transbordando os limites legais da disponibilidade dos direitos em jogo.

As legislações trabalhista, previdenciária e econômica, para um mínimo de funcionabilidade procedimental no sentido da previsibilidade e um intercâmbio adequado, devem funcionar de modo articulado, e assim são pressupostas em sua gênese, conforme observado.

É impossível precisar um *quantum* que porventura tenha sido deixado de ser recolhido aos cofres dos órgãos públicos e instituições envolvidas, e mesmo o prejuízo pessoal de cada um dos trabalhadores que, por não terem visto reconhecidos os períodos de trabalho, não tiveram suas carteiras de trabalho anotadas e,

por conseqüência, não terão esta prova quando da contagem de período trabalhado para os fins de aposentadoria. Fato é que a antijuridicidade parece ser clara, com o conseqüente prejuízo aos chamados “hipossuficientes”.

Ou seja, os atores jurídicos protagonistas destes atos transbordam os limites impostos pela legislação, com o compromisso de uma produtividade. Se, de um lado, esse comportamento tem um viés positivo, posto que fortalece a legitimidade do órgão judiciário como um todo, tendo em vista que de fato responde com maior efetividade aos pedidos de prestação jurisdicional, de outro, causa mediatamente um prejuízo à parte mais fraca da relação de emprego e aos órgãos estatais previdenciários, comprometendo a articulação racional e material entre os mesmos e suas legislações.

Mais ainda, importa reconhecer que a antijuridicidade advém de um comportamento decisório que, quando transitada em julgado a decisão (ou seja, quando escoado o prazo para a interposição de qualquer recurso, e portanto imutável por via recursal o acordo homologado), passa a se revestir de uma roupagem de legalidade.

Dessa forma, o paradigma legalista, segundo o qual se conduz a formação do ator jurídico e que pressupõe a lei como critério recorrente para as decisões dos magistrados, parece ser diversificado para vigor uma conduta de caráter pragmático que se indica ter como motivação a conciliação alternativamente a que se profira uma sentença de análise do mérito da ação.

O preço social dessa conduta não é dimensível em exatidão. Entretanto, o que é verificável é que a desarticulação entre as legislações, que são direta ou indiretamente relacionadas com a prática apontada, compromete mais ainda o já depauperado estado das instituições que se submetem a esta regulamentação legal. Instituições estatais essas que sofrem, além das dificuldades orçamentárias amplamente divulgadas, propostas de reforma, tais como o Instituto Nacional do Seguro Social, o instituto jurídico do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e a própria legislação trabalhista e previdenciária de forma geral, em que se pretendem, inclusive, reformas estruturais.

Legislações, instituições e institutos aos quais se qualificam de falimentares, ultrapassados, anacrônicos, mas aos quais o próprio

Estado, por meio de seus órgãos (de forma especial, apontamos os órgãos da Justiça do Trabalho ora em estudo), contribui para a própria falência ou estado crítico.

É de se impor, no âmbito dos prejuízos pessoais, a discussão das possibilidades de reparação ou indenização, sendo que é o próprio Judiciário que constitui, sob o manto da legalidade, uma situação antijurídica.

Admitir ações de caráter reparatório, com a alteração dessas decisões, talvez em face do próprio Estado no âmbito das instâncias superiores, e o reconhecimento das nulidades advindas desses acordos, com base no prejuízo causado ao empregado, seria uma possibilidade a se considerar.

Para uma avaliação acurada dos fatos a fim de que não mais ocorram os problemas apontados e suas situações ensejadoras, entretanto, é necessária a consciência por parte pessoal dos juízos da Justiça do Trabalho, a fim de que se vislumbrem os desdobramentos das práticas citadas e assim se cumpra com maior rigor a determinação legal, preservando, conseqüentemente, a função equalizadora da Justiça do Trabalho, sua articulação funcional em face dos outros órgãos e instituições do Estado e, em última análise, sua própria existência.

Bibliografia

- ARRUDA Jr., Edmundo Lima de. *Lições de direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1995.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, FARIA, José Eduardo. *A Sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica : crise do direito e práxis política*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p 176-177.
- _____. *Violência simbólica*. São Paulo : Edusp, 1988.
- _____. *Justiça e conflito : os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo : LTr, 1995.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*.

- São Paulo : LTr, 1995. p. 27, 232-233.
- HOLSTON, James. Legalizando o ilegal : propriedade e usurpação no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, a. 8, v. 21, p. 68-89.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 458-459.
- MARANHÃO, Délio et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1987. p. 1.189.
- NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário prático de tecnologia jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro : Fase, 1990.
- Ensino Jurídico. *Revista Encontros da UNB*. Editora Universidade de Brasília, 1978-1979.
- SANTOS, Wanderlei Guilherme dos. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro : Rocco, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : RT, 1990. p. 272-273.
- SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1987. cap. 1 e 2.

Comunidades Europeas, Unión Europea y Justicia comunitaria

NURIA BELLOSO MARTÍN

SUMÁRIO

1. La Administración de Justicia en el Ordenamiento Jurídico español. 2. Comunidades Europeas y Unión Europea. 3. La justicia comunitaria. 4. El Tribunal de Justicia de las Comunidades. 5. El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades (TPI). 6. La cooperación judicial en las Comunidades Europeas: a) Cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales; b) Cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

1. La Administración de Justicia en el Ordenamiento Jurídico español

En la actualidad se considera que la colaboración en los ámbitos económicos, políticos y judiciales resulta sumamente conveniente en las relaciones entre los diversos países. En el ámbito europeo, después de la II Guerra Mundial, cobraron auge los convenios internacionales e incluso universales en el ámbito de la protección y garantía de los derechos humanos así también como en otras cuestiones. Se instauran tribunales internacionales o de ámbito regional europeo a los que los tribunales nacionales aceptan someterse. De esta forma, la típica soberanía estatal se ha visto afectada por los progresivos compromisos adquiridos a nivel supraestatal. América Latina, con la instauración del Mercosur, o Europa, con las Comunidades Europeas, constituyen buena muestra de esta cooperación interestatal, en el primer caso iniciándose, y en el segundo consolidándose. El ingreso de España en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea ha supuesto un importante avance en esa colaboración entre Estados no sólo en el ámbito económico y político sino también el ámbito

judicial. Y es a este último aspecto al que vamos a referirnos en las páginas que siguen¹.

En el Ordenamiento Jurídico español, el Poder Judicial es un poder difuso compuesto por jueces y magistrados integrados en un cuerpo único y titulares de juzgados y tribunales. La Constitución y la LOPJ indican la organización actual del sistema judicial español, basándose en cuatro criterios: 1. *criterio numérico*: existen órganos unipersonales (normalmente los juzgados) y órganos colegiados (el resto de los tribunales); 2. *criterio territorial*: según el art. 30 LOPJ, “El Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónomas”; 3. *criterio competencial*: los juzgados y tribunales pueden estar especializados por materias, según los cuatro órdenes jurisdiccionales ya conocidos – civil, penal, contencioso-administrativo y social –; o también en otras, como es el caso de los juzgados de Menores o de Vigilancia Penitenciaria; 4. *criterio jerárquico*: este criterio normalmente se corresponde con el territorial, puesto que los tribunales de un mayor ámbito territorial poseen un mayor nivel jerárquico, según las diversas instancias².

Sin entrar en los órganos jurisdiccionales especiales³ y combinando entre sí los anteriores

¹ No intentamos presentar un modelo a seguir para la configuración del Mercosur, ya que la realidad económico-social, política y jurídica de países como Argentina, Brasil o Uruguay difieren del modelo europeo. Pero al menos la experiencia europea podrá servir para “economizar” proyectos vanos o inalcanzables.

² ESTEBAN, J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, 1994. v. 3, p. 686-687.

³ Estos son los siguientes: el Tribunal Constitucional, el Tribunal del Jurado, el Tribunal de Cuentas, los Tribunales militares y el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia.

El Ordenamiento jurídico brasileño no acoge la figura de un Tribunal Constitucional. En el caso español es un órgano especial, separado del organigrama típico del Poder Judicial. Regulado en el Título IX de la Constitución y por Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, está compuesto por doce Magistrados. Para su nombramiento regio, cuatro son propuestos por cada Cámara, dos por el Gobierno y otros dos por el Consejo General del Poder Judicial entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocido prestigio con más de

criterios, podemos establecer la siguiente clasificación: *Tribunales con jurisdicción en toda España*: Tribunal Supremo, Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción y de lo Penal; *Tribunales con jurisdicción en el territorio de una comunidad autónoma*: Tribunales Superiores de Justicia; *Tribunales con jurisdicción provincial*: Audiencias Provinciales, Juzgados de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores; *Tribunales con jurisdicción en un partido judicial*: Juzgados de Primera Instancia e Instrucción; *Tribunales con Jurisdicción en un municipio*: Juzgados de Paz, salvo que exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción⁴.

El ingreso de España en la Unión Europea no significa una modificación jurídica del régimen de competencias indicado. El interlocutor único de la Unión Europea es el Estado – no las Comunidades Autónomas⁵ –, representado por el Poder central. Asimismo,

quince años de ejercicio profesional.

Entre las competencias principales del Tribunal Constitucional puede destacarse el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (art.16.1.a Const.Esp.); de la cuestión de inconstitucionalidad, planteada cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (art.163 Const.Esp.); y del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 52.5 Const.Esp., en los casos y formas que la ley establezca.

⁴ Como puede observarse, la clasificación de los Tribunales en España difiere claramente de la brasileña. Entendemos que esto obedece, en gran parte, a la configuración de Estado Federal en Brasil: de ahí esa distinción entre Justiça Estadual y Justiça Federal, por un lado, y Justiça Especial y Justiça Común, por otra, clasificación en la que no vamos a entrar ahora.

⁵ España es un Estado unitario pero la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones. Sin embargo, las Comunidades Autónomas no son jurídicamente entes preexistentes al Estado, sino entes de nueva creación que sólo alcanzan existencia real en la medida en que el Estado se reestructura sustrayendo a sus antiguas instituciones centrales parte de sus antiguas competencias para atribuir las a entes territoriales, transfiriéndoles con ellas los medios necesarios para ejercerlas. Son entidades estatales instauradas por la Constitución o, al menos, organizaciones políticas territoriales cuya instauración ha sido facultada por la Constitución.

no cabe duda que la incorporación de España a la Unión Europea ha provocado que los tribunales tengan que tener ahora presente no sólo la legislación interna de cada Estado sino también la aplicación del Derecho Comunitario y que, además, haya una prevalencia de este último sobre el Derecho interno.

“El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de sus normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria a la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su propia eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional” (Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE, de 8 de marzo de 1978). Siguiendo esta misma línea, las Ss. del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1987 y de 17 de abril de 1989, el Derecho Comunitario tiene “eficacia directa y carácter prevalente, en virtud de la cesión parcial de la soberanía que supone la adhesión de España a la Comunidad. Los Tratados fundacionales tienen talante superlegal y, en definitiva, paraconstitucional”⁶.

2. Comunidades Europeas y Unión Europea

Desde el *Tratado de Maastricht* de 7 de febrero de 1992, las tres Comunidades Europeas son parte integrante de la Unión Europea, a la cual han precedido y de la que constituyen el fundamento. Seguidamente vamos a referirnos al *item* de creación de las Comunidades para comprender adecuadamente el funcionamiento y características propias de la justicia comunitaria.

En la idea de la creación de una Comunidad Europea, la primera tentación fue la de construir Europa según el modelo norteamericano, es decir, federal, a modo de unos “Estados Unidos de Europa”. Sin embargo, por diversos motivos esta idea no cristalizó, tal y como puso de evidencia la creación, el 5 de septiembre de 1949, del Consejo de Europa, simple organización de cooperación sin poderes. El mayor problema se presentaba a la hora de concretar una integración política ya que

⁶ HERNÁNDEZ MARTÍN, V. *Independencia del juez y desorganización judicial*. Madrid : Civitas, 1991. p.123-124.

chocaba de frente con las soberanías nacionales. De ahí que se decidiera que la unificación debía hacerse, en un principio, en un ámbito estrictamente económico; la unificación política se produciría implícitamente. Se sugirió comenzar por el sector del carbón y del acero; la puesta en común de esos recursos necesarios para la preparación de la guerra aparecía además como el mejor medio para hacerla imposible entre naciones que tan a menudo se habían enfrentado.

La aceptación de esta proposición por 5 Estados (Alemania, Bélgica, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos) se formalizó al firmar en París el 18 de abril de 1951 el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). El objetivo era crear, en las dimensiones de los seis Estados, un vasto mercado común del carbón y del acero donde reinara la libre circulación y la libre competencia, y confiarle la gestión a una “Comunidad”, nueva forma de institución política, muy pronto calificada de “supranacional”.

Algunos rasgos esenciales de las estructuras comunitarias datan de esta primera experiencia y sobre todo las cuatro instituciones que las integran. Había así una Alta Autoridad, compuesta por personalidades independientes de los Estados⁷. El control político de la Alta Autoridad se confía a la Asamblea. Un Consejo especial de Ministros, integrado por los representantes de los Estados miembros, garantiza que la Alta Autoridad actúe en estrecha relación con los gobiernos nacionales. Un Tribunal de Justicia asegura la buena aplicación del derecho dentro del sistema.

Posteriormente, el doble fracaso del tratado constitutivo de una Comunidad Europea de Defensa (firmado el 27 de mayo de 1952) y de una Comunidad Política Europea (de 9 de marzo de 1953) confirmó que sólo era practicable el camino de la integración económica, pero exigiendo superar la CECA y extendiendo la integración europea a toda la economía, dando particular relevancia al campo específico de la energía nuclear. Después de diversas negociaciones, el 25 de marzo de 1957, en el Capitolio de Roma se firmaron dos

⁷ Ésta tiene responsabilidad de administrar el mercado común y a este efecto recibe poderes de decisión obligatoria, tanto reglamentarios como administrativos, que se ejercen no sólo en los Estados miembros, sino también directamente en las empresas del sector.

tratados. Uno constituía una Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA, “Euratom”), que tendía a promover la utilización de la energía nuclear con fines pacíficos y el desarrollo de una poderosa industria nuclear. El otro tratado constituía una Comunidad Económica Europea (CEE, “Mercado Común”), con la intención de crear una zona de política común, que constituya una poderosa unidad de producción, permitiendo un incremento del nivel de vida. Se prevé así la creación de un mercado único, extendido al conjunto de los territorios de los “Seis”, que presentaría las mismas características de un mercado nacional⁸.

Diversas negociaciones concluyeron el 22 de enero de 1972 con la firma del Acta de adhesión de Gran Bretaña, Dinamarca e Irlanda. La Comunidad fue así ampliada a “Nueve”. Además de las dificultades operacionales causadas por el simple incremento numérico, el aumento de los factores de heterogeneidad complicaban considerablemente el trabajo de integración; los acuerdos sobre temas clave – como los precios agrícolas, la pesa o la energía nuclear – se complicaba. De ahí que la perspectiva de una segunda ampliación de las Comunidades hacia el sur debía ser abordada con prudencia. Ciertamente Grecia y luego Portugal y España, al lograr regímenes políticos de democracia pluralista, oficializaron su candidatura (el 12 de junio de 1975, el 28 de marzo de 1977, y el 28 de julio de 1977, respectivamente). Pero dificultades considerables

⁸ Lo que implica la creación de una unión aduanera (libre circulación interna de mercancías y protección externa por medio de un arancel aduanero común), pero también la libre circulación de los factores de producción (personas, empresas, servicios, capitales) y una protección de la libre competencia. Asimismo, el tratado CEE preveía igualmente la armonización de las políticas económicas generales y la ejecución de políticas sectoriales comunes, sobre todo en los campos de la agricultura, transportes, relaciones comerciales con terceros Estados, etc.

En el plano institucional, los tratados de Roma repiten el modelo CECA, pero con una fórmula menos abiertamente supranacional. Al no ser sólo de gestión, sino también de legislación, la misión de las instituciones de la CEE ya no tienen su centro de gravedad, como en la CECA, en el órgano independiente –que además cambia su título de Alta Autoridad por el más neutro de Comisión–, sino en el órgano intergubernamental (el Consejo de Ministros).

en el nivel del desarrollo económico de los candidatos y en las repercusiones de un nuevo aumento del número de países miembros sobre el funcionamiento de las Comunidades, así como los temores concretos manifestados por ciertos Estados miembros ante el potencial agrícola de España, explican que la ampliación meridional se haya realizado en dos tiempos: el 1 de enero de 1981 para Grecia (acta de adhesión de 28.5.1979) y el 1 de enero de 1986 para España y Portugal (acta de adhesión del 12.6.1985)⁹.

⁹ Posteriormente, en los días 17 y 28 de febrero de 1986 se firma el Acta Única Europea (AUE), en la que se señala la voluntad política de los Estados miembros de poner fin al estancamiento en la construcción comunitaria, atascada desde hacía diez años debido a desórdenes económicos mundiales y a los desacuerdos internos. El AUE reagrupa dos categorías distintas de disposiciones: por un lado, modificaciones del Tratado de Roma, por otro, independientes de los tratados comunitarios, “disposiciones sobre la cooperación europea en materia de política exterior”. Este AUE constituye la primera revisión sustancial del Tratado CEE desde 1957 y pretendía la reactivación de la construcción comunitaria mediante la realización de un gran mercado interior en el transcurso de un período que terminó a finales de 1992.

Los tres tratados confieren en principio a las Comunidades una competencia general para controlar el respeto de las obligaciones suscritas por los Estados; esta competencia se confía naturalmente a instituciones independientes de los Estados. Se trata especialmente de la Comisión, que “vela por la aplicación de las disposiciones del tratado” (art.155 CEE); en todos los casos, es el Tribunal de Justicia el que tiene la última palabra y su sentencia es obligatoria para los Estados.

Los tres tratados definen también cuáles son los objetivos que se proponen alcanzar (finalidades: arts. 2 CECA y CE, art.1 CEEA) y categorías de acciones a cumplir a este efecto (arts.3 CECA y CE, art.2 CEEA). A modo de ejemplo citamos el art.2 CE: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes (...) un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.

Según el art.3, “Para alcanzar los fines enunciados en el art.2, la acción de la Comunidad

El Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, implica “una nueva etapa en el proceso de integración europea emprendido con la constitución de las Comunidades Europeas” (Preámbulo). Al superar el objetivo económico de la Comunidad y al afirmar de manera explícita la vocación política de la Unión Europea, constituye el documento más importante desde el Tratado de Roma.

La causa determinante de la creación de la Unión Europea obedece a desafíos exteriores. El desmoronamiento del imperio soviético, la democratización de Europa Oriental, la unificación alemana, las nuevas solicitudes de adhesión, los temores de movimientos migratorios masivos procedentes del Este o del Sur, impusieron en efecto a la Comunidad la obligación de incrementar su capacidad de acción exterior. Los respectivos trabajos de la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Económica y Monetaria y la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política concluyeron en el Consejo Europeo celebrado en Maastricht los días 9 y 10 de diciembre de 1991, mediante un acuerdo de los jefes de Estado o de Gobierno acerca de un proyecto de

implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: a) la supresión, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas a la entrada y salida de mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente; b) una política comercial común; c) un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; d) medidas relativas a la entrada y circulación de personas en el mercado interior; e) una política común en los ámbitos de la agricultura y de la pesca; f) una política común en el ámbito de los transportes; g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior; h) la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común; i) una política en el ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo; j) el fortalecimiento de la cohesión económica y social; k) una política en el ámbito del medio ambiente”... y otras muchas cuestiones referidas a la protección de la salud, de los consumidores, de la enseñanza y la investigación o del turismo, entre otras.

Puede observarse que hasta el TUE, que transforma la CEE en CE, se trataba siempre de competencias económicas y sociales, estableciendo las disposiciones CEE la competencia general de la Comunidad y las disposiciones de los otros dos tratados el carácter sectorial de éstos.

Tratado de la Unión Europea, que habría de ser firmado por los Ministros de asuntos exteriores y de economía, después de la elaboración jurídica de los textos, el 17 de febrero de 1992. El resultado es un texto de 112 páginas en el DOCE (nº191 de 29.7.1992).

Si el Tratado de Roma había establecido “los fundamentos” de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, el Tratado de Maastricht aporta la institucionalización de la Unión Europea. “La Unión tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por el presente Tratado. Tendrá por misión organizar, de modo coherente y solidario, las relaciones entre los Estados miembros y sus pueblos”. Los tres componentes principales de la Unión han sido: en primer lugar, la *noción de ciudadanía de la Unión*, que ha comportado unos derechos cívicos nuevos¹⁰. El Tratado se completa, además, con disposiciones que establecen la puesta en marcha de la Unión Económica y Monetaria, así como el establecimiento de una moneda única, el Ecu.

El segundo componente de la Unión Europea es la *política exterior y de seguridad común* (PESC). Se trata de que una política común sea la que sustituya en el futuro a la cooperación política. El tercer componente es la *cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior* (policía), teniendo siempre precauciones en la “comunitarización” de una materia tan sensible. La política de asilo, las normas por las que se rige el paso por las fronteras exteriores, la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros países, la lucha contra la toxicomanía, contra la defraudación a escala internacional, la cooperación judicial en materia civil y penal, la cooperación aduanera y policial se consideran por parte de los Estados miembros como cuestiones de interés común.

¹⁰ Además de la libertad de circulación y de residencia en el espacio comunitario, el derecho a ser elector y elegible; el derecho a acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; también, el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y poder dirigir quejas relativas a casos de mala administración en la actuación de las instituciones y órganos comunitarios al Defensor del Pueblo instituido paralelamente.

En la consecución de los objetivos indicados la estructura institucional de las Comunidades Europeas ha desempeñado un importante papel. “*La realización de las funciones asignadas (a cada una de las Comunidades) corresponderá a: un Parlamento Europeo, un Consejo, una Comisión, un Tribunal de Justicia, un Tribunal de Cuentas*” (4 CE, 3 CEEA).

En la terminología específica de los tratados, sólo estos cinco órganos tienen derecho a la denominación de instituciones y los cuatro primeros son los que constituyen la estructura básica del sistema institucional de las Comunidades. El Consejo representa los intereses de los Estados miembros; la Comisión, el interés común, es decir, el de la Comunidad misma; el Parlamento, los intereses de los pueblos de los Estados; y el Tribunal de Justicia el principio del Estado de derecho¹¹.

3. La justicia comunitaria

Después de abandonar la idea de un tribunal arbitral, los principios que están en la base de la justicia comunitaria son distintos a los que inspiran las jurisdicciones del derecho de gentes clásico, principalmente en cuatro puntos fundamentales: en primer lugar, toda justicia internacional es, en el actual estado de la sociedad internacional, esencialmente voluntaria (vg. la jurisdicción del Tribunal Internacional de la Haya, órgano judicial principal de las Naciones Unidas). Sin embargo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dispone con carácter

¹¹ Como puede observarse, el reparto de las funciones entre las cuatro instituciones no corresponde al esquema estatal heredado de Montesquieu, en el cual el Parlamento es el legislador, el gobierno el ejecutivo y los jueces ejercen el poder jurisdiccional. En la Comunidad, el homólogo del poder legislativo corresponde al Consejo, el poder presupuestario está compartido, el Parlamento europeo puede derrocar a la Comisión, pero no al Consejo. Además, si la Comisión, en principio, es el ejecutivo, el Consejo acumula las funciones legislativa, ejecutiva y gubernamental.

Cada uno de los tres tratados reproduce, con algunas variantes, la estructura cuatripartita, lo que hubiera podido conducir a la constitución de doce instituciones. En los diversos Convenios se decidió que habría un único Parlamento, y una Comisión única, un Consejo único y un único Tribunal de Justicia para las tres Comunidades.

principal de una *jurisdicción obligatoria*¹²; en segundo lugar, a diferencia del juez internacional, el juez comunitario, y aunque sólo sea porque normalmente es llamado a intervenir por reenvío de un juez nacional ante el cual se oponen las partes, *no puede*, so pena de denegación de justicia, *renunciar a pronunciarse*; en tercer lugar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades juzga las controversias que tienen *los particulares*, personas físicas y jurídicas con las instituciones, y éstas tienen un acceso directo al mismo – aunque hay que hacer notar que cuenta con ciertas limitaciones-. Por el contrario, generalmente el individuo es mantenido apartado de la jurisdicción internacional y no participa en el procedimiento ante ella. Así, al Tribunal Internacional de Justicia de la Haya y al Tribunal Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales¹³, no pueden recurrir directamente los simples particulares.

¹² Esto significa no sólo que puede recurrirse al mismo unilateralmente, incluso contra los Estados miembros (arts. 169 y 170 CE) sino que también su competencia es exclusiva con respecto a cualquier otra forma de solución; así, por ejemplo, el art.129 CE señala: “Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado”.

¹³ Fue en la Conferencia de la Haya (7 al 10 de mayo de 1948), convocada por el Comité internacional de coordinación de los movimientos para la unidad europea, –conferencia corrientemente conocida como “Congreso de Europa”–, donde surjan por primera vez con fuerza las ideas europeistas de elaborar una Carta de los Derechos del Hombre y de crear un Tribunal de Justicia “capaz de aplicar las sanciones necesarias para hacer respetar la Carta”. En 1949 se suscribe el Estatuto del Consejo de Europa concebido como organismo de cooperación internacional y, especialmente, en el ámbito jurídico para “la salvaguardia y desarrollo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales”.

El sistema de garantía colectiva de los derechos del hombre previsto en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, aprobado el 4 de noviembre de 1950 en Roma, se sitúa pues dentro de los procesos de reconstrucción de Europa y de internacionalización de la protección de los derechos del hombre, desplegados una vez concluida la Segunda Guerra Mundial y como reacción frente a las múltiples y masivas violaciones de libertades y derechos fundamentales de la persona.

En concreto, el Convenio de 1950 fija la

En cuarto lugar, las jurisdicciones internacionales no dictan, en principio, más que sentencias y fallos que son únicamente obligatorias para los Estados en cuestión y en el orden internacional. Por el contrario, *las sentencias* del Tribunal de Justicia de las Comunidades no sólo tienen fuerza obligatoria, sino también *fuerza ejecutiva* en el territorio de los Estados miembros (44 CECA, 187 CE y 159 CEEA). Las sentencias de condena de los particulares (la ejecución forzosa en contra de los Estados es, naturalmente, inconcebible) son ejecutadas por las autoridades nacionales.

siguiente estructura tripartita: 1) La Comisión Europea de Derechos humanos, que actuará como filtro de demandas, intentando conseguir un arreglo amistoso y, llegado el caso, emitiendo un informe con su opinión respecto a la posible violación del Convenio; 2) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dictará sentencia firme y obligatoria sobre los asuntos que le sean deferidos por la Comisión o una de las Partes Contratantes interesadas; y 3) El Comité de Ministros del Consejo de Europa, encargado de tomar una decisión definitiva y obligatoria sobre los asuntos que por una u otra razón no sean deferidos al Tribunal.

La historia posterior ilustra que la vida del Convenio no fue fácil ya que ha sido completado o modificado por once protocolos sucesivos. Precisamente, es en el Protocolo nº11 (en la 94ª sesión del Comité de Ministros, de 11 de mayo de 1994 quedó abierta la firma del mismo) donde se recoge la idea de la “fusión” del Tribunal y la Comisión en un sólo órgano (ARRIAGA, I., ZOCO, C., Suplemento de Derechos Humanos de Persona y Derecho, Universidad de Navarra, n. 5, p. 11-50 : 1995, La reforma del sistema de protección de los derechos del hombre instaurado por el Convenio Europeo de 1950 : el Protocolo nº 11. Humana lura. Vid. también SÁNCHEZ LEGIDO, A. *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid : Colex, 1995; y también, CONSEIL DE L'EUROPE. Protocole nº 11 à la Convención Européenne des Droits de l'Homme et Rapport Explicatif: 1994. p. 5. Doc. H. mai 1994. Strasbourg.

Hasta ahora, el procedimiento se inicia ante la Comisión, en virtud de una denuncia presentada por un Estado (art. 24 Conv.) o una demanda de “cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares” (art. 25 Conv.), que llegará a la Secretaría de la Comisión en Estrasburgo. Si esta demanda cumple los requisitos exigidos, pasará ante el Tribunal (Vid. LÓPEZ GARRIDO, D. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. nota introductoria. Boletín de Jurisprudencia Constitucional : Tribunal Europeo de

La función del Tribunal es importante ya que no sólo debe garantizar el respeto sino también la unidad de aplicación del Derecho Comunitario. De aquí se deriva una cuádruple función del Tribunal: a) *función de justicia administrativa*¹⁴; b) *función de justicia constitucional*, que consiste en delimitar y defender las competencias respectivas de los Estados miembros y de las Comunidades, pero

Derechos Humanos : 25 años de Jurisprudencia, 1959-1983. Madrid, 1985. El Protocolo nº 11 crea un nuevo órgano jurisdiccional, el Tribunal Europeo, que sustituye a los órganos que funcionan en la actualidad (Comisión y Tribunal). Se constituye como un órgano único y con jurisdicción obligatoria tanto en demandas individuales como interestatales. Su competencia se extiende a todas las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos (nuevo art.32 Conv.). Con la desaparición de la Comisión, las funciones de instrucción e intento de arreglo amistoso pasan a ser parte del procedimiento ante el Tribunal.

Según el art.4 del Protocolo nº11, esta reforma no entrará en vigor hasta que todas las Partes del Convenio hayan expresado su consentimiento (se espera que el proceso de ratificación concluya hacia el año 2000). Pese a ello, la doctrina se ha apresurado a ofrecer su valoración positiva a algunos aspectos, tales como la “judicialización” de todo el sistema de control, a través de la supresión de algunas atribuciones que tenía en este sentido el Comité de Ministros; también el acceso directo del individuo al Tribunal, siendo considerado ya como verdadera parte del proceso, así como el establecimiento de un órgano único, un Tribunal permanente, que simplificará el proceso y abreviará el tiempo del proceso (hay que señalar que para algún sector de la doctrina, esta defensa del Tribunal único podría ocultar “oscuras intenciones”).

¹⁴ Los poderes de cada institución están establecidos por el Tratado y el derecho derivado (4 CE); la sanción de este principio residirá en la posibilidad de hacer anular por ilegalidad los actos normativos de las instituciones (33 CECA, 173 CE y 146 CEEA), de hacer constar sus inactividades ilegales (35 CECA, 175 CE y 148 CEEA) o de hacer apreciar su validez mediante la excepción de ilegalidad (184 CE, 156 CEEA), y en caso necesario por reenvío prejudicial de los órganos jurisdiccionales nacionales (41 CECA, 177 CE y 150 CEEA).

También, cuando la protección de los intereses lo exige, se pone a su disposición un recurso de plena jurisdicción para obtener la reparación de los daños causados (40 CECA, 178 y 215 CE y 188 CEEA) o reformar las sanciones pronunciadas (36 CECA, 172 CE y 144 CEEA).

también en preservar el equilibrio de poderes en el interior de éstas¹⁵; c) *función de justicia internacional*, ya que al imponer obligaciones a los Estados miembros, los tratados deben proporcionarles los medios para hacerlos respetar¹⁶; e) por último, *función de justicia reguladora*, ya que resulta inevitable que las diferencias de lenguas, de culturas jurídicas y costumbres nacionales provoquen ante un mismo texto tantas interpretaciones como Estados miembros. Pero la propia naturaleza del Derecho Comunitario, derecho común, implica su aplicación uniforme en el conjunto de la Comunidad. En el plano técnico, esta función está asegurada por la práctica de la *cuestión prejudicial de interpretación* (177 CE y 150 CEEA) que centraliza, en provecho de una jurisdicción única, en el Tribunal de Justicia la misión de proporcionar la sola interpretación realmente auténtica del Derecho Comunitario.

El sistema judicial comunitario tiene un valor especial por el hecho de que el Tribunal de Justicia no es ni un simple *órgano judicial* (como el *Tribunal Internacional de Justicia* – art. 92 de la *Carta de las Naciones Unidas*-), ni siquiera únicamente una *autoridad judicial* sino que se presenta como un auténtico *poder judicial* comunitario.

Esto se pone de manifiesto en primer lugar por los medios de que dispone. Beneficiándose de su independencia orgánica como institución, encarna un poder autónomo y soberano: no hay autoridad alguna que posea el poder de “condenar” una jurisprudencia del juez comunitario. El único medio sería modificar los tratados para hacer desaparecer las

¹⁵ El Tribunal puede anular los actos de una institución o sancionar una inactividad, no sólo a petición de un Estado miembro, sino también de otra institución; también podrá pronunciarse sobre la compatibilidad con los tratados de un acuerdo internacional previsto por la Comunidad (228 CE) o una revisión del tratado (CECA).

¹⁶ Así, cada Estado dispone de pleno derecho de un recurso ante el Tribunal para resolver las controversias que le oponen a sus asociados respecto a la aplicación o la interpretación del Derecho Comunitario (170 CE, 142 CEEA). Pero, además, el Tribunal también es competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto de los tratados, en cuanto los Estados decidan sometérsela (89 CECA, 182 CE y 154 CEEA).

consecuencias de una interpretación dada por el Tribunal¹⁷.

En segundo lugar, por constituir un auténtico poder judicial, ya que el Tribunal dispone asimismo de un título indiscutible. No es únicamente un juez al que corresponde garantizar especialmente, en virtud del art. 164 CE, “el respeto del derecho en la interpretación de la aplicación del tratado”, sino también una institución a la que incumbe, en virtud del art. 4 CE, contribuir, como las demás instituciones, a “asegurar la realización de las funciones asignadas a la Comunidad”.

A todo ello hay que sumar la voluntad que ha mostrado de defender los intereses comunitarios. En esta perspectiva se ha visto inducido a plantear los principios de la aplicabilidad directa y de la primacía del derecho comunitario así como que para salvaguardar la integridad del sistema comunitario no dudó en rechazar cualquier caducidad de los tratados¹⁸.

Pero indudablemente, el Tribunal de Justicia no ha sido configurado como un órgano aislado sino que existe una organización judicial comunitaria. No sólo se ha querido, por parte de los tratados, dotar a la Comunidad de un poder judicial autónomo, sino también crear una relación orgánica entre el Tribunal comunitario y los órganos jurisdiccionales nacionales con vistas a una aplicación armoniosa del derecho comunitario. De ahí que exista un conjunto jurisdiccional más amplio que engloba a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y al Tribunal de Justicia, sin que sea éste último el único juez que aplica el derecho comunitario.

La preocupación por asegurar la plena eficacia del sistema judicial comunitario sin

¹⁷ La posición del Tribunal es, además, mucho más fuerte ya que, al contrario de la situación de los Estados en que el legislador es el representante directo de la voluntad de la Nación, la legislación, en el marco comunitario emana, como es sabido, no del Parlamento Europeo sino de órganos designados, el Consejo y la Comisión cuya representatividad democrática no es superior a la suya.

¹⁸ En definitiva, el juez comunitario se encarga de dar soluciones judiciales a unos problemas constitucionales (efecto directo de las directivas; competencia del juez nacional para dejar sin aplicación la legislación nacional incompatible); políticos (Deliberación Euratom, n°1/78); o también económicos (CJE, 27.09.1979).

perjudicar a la soberanía judicial de los Estados miembros ha llevado a un doble reparto de competencias. En el plano *material*, la aplicación del derecho comunitario está repartida entre órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia; en el plano *funcional*, por el contrario, la interpretación del derecho comunitario está, al menos en última instancia, monopolizada por el Tribunal¹⁹.

Además, la *competencia de atribución* de la que goza el Tribunal de Justicia se ha visto reducida al estricto mínimo compatible con la autonomía de las Comunidades: al margen del recurso de anulación²⁰ y del recurso por inactividad²¹ contra las instituciones, de los recursos de incumplimiento contra los Estados²²

¹⁹ El art.183 CE señala: "Sin perjuicio de las competencias que el presente Tratado atribuye al Tribunal de justicia, los litigios en los que la Comunidad sea parte no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a las competencias de las jurisdicciones nacionales" (CJCE, 22.3.1990); también el art.40 párrafo 3 CECA: "Todos los demás litigios entre Comunidad y terceros, al margen de la aplicación de las cláusulas del presente Tratado y de sus reglamentos de aplicación, serán sometidos a los Tribunales nacionales".

²⁰ Los tres tratados contienen una enumeración idéntica de los motivos que pueden invocarse como apoyo al recurso de anulación: 1) incompetencia: principalmente usurpación por parte de una institución del ámbito de otra; 2) vicios sustanciales de forma: principalmente la violación de la obligación de motivación; 3) violación del tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución: este motivo sanciona el desconocimiento de todas las normas que se imponen al autor del acto, es decir, las que se refieren a su propio contenido (objeto del acto) y a los motivos de hecho y de derecho del que procede; por último, 4) desviación de poder.

²¹ El Tribunal de Justicia no sólo es competente para sancionar los actos irregulares adoptados por las instituciones comunitarias, sino también sus inacciones contrarias al Derecho Comunitario. Así, por ejemplo, en el tratado CECA existe un recurso contra la inacción de la Alta Autoridad, abierto cuando ésta se ve legalmente obligada a tomar una decisión o una recomendación y no cumpliere esta obligación (art.35 CECA). Vid. también CJCE, 23.04.1956, *Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises*, as. 7 y 9/54, Rec.55).

²² Es sabido que los tratados han confiado a las instituciones unas competencias de control para asegurar el respeto de las obligaciones suscritas por los Estados y que, contrariamente a lo que sucede en la justicia internacional, la justicia comunitaria es obligatoria y exclusiva para los Estados miembros. En este contexto, el procedimiento del recurso por incumplimiento confiere al Tribunal el poder de

y, finalmente, de los recursos de responsabilidad extracontractual²³ de las Comunidades atribuidas al Tribunal, lo que depende de los órganos jurisdiccionales nacionales es el conjunto del contencioso entre los particulares, entre los particulares y los Estados miembros e incluso, en materia contractual, entre los particulares y las propias Comunidades²⁴.

En lo que se refiere a la articulación de las *competencias funcionales*, la competencia reconocida a los órganos jurisdiccionales nacionales comportaba un evidente riesgo para la aplicación uniforme del derecho comunitario ya que se llegarían a tantas interpretaciones como Estados miembros. Pero la solución de establecer una jurisdicción comunitaria suprema de revisión o de casación habría tenido el inconveniente, en el plano práctico, de un procedimiento largo y pesado. De ahí que se optara por el mecanismo más ágil del procedimiento de la *cuestión prejudicial* establecida por los arts. 117 CE y 150 CEEA.

pronunciarse en última instancia para constatar que un Estado miembro ha faltado a una de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario.

²³ El Tribunal de justicia tiene competencia exclusiva para conocer de las acciones que intentan hacer condenar a las Comunidades a indemnizar los daños causados al margen de la falta de ejecución de un contrato (40 CECA, 178 CE y 151 CEEA).

El tratado CECA regula por sí mismo, directamente, la materia en su artículo 40: "...el Tribunal será competente para conceder, a instancia de la parte perjudicada, una reparación pecuniaria a cargo de la Comunidad, en caso de perjuicio causado en la ejecución del presente Tratado por una falta de servicio de la Comunidad. Será igualmente competente para conceder una reparación a cargo de la Comunidad en caso de un perjuicio debido a una falta personal de un agente que actúe en el ejercicio de sus funciones".

Por el contrario, los arts.215 párrafo 2 CE y 188 párrafo 2 CEEA, se limitan a un reenvío: "En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros".

²⁴ Resulta evidente que la competencia del juez nacional para aplicar el derecho comunitario se basa en la premisa de que éste se ha convertido en parte integrante del derecho aplicable en el territorio de los Estados miembros (aplicabilidad directa). Además, ésta se ejerce respetando el principio de primacía sobre el derecho nacional.

Es por eso que al nivel comunitario le corresponde la función de interpretación objetiva: a la jurisdicción comunitaria le está reservado el poder interpretar el derecho comunitario y apreciar la validez de los actos institucionales. Al nivel nacional le está reservada la aplicación concreta: al juez interno le corresponde hacer aplicar el derecho así interpretado y apreciado, en la solución de los litigios que se le presenta.

Los artículos 168 A CE y 32 quinto CECA, introducidos por el *Acta Única Europea*, han renovado las condiciones de la diversificación de la jurisdicción comunitaria. Dichos artículos habilitaban al Consejo, por unanimidad, a instancia del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo a: “agregar al Tribunal de Justicia un órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia, sin perjuicio de un recurso ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de derecho y en las condiciones establecidas por el Estatuto, de determinadas categorías de recursos”. Este Tribunal de Primera instancia (TPI) de las Comunidades Europeas está instituido ahora por el propio tratado (art.168 A CE).

4. El Tribunal de Justicia de las Comunidades

Aunque ciertas similitudes son inevitables, la composición, la organización y el funcionamiento del Tribunal se distinguen por lo general de los de un Tribunal internacional clásico.

El Tribunal está compuesto por 13 jueces asistidos por 6 abogados generales nombrados todos de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros (167 CE). La primera originalidad de la composición del Tribunal es la presencia, junto a los jueces, de abogados generales que no tienen equivalente en otras jurisdicciones internacionales, incluso si su función puede estar próxima a la de la *Comisión Europea de Derechos Humanos* de Estrasburgo. Están encargados de “presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos promovidos ante el Tribunal de Justicia, a fin de asistirle en el cumplimiento de su misión” (166 párrafo 2 CE). Ninguna disposición de los tratados establece que los jueces tengan la nacionalidad de los Estados miembros. Sin embargo, la práctica aconseja que haya al

menos un nacional de cada uno de los Estados miembros de forma que cuando se delibera en sesión plenaria, pueda haber un juez particularmente familiarizado con el sistema jurídico de cada uno de los Estados miembros. Estos jueces y abogados son elegidos entre jurisconsultos de reconocida competencia (167 CE) y la duración de sus funciones es de 6 años, aunque renovables sin limitación²⁵.

El procedimiento ante el Tribunal es contradictorio y público y también mixto e inquisitivo. Es mixto ya que se compone de las dos fases típicas, la escrita y la oral. Las partes deben estar obligatoriamente representadas ante el Tribunal. Las instituciones de la Comunidad y los Estados miembros están representados por agentes: éstos en general son, para las instituciones, miembros de su servicio jurídico y, para los Estados, funcionarios de los servicios contenciosos del Ministerio de Asuntos Exteriores. En cuanto a las personas privadas, físicas o jurídicas, deben estar representadas por un abogado. No hay un Colegio de abogados propio para el Tribunal; de ahí que pueda firmar la demanda y actuar cualquier abogado inscrito en el Colegio de uno de los Estados miembros cuya legislación les reconoce el derecho a pleitear²⁶.

El poder jurisdiccional del Tribunal se ejerce en el marco de un conjunto de vías de derecho y recursos de diversa naturaleza. En lo que se refiere a las vías de Derecho, pueden clasificarse en función de los tipos de recurso ante el Tribunal o en función de los poderes del Tribunal²⁷. En función de los *tipos de*

²⁵ El Tribunal puede reunirse en sesión plenaria. Sin embargo, con el objeto de facilitar su tarea y de acelerar el juicio de los asuntos, también puede reunirse por salas compuestas de 3 a 5 miembros. Es obligatorio un quórum de 7 jueces en sesión plenaria y de 3 para las salas.

²⁶ Al igual que el conjunto de las instituciones comunitarias, el Tribunal es multilingüe. Tiene 9 lenguas oficiales. Con respecto al coste del procedimiento es gratuito y las costas las paga la parte perdedora. A excepción de la materia consultiva, el Tribunal decide por medio de sentencia, para poner fin al procedimiento que se le ha presentado, o de auto (medidas de urgencia, de instrucción, etc.).

²⁷ La distinción de los contenciosos en función de la extensión de los poderes del juez y de la decisión que puede tomar después del examen de la cuestión sometida, conduce al reagrupamiento de los poderes del Tribunal en tres categorías en las que no vamos a detenernos: vías de jurisdicción, vías de anulación y vías de declaración.

recurso ante el Tribunal, éstas pueden ser de tres tipos: a) *atribuciones contenciosas*, las cuales agrupan todas las vías de derecho en las cuales los propios pleiteantes de un litigio recurren directamente al Tribunal y éste resuelve totalmente²⁸; b) *atribuciones prejudiciales*: éstas corresponden a los casos de sometimiento “mediato”, es decir, no por parte del propio litigante, sino por iniciativa de un órgano jurisdiccional que, al tener que aplicar el derecho comunitario a un litigio que se le ha presentado, interroga al Tribunal por la vía prejudicial. La intervención del Tribunal no constituye más que un incidente del litigio principal, que no resuelve por sí mismo²⁹; c) por último, *atribuciones consultivas* que, a pesar de su título, estas vías de derecho no corresponden a simples sometimientos para su dictamen sino que conducen a auténticas decisiones de carácter obligatorio.

5. El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades

El Tribunal de Primera Instancia (TPI)³⁰ está compuesto por 12 miembros. Algunos de ellos pueden ser llamados a desempeñar las funciones de abogado general y entonces no podrán participar en la resolución de los asuntos. Como los miembros del Tribunal de Justicia, sus integrantes son designados de común acuerdo, por 6 años, por los gobiernos

²⁸ Comprende principalmente los recursos de anulación de los actos de instituciones (33 CECA, 173 CE); recursos por inactividad de las instituciones (35 CECA, 175 CE); excepción de ilegalidad contra los reglamentos (184 CE); recurso por responsabilidad extracontractual de las Comunidades (178 CE), recurso contra las sanciones adoptadas por las autoridades comunitarias (172 CE), recursos de personal (179 CE), recursos por incumplimiento de los Estados (88 CECA, 169 y 170 CE).

²⁹ A esta categoría pertenece el reenvío de apreciación de validez previsto por el art.41 CECA y el reenvío de interpretación y de apreciación de validez previsto por los artículos 177 CE y 150 CEEA.

³⁰ Agregado al Tribunal de Justicia, tiene su sede en el mismo y se encuentra regulado por los tratados (art.168 A CE; 32 quinto CECA; 140 A CEEA), por la Decisión del Consejo, de 24 de octubre de 1988, que lo crea (DOCE, nºL 319/1 de 25.11.1988), por el título IV añadido por ésta a cada uno de los tres Estatutos del Tribunal, así como por numerosas otras disposiciones de estos Estatutos del Tribunal, y por último por su reglamento de procedimiento.

de los Estados miembros con una renovación parcial cada tres años y son renovables. Durante la duración de su mandato están sujetos a las mismas garantías, privilegios e inmunidades que los miembros del Tribunal de Justicia. Si bien el TPI tiene su sede en el mismo Tribunal de Justicia, su independencia funcional queda garantizada por la existencia de una secretaría distinta. Aunque puede reunirse, en determinados casos, en sesión plenaria, el TPI se reúne normalmente en salas, compuestas de 3 o 5 jueces.

En cuanto a su competencia, es el Consejo, por unanimidad, a instancia del Tribunal de Justicia y previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, quien fija las categorías de recursos que dependen en primera instancia del Tribunal.

En primer lugar, el TPI recibe la transferencia de determinadas categorías de recursos “que consumen mucho tiempo”, ya que exigían frecuentemente el examen de hechos complejos³¹. En segundo lugar, el 8 de junio de 1993 (DOCE, nºL 144/21 de 16.6.1993) el Consejo ha transferido el conjunto de los recursos (de anulación, por inactividad y de indemnización) interpuestos por las personas físicas o jurídicas con arreglo a los tres tratados. En tercer lugar, por último, sobre la base del art.168 A, en su versión del TUE, la transferencia podrá ampliarse, siempre por decisión del Consejo, a todos los otros recursos directos, es decir, los que se interponen por los Estados miembros y las instituciones, puesto que el tratado, en adelante, ya no reserva al Tribunal de Justicia más que las cuestiones prejudiciales.

El procedimiento ante el TPI es fundamen-

³¹ Estos comprenden: a) con carácter principal: los litigios entre las Comunidades y sus agentes (art.179 CE y 152 CEEA), es decir, todos los asuntos de personal; también los recursos interpuestos contra una institución de las Comunidades por personas físicas o jurídicas en virtud de los artículos 173 (recurso de anulación) y 175 (recurso por inactividad) que se refieran a la ejecución de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas (asuntos de competencia); también los recursos interpuestos contra la Comisión en virtud de los artículos 33 y 35 CECA (recursos de anulación y por inactividad) por las empresas o las asociaciones de empresas que afecten a actos individuales relativos a la aplicación de los artículos 50 y 57 a 66 (CECA); b) con carácter accesorio, los recursos de indemnización para obtener la reparación de los daños causados por una institución comunitaria.

talmente el mismo que ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, como la yuxtaposición del Tribunal de Justicia y del TPI amenaza con multiplicar los errores e incluso los conflictos de competencias, se han establecido algunas precisiones: que la jurisdicción que se declara incompetente debe remitir obligatoriamente a la otra; el TPI, al cual el Tribunal de Justicia remite un recurso, no puede en tal caso declinar su competencia. Asimismo, para evitar contrariedades de jurisprudencia, el TPI o el Tribunal de Justicia pueden suspender el procedimiento que les ha sido sometido en espera de que el otro se pronuncie. Los efectos de sus resoluciones son los mismos que los de las sentencias del Tribunal de Justicia (arts.176 y 187 CE). Cualquier parte, cuya pretensión haya sido total o parcialmente desestimada por el TPI, puede interponer en un plazo de dos meses a partir de la notificación un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia³².

6. La cooperación judicial en las Comunidades Europeas

a) Cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales

El reenvío judicial previsto en los artículos 41 CECA, 177 CE y 150 CEEA es el principal mecanismo de cooperación judicial en las Comunidades. Permite a los órganos jurisdiccionales nacionales, que tienen que aplicar el Derecho Comunitario en un litigio que se ha interpuesto ante ellos, pronunciar un aplazamiento antes de decidir e interrogar al Tribunal sobre la interpretación o validez de éste. La intervención del Tribunal no constituye más que un incidente del litigio principal, que no lo zanja por sí mismo, pero contribuye a su solución. Este mecanismo es el elegido por los redactores de los tratados para asegurar la aplicación uniforme del derecho comunitario.

Así pues, en los tratados de Roma se contempla esa competencia prejudicial del Tribunal que cubre tanto la interpretación como

³² En cualquier caso, el recurso de casación se limita siempre a las cuestiones de derecho. Deberá fundarse en motivos derivados de la incompetencia del TPI, de irregularidades del procedimiento ante el mismo y, sobre todo, de la violación del derecho comunitario por parte del TPI.

la apreciación de validez³³. Las normas susceptibles de reenvío prejudicial son los tres tratados comunitarios así como el conjunto de anexos y protocolos firmados al mismo tiempo que los tratados³⁴.

Esta *interpretación* que debe efectuar el Tribunal engloba varias actividades tales como: precisar el sentido y alcance de las disposiciones de derecho comunitario; determinar si una disposición de derecho comunitario se refiere, por el sentido de una noción que la misma invoca, a la legislación de tal Estado miembro o a la de otro; determinar cuáles son los actos o hechos jurídicos que están regulados por el derecho nacional, o bien por el derecho comunitario; determinar si la reglamentación comunitaria puede o debe ser precisada o completada por las legislaciones nacionales (6.6.1972, *Schüter*, as. 94/71, *Rec.307*); determinar a partir de qué momento es aplicable una norma, así como el ámbito de aplicación personal y territorial del Derecho Comunitario (por ejemplo, si el régimen de competencia se aplica también a las empresas que tienen su sede social fuera de la Comunidad; precisar el alcance y principalmente la primacía del Derecho Comunitario en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros³⁵. En lo que se refiere a la *apreciación de validez*, ésta hace referencia a controlar la legalidad y su examen se efectúa no sólo sobre la legalidad

³³ “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad; c) sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo (...)” (art.177 CE).

³⁴ También los “acuerdos de la Alta Autoridad y del Consejo”, en el marco CECA, y los “actos adoptados por las instituciones” de la CE y de la Euratom, así como del BCE, son susceptibles tanto de reenvío de interpretación como de apreciación de validez.

³⁵ Hay que tener presente que si el Tribunal tiene normalmente conocimiento de los hechos a través de la cuestión que se le plantea y/o del expediente que se le transmite, la verificación de la exactitud de estos hechos escapa a su apreciación y depende únicamente del juez nacional (CJCE, 16.03.1978, *Oehlschlager*, as. 104/77, *Rec.791*). Asimismo, en el ejercicio de su competencia prejudicial, el Tribunal no podría, bajo la pena de usurpar la competencia del juez del fondo, decidir sobre la interpretación del derecho nacional (CJCE, 19.03.1964, *Unger*, as. 75/63, *Rec.347*).

formal del acto sino que se extiende también a los medios de legalidad material (violación del tratado o de cualquier otra norma jurídica relativa a su ejecución y desviación de poder). Con todo, el Tribunal se limita, en caso necesario, a “decir” que el acto “es inválido”, es decir, que no puede pronunciar su anulación, que lo invalidaría retroactivamente.

Las condiciones del reenvío por los órganos jurisdiccionales nacionales son básicamente las contenidas en los párrafos 2 y 3 de los artículos 177 CE y 150 CEEA. Para los órganos jurisdiccionales nacionales, el reenvío prejudicial es siempre un derecho y a veces una obligación. Por su parte, a la hora de tratar estas cuestiones prejudiciales, el Tribunal tiene un procedimiento especial. “Los autores del artículo 177 han querido instituir una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en el seno de un procedimiento no contencioso ajeno a cualquier iniciativa de las partes y en el curso de cual éstas son solamente invitadas a manifestarse” (CJE, 9.12.1965, *Hessische Knappschaft*, as. 44/65, *Rec.* 1191)³⁶. El Tribunal estima que está obligado a responder a cualquier cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional, con la única condición de que ésta sea de su competencia, es decir, que afecte a la interpretación o aplicación del derecho comunitario.

b) Cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros

Un mercado común, caracterizado por la intensificación de los intercambios comerciales, no podía acomodarse a obstáculos y discriminaciones derivadas de la compartimentación de las organizaciones judiciales nacionales y

³⁶ El procedimiento presenta además algunas particularidades que se desprenden de su carácter de incidente en un litigio principal pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional. Así, las reglas referentes a la comparecencia y la representación de las partes son agilizadas y el Tribunal aplica aquéllas que están en curso ante el órgano jurisdiccional que ha procedido al reenvío. No se requiere elegir domicilio en Luxemburgo. La lengua de procedimiento es obligatoriamente la lengua nacional del órgano jurisdiccional de reenvío. La decisión sobre las costas es remitida al juez nacional. Finalmente, el Tribunal, deseoso de no retrasar en exceso la instancia pendiente ante el juez nacional, da por lo general prioridad a las cuestiones prejudiciales, que son así juzgadas más rápido que los recursos directos: como media 18 meses en lugar de dos años.

precisaba de una auténtica libre circulación de las resoluciones judiciales. El *Convenio de Bruselas*, de 27 de septiembre de 1968, *relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, incide en este tema. El Convenio es doble en el sentido de que no regula únicamente el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, sino también y previamente, la competencia internacional de las jurisdicciones de los Estados miembros³⁷.

Las resoluciones judiciales pronunciadas en un Estado contratante se benefician de un reconocimiento de pleno derecho en los demás Estados, es decir, que sus beneficiarios pueden prevalerse de ellas ante cualquier interesado, persona privada, autoridad administrativa o jurisdicción, sin que sea necesario recurrir a otro procedimiento. Así, el Convenio impone a todos los Estados contratantes un procedimiento de *exequátur* que se caracteriza por su rapidez y simplicidad³⁸. El Convenio fija,

³⁷ Así, el Título II del Convenio designa a los Estados cuyos tribunales son competentes para conocer los litigios internacionales, es decir, que comportan un elemento de extranjería: una persona domiciliada en un Estado miembro es llevada, sea cual sea su nacionalidad, ante las jurisdicciones de ese Estado. Está bien precisado el alcance del principio del domicilio del demandado. También, el procedimiento de reconocimiento y ejecución previsto en el Convenio se aplica a cualquier resolución dictada en un Estado contratante, sea cual fuere la naturaleza de la jurisdicción y sea cual fuere la nacionalidad de las partes.

En cuanto al fondo, se habría podido concebir que las resoluciones dictadas en un Estado miembro fueran reconocidas y ejecutadas en los demás Estados sin más condiciones ni restricciones que en el territorio del Estado de origen; pero esta libre circulación absoluta- que el propio tratado prescribe para las sentencias del Tribunal de Justicia y las decisiones de la Comisión que comportan una condena pecuniaria- habría representado un ataque sin duda excesivo para la soberanía judicial de los Estados. En su lugar el Convenio ofrece unas medidas flexibles- si las comparamos con las del derecho común de los Estados miembros- como son la simplificación del procedimiento de “*exequátur*”, por un lado y, por otro, mediante una limitación de los motivos que pueden autorizar el rechazo de reconocimiento o de ejecución.

³⁸ Para alcanzar este resultado se ha considerado un procedimiento por demanda, o sea no contradictorio en un primer tiempo, y que sólo pasa a serlo en el caso de un rechazo de ejecución o de oposición de fondo de la parte contra la cual se ha emprendido la ejecución.

para cada país, la jurisdicción competente para decidir de una demanda de *exequátor* (en España es el Juzgado de Primera Instancia). El tribunal competente se debe pronunciar en breve plazo sin que la parte contra la cual se solicita la ejecución pueda formular observaciones³⁹.

Por último, conviene señalar que el *espacio judicial comunitario* que se ha podido configurar como derivación de esta justicia comunitaria, ha permitido alcanzar grandes logros en la lucha común contra determinados delitos, tales como el terrorismo u otras conductas penales. Así, los Estados miembros de la Comunidad (a excepción de Irlanda) firmaron el 27 de enero de 1977, en el marco del Consejo de Europa, el *Convenio de Estrasburgo* sobre la represión del terrorismo. Este texto cuenta con una importante innovación como es la de que dispone la extradición automática de las personas culpables de actos terroristas (principalmente de piratería aérea, atentados contra diplomáticos, raptos o toma de rehenes, infracciones que comportan la utilización de bombas, etc.) aun cuando hayan actuado por motivos políticos. Al temer que la ratificación de este Convenio les obligara a tener que aplicar la extradición hacia un país en el que las garantías judiciales fueran insuficientes, algunos Estados miembros de los “Veintiuno” del Consejo de Europa y también miembros de los “Nueve” de la Comunidad, firmaron en Dublín, el 4 de diciembre de 1979, un *Convenio comunitario sobre la represión del terrorismo*. En esencia, viene a añadir al Convenio de Estrasburgo una alternativa: la misma autoriza a los Estados a negarse a aplicar la extradición cuando juzguen que la supuesta infracción es una infracción política o está inspirada por unos móviles políticos (en este caso se ven obligados ellos mismos a proceder en contra de dichos actos según su ley nacional).

³⁹ El “*exequátor*” sólo puede rechazarse en los siguientes casos: a) si el reconocimiento o la ejecución fueren contrarios al orden público del Estado requerido; b) cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado o notificado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse; c) si la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido.

En lo que se refiere a la *cooperación en materia penal*, los Ministros de Justicia de los Estados miembros, reunidos en conferencia el 25 de mayo de 1987 en Bruselas, han abierto a la firma un Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre el traslado de las personas condenadas, así como el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del principio *ne bis in idem* (*Bull.*, CE, 5/1987, punto 3.4.1).

La consecución de la justicia es siempre una tarea inacabada pero al menos los tribunales supranacionales –sin menoscabo de la actividad de los tribunales nacionales– han facilitado la armonización y colaboración entre los Estados europeos y, muy especialmente, en el ámbito judicial. Confiamos en que la Unión Europea siga consolidándose y que España pueda integrarse adecuadamente en la misma.

PRINCIPALES SIGLAS Y ABREVIATURAS	
AUE	Acta Única Europea
BCE	Boletín de las Comunidades Europeas
CE	Comunidad Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CIJ	Tribunal Internacional de Justicia
CJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Const.Esp.	Constitución Española
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio
TUE	Tratado de la Unión Europea
TPI	Tribunal de Primera Instancia

Modo de citar las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

Sigla del Tribunal, fecha de la sentencia, nombre de las partes, número del asunto, Recopilación del Tribunal, página. Ejemplo: CJCE, 15.12.1976, *Donckerwolcke*, as. 41/76, Rec.1937.

Modo de citar los actos publicados en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas:

Sigla del Diario, serie, número y página, fecha de publicación. Ejemplo: DOCE, nºC 103/1 de 27.04.1977.

Modo de citar los artículos de los tratados comunitarios:

Artículo, sigla de la Comunidad a la que se refiere. Ejemplo: 2 CE; 5 CEE; 14 CECA; 103 CEEA.

Bibliografía

- ABELLÁN HONRUBIA, V., VILÀ COSTA, B. (Coord.). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1994.
- ARRIAGA, I., ZOCO, C., *Suplemento de Derechos Humanos de Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, n. 5, p. 11-50 : 1995, La reforma del sistema de protección de los derechos del

hombre instaurado por el Convenio Europeo de 1950 : el Protocolo nº 11. Humana Iura.

BOULOUIS, J. *Droit institutionnel des communautés européennes*. 4. ed. París : Montchrestien, 1993.

CÉREXHE, E. *Le droit européen : les institutions*. 3. ed. Lovaina : Nauwelaerts, 1989.

CONSEIL DE L'EUROPE. *Protocole nº 11 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et Rapport Explicatif*: 1994. p. 5. Doc. H. mai 1994. Strasbourg.

ESTEBAN, J., GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, 1994. v. 3.

ISAAC, G. *Droit communautaire général*. Traducción al castellano y supervisión de G.L. Ramos Ruano. 3. ed. actual. según el Tratado de Maastricht. Barcelona : Ariel, 1995.

LÓPEZ GARRIDO, D. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *nota introductoria. Boletín de Jurisprudencia Constitucional : Tribunal Europeo de Derechos Humanos : 25 años de Jurisprudencia, 1959-1983*. Madrid, 1985.

RIPOLL CARULLA, S. *La Unión Europea en transformación. El Tratado de la Unión Europea en el proceso de integración comunitaria*. Barcelona : Ariel, 1996.

SÁNCHEZ LEGIDO, A. *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid : Colex, 1995.

Convenção sobre Diversidade Biológica e Projeto de Lei do Senado nº 306/95: soberania, propriedade e acesso aos recursos genéticos

FRANCISCO EUGÊNIO M. ARCANJO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Convenção sobre Diversidade Biológica/92: regulamentação global do acesso aos recursos genéticos. 3. Projeto de Lei do Senado nº 306/95: regulamentação nacional do acesso aos recursos genéticos. 3.1. Histórico. 3.2. Os núcleos legislativos do PLS nº 306/95. 4. Considerações sobre soberania e propriedade. 4.1. Elementos do procedimento de acesso. 4.2. Entendimento de soberania na CBD e no Direito Internacional. 4.3. Entendimento de soberania no Direito interno e a titularidade jurídica dos recursos genéticos. 5. Outros aspectos sobre o PLS nº 306/95. 5.1. Definição de conceitos para aplicação da lei. 5.2. Os demais núcleos legislativos.

1. Introdução

A Convenção sobre a Diversidade Biológica¹ (de agora em diante, CBD, para sua sigla em inglês) nos brindou com o termo *acesso*, e seu respectivo conteúdo jurídico, para três diferentes contextos: *acesso aos recursos genéticos*, *acesso à tecnologia* e *acesso aos benefícios advindos do uso da biodiversidade*². Por força desse tratado e em razão das tarefas para sua implementação, convivemos, principalmente desde 1995, com a complexa tarefa

¹ Assinada no Rio de Janeiro, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em junho de 1992. Com vigência no plano internacional a partir de 29 de dezembro de 1993 e para o Brasil a partir de maio de 1994. Tem seu secretariado permanente em Montreal e em agosto de 1996 contava com 149 ratificações.

² O presente estudo dedica-se apenas à discussão do tema *acesso aos recursos genéticos*, vértice mais importante desta relação e cuja regulamentação condiciona, parcialmente, a resolução dos outros dois termos, *acesso à tecnologia* e *acesso aos benefícios*.

de desenhar, numa lei interna, a disciplina para este vetor da CBD. A menção, logo de início, às três vertentes do conceito de *acesso* servirá para adiantar, em termos extremamente simplificadores, a equação para tal questão (apesar de não explicitada na CBD), da seguinte maneira: a conservação da biodiversidade implica a compensação do acesso aos recursos genéticos pelo acesso à tecnologia e aos benefícios decorrentes de sua utilização. Todavia, a equação não se resume à permuta tecnologia-recursos genéticos, devendo agregar-se ao binômio mais uma variável – o papel das populações indígenas e comunidades locais –, com o seguinte argumento: reconhecendo a absoluta essencialidade do modo de vida destes grupos para a conservação da biodiversidade, estatui-se na CBD que o acesso aos benefícios defina uma partilha justa e equitativa com as comunidades detentoras do conhecimento porventura utilizado, no sentido de que isso estimule a manutenção de sua integridade cultural, social e econômica.

A simplificação vai até este ponto, e apenas para efeito de apresentação do tema. Na realidade, esses conceitos informados pela CBD encerram grandiosas questões jurídicas e políticas, destinadas a alimentar os formidáveis processos de implementação deste tratado tão inovador.

Ainda no terreno do senso comum, podemos dizer que o acesso aos recursos genéticos, grosso modo, significa o estudo e o uso do recurso genético. Pretendemos, em primeiro lugar, que isso só seja permitido quando se pratique dentro dos adequados preceitos da sustentabilidade ambiental. Sabemos também que essas atividades devem se dar em um quadro onde incidem regimes de propriedade – intelectual e material – e uma ordem legal soberana, reconhecida pelo ato internacional. Compreendemos também que o acesso deve aperfeiçoar-se em termos contratuais adequados. Exigimos que os benefícios – financeiros e tecnológicos – derivados dessas ações sejam equitativamente repartidos. Por fim, concordamos todos que as práticas das comunidades indígenas e locais são muito importantes para a proteção da biodiversidade e que merecem uma retribuição equitativa e justa, de cunho holístico, por eventual utilização de (acesso a) seus conhecimentos.

Esta, portanto, é a agenda do acesso aos recursos genéticos: definição de uso sustentável, soberania, propriedade, questões contratuais, retribuição monetária e não-monetária, trans-

ferência e fixação de tecnologia, proteção do conhecimento indígena. Diversos setores políticos, acadêmicos, econômicos, de organizações e de comunidades, aqui e em todo o mundo, debruçam-se sobre essa pauta na busca de uma disciplina pública obrigatória e eficaz para essas questões. Verifica-se, igualmente, no plano global, que os organismos internacionais especializados e a Conferência das Partes da CBD dedicam uma parcela considerável de seus fluxos de trabalho à compreensão e formulação deste tema: a disciplina do acesso aos recursos genéticos.

O presente trabalho é fruto de um segmento desse esforço coletivo. É resultado de um profundo e constante acompanhamento da CBD, desde sua assinatura, somado agora, neste último ano, às tarefas de traduzir em um projeto de lei o perfil do acesso aos recursos genéticos. Por este último aspecto, principalmente, queremos salientar que o presente artigo representa muito mais uma organização dos temas pertinentes, associada a uma coleção de reflexões e indagações resultantes. Sua intenção é compor um texto instrumental, orientador do conhecimento disponível e norteador dos possíveis caminhos neste processo legislativo.

O assunto está estruturado em quatro partes além dessa introdução. A primeira sobre a CBD, com uma breve apresentação sobre os principais aspectos relativos à questão do acesso aos recursos genéticos. A segunda parte versa sobre o projeto de lei de acesso aos recursos genéticos, buscando a discussão acerca de como a proposta de texto interno vem manejando os grandes temas perfilados na CBD. A parte seguinte pretende discutir mais esquematicamente os aspectos jurídicos do tema proposto: soberania e propriedade dos recursos genéticos. Ao final, a título de conclusão, acrescenta-se um pequeno registro com outras questões consideradas importantes para a criação da legislação sobre o acesso. Esclareça-se de antemão, em razão da tripla utilização do termo *acesso* na CBD referida acima, que o uso do termo sem complemento neste trabalho significa *acesso aos recursos genéticos*.

2. Convenção sobre Diversidade Biológica/ 92: regulamentação global do acesso aos recursos genéticos

Acesso à flora e à fauna existe desde as

primeiras tarefas humanas de domesticação de plantas e animais, no Neolítico. Acesso em sua forma mais moderna e científica existe desde a especialização da botânica e da zoologia, a partir, principalmente, do século XVIII. Acesso em termos mais contemporâneos e sofisticados existe desde o recente e formidável salto da genética e da biotecnologia, a partir da segunda metade deste século. Pois *acesso*, em concepção mais direta, é o estudo e o uso dos componentes da biodiversidade. Acesso, portanto, tem sido feito cotidianamente para uso familiar e comunitário, com objetivos científicos e de desenvolvimento e, por último, para fins comerciais e industriais.

O acesso tradicional, comunitário, de características econômica e ambientalmente sustentáveis, representava, antes da Revolução Industrial, uma parcela significativa da atividade humana, porém sem quase nenhuma agressão à diversidade biológica e sua reprodutibilidade. O advento da moderna atividade secundária, com sua absurda voracidade de recursos naturais, além de acarretar o afastamento progressivo dos indivíduos e grupos de suas tradições e práticas saudáveis, representou, em sua fase mais recente, com o agravante do extremo empobrecimento das populações, uma ameaça concreta à teia de vida diversa que mantém o homem na Terra. Essa a condição concreta, material, mensurada que deu origem à CBD. Da mesma forma que no caso dos regimes do ozônio³ e do clima⁴, havia uma base científica que ancorava a consciência crescente

³ Basicamente constituído pela Convenção de Viena (1985), Protocolo de Montreal (1987), Emenda de Londres (1990) e Emenda de Copenhague (1990), representa um caso de particular sucesso entre os regimes internacionais ambientais. A segura base científica e o papel ativo e passivo dos países ricos estão entre as razões deste sucesso. Para um apanhado sobre o assunto, ver o capítulo II, 1, de *Mudança Ambiental Global e Formação do Regime para Proteção da Biodiversidade* (ALENCAR, 1995).

⁴ Ancorado na Convenção-Quadro sobre Mudança Climática, assinada na Conferência do Rio de 1992, destinado basicamente a combater o efeito estufa causado pelo acúmulo de dióxido de carbono na atmosfera. Ao contrário do regime do ozônio, demora a se firmar em razão das relativas incertezas quanto à cadeia causal do fenômeno e da multiplicidade de países e fontes de produção do gás e do desinteresse dos países ricos em reduzir a queima de petróleo e derivados. Sobre o assunto, ver (ALENCAR, op. cit. cap. 2, 3)

de que os Estados deveriam empreender entendimentos globais para atacar o problema.

Acesso enquanto prática, então, não é uma novidade da CBD, apesar da emergência e superexposição do termo decorrentes do tratado, o que pode levar a alguma incompreensão quanto a esta gênese. A grande revolução da CBD foi a decisão de, em nome da conservação da diversidade biológica, legitimar os Estados para estatuir bases novas para a disciplina do acesso. Dali em diante, ultrapassava-se o estágio de *laissez-faire* das coletas biológicas ou de rígidas e inócuas proibições nacionalistas para se construir um quadro de responsabilidades compartilhadas; possibilitava-se a contenção da atividade prospectora predatória, pelo respeito aos princípios da conservação e da sustentabilidade; valorizava-se o acesso tradicional e comunitário e o desenvolvimento local por serem matrizes da conservação e do uso sustentável. Ou seja, para a atividade de acesso, preexistente e com práticas sociais, científicas e comerciais arraigadas, sobrevém uma nova ordem legislada, baseada nos princípios ambientalistas dominantes que cunharam a CBD, assim como outras regras nacionais e internacionais produzidas nestes últimos anos⁵.

Essa nova ordem, conformadora da CBD, foi fruto de um longo período de debates, que tem seu marco inicial principal, pelo menos em termos de visibilidade, na Conferência de Estocolmo⁶, em 1972. Ao longo dos vinte anos subsequentes, as diversas tendências do pensamento ambientalista, assim como as próprias linhas de políticas externas nacionais, travaram um rico debate sobre quais as melhores formas

⁵ Para uma visão completa da CBD ver GLOWKA, Lyle et al. *Guia del Convenio sobre la Diversidad Biológica*. IUCN Gland e Cambridge, 1996. xii + 179p; e para um apanhado sobre os demais mecanismos internacionais para conservação de espécies e ecossistemas ver DE KLEMM, C., SHINE c. *Biological diversity conservation and the Law*. IUCN, Gland e Cambridge, 1993. xix + 292 p.

⁶ A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano talvez represente o fórum de grande porte onde pela primeira vez as posições sobre preservação e desenvolvimento tenham se confrontado. Ao Brasil, na época, coube um papel de "vilão", ao advogar em favor da poluição se acompanhada de desenvolvimento, nas palavras de ministros de Estado de então. O que importa é que marcou o início do diálogo que resultou nas concepções atuais sobre meio ambiente e desenvolvimento.

de ações públicas e particulares para fazer face aos severos problemas de continuidade e mesmo de sobrevivência que a humanidade começava a enfrentar.

Genericamente, pode-se afirmar que ao fim, em termos de bases teóricas para as ações de proteção ambiental, prevaleceu a concepção de *desenvolvimento sustentável*, na qual não se dissocia o approach econômico, político e social da conservação da natureza. Distintamente de um papel meramente estético e de berço para reprodução biológica, o meio ambiente é reconhecido também como a coleção de recursos naturais apropriados pelo homem. Por outro lado, o conceito não representa também simplesmente o uso de instrumental economicista para a valoração dos componentes bióticos e sua preservação de cunho monetarista. Talvez signifique a introdução necessária, voluntária e coerente do conservacionismo em toda a atividade humana; o redescobrir pela humanidade, em seu percurso, de sua inafastável unidade com a natureza.

Por outro ângulo, os conceitos e teses que prevaleceram mostraram claramente a clivagem Norte-Sul nas relações internacionais e as diferentes atribuições, direitos e responsabilidades para os diversos países. Nesse quadro, país biologicamente diverso tornou-se quase sinônimo de país em desenvolvimento, e, no outro pólo, país com capacitação em tecnologia e biotecnologia remete ao grupo dos países desenvolvidos.

Nesse sentido, as questões da soberania e propriedade relacionadas ao acesso assumem um papel fundamental para o conhecimento do tema e para a formulação de uma estratégia nacional adequada. Uma lei nacional sobre acesso deverá obrigatoriamente explicitar em que paradigma se fundamenta quanto aos vínculos jurídicos que almeja existir entre o Estado, os agentes particulares e os recursos biológicos e genéticos encontrados no território nacional. Uma abordagem sobre essa relação jurídica é precisamente o objetivo deste trabalho.

3. Projeto de Lei do Senado nº 306/95: regulamentação nacional do acesso

3.1. Histórico

No Brasil, especificamente no Poder

Legislativo, a perspectiva de regulamentação do acesso aos recursos genéticos permaneceu adstrita ao escopo da CBD até fins de 1994, ano em que ela entrou em vigor para o País. No âmbito do Governo, já se desenvolviam ações gerais e pontuais de implementação do tratado, sem entretanto observar-se uma diretriz específica para uma legislação sobre acesso⁷.

Vale dizer que estava em vigor, como até hoje, o Decreto nº 98.830, de 15 de janeiro de 1990 (regulamentado pela Portaria nº 55, de 14 de março de 1990, do Ministro da Ciência e Tecnologia), que dispõe sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil. Esse decreto, com dispositivos rigorosos, define sua aplicação a todas as atividades de campo, exercidas por pessoas físicas ou jurídicas *estrangeiras*, que tenham por objeto a coleta de dados, materiais, espécimes biológicos e minerais e peças integrantes da cultura nativa e cultura popular, que se destinem a *estudo ou pesquisa*. Determina que as atividades somente serão autorizadas se contarem com a co-participação e co-responsabilidade de instituição brasileira de competência correlata. O decreto dispõe sobre os procedimentos para solicitação da coleta, em que devem figurar, entre outros, a informação sobre as fontes de recursos e a autorização para divulgação científica do trabalho pelo MCT; regulamenta a possibilidade de remessa para o exterior, impõe a necessidade de acordo prévio para utilização comercial do material coletado e institui um sistema de sanções para os casos de descumprimento de suas disposições.

Em janeiro de 1995, o Senador Dirceu Carneiro, numa iniciativa que contou com a colaboração do Consultor Legislativo do Senado Federal Fernando Lyrio, apresentou o Projeto de Lei nº 001, de 1995, dispondo sobre os "instrumentos de preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País", que pode ser considerado o embrião da regulamentação do acesso no âmbito do Legislativo. Essa proposição criava uma comissão de recursos genéticos, com atribuições

⁷ Adiante-se aqui o reconhecimento, que se expressa abaixo, quanto ao pronto engajamento do Governo, principalmente por meio da Coordenação de Diversidade Biológica do Ministério do Meio Ambiente, para discutir e apresentar propostas ao Projeto de Lei nº 306/95, em tramitação no Senado, evitando-se assim a duplicação e dispersão de esforços.

de fiscalização e de implementação de medidas conservacionistas, condicionava o acesso à autorização governamental, regulamentava a remessa para o exterior e disciplinava a introdução de espécies, além de estatuir uma cláusula penal. O projeto, com oito artigos de conteúdo, foi apresentado no final da legislatura e, como não teve nenhum andamento até o encerramento da mesma, foi arquivado definitivamente, conforme previsto no Regimento Interno.

Por esse tempo, e até abril de 1996, tramitava no Senado o Projeto de Lei da Câmara nº 115/93, sobre propriedade industrial – a notória lei de patentes. Entre os temas mais polêmicos desse projeto, figuravam a dimensão e as repercussões do patenteamento de formas de vida. Nesse longo processo, com debates e emendas nas Comissões de Constituição e Justiça e de Assuntos Econômicos e no Plenário, destacou-se, no final, a participação da Senadora Marina Silva, do Acre, empossada na legislatura iniciada em fevereiro de 1995. Estando o projeto já em fase de Plenário, realizaram-se numerosas discussões em seu gabinete para a elaboração de emendas sobre o patenteamento na área da biotecnologia. Entre essas, cabe destacar aqui duas propostas apresentadas pela Senadora Marina Silva. A primeira, acrescentando um artigo no capítulo sobre os titulares de patentes, com o seguinte teor:

“Art. – As comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica será assegurada a partilha equitativa dos direitos de patente relativos ao uso de seus conhecimentos, inovações e práticas aplicados aos recursos biológicos locais.”

A segunda criava outra condição para o pedido de patente, quando este se referisse aos conhecimentos das comunidades indígenas e locais, adicionando o seguinte parágrafo ao art. 24 daquele projeto de lei:

“§ 2º. No caso de pedido de patente relacionado aos conhecimentos, inovações e práticas de comunidades locais e povos indígenas aplicados aos recursos biológicos locais, o relatório será suplementado por documentação indicando precisamente a origem geográfica e etnológica do material biológico e/ou processo biotecnológico e certificando a contratação junto às comunidades locais e populações indígenas da partilha

equitativa dos direitos de patente respectivos.”

Se se observar bem, esses dois singelos dispositivos já se constituíam em um vigoroso ensaio de uma disciplina do acesso aos recursos genéticos. O primeiro determinando a repartição equitativa de benefícios em caso de patente relacionada a conhecimento tradicional, e o segundo criando o chamado “passaporte” do material biológico objeto da patente, a condição mais eficaz para a referida partilha dos benefícios. Como se sabe, as emendas foram rejeitadas. Todavia, o outro resultado dessas discussões, quando se vislumbrava também a perspectiva de apresentação e discussão de uma lei sobre cultivares, foi a decisão da Senadora Marina Silva de propor um projeto de lei sobre acesso aos recursos genéticos, no intuito de prover uma legislação ampla sobre essa matéria, apta portanto a sanear os eventuais defeitos dos demais textos pertinentes. Desde meados de 1995, fomos incumbidos, juntamente com o Consultor Legislativo Fernando Lyrio, da elaboração desse projeto. Sua apresentação ocorreu em outubro de 1995, sob o protocolo de Projeto de Lei do Senado nº 306, de 1995. A intenção explícita do legislador era dar início ao debate sobre essa questão. Importava apresentar um texto que contivesse a gênese da abordagem necessária para uma lei de tal natureza, que apresentasse as diretrizes essenciais para essa regulamentação, e que se promovesse a discussão nacional com o duplo objetivo: aperfeiçoar o texto do projeto e garantir sua eficácia pela difusão do conhecimento a todos os usuários e beneficiários da lei⁸.

⁸ De fato, a intenção do Senado tem sido alcançada e a discussão do tema alargou-se bastante durante o ano de 1996. A Comissão de Assuntos Sociais do Senado, órgão que deverá apreciar o parecer do Relator, Senador Osmar Dias, realizou em agosto e setembro de 1996 três audiências públicas (São Paulo, Manaus e Brasília) e participou da organização do *workshop Acesso a Recursos Biológicos - Subsídios para sua Normatização*, junto com o Ministério do Meio Ambiente, em outubro de 1996. Ademais, os senadores e consultores responsáveis pelo projeto participaram de numerosos seminários e debates promovidos por diversas entidades, para discutir o projeto, na Colômbia, Argentina, Campinas, Rio de Janeiro, São Paulo e Nova Friburgo, apenas para citar os eventos de caráter formal. O processo de diálogo com a sociedade, entretanto, está longe da perfeição. Uma das principais críticas que se deve fazer neste processo refere-se à debilidade da participação de comunidades indígenas.

Com esse escopo e com essa pretensão política, o projeto foi apresentado, recebeu como Relator designado o Senador Osmar Dias, e, ao longo de sua tramitação, a iniciativa vem se fortalecendo pelas fundamentais contribuições do Poder Executivo, das organizações não-governamentais, das associações de classe, das instituições de pesquisa, entre outras entidades interessadas.

3.2. Os núcleos legislativos do PLS nº 306/95

Todos os temas da CBD sobre acesso, compreendendo aquilo que denominamos acima de agenda do acesso, fazem parte do projeto de lei nacional. Distintamente, porém, do compromisso internacional, devem figurar no quadro normativo interno com a responsabilidade adicional de ter de expressar um comando de eficácia muito mais nítida, emanado de uma soberania nacional inconteste e única (este pode ser um ponto de reflexão, inicial mas que deverá perpassar todo o processo de redação legislativa: como produzir o texto adequado e com máxima eficácia).

Como veremos abaixo, pela coleção de questões jurídicas, somos desafiados hoje a construir uma disciplina legal inovadora, para um campo de direitos até então não-positivado, em que contribuições doutrinárias e fontes comparadas são escassas. O pouco material que possa ter representado um aporte direto ou indireto para a produção legislativa, especificamente, foram o projeto de resolução do Pacto Andino, a recente legislação das Filipinas e algum material sobre contratos de transferência de material genético. Fontes tão importantes nesse processo foram, também, as contribuições orais e escritas apresentadas nos diversos debates e reuniões particulares e nas audiências públicas realizadas pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado em São Paulo, Manaus e Brasília, nos dias 19 e 26 de agosto e 10 de setembro de 1996.

Este trabalho representa, portanto, uma revisão do estado da arte da discussão sobre a matéria, no sentido de permitir que os novos aportes possam agregar componentes mais definitivos para a produção do texto legislativo. Tem por base não somente o texto seco inicial do projeto publicado em 1995, mas também os recentes estudos sobre propostas de alterações para serem utilizadas na elaboração do parecer do Senador Osmar Dias, que constituem material de trabalho em desenvolvimento, não-publicado, não-avalizado pelos parlamen-

tares envolvidos com o projeto, embora de circulação autorizada entre a comunidade interessada⁹.

Em primeiro lugar, devo registrar que, *nesse estágio inicial*, a principal dificuldade no projeto não se deve a conflitos de natureza política, ideológica ou técnica, como ocorreu na lei de patentes e, em menor escala, tem acontecido no projeto de lei sobre cultivares. Considero que o principal obstáculo da proposta (reitero: nesse estágio inicial) tem sido o marcante caráter de inovação dessa legislação, ante o qual se agrupa todo o atual esforço de composição política e técnica em torno do projeto, entre Governo, sociedade civil e Legislativo. Para cumprir este requisito de inovação legislativa, legitimados pela CBD, com todo seu aparato de implementação (Secretariado¹⁰, SBSTTA¹¹ e Conferência das Partes¹²), e pela crescente consciência de proteção ambiental, somam-se todos os esforços institucionais na discussão desta lei. Possivelmente, em outro momento posterior, pode ser que o empenho de composição política e técnica tenha outro objetivo que não o enfrentamento

⁹ A última versão do estudo para a elaboração do parecer ao projeto de lei data de 30 de novembro de 1996. Apesar das profundas alterações e acréscimos nos capítulos que tratam dos princípios e do regime contratual do acesso, nesta versão ainda não se incorpora nenhuma modificação no importante capítulo sobre a proteção dos direitos das populações indígenas sobre seus conhecimentos.

¹⁰ O Secretariado da CBD, estabelecido pelo artigo 24, é administrado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e está sediado em Montreal, Canadá, por decisão da segunda reunião da Conferência das Partes, em 1995.

¹¹ *Subsidiary Body for Scientific, Technical, and Technological Advice*, previsto no artigo 25 da Convenção. O SBSTTA provê consultoria relacionada à implementação da CBD à Conferência das Partes. É um corpo multidisciplinar de representantes dos Governos, *experts* nos campos mais relevantes para a Convenção. Sua primeira reunião ocorreu em setembro de 1995 e a segunda em setembro de 1996.

¹² Órgão que reúne periodicamente todos os países signatários da CBD, disciplinado no artigo 23. Desde a entrada em vigor da Convenção, em dezembro de 1993, a COP (para *Conference of Parties*) já se reuniu três vezes: em novembro de 1994, em Nassau, Bahamas; em novembro de 1995, em Jakarta, Indonésia; e em novembro de 1996, em Buenos Aires, Argentina. Apesar da coincidência de datas, não há periodicidade fixa para as reuniões, tanto que a COP-4 está marcada para maio de 1998, em Bratislava.

do óbice quanto às posições de conteúdo, e sim a superação de contradições de fundo político. Quero creditar a essa conjugação de tarefas o rápido amadurecimento do processo de criação legislativa. Com cerca de um ano de sérios e efetivos esforços de discussão, pode-se antever que esse projeto possa estar apto a ser votado pelo Senado até meados de 1997.

Com essa perspectiva conjuntural, na racionalização da discussão concluímos pela análise do projeto a partir de seus *núcleos legislativos* mais importantes, que condensam os pontos principais para decisão política e técnica. Preferimos denominar essas áreas de concentração temática de “núcleos legislativos” em vez de “pontos polêmicos”, como fizéramos no projeto de lei sobre patentes, porque agora, distintamente, não enfrentávamos as fortes controvérsias que caracterizaram aquela tramitação no Congresso Nacional. Patenteamento de plantas e animais, produção local, licença compulsória, *pipeline*, prazo de transição eram de fato questões polêmicas, sobre as quais as partes envolvidas até hoje não chegaram a acordo.

Essa separação do projeto em *pontos focais* foi sugerida quase naturalmente pelos temas que compõem a agenda do acesso e influenciada pelo processo de redação da lei, pelos atores envolvidos e autores consultados. Certamente alguns dos núcleos apresentam uma carga de dificuldade bem maior para solução legislativa que outros, sendo entretanto indispensável uma abordagem integral para a eficácia da lei.

No presente caso, repito, o desafio da construção de uma nova fórmula legal é ainda maior que eventuais disputas entre concepções de fundo sobre a matéria. Como mero exercício de futurologia, devo antecipar que, considerando-se os pontos de vista envolvidos, as controvérsias que, eventualmente, decorram deste projeto deverão girar sobre dois temas: o *alcance do texto* e a *forma de proteção dos direitos intelectuais das comunidades locais e indígenas*. Quanto ao primeiro tema, subentende-se que ao Governo parece interessar uma lei ordinária mais genérica, deixando-se ao alvitre do decreto regulamentador seu detalhamento executivo. Já setores da sociedade civil consideram necessária a especificação do *modus operandi* da regulação do acesso desde sua tramitação no Congresso, para não se correr o risco da adoção de uma disciplina sobre bio-prospecção muito aberta. No segundo ponto, concordam todos que não se pode usar os conceitos de propriedade intelectual, em sentido

estrito, para a definição dos direitos ditos comunitários, comunais ou coletivos. Porém, a divergência se instaura quando alguns setores do Governo e associações civis ligadas ao capital justificam essa opção em nome de uma proteção fraca para os direitos das comunidades, ao passo que as organizações não-governamentais e as instituições de pesquisa nacionais, majoritariamente, concordam em excluir a patente do universo do Direito intelectual comunal, mas em nome de uma proteção específica forte para o conjunto cultural da comunidade. Esses focos de eventuais dissensos, analisados aqui e em outros documentos, são, todavia, elementos fundamentais para a construção de uma legislação conseqüente.

Por ora, deixemos de lado os demais aspectos da agenda do acesso e nos dediquemos às questões relativas à *soberania sobre propriedade dos recursos genéticos*, acerca das quais se discorre abaixo. Informe-se, entretanto, para efeitos de uma apresentação completa da *decupagem* do assunto que propomos, o que entendemos serem os demais núcleos legislativos do Projeto de Lei nº 306/95, sobre os quais se apresentam, ao final, algumas pequenas considerações. São eles: 1) definições técnicas e institucionais para a aplicação da lei; 2) definição do regime contratual do acesso; 3) definição do regime de acesso para recursos genéticos alimentares; 4) repartição de benefícios com o país; 5) proteção dos conhecimentos das comunidades locais e populações indígenas; 6) transferência de tecnologia; e 7) definição do sistema de sanções penais, civis e administrativas.

4. Considerações sobre soberania e propriedade

4.1. Elementos do procedimento de acesso

Dependendo da solução técnico-política que se adote no projeto de lei, os procedimentos de acesso podem envolver os seguintes atores: o solicitante do acesso, que pode ser pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira; o Estado brasileiro; a instituição brasileira designada para acompanhar os trabalhos de acesso; a comunidade local ou população indígena fornecedora do conhecimento tradicional ou do cultivo agrícola domesticado; o curador de recurso biológico de acesso restrito; o pesquisador ou instituição titular do recurso genético;

e o proprietário do recurso natural que contém o recurso genético.

O acesso pode ter como objeto recursos genéticos *in situ*, desconhecidos ou conhecidos; recursos *ex situ*; recursos genéticos específicos de acesso restrito; cultivos agrícolas domesticados; e conhecimentos associados das comunidades locais e populações indígenas.

Quanto à finalidade, o acesso aos recursos genéticos pode ser compreendido por seus objetivos comerciais ou primariamente para pesquisa.

Prescreve-se, ademais, que o contrato de acesso deverá incorporar condições que permitam a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos do acesso com o País e com os detentores privados dos bens genéticos, e, quando for o caso, a garantia de compensação, igualmente justa e equitativa, às comunidades locais e populações indígenas, pela utilização de seus conhecimentos associados aos recursos genéticos.

Para o universo de relações entre esses sujeitos, conteúdos, finalidades e condições, a lei deve sistematizar os direitos e obrigações pertinentes aos procedimentos do acesso, o que denominamos aqui de regime contratual do acesso. E sobre todos esses elementos opera uma ordem jurídica que se afirma *soberana*, interna e externamente, a qual deverá definir o regime de *propriedade* aplicável ao manejo dos recursos genéticos, conceitos sobre os quais se discorre a seguir.

4.2. Entendimento de soberania na CBD e no Direito Internacional

A primeira consideração que se impõe refere-se ao valor da soberania que reveste um dos sujeitos do contrato de acesso – o Estado nacional –, seja como proprietário ou como mero interveniente (a depender do regime que se adote na lei). A pacificação desse conceito será fundamental para a elaboração e aplicação da lei.

Nas negociações que antecederam a assinatura da CBD esteve presente, durante muito tempo, a intenção de compreender os recursos genéticos como integrantes do *patrimônio comum da humanidade* (*common heritage of mankind*). Considerados juridicamente dessa maneira, os recursos genéticos seriam ou de apropriação livre por qualquer

pessoa ou administrados por um regime internacional. O Compromisso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos da FAO, de 1983¹³, buscava ser esse sistema regulatório de conservação e acesso aos recursos genéticos, mantendo, entretanto, o princípio do livre acesso entre os países. O Compromisso, por ser uma resolução de uma organização internacional, embora assinado por mais de 100 países, manteve-se como instrumento de *soft law*, sem vinculação jurídica plena, culminando por ser revogado com a entrada em vigor da CBD, que adotou paradigma contrário.

Pode ser interessante traçar aqui um breve paralelo com o Direito Internacional do Mar. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar¹⁴ estatui que os fundos marinhos (a Área) constituem um patrimônio comum da humanidade, a serem administrados pela Autoridade constituída na forma do tratado, a qual pode explorar diretamente os recursos da Área, por meio de uma empresa subordinada (também prevista no tratado), ou autorizar os Estados a realizarem atividades de exploração. Essa decisão da Conferência do Mar causou a recusa dos Estados Unidos em assinar a

¹³ *A International Undertaken on Plant Genetic Resources*, firmado como Resolução nº 8/83 da Organização para Alimentação e Agricultura das Nações Unidas – FAO, propunha que cada país protegesse seus recursos genéticos *in situ* e *ex situ* em nome da humanidade e criava a Comissão sobre Recursos Genéticos Vegetais para supervisionar sua aplicação.

¹⁴ Em inglês, *U.N. Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS), assinada em dezembro de 1982, em Montego Bay, Jamaica, depois de três rodadas da Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que se iniciou em 1958. A Convenção entrou em vigor em novembro de 1994, depois da sexagésima ratificação. O Brasil firmou o tratado em 1982 e o ratificou em 1988. Em junho de 1996, registravam-se 100 ratificações. Cuida-se de um acordo internacional de larguíssimo alcance, compreendendo todas as principais questões do Direito do Mar, incluindo o mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva, estreitos, plataforma continental, alto-mar, fundos marinhos (a Área), proteção do meio ambiente marinho, pesquisa científica no mar e solução de controvérsias. A Convenção também estabelece a criação de organizações internacionais, como a Autoridade dos Fundos Marinhos, mediante a qual as atividades de exploração dos recursos minerais dos fundos marinhos são organizadas e controladas, e o Tribunal Internacional do Direito do Mar, para a solução dos conflitos.

Convenção. Os Estados Unidos pretendiam que os fundos marinhos, leito do alto-mar, onde não incide nenhuma jurisdição territorial, mantivessem o *status* de *res nullius*, coisa de ninguém ou de quem a encontrar, sem regime internacional de utilização. A opção majoritária das nações foi em considerá-los *res communes*, coisa comum, patrimônio comum em que incidem múltiplos direitos, a ser apropriado de forma convencionada. Registre-se, então, que, na questão dos fundos marinhos, uma vez que localizados fora das jurisdições territoriais nacionais e dependentes de alta tecnologia para sua exploração, foram os países do Sul que buscaram e aprovaram a fórmula do *patrimônio comum da humanidade*.

Na CBD, essa mera condição geográfica de incidência do fator em disputa mais uma vez faz a diferença. Desta feita, os países do Sul, subdesenvolvidos em sua maioria, mas ricos em biodiversidade, que brota e floresce no seio de suas matas e sertões, não aceitaram a adoção do princípio do patrimônio comum da humanidade para o tratamento dos componentes bióticos. Exigiram que a concepção de jurisdição territorial fosse acolhida para a disciplina da matéria. A tese foi vencedora. Ao cabo de vários anos de negociações, o texto final da CBD firmado no Rio de Janeiro, em 1992, trazia o paradigma jurídico a ser implementado: “os Estados têm direitos soberanos sobre seus próprios recursos biológicos”, ao mesmo tempo em que se garante o princípio internacionalista de que “a conservação da diversidade biológica é preocupação comum da humanidade” (Preâmbulo da CBD).

Pela primeira vez se utiliza a expressão *preocupação comum da humanidade*¹⁵ em um acordo internacional. Essa inovação conceitual reflete o novo tratamento que se quer conferir, daquele momento em diante, aos problemas ambientais internacionais. Dada a característica das questões a serem enfrentadas, o modelo da independência e autonomia estatal não se mostra suficiente. Há que se enquadrar as atividades necessárias como tarefa comum, como preocupação comum. Esse novo princípio vai ter sua aplicação prática, seja na construção e consolidação de regimes ambientais internacionais de âmbito global, seja em acordos bilaterais ou regionais para proteção ambiental.

¹⁵ *Common concern of mankind*, na versão em inglês. Este conceito aparece também na Convenção-Quadro sobre Mudança Climática, firmada igualmente na Conferência do Rio, de junho de 1992.

Todavia, ocupa-nos aqui, principalmente, a compreensão de como se devem traduzir os “direitos soberanos sobre seus próprios recursos biológicos” na lei nacional sobre acesso, ora em elaboração.

Trata-se de uma questão jurídico-política central ao projeto de lei, que acarretará importantes desdobramentos na formulação do regime contratual e da proteção dos direitos comunais. Estranhamente, pouca discussão substancial tem-se entabulado até o momento sobre o assunto¹⁶. Provavelmente, pelo maior envolvimento nas discussões de setores ligados apenas aos aspectos científicos e técnicos do acesso, essa questão, essencialmente jurídica, tenha permanecido sem o suficiente enfrentamento.

A expressão dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos genéticos está formulada da seguinte maneira na CBD:

PREÂMBULO	Reafirmando que os Estados têm direitos soberanos sobre os <i>seus próprios recursos biológicos</i> .
ARTIGO 3-PRINCÍPIO	Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do Direito Internacional, <i>têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos</i> segundo suas políticas ambientais e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.
ARTIGO 15-ACESSO A RECURSOS GENÉTICOS	1. Em reconhecimento dos <i>direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais</i> , a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional.

¹⁶ Uma das exceções recentes é a monografia de SILVA, Eugênio da Costa e. *Biodiversity : related aspects of intellectual property rights*. Tóquio : Universidade das Nações Unidas, 1996. (Working Paper UNU/IAS n. 17), onde o autor aborda, entre outros assuntos, a tese da propriedade estatal dos recursos genéticos.

O que significaria, então, *soberania* no quadro normativo da CBD? A chave para essa resposta está em se observar que a Convenção sobre Diversidade Biológica opera no plano internacional; sua disciplina visa normatizar as atividades, no caso, atividades de acesso, praticadas como trocas internacionais. Assim, soberania reconhecida por um texto internacional reveste-se do conteúdo que o Direito das gentes lhe confere. Nesse sentido, soberania tem a conotação de *independência* ou *autonomia*. Ou seja, afirma-se, por outras palavras, que os Estados são autônomos para cuidar de seus recursos naturais. Esclareça-se que, no Direito interno, distintamente, o significado de soberania para o Estado nacional está mais próximo de *autoridade mais alta* e que não se submete a *nenhum poder superior*¹⁷.

Fica claro assim que, no Direito Internacional, mesmo em época de mundialização, quando os rigores territorialistas se atenuam, o termo *soberania* não pode ter o mesmo valor intrafronteiras de inferior/superior, uma vez que os Estados, formalmente, estão sempre em nível de igualdade jurídica. Sua expressão nesse campo se dá pelo conteúdo negativo de *independência* ou proativo de *autonomia* em relação aos demais pares. É com esse sentido que a expressão figura nos textos internacionais mais importantes, como as Cartas da ONU¹⁸ e da OEA¹⁹, por exemplo.

Observe-se ainda que o Direito Internacional ambiental vai além do reconhecimento da autonomia dos Estados na gestão de seus bens ambientais. Deve-se creditar a esse campo do Direito o *princípio da obrigatoriedade de intervenção estatal*²⁰, inscrito no Princípio 17

¹⁷ Para uma discussão do conceito de *soberania*, ver o verbete de mesmo título preparado por Nicola Matteucci no *Dicionário de Política* (BOBBIO, Norberto et al. 8. ed. Brasília : Ed. UnB, 1995).

¹⁸ Artigo 2 da Carta das Nações Unidas: “A Organização é baseada no princípio da igualdade *soberana* de todos os seus Membros.” (RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993).

¹⁹ Artigo 3º da Carta da Organização dos Estados Americanos: “A ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, *soberania* e *independência* dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional;”

Ibidem.

²⁰ Para a formulação deste e de outros princípios gerais de Direito Ambiental Internacional, ver MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios gerais de Direito Ambiental Internacional e a política

da Declaração de Estocolmo de 1972, que proclama: “deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”. Ou seja, reconhece-se a legitimidade para atuação estatal em atividades de vigiar e controlar a utilização de seus recursos naturais. E o Brasil, desde a criação da Secretaria Especial do Meio Ambiente, na década de 70, passando pela Constituição de 1988 e pelas políticas ambientais, tem confirmado e praticado esse princípio.

Por esse caminho, o do Direito Internacional, à primeira vista, o preceito da CBD nada mais faz do que reafirmar um dos mais antigos e consensuais princípios jurídico-políticos da civilização: o de que o território de cada Estado nacional conforma o conjunto de bens e pessoas sobre as quais aquele ordenamento exerce seu poder político soberano (independente, autônomo). E sendo a diversidade biológica um componente da coleção de bens nacionais, estará sempre compreendida entre os destinatários da soberania estatal. Seria desnecessário, então, este dispositivo na CBD? Tratando-se de uma obviedade, não seria mais aconselhável deixá-lo ao critério das práticas já em vigor? Para nós fica claro que é imprescindível a explicitação do caráter de soberania dos direitos de cada Estado-parte, porque cuida-se de um ato internacional que atua no nível da regulamentação sobre as trocas entre os Estados e de suas obrigações internacionais, sem se imiscuir na questão da organização interna. Ademais, torna-se relevante este reconhecimento em virtude de se estar transitando de um regime ou de coletas livres ou então disciplinadas apenas por instrumentos nacionais, não considerados pelo Direito Internacional, ou mesmo instrumentos internacionais de *soft law*, para um sistema ordenado de acesso aos recursos genéticos. Daí a importância de que na CBD haja a ostentação do princípio da soberania de cada Estado sobre seus recursos.

Por outro lado, aceitando-se o postulado de que a CBD opera apenas no plano internacional, carimbando o reconhecimento da independência (soberania) de cada Estado para cuidar de seus recursos, não se pode *a priori* concluir que a *soberania* contemplada na CBD signifique apenas competência legislativa,

ambiental brasileira. In : BENJAMIN, Herman (coord.). *Dano ambiental* : prevenção, reparação e repressão. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

administrativa e judicial plenas e não propriedade estatal dos recursos, por exemplo. Pode ser plenamente legítimo, do ponto de vista da CBD e do Direito Internacional, que um país decida considerar seus recursos genéticos como patrimônio estatal e administrá-los dessa maneira, cumprindo integralmente os preceitos da Convenção, que aliás, no artigo 15, ao falar apenas em acesso *entre* os Estados-Partes enquanto tais, sem referências a atividades individuais ou internas a cada país, permite uma interpretação bastante estatocêntrica de seus termos. Com essa observação pretende-se, desde já, afastar as teses apriorísticas de que a CBD não permitiria a apropriação estatal dos recursos genéticos. Na verdade, a CBD nem sequer aborda essa problemática.

Quer-se reiterar, portanto, que o exclusivo entendimento do conceito de soberania no texto da CBD, um ato internacional, reporta-se à autonomia do país para dispor sobre seus recursos genéticos; preceito que poderia ser deduzido do sistema jurídico-político vigente, mas que se torna necessário escrevê-lo e divulgá-lo, posto que inserido em uma convenção sobre relações de trocas entre os países e sinalizador da transformação de um regime de livre acesso para um regime negociado. Portanto, não vai ser no campo do Direito Internacional que vamos buscar as ferramentas para construir a definição de soberania e propriedade dos recursos genéticos que tal legislação requer.

4.3. Entendimento de soberania no Direito interno e a titularidade jurídica dos recursos genéticos

Seria suficiente o texto convencional se se estivesse apenas disciplinando trocas mercantis tradicionais entre países, quando se ignora o processo de produção do bem exportado ou importado, e apenas a quantidade estocada na alfândega é verificada. Não é o caso quando se cuida do acesso aos recursos genéticos, que inclui da coleta à comercialização de componentes da diversidade biológica, rede matriz da vida na biosfera. O patrimônio genético do país não pode ser simplesmente tratado como um armazém de mercadoria para ser objeto de escambo. O acesso aos recursos genéticos representa a atividade essencial, o ponto fulcral de qualquer política de proteção do meio ambiente, e essa preocupação, todos sabemos, há muito tempo está inscrita em nossa legislação e em nossa organização como soci-

idade. Por esse motivo, faz-se imprescindível um desenho o mais adequado possível do papel a ser desempenhado pelo Estado nacional brasileiro na regulamentação e administração do acesso.

A primeira certeza incontestável é a de que o Brasil, assim como os demais países, irá exercer, plenamente, as soberanias estatais típicas sobre o acesso aos recursos genéticos. Ou seja, ao Estado brasileiro caberá legislar, julgar e administrar todas as questões afetas a esse campo; em caráter monopolístico, inclusive, quanto às duas primeiras funções citadas, legislativa e jurisdicional, e com a participação do particular quando no desempenho da função administrativa²¹. O dilema se instala verdadeiramente quando se vai além da questão da soberania e se pretende detalhar com mais precisão a relação jurídica de dominialidade entre a coleção dos recursos genéticos do país e o poder público.

Na verdade, a preocupação com a titularidade de direitos patrimoniais nessa área vem-se registrando desde que o meio ambiente, em si, deixou de ser meramente o entorno passivo e inerte e passou a integrar o conjunto de bens jurídicos de cada nação, assim como de toda a humanidade. Isso porque se trata de uma área que, além das questões sanitárias e de preservação das condições para a vida, compreende também aspectos estéticos, culturais ou de inter-relações de efeitos por vezes geograficamente distantes, e, o que nos interessa mais nesse estudo, inclui até o controle sobre recursos naturais que recebem rotineiramente outro tipo de relação jurídica de apropriação humana. Tal é o caso de uma pretendida lei de acesso. Cuida-se de instrumento para dispor sobre a atividade de utilização de um patrimônio natural, no qual se prevê a atuação essencial do Estado, devendo portanto estabelecer-se uma clara definição sobre qual a relação jurídica existente entre a organização política constituída e o patrimônio genético incidente no território.

Sobre essa definição, tema central deste trabalho, estarei utilizando, fundamentalmente, o texto de Antonio Herman Benjamin, "Função

²¹ Ver BENJAMIN, Herman (coord.). *Dano ambiental* : prevenção, reparação e repressão. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993 : Função ambiental; para um completo estudo sobre a construção do conceito de "função ambiental", nas atividades estatais especializadas, no moderno Direito Administrativo.

Ambiental”, publicado em *Dano Ambiental - Prevenção, Reparação e Repressão* (RT, 1993, p. 9-82). Nesse artigo, o eminente jurista alcança o exato desenho da disciplina ambiental no ramo do Direito Administrativo, delimitando a *função ambiental* como a qualidade da função estatal nas atividades de proteção ambiental, além de prover o entendimento da titularidade na atividade de proteção ambiental, seja na garantia do direito a um bem jurídico ambiental mais abstrato, seja na preservação de recursos físicos, como é o caso de espécies componentes da diversidade biológica.

Cumpra destacar em primeiro lugar que uma lei de acesso aos recursos genéticos não se tipifica como uma lei de proteção ambiental em sentido amplo, onde o bem jurídico a ser protegido é o meio ambiente, considerado nesta escala sempre como um *bem público de uso comum*. Nessa acepção, o meio ambiente é um *macrobem*, que pode ser composto de *microbens*, tais como os componentes da biosfera, mormente aqueles mais importantes para a manutenção do ciclo da vida, quais sejam, as florestas, as águas, o ar, as plantas, animais e microorganismos. A legislação sobre os *microbens*, sobre os componentes materiais do meio ambiente é também uma legislação de proteção ambiental. Entretanto, nesse caso, já não se impõe a estes *microbens* invariavelmente a titulação jurídica de *bem público de uso comum*. Sobre as matas, animais, e mesmo sobre o ar, por exemplo, podem incidir outros regimes de propriedade. Existem florestas pertencentes à União e bosques de propriedade particular, sem que indistintamente se deixe de aplicar o Código Florestal. Quer-se dizer, afinal, que os bens que compõem o meio ambiente, e que são alvo de legislações específicas, podem ser públicos ou privados. A primeira clivagem que se deve fazer, portanto, é a de que a lei de acesso não constitui especificamente um instrumento de tutela a um bem público de uso comum, mas busca disciplinar a utilização de bens que, à primeira vista, poderiam ser considerados bens públicos ou privados.

Deve-se observar que não é o critério da possibilidade de *utilização* que afasta os recursos genéticos da classificação de *bem público de uso comum*, uma vez que esse tipo de bem (público de uso comum), apesar de insuscetível de apropriação individual, é passível de utilização, individual ou coletivamente. Na verdade o termo *uso comum* opõe-se à concepção de *uso privado*, se se tem em

mente a idéia de apropriação e de exclusão dos demais interessados. A não ser então pelos raros casos de desafetação, esses bens são por natureza inalienáveis e imprescritíveis, o que não impede a utilização individual, tal como se verifica com o ar, as águas, os mares, as ruas etc.

Os recursos genéticos, por sua vez, foram, são e serão cada vez mais plenamente utilizáveis. Entretanto, distintamente dos bens públicos de uso comum, aceita-se majoritariamente em todas as legislações e doutrinas, assim como nas práticas ancestrais de circulação de materiais genéticos, que esses recursos naturais podem ser objeto de apropriação individual e de algum tipo de alienação, tal como semelhantemente ocorre com os demais recursos da natureza. Conclui-se, assim, em primeiro lugar, que o recurso genético não pode ser enquadrado como *bem público de uso comum*.

Vejam, então, as demais aproximações de classificação jurídica que se fazem necessárias. As fontes para tal devemos buscar na Constituição, no ordenamento jurídico infraconstitucional, no Direito comparado e na doutrina, assim como nos princípios éticos e morais que conformam a sociedade. A primeira consideração, sem qualquer aprofundamento, tomamos deste último campo de origem da normatividade humana – a ética e a moral. Pelos valores intrínsecos, é imperioso distinguir a apropriação jurídica de bens manufaturados ou naturais sem vida daquela apropriação dirigida aos seres vivos e seus componentes, principalmente hoje quando se tem consciência da radical necessidade desse substrato de diversidade biológica para a manutenção de todas as formas de vida na Terra, inclusive do homem. Certamente nenhuma legislação atual permitirá que haja apropriações tipicamente liberais para esse tipo de recurso natural.

Sabendo-se então que os recursos genéticos não podem ser considerados *bens públicos de uso comum*, pelos motivos acima, de que forma deve uma legislação moderna enquadrar esses bens, no que diz respeito à titularidade jurídica, segundo os princípios do Direito Administrativo?

Devemos, preliminarmente, determinar se os direitos de propriedade, garantidos constitucionalmente, podem abranger os recursos genéticos. Ou seja, de modo mais pragmático: deve o proprietário do recurso natural (terra,

madeira, etc.) que contém o recurso genético ser considerado também proprietário deste recurso genético? Em nosso entendimento, afasta-se a noção de *bem público comum* para o recurso genético em razão exclusivamente do sentido finalístico de *uso comum* que está inserido neste conceito, pelo qual não se permite a apropriação. Entretanto, mesmo não sendo de *uso comum*, deve permanecer a característica de *bem público* para o recurso genético, o que significa que sobre este bem recai o interesse público. Para corroborar a concepção do recurso genético como bem público, analise-se o capítulo da Constituição sobre meio ambiente. O art. 225, onde se observa a explicitação, em seu *caput*, do meio ambiente em sentido macro como bem público de uso comum, traz ainda os seguintes preceitos:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

.....
II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

.....
VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

O § 4º do mesmo artigo é outro dispositivo que remete à consideração acerca da obrigatoriedade da atribuição de *interesse público* aos principais ecossistemas brasileiros:

“§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são *patrimônio nacional*, e sua utilização far-se-á na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, *inclusive quanto ao uso dos recursos naturais*.”

Mesmo em se tratando de bens públicos, o Direito ainda nos provê outro refinamento dessa classe de bens, exatamente no sentido de possibilitar sua apropriação. São aqueles

denominados no Direito Administrativo de *bens públicos de uso especial*. A diferença neste caso é que, mesmo mantido o interesse público, podem abrir-se exceções e permitir-se algumas formas de apropriação privada sobre estes bens. Observemos que continuam classificados como bens públicos, porém sua utilização não é facultada a todos indistintamente, “mas apenas a pessoas determinadas, com base em um título particular, constituído ou pelo pagamento de uma taxa (pedágio, para o trânsito sobre algumas estradas ou pontes; direitos de ancoragem, para permanência nos portos), ou, então, pela obtenção de permissões ou licenças expedidas pela autoridade administrativa”²².

Ainda segundo o ilustre administrativista José Cretella Junior, os bens públicos de uso especial podem ser definidos como “toda parte do domínio público sobre a qual determinadas pessoas exercem direitos de uso e gozo, mediante outorga *intuitu personae* do poder público, através dos institutos da permissão ou da concessão”. Considera que permanece o manto do *interesse público* sobre esse tipo de bens, com as características de inalienabilidade e imprescritibilidade. Porém, faculta-se ao poder público levantar a condição de inalienabilidade e promover a apropriação privada conveniente, na forma da lei.

É possível que essa seja a classificação mais adequada para os recursos genéticos nacionais. Por ela, acata-se o princípio do interesse público para a tutela desses bens, permitindo-se ao poder público excepcionar, em bases legais e contratuais, a condição de impossibilidade de apropriação privada, o que é exatamente a finalidade do acesso. Há que se atentar para a ocorrência de recursos em áreas privadas e para a existência de coleções genéticas privadas. Nesse caso, a lei deverá criar condições para levantar *a priori*, e sem burocracia, a característica de inalienabilidade, em benefício porém apenas do proprietário ou posseiro legítimo, ressaltando que qualquer negociação ou transação com vistas ao acesso aos recursos genéticos dessas áreas ou dessas coleções só poderão ser efetuadas pelo poder público, garantidos ressarcimentos ao proprietário. Por sua vez, os recursos genéticos situados em áreas públicas seriam de domínio pleno do Estado, e teriam o acesso negociado sem intervenção de particulares.

²² CRETELLA JUNIOR apud BENJAMIN, op. cit.

Observa-se também que é essa orientação que vem sendo imprimida às legislações dos demais países. Recentemente foi editada a lei sobre acesso do Equador, declarando que as espécies que integram a biodiversidade são “bens nacionais e de uso público”, que deve representar uma classificação jurídica semelhante à que se propõe acima, *verbis*:

“Art. 1 - El Estado Ecuatoriano es el titular de los derechos de propiedad sobre las especies que integran la biodiversidad en el país, a las que se considerara como bienes nacionales y de uso público.

Su explotación comercial se sujetará a la reglamentación especial que para este efecto dictará el Presidente de la República, garantizando los derechos ancestrales de las comunidades indígenas sobre los conocimientos y los componentes intangibles de biodiversidad y de recursos genéticos y a disponer sobre ellos.”

Da mesma forma, as Filipinas adotaram recentemente a *Executive Order* nº 247, que estabelece em seu preâmbulo que “wildlife, flora and fauna, among others, are owned by the State and the disposition, development and utilization thereof are under its full control and supervision”.

Em suma, sem prejuízo de outras considerações que possam ser feitas no atual processo de elaboração da lei, inclusive com o convencimento dos agentes de que outra tipologia jurídica deva ser tentada, entendemos que a lei brasileira sobre acesso deverá imputar aos recursos genéticos a nomenclatura de bens públicos de uso especial, por ser a mais conveniente do ponto de vista político, jurídico e técnico. Essa conceitualização jurídica facilitará a implementação da lei, além de propiciar as melhores condições para otimizar a lei como instrumento de política ambiental, sem entravar a pesquisa e a prospecção biológicas.

5. Outros aspectos sobre o PLS nº 306/95

5.1. Definição de conceitos para aplicação da lei

A versão de trabalho do projeto apresenta uma primeira grande inovação ao acrescentar um artigo inicial composto apenas de definições de termos para efeitos da lei. Ao longo do estudo do tema e dos debates, foi-se cristalizando a

necessidade de tal rol de conceitos que ora se incorpora.

Na doutrina e nos regimentos legislativos, não há regra específica para a adoção ou não de definições em qualquer lei. Cuida-se de ato de vontade do legislador, a partir de alguns critérios de bom senso. Evidentemente não seria necessário explicitar definições para os conceitos mais triviais, o que poderia trazer inclusive problemas quanto à aplicação da lei. Por outro lado, a regulamentação de assuntos contemporâneos e de natureza científica muito provavelmente vai requerer um quadro de termos. A lei sobre biossegurança²³, por exemplo, inclui um artigo com definições bastante técnicas. Já durante a tramitação da lei de patentes, uma discussão bastante acirrada operou-se justamente sobre a inclusão ou não de definições, culminando por introduzir-se apenas o conceito de microorganismo transgênico para fins de patenteamento.

A questão reside, assim, em situar-se numa posição em que, por um lado, a aplicação da lei, administrativa e judicialmente, não fique prejudicada e, por outro, que a lei tenha o alcance preciso que se requer. Reporta-se também a questão à tradição do sistema legislativo brasileiro. Apesar de seguirmos a linha

²³ Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que disciplina o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGMs). Esta legislação cria a Comissão Nacional de Biossegurança (CTNBio), ligada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, composta de 18 membros do Governo e da sociedade civil, que será responsável pela normatização, avaliação e emissão de pareceres relacionados à transferência, manipulação e uso de OGMs no Brasil. As normas e regulamentos relativos às atividades e projetos relacionados a OGMs e derivados a serem expedidas pela CTNBio abrangerão a construção, cultivo, manipulação, uso, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, liberação e descarte dos mesmos, com vistas especialmente à segurança do material e à proteção dos seres vivos e do meio ambiente. As entidades nacionais, estrangeiras ou internacionais, para que possam desenvolver atividades relativas a OGMs e derivados no Brasil, deverão requerer à CTNBio o Certificado de Qualidade em Biossegurança - CQB. A legislação brasileira de biossegurança determina ainda que toda instituição que se dedique ao ensino, pesquisa, desenvolvimento e utilização de técnicas de engenharia genética, pública ou privada, nacional ou internacional, deverá constituir uma Comissão Interna de Biossegurança (CIBio), cujos mecanismos de funcionamento serão estabelecidos pela CTNBio.

do Direito positivado, distinto do Direito costumeiro, não é usual no Brasil a redação de artigos ou preâmbulos contendo definições de termos. Essa prática é mais corrente no processo legislativo norte-americano e europeu, assim como na sistemática da elaboração de tratados, no âmbito do Direito Internacional público.

De qualquer forma, até o momento, por todos os setores considera-se necessária a implantação deste artigo contendo as definições sobre o assunto legislado. Subliminarmente, este dispositivo tem funcionado como um *ponto de acordo* para os demais comandos da lei. Todos, aparentemente, concordam com a necessidade de definições e que o conjunto proposto é adequado, enquadrando corretamente a lei. É fundamental, entretanto, que esta função de “linguagem comum” do artigo de definições venha a se tornar explícita, porque, na verdade, as posturas assumidas implicam atitudes de interpretação quanto aos mais diversos temas da lei. Destaco, em seguida, apenas o que considero um dos conceitos-chave em estudo, que condensa o ponto de vista assumido e se reflete em todo o quadro de definições. Seguramente muitas outras divergências poderão surgir acerca de todo o elenco de conceitos utilizado. E essa discussão, de todo o conjunto, é necessária para que se possa extrair o melhor efeito de “pacto” conceitual sobre a lei.

A primeira definição incluída é a de *acesso aos recursos genéticos*. Constitui-se o conceito lapidar do projeto. A pequenina vantagem prática dessa definição reside no fato de não se necessitar repetir, a cada utilização da expressão, o seu conteúdo. A imensa responsabilidade desse conceito é encerrar, em suas palavras, tudo o que doravante vai se entender como acesso no país, com a dimensão econômica e social que o fato agora se reveste. Dissemos acima que acesso é o estudo e o uso do recurso genético. Esse é o conceito do senso comum. Na lei, entretanto, o entendimento há de ser mais preciso.

A CBD reporta-se apenas a “acesso aos recursos genéticos” (artigo 15) e não fornece definição do termo, como o faz para dezessete outros termos em seu artigo 2^o²⁴. Também não impõe limites para o entendimento nacional

²⁴ A título de ilustração, observe-se que a Convenção adota definições para: biotecnologia, conservação *in situ*, conservação *ex situ*, material genético, recursos biológicos, recursos genéticos e utilização sustentável.

sobre acesso. Apenas preconiza que, “em reconhecimento dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais, a autoridade para determinar o acesso a recursos genéticos pertence aos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional” (CBD, artigo 15, § 1^o). Pudemos então construir nosso conceito, com aportes dos estudos do Pacto Andino sobre a matéria, sendo sua mais recente versão do seguinte teor:

“ACESSO AOS RECURSOS GENÉTICOS: obtenção e utilização dos recursos genéticos, material genético e produtos derivados, em condições *ex situ* ou *in situ*, existentes no território nacional ou dos quais o Brasil é país de origem, dos conhecimentos das populações indígenas e comunidades locais associados aos recursos genéticos ou produtos derivados e dos cultivos agrícolas domesticados no Brasil, com fins de pesquisa, bioprospecção, conservação, aplicação industrial ou aproveitamento comercial, entre outros.”

Buscou-se, obviamente, um escopo ampliado para a definição. Uma lei dessa natureza correria o risco de se tornar inócua se procurasse a salvaguarda apenas para o recurso genético em sentido estrito, tal como conceituado no artigo 2^o da Convenção: *material genético de valor real ou potencial*. A se entender desse modo, apenas os componentes bióticos conhecidos, depositados *ex situ* ou conservados *in situ*, teriam seu acesso regulamentado. A imensa quantidade de recursos genéticos, ainda sem valoração, ficaria ao sabor da coleta e remessa livres. Portanto, essa é uma definição que amplia o objeto da lei, em primeiro lugar, para alcançar o acesso aos produtos derivados. As demais ampliações do conceito reportam-se aos conhecimentos tradicionais associados, às condições de localização (no campo ou em depósitos) e aos cultivos agrícolas domesticados.

Outras definições também deverão merecer um cuidado extra para suportarem a aplicação da lei. Diversidade biológica, comunidade local e população indígena, produto derivado, provedor do conhecimento tradicional associado, recursos biológicos e recursos genéticos são os conceitos que considero de maior relevância para esta atenção, e sobre os quais não nos estende-

remos aqui, sendo certo entretanto que numerosas questões são suscitadas por cada palavra utilizada.

5.2. Os demais núcleos legislativos

Seguindo a agenda que propomos para discussão do projeto, consigno aqui algumas considerações sobre alguns dos demais assuntos centrais, apenas com a finalidade de alimentar a discussão, sem firmar posições definitivas.

Definição do regime contratual do acesso. Este capítulo deverá estabelecer as bases da filosofia sobre bioprospecção que se quer implantar. Separação entre acesso com fins comerciais e com fins científicos, permissão para acesso por pessoas estrangeiras, conteúdo e processamento do requerimento, participação das comunidades locais no processo decisório são alguns dos temas sobre os quais o projeto deverá adotar uma posição. Considera-se que, regra geral, esta lei deverá, ao mesmo tempo, controlar e estimular a bioprospecção. Controlar no sentido de não permitir a devastação e as apropriações indevidas de recursos nacionais; e estimular, porque se necessita também incrementar a capacitação tecnológica do país e também porque o mapeamento dos recursos genéticos é um requisito para sua preservação. Com este norteamento, pode-se dizer que o projeto deverá ser menos burocrático na concessão do acesso, sem entretanto perder os instrumentos de controle. Deverá também propiciar condições diferenciadas para iniciativas nacionais e estrangeiras, no intuito de fortalecer a capacitação local.

Definição do regime de acesso para recursos genéticos alimentares. A lei de acesso do Brasil deverá ser apta a trabalhar com a real situação de interdependência mundial de recursos genéticos domesticados e extrair os melhores benefícios. O Brasil vivencia uma situação de desequilíbrio da distribuição de recursos genéticos selvagens e domesticados. Enquanto é detentor de uma megadiversidade de recursos silvestres, é majoritariamente dependente dos recursos que compõem a cesta dos produtos agrícolas mais utilizados. Além do que nossos próprios recursos nativos alcançam melhoramentos em outros países e aos quais é importante termos acesso. Essa lei deverá refletir o novo compromisso internacional que deverá se firmar no âmbito da FAO, garantindo a supremacia nacional na regu-

lamentação dos acessos aos seus recursos genéticos.

Repartição de benefícios com o país e transferência de tecnologia. Exigência da própria CBD, o acesso aos recursos genéticos deverá propiciar aos países a partilha dos benefícios resultantes e o ganho de tecnologias relevantes, incluindo biotecnologias. Neste tópico o mais relevante é que se alcance dotar a legislação da maior eficácia possível. Na repartição dos benefícios, parece apropriado adotar o critério de aplicação local dos benefícios, de forma a garantir o retorno à região e à comunidade fornecedoras do recurso. Sobre a aquisição de tecnologias, considera-se adequado o mesmo princípio de aplicação local, podendo também a lei reforçar a utilização de mecanismo de *clearing-house*²⁵, previsto nos regimes ambientais internacionais, como um caminho efetivo para a transferência de tecnologia.

Proteção dos conhecimentos das comunidades locais e populações indígenas. Este talvez seja o capítulo da lei de maior dificuldade técnica e política para sua elaboração. Cuida-se de construir um sistema inovador de salvaguarda de direitos intelectuais comunais. Nenhum dos institutos existentes de propriedade intelectual pode ser adotado com plena adequação para essa nova categoria de direitos. O caminho parece ser buscar em cada um deles – patentes, direitos autorais, certificado de inventor, Lei Modelo da Unesco sobre Folclore, cultivares, entre outros – alguma característica aplicável ao novo sistema. Um princípio que deve prevalecer é o de que essa proteção deverá ultrapassar a condição meramente monetária para alcançar uma característica de totalidade, inerente ao conhecimento utilizado. A proteção visa salvaguardar práticas comunais de utilização da biodiversidade e, portanto, os institutos previstos devem proporcionar a valorização integral das comunidades. Nesse sentido, um primeiro *approach*, apenas em nível terminológico, é o conceito de *integridade intelectual*, para diferenciar de propriedade intelectual, que é um direito que se traduz,

²⁵ Pode ser traduzido como “câmara de compensação”, ou lugar onde se trocam informações sobre tecnologias, experiências e fontes de financiamento. A política nos regimes ambientais é a de estabelecer pólos regionais informatizados através dos quais o fluxo de informação possa trafegar da maneira mais ágil possível.

no mais das vezes, apenas pecuniariamente. Talvez não necessitemos criar um sistema tão elaborado para este capítulo. Mas pelo menos os seguintes princípios devem estar explicitados:

(1) definição clara do *status* jurídico dos recursos genéticos existentes nas áreas indígenas e dos conhecimentos pertencentes aos grupos indígenas e locais (esta definição poderá ser perfeitamente a que se propõe nesse estudo, em qualquer prejuízo para os direitos indígenas);

(2) obrigação do consentimento prévio e fundamentado para a realização do acesso nas áreas indígenas e o estabelecimento de uma norma clara que permita ao Estado atuar na proteção desse direito, inclusive com o ressarcimento dos benefícios ganhos ilegalmente;

(3) definição clara da atribuição jurídica das comunidades para firmar contratos ou outros instrumentos de acesso e defender seus direitos, administrativa e judicialmente.

Definição do sistema de sanções administrativas, penais e civis. Apenas registro uma posição consensual, nas discussões realizadas até agora, de que esta lei deverá se aparelhar de um capítulo de sanções contra seu descumprimento de alguma severidade, sob pena de se tornar inócua. A importância biológica, política, tecnológica e mesmo de segurança alimentar da matéria e a grandeza dos valores econômicos envolvidos impõem a adoção de um

enquadramento não apenas administrativo, mas também civil e penal, de maior poder de persuasão.

Bibliografia

- ALENCAR, Gisela Santos de. *Mudança ambiental global e formação do regime para proteção da biodiversidade*. Dissertação (Mestrado). Departamento de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, 1995.
- BENJAMIN, Herman (Org.). *Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993 : Função ambiental.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 8. ed. Brasília : Ed. UnB, 1995.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Dos bens públicos no Direito brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1969.
- DE KLEMM, C., SHINE, C. *Biological diversity conservation and the law*. Gland; Cambridge : IUCN, 1993. xix + 292 p.
- GLOWKA, Lyle et al. *Guia del convenio sobre la diversidad biológica*. Gland; Cambridge : IUCN, xii + 179p.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios gerais de Direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira. In : BENJAMIN, Herman (Org.). *Dano Ambiental : prevenção, reparação e repressão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- SILVA, Eugênio da Costa e. *Biodiversity : related aspects of intellectual property rights*. Tóquio : Universidade das Nações Unidas, 1996. (Working Paper UNU, IAS n. 17).

Previdência no âmbito municipal

VÍTOR ROLF LAUBÉ

SUMÁRIO

1. Considerações introdutórias. 2. Significado de previdência social. 3. Etiologia e evolução da previdência social. 4. Breve histórico da previdência social no Brasil. 5. Disciplina constitucional da previdência. 6. Regimes de previdência. 7. Regime Geral de Previdência Social. 8. Regime de Previdência Privada. 9. Regime de previdência do servidor público. 10. Previdência municipal. 11. Compensação financeira entre os sistemas de previdência social. 12. Normas gerais sobre a previdência municipal. 13. Considerações finais sobre o regime de previdência municipal.

1. Considerações introdutórias

A previdência social constitui atualmente tema de relevada importância, não só pelo elevado escopo que destina prover, mas também pelo especial momento por que atravessa, quando se depara com um sistema combalido, sem a necessária higidez financeira, em razão de uma série de fatos, que vão desde a má administração de seus recursos, o que não se revela novidade para ninguém, ao acentuado envelhecimento da população brasileira, propiciando um número crescente de beneficiários do sistema em detrimento de um número cada vez menor de contribuintes do mesmo. Daí, pois, as inúmeras ações governamentais no sentido de se lhe emprestar uma nova feição constitucional e subconstitucional, por meio da proposição de reforma de seus contornos básicos.

Como se tem conhecimento, não é só o regime geral de previdência social que se encontra em difícil situação financeira, mas também, conforme largamente veiculado pela imprensa, o regime próprio de previdência dos

Vítor Rolf Laubé é Procurador do Município no exercício do cargo de diretor de benefícios da Fundação de Previdência do Município de São Bernardo do Campo, pós-graduado em Direito, em nível de mestrado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP e presidente da Comissão Técnica Nacional de Institutos de Previdência Municipal – CTNIPM.

servidores federais, cujo número de beneficiários do sistema está muitíssimo próximo de ultrapassar o de respectivos contribuintes, situação essa, aliás, que também é possível de se vislumbrar em um razoável número de Estados da Federação, no que concerne aos pertinentes sistemas de previdência dos seus servidores.

Não obstante, tem-se por certo que, apesar desse grave quadro da previdência social entre nós, um segmento há que, ao contrário dos demais, vem-se apresentando capaz de superar ditas dificuldades, além de propiciar o investimento das suas substanciaosas receitas nos lindes do próprio ente federado que integra – o Município. Deveras, em muitos Municípios vem este segmento da previdência social se apresentando como alternativa extremamente eficaz para os seus segurados e beneficiários, mormente se comparado com os demais regimes de previdência, além do que também se erige em excelente forma de captação de receitas com aplicação dentro do próprio meio em que instalado, a citada unidade federada, de sorte a cumprir um duplo papel social, ou seja, para com a categoria que visa oferecer benefícios de natureza previdenciária, assim como à própria população local, que pode ver o emprego de referidas receitas revertidas em prol da coletividade. Todavia, tal deverá ser realizado com a devida garantia de que essa última finalidade não fulmine aquela primeira, razão maior do sistema em cotejo. É certo que, apesar dessas altaneiras finalidades, não apresenta ainda o sistema de previdência municipal as necessárias salvaguardas para tal coibir, de sorte que ainda ficam, por vezes, à mercê de “administradores” irresponsáveis e descomprometidos com o futuro, haja vista que não têm eles a menor preocupação em relação ao amanhã dos beneficiários do sistema.

Apesar desse preocupante aspecto, certo é que a previdência social municipal exsurge como um sistema de extremo vigor e aporte financeiro, sendo certo que nele há subjacente uma formidável alternativa ao tradicional sistema do regime geral de previdência, como do adiante averbado se vislumbrará.

2. Significado de previdência social

Apesar do já esboçado em sede de introdução, mister se faz aclarar o objeto nuclear do presente estudo.

A previdência social pode ser entendida como o conjunto de normas de proteção e defesa do trabalhador a determinados riscos como a velhice, a invalidez, a doença e o desemprego, entre outros, mediante aposentadoria, pensão a seus dependentes, amparo nas doenças etc. Constitui assim a previdência social uma forma de cobertura de sinistros, que nada mais são do que a verificação de riscos, com o que se tem a reparação dos prejuízos naturalmente advindos dos mencionados acontecimentos que independem da vontade humana.

Já de acordo com o escólio de Mozart Victor Russomano, a previdência social

“consiste na captação de meios e na adoção de métodos para enfrentar certos riscos (invalidez, velhice, acidente etc.) que ameaçam a segurança da vida humana e que são inevitáveis, por sua própria natureza, em toda a sociedade, por melhor organizada que seja.”¹

À sua vez, Octávio Bueno Magano entende que a

“Previdência Social é o resultado da sistematização dos seguros sociais, mas abrange também as medidas assistenciais realizadas pelas instituições seguradoras, visando ao bem-estar dos seus segurados. (...) Pode ser definida, em consequência, como a instituição que congrega e sistematiza os seguros sociais e concede assistência aos respectivos segurados.”²

Por fim, convém trazer à colação o entendimento de Wladimir Novaes Martinez³, para quem a previdência social pode ser conceituada, sob o prisma de sua finalidade,

“como a técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os afaça pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte –, mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.”

¹ *Curso de previdência social*, 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 52-53.

² *Manual de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo : LTR, 1984. v. 1, p. 58.

³ *A seguridade social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo : LTR, 1992. p. 99.

3. Etiologia e evolução da previdência social

À vista do bem que a previdência social busca amparar, lógico é de se deduzir que a sua origem não se apresenta recente, mas sim remonta aos primórdios da organização do homem em coletividade, quando obviamente se viu forçado a garantir as suas necessidades futuras e de seus semelhantes, principalmente dos mais desvalidos. Claro está que não exurgiu ela no momento em que o homem notou que necessitava amearhar reservas para o dia seguinte, tanto para si próprio como para os seus familiares, mas sim quando percebeu a necessidade de se organizar com outros, objetivando emprestar auxílio aos menos afortunados. Certamente foi desse sentimento de solidariedade e caridade que surgiu a previdência, por mais rudimentar que fosse, como forma de poupança organizada em benefício de uma coletividade, propiciando o enfrentamento eficaz das adversidades e riscos naturais da existência humana. Em conseqüência, possível é de se asseverar que surgiu ela como forma de *mutualismo*, ou seja, como um regime de auxílio recíproco entre os integrantes de determinado grupo, de sorte a existirem benefícios para uns e outros.

Partindo-se dessa premissa, que por motivos evidentes não se apresenta falaz, é que comumente se conclui que a origem da previdência social se encontra perdida na História, não se apresentando possível detectar com precisão o momento do seu surgimento.

Isso considerado, certo é que os primeiros traços de organizações com finalidades mutualistas são verificados durante o Império Romano, onde se tem notícia de que pequenos grupos de artesãos e produtores se associavam com, dentre outras, tais finalidades.

Já na Idade Média, há a multiplicação de diversas organizações incentivadas pela Igreja – corporações, irmandades, confrarias etc. –, com razoável grau de desenvolvimento e dotadas, todas elas, de um acentuado fim mutualista.

Mas é no século XVII que esse mutualismo passa indubitavelmente a ser alvo da preocupação estatal, haja vista que é promulgada na Inglaterra a “Lei dos Pobres”, marco primeiro da positivação legal do auxílio aos mais carentes pelo Estado. É, pois, nesse momento, na dicção de Mozart Victor Russomano, que

começa, na verdade, a história da previdência.⁴

Pois bem, da promulgação da lei inglesa aos dias de hoje, o Estado deixou de apenas garantir a assistência às pessoas mais necessitadas, passando também a cobrir uma série de riscos inerentes à condição humana e às atividades econômicas, bem como a prestar assistência em várias áreas, mediante diversos programas de ação; isso principalmente nos países mais ricos, onde o Estado proporciona toda a sorte de proteção aos homens, dando lugar ao que se convencionou chamar *seguridade social*, sistema cuja área de atuação é mais abrangente que a da previdência social.

4. Breve histórico da previdência social no Brasil

É de inafastável importância a todo estudo que se proceda acerca de qualquer instituto da Ciência do Direito que se investigue a sua evolução histórico-jurídica. Nesse sentido, a propósito são as ponderações de Theodor Sternberg⁵:

“El que quiera hacer Derecho sin Historia, no es un jurista, nin siquiera un utopista; no traera a la vida espíritu de ordenación social consciente, sino mero disorden y destrucción”.

De se verificar, então, mesmo que superficialmente, como conformada, no plano legal, a previdência nas diversas ordens constitucionais pátrias.

A previdência social, em nível subconstitucional, tem entre nós as suas primeiras estações durante o Império com a edição, quase simultânea, de três diplomas: o Decreto nº 9212-A, de 26 de março de 1888, a Lei nº 3397, de 24 de novembro de 1888, e o Decreto nº 10.269, de 20 de julho de 1889, que, respectivamente, criaram o montepio para os empregados dos Correios, a Caixa de Socorros em cada uma das Estradas de Ferro do Império e o Fundo de Pensões do Pessoal das Oficinas da Imprensa Nacional.

Já durante a República, os primeiros atos legislativos versando sobre a previdência social foram o Decreto nº 942-A, de 31 de outubro de 1890, que criou o Montepio Obrigatório dos

⁴ Seguiu-se a exposição de Mozart Victor Russomano no tocante à evolução da previdência social (op. cit., p. 2-7).

⁵ STERNBERG apud DINIZ. *Normas constitucionais e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 1.

Empregados do Ministério da Fazenda, e o Decreto nº 221, de 26 de fevereiro de 1890, que estabeleceu a aposentadoria dos trabalhadores da Estrada de Ferro Central do Brasil, benefício esse depois ampliado a todos os ferroviários do Estado pelo Decreto nº 565, de 12 de julho de 1890. Aos mesmos, importa referir, advieram outros que, de forma semelhante, cuidaram das aposentadorias de outras categorias de trabalhadores ligados ao serviço público.⁶

Seguindo-se com a produção legislativa na seara em cotejo, tem-se como importante marco na previdência social brasileira a edição da “Lei Eloy Chaves” – Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923 –, já que, por meio dessa norma legal, que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões para os empregados em cada empresa privada de estrada de ferro então existente, há o início da instituição de diversas outras caixas de aposentadoria e pensões junto às empresas.

Em 1926 foi criado o Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos Civis da União, sendo que no ano de 1931, pelo Decreto nº 20.465, além de ter sido consolidada a legislação referente às caixas de aposentadoria e pensões, foi estendido o regime da “Lei Eloy Chaves” aos empregados de diversos serviços públicos concedidos ou explorados pelo Poder Público e que não haviam sido alcançados pelo Decreto nº 19.497, de 17 de dezembro de 1930, que determinou a criação de caixas de aposentadoria e pensões para os empregados nos serviços de força, luz e bondes.

Todavia, a referida proliferação de caixas de aposentadoria e pensões somente encontrou par com criação e sucessiva multiplicação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, que, ao invés de estarem circunscritos aos trabalhadores de certas empresas como as caixas de aposentadoria e pensões, passaram a abranger os trabalhadores de determinadas categorias profissionais em âmbito nacional, com o que se iniciou um processo de sistematização na previdência social, apesar de cada instituto de aposentadoria e pensões possuir legislação própria, o que redundava na existência de direitos e deveres distintos entre os respectivos filiados. Nesse período, importa referir, foram instituídos os Institutos de Aposentadoria e

Pensões dos Marítimos (Decr. nº 22.872, de 29 de junho de 1933), dos Comerciários (Decr. nº 24.272, de 22 de maio de 1934), dos Bancários (Decr. nº 24.615, de 9 de julho de 1934), dos Industriários (Lei nº 367, de 31 de dezembro de 1936), dos Empregados em Transportes e Cargas (Decr. nº 1.557, de 8 de novembro de 1937) etc.

Após, num esforço de uniformização das normas sobre previdência e unificação dos diversos órgãos previdenciários, foi editado o Decreto-Lei nº 7526, de 7 de maio de 1945, a chamada “Lei Orgânica dos Serviços Sociais” (LOSS), que previu a criação do Instituto dos Serviços Sociais do Brasil. Ocorre, entretanto, que as referidas uniformização e unificação acabaram por não vingar nessa oportunidade.

No ano de 1950, por meio do Decreto nº 35.448, é expedido um Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadoria e Pensões com a finalidade de regular o cumprimento dos princípios gerais dos institutos de aposentadoria e pensões.

No entanto, foi apenas em 1960, com a promulgação da Lei nº 3.807, de 26 de agosto do referido ano, norma essa que também ficou conhecida como a “Lei Orgânica da Previdência Social” (LOPS), que se logrou atingir a uniformização da legislação previdenciária no tocante ao tratamento dispensado às diversas categorias, bem assim sobejaram transformadas todas as caixas então existentes em um único órgão, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários e Empregados Públicos.

Por outro lado, foi somente com a aprovação do Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, que, no respeitante à unificação dos diversos órgãos previdenciários, verificou-se a extinção dos já mencionados institutos de aposentadoria e pensões, uma vez que restaram eles sorvidos pelo então criado Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). De consequência, foi tão-só com a edição desse decreto-lei que realmente se atingiu o mencionado intento de unificação dos até então inúmeros órgãos de previdência existentes.

Já no que se refere à uniformização das normas previdenciárias, alcançada com o advento da LOPS, vale observar que tal diploma legal acabou sofrendo inúmeras alterações, com a produção de uma série de normas esparsas, em face do especial momento político que se experimentava no início da década de 1960, fato esse que só foi vencido com a definição da “Consolidação das Leis da Previdência Social”

⁶ Decreto nº 405, de 17 de maio de 1890; Decreto nº 1.541-C, de 31 de agosto de 1893; Decreto nº 4.680, de 14 de novembro de 1902; Decreto nº 9.284, de 30 de dezembro de 1911, etc.

(CLPS), aprovada pelo Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976.

Não obstante, passado pouco tempo da edição da CLPS, uma nova e significativa norma relativa à organização administrativa da previdência social é trazida a lume. Trata-se da Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), sob a orientação, controle e coordenação do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS). Dita norma criou, pois, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS), autarquias essas que, respectivamente, retiraram do INPS os pesados encargos relativos à assistência médica e à gestão financeira da previdência social. Além disso, a referida lei integrou ao SINPAS a Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA), a Fundação do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), a Empresa Brasileira de Processamento de Dados (DATA-PREV) e a Central de Medicamentos (CEME). Verifica-se, então, que, subjacente à instituição do SINPAS, houve notada intenção de se retirar do INPS toda atividade administrativa que não aquela inerente aos serviços de administração e concessão de benefícios, o que foi atingido, convém observar, com a criação e integração dos citados entes estatais, que passaram a se ocupar de uma série de atividades até então compreendidas no plexo de atribuições do INPS, bem como com a absorção, por esta autarquia, do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (IPASE) e do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL).

Ainda em 1977, restou criada a Previdência Complementar, por meio da Lei nº 6.435, de 15 de julho daquele ano, a qual, importa consignar, foi ulteriormente regulamentada pelo Decreto nº 81.240, de 15 de janeiro de 1978.

Pelos Decretos nºs 83.080, 83.081, ambos de 24 de janeiro de 1979, e 83.265, de 12 de março de 1979, foram aprovados, respectivamente, o Regulamento de Benefícios da Previdência Social, o Regulamento de Custeio da Previdência Social e o Regulamento de Gestão Administrativa e Financeira, bem assim Patrimonial da Previdência Social. Posteriormente, o Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1984, aprovou a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), em substituição à CLPS de 1976.

Mais recentemente, o Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, criou o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), mediante a fusão do IAPAS com o INPS, autarquia federal essa que subsiste até os dias de hoje, com a finalidade de promover a arrecadação, fiscalização e cobrança das contribuições sociais incidentes sobre as folhas de salários e demais receitas a elas vinculadas, assim como gerir os recursos do Fundo da Previdência e Assistência Social (FPAS) e conceder e manter os benefícios e serviços previdenciários.

Além disso, cumpre também destacar as Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, uma vez que aquela, além de dispor sobre a organização da Seguridade Social, também instituiu o Plano de Custeio e esta última dispôs sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

Por fim, vale mencionar a Lei nº 8.647, de 13 de abril de 1993, que tratou da vinculação do servidor público civil ocupante de cargo em comissão ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Essa, por conseguinte, é a síntese da evolução da previdência social no Brasil, sob o prisma da produção normativa infraconstitucional.⁷

5. Disciplina constitucional da previdência

Sem embargo da produção legislativa no plano subconstitucional sobre a previdência haver se iniciado, como já verificado, no final do século passado, é certo que o tema em apreço não restou abordado sob essa rubrica na Constituição Política do Império, de 1824, e tampouco na primeira Constituição da República, de 1891. Não obstante, a Carta Imperial continha uma única disposição de natureza securitária, que vinha estampada no item 31 do seu artigo 179, a qual expressava que “a Constituição também garante socorros públicos”. Além disso, por força do item 10 do artigo 10 do Adicional baixado pela Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, foi outorgada competência às Assembléias Legislativas para também legislar, entre outras matérias, sobre “casas de socorros

⁷ Acerca da evolução da previdência social no Brasil vide as exposições de RUSSOMANO, op. cit., p. 30-51; CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social*. São Paulo : LTR, 1980. p. 443-448, e COIMBRA, José dos Reis Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro : Edições Trabalhistas, 1993. p. 37-43.

públicos, conventos e quaisquer associações políticas ou religiosas”. Assim sendo, se a Constituição Imperial não cogitava expressamente do tema sob o rótulo “previdência” ou “previdência social”, certo é que o fazia de forma consentânea com o entendimento de proteção social à época dominante, que era fundado no mutualismo. Por outro lado, importa notar que a primeira Constituição republicana não repetiu a previsão de cunho mutualista realizada na Carta precedente (“socorros públicos”); porém, pela primeira vez, é feita alusão, em sede constitucional, ao termo “aposentadoria”, haja vista ter rezado o respectivo artigo 75 que a aposentadoria só poderia ser concedida aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

A previdência social, apesar de apenas designada por previdência, somente ganhou assento constitucional na *Carta de 1934*, posto que a alínea *h* do parágrafo primeiro do seu artigo 121 impunha que a legislação do trabalho observasse, dentre outros preceitos que colimassem melhorar as condições do trabalhador, a

“assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, à favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente de trabalho ou de morte”.

Outra disposição atinente à proteção social estava inserta na alínea *d* do item 8 do seu artigo 39, que conferia competência ao Legislativo para legislar sobre aposentadorias e reformas. Mas era no título respeitante aos funcionários públicos que efetivamente havia um grande número de preceitos relativos à previdência, quais sejam: aposentadoria compulsória para o integrante dessa categoria ao atingir 68 anos (art. 170, 3º); aposentadoria por invalidez para o exercício de cargo, com vencimentos integrais, para o funcionário que contasse mais de trinta anos de serviço público efetivo (art. 170, 4º); aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço com vencimentos integrais, qualquer que fosse o tempo de serviço público (art. 170, 6º) e previsão da impossibilidade de os proventos da aposentadoria excederem os vencimentos da atividade (art. 170, 7º). Sem dúvida, a Carta Política de 1934, redigida sob a influência da Constituição alemã de Weimer, muito avançou em diversos campos, dentre eles

o atinente aos direitos sociais, mormente, como visto, no que se refere às normas de previdência social.

Sob a égide da *Constituição de 1937*, lei magna outorgada para institucionalizar juridicamente o golpe do Estado Novo – um estado notadamente arbitrário em que prevalecia a vontade do então presidente da República –, o tema previdência social foi tratado de forma não muito diversa da estatuição existente no ordenamento constitucional antecedente, porquanto, no seu artigo 137, *caput* e alíneas *l*, *m* e *n*, era previsto que a legislação do trabalho observasse, além de outros preceitos, “assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto”, “a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para casos de acidente de trabalho” e, por fim, que “as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais”. Note-se que esta Carta deixou de fazer referência ao vocábulo “previdência”, preferindo cunhar o termo “seguro social”. No mais, cumpre observar que, respeitadamente à disciplina dos funcionários públicos, foram mantidas disposições idênticas às existentes na ordem jurídica precedente, consoante o contido no respectivo artigo 156.

Por seu turno, a *Lei Fundamental de 1946*, um dos melhores textos constitucionais pátrios, senão o melhor, pôe fim ao regime autoritário e marca o retorno do país ao regime democrático, além de determinar, em seu artigo 157, em moldes semelhantes àqueles das Constituições anteriores, mas com algumas inovações, que a legislação do trabalho observasse, entre outros preceitos que visassem à melhoria da condição dos trabalhadores, a assistência aos desempregados (inc. XV); a previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte (inc. XVI) e a obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes de trabalho (inc. XVII); acabou também por expressamente referir, nos seus artigos 5º, *b*, e 6º, que a competência para legislar sobre a previdência social pertencia à União, observando, porém, que dita competência não excluía a legislação estadual supletiva ou complementar. No que se

refere ainda à Lei Magna de 1946, importa mencionar que, por meio da Emenda Constitucional nº 11, de 1965, foi acrescentado ao seu artigo 157 um parágrafo, o segundo, que estabeleceu que nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderia ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total. Pois bem, do teor dos dispositivos citados dessa Carta percebe-se que houve o abandono da expressão “seguro social” para, finalmente, ser acolhido o vocábulo “previdência social”. Por fim, a disciplina da matéria *sub examine*, no que diz respeito ao funcionário público, continuou a ser tratada de forma detalhada, como nos Textos Magnos antecedentes, uma vez que foi prevista aposentadoria por invalidez (art. 191, I); aposentadoria compulsória aos 70 anos (art. 191, II); aposentadoria voluntária aos 35 anos (art. 191, § 1º); vencimentos integrais da aposentadoria, se o funcionário contar 30 anos de serviço, e proporcionais, se contar tempo inferior (art. 191, § 2º), etc.

Sobre o assunto em tela também não discrepou o *Texto Constitucional de 1967*, tanto em sua versão originária, como com a redação imposta pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, uma vez que restou atribuída à União a competência legislativa atinente à previdência social, com igual previsão no que concerne à possibilidade de os Estados, respeitada a lei federal, legislarem supletivamente sobre a matéria (art. 8º, XVII, c, e parágrafo único). No mais, a referida Carta, em seu artigo 165, assegurou aos trabalhadores, dentre outros direitos, os seguintes:

“previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado (inc. XVI); aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral (inc. XIX), e aposentadoria para o professor após 30 anos e, para a professora, após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral.”

Demais disso, no parágrafo único desse mesmo dispositivo constitucional também foi asseverado que nenhuma prestação de serviço de assistência ou benefício compreendidos na previdência social seria criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio.

Quanto ao funcionário público, previa o artigo 101 da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, que seria ele aposentado por invalidez, com proventos integrais, quando se invalidasse por acidente em serviço, por moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei (inc. I do art. 101 c.c. alínea a do art. 102); compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais, caso o funcionário contasse menos de trinta e cinco anos de serviço (inc. II do art. 101 c.c. inc. II do art. 102), ou voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço, se homem, ou trinta anos se mulher, com vencimentos integrais (inc. III e parágrafo único do art. 101). Ainda era prevista a aposentadoria para professor após trinta anos e, para a professora, após vinte e cinco anos de efetivo exercício em função de magistério, com proventos integrais (inc. III do art. 101 c.c. inc. XX do art. 165).

Dita Constituição, convém ainda consignar, derivou de uma série de sobressaltos que marcaram a vida institucional do país a partir de 1961, especialmente com a malograda instituição do regime de governo parlamentarista, o posterior restabelecimento do regime presidencialista e a final assunção ao poder dos militares em 1964. Ela se caracterizava, entre outros aspectos, pela centralização de poderes ao presidente da República e de competências à União. Nesse período, há que se lembrar, foram editados diversos atos institucionais, atos de poder sem igual que, inclusive, sobrepujaram-se à própria Constituição.

Por derradeiro, no que concerne à *Constituição da República de 1988*, carta que novamente reconduziu o país ao regime democrático, certo é que o respectivo legislador constituinte não se revelou nada acanhado na estatuição sobre o tema referente à proteção social, porquanto ao mesmo reservou todo o Capítulo II do Título VIII – “Da Ordem Social”, para tratar da Seguridade Social; isso sem prejuízo da existência de disposições esparsas contidas ao longo do Texto Constitucional.

Logo no primeiro artigo do referido capítulo é fornecido o alcance constitucional da *Seguridade Social*, ficando assente que compreende “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194). Destarte, fica claro que, *ex vi constitutiones*,

Seguridade Social abarca os segmentos de proteção social respeitantes à *saúde*, à *previdência* e à *assistência social*.

Além de delimitar o alcance da seguridade social, houve por bem o referido constituinte também elencar, no parágrafo único do artigo 194, os *princípios* desse instituto, quais sejam: universalidade da cobertura e do atendimento (inc. I); uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (inc. II); seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inc. III); irredutibilidade do valor dos benefícios (inc. IV); equidade na forma de participação do custeio (inc. V); diversidade da base de financiamento (inc. VI) e caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial dos trabalhadores, empresários e aposentados (inc. VII).

No artigo 195, *caput* e incisos, vem assinada a compulsoriedade do financiamento da seguridade social por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos das pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assim como mediante contribuições dos empregadores (incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro) e dos trabalhadores, além de receitas oriundas de concursos de prognósticos. Anote-se, por oportuno, que, no parágrafo quarto desse mesmo artigo, também restou prevista a hipótese de instituição por lei de outras fontes destinadas a garantir a manutenção e a expansão da seguridade social. Além disso, o constituinte de 1988, objetivando preservar a arrecadação da seguridade social, estabeleceu a vedação de pessoa jurídica em débito com esse sistema contratar com o Poder Público, bem como dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Preocupado com a precessão do custeio em relação aos benefícios e serviços do sistema, o constituinte de 1988 firmou, no artigo 195, § 5º, da *Magna Lex* que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Tal disposição, exsurge-se óbvio, pretende impedir o legislador ordinário de instituir benefícios ou serviços sem o necessário, total e prévio aporte financeiro, ou, por outra, a correspondente fonte de custeio. Trata-se, pois, de norma com clara preocupação de natureza atuária, haja vista que essa última consiste em técnica relacionada com a teoria e

o cálculo de seguros numa coletividade.

De par com essas disposições gerais sobre a seguridade social, cuida a Carta Política vigente da saúde em seus artigos 196 a 200, da previdência em seus artigos 201 e 202 e da assistência social em seus artigos 203 e 204.

No que se refere especificamente à previdência, objeto deste escrito, fica estabelecido na Constituição de 1988 que os “planos de previdência social”, nos termos da lei, atenderão às seguintes contingências:

“I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidente do trabalho, velhice e reclusão; II – ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda; III – proteção à maternidade, especialmente à gestante; IV – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (...)”.

Já nos parágrafos 7º e 8º do artigo 201, há previsão expressa à previdência complementar privada, cuja fiscalização e autorização para funcionamento, conforme o preceituado nos artigos 21, VIII, e 192, II, compete à União.

A aposentadoria, à sua vez, é assegurada no artigo 202, obedecidas as seguintes condições:

“I – aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, e aos sessenta, para a mulher, reduzido em cinco anos o limite de idade para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal; II – após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei; após trinta anos, ao professor, e após vinte e cinco, à professora, por efetivo exercício de função de magistério.”

Além disso, prevê o parágrafo único do mesmo artigo que é facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e após vinte e cinco anos, à mulher.

Quanto à competência para legislar sobre a seguridade social, vem ela insculpida no artigo 22 da Carta Magna, que lhe comete

privativamente à União. Já no que se refere à previdência social, o artigo 24 do Texto Maior a arrola dentre as matérias que se submetem à competência legislativa concorrente existente entre a União, Estados e Distrito Federal, cumprindo ao primeiro ente federado apenas o estabelecimento de normas gerais, com o advento destas não excluindo a competência suplementar das demais pessoas políticas.

Por fim, no que tange à proteção social aos funcionários públicos, que já de há muito é tratada em sede distinta daquela destinada aos demais trabalhadores nas ordens constitucionais precedentes, vem ela traçada no artigo 40 da Constituição Federal. Nesse dispositivo é assegurada aposentadoria por invalidez permanente (inc. I); compulsória, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço (inc. II); voluntária, sendo que esta poderá se verificar: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. Além da aposentadoria, também é garantido o benefício de pensão por morte, que corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido (art. 40, § 5º). Quanto ao custeio da previdência do funcionário público, dispôs a Carta Magna, aludindo especificamente ao servidor federal, que os respectivos benefícios serão custeados com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, diretiva essa que, de acordo com o princípio da simetria, também vale para os sistemas de previdência dos funcionários públicos estaduais, municipais e do Distrito Federal. Aliás, há preceptivo contendo disposição teleologicamente semelhante com relação a esses últimos servidores; trata-se do parágrafo único do artigo 149, que é assim redigido:

“Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.”⁸

⁸ No que concerne às diversas disposições constitucionais esparsas relativas à proteção social,

6. Regimes de previdência

Pois bem, conforme o já entrevisto nas considerações precedentes, para logo se denota a coexistência de três grandes segmentos de previdência social em nosso ordenamento constitucional. Assim, possível é de se enumerar os seguintes regimes no sistema de previdência pátrio: a) o Regime Geral de Previdência Social (arts. 194 e segs.); b) o Regime de Previdência Privada (arts. 21, VIII, e 201, §§ 7º e 8º); c) o Regime de Previdência do Servidor Público (art. 40).

Frise-se, no entanto, que essa classificação não se apresenta absoluta, haja vista que, além desses três grandes segmentos da previdência, possível é ainda de se citar um outro regime, o qual, contudo, não encontra assento constitucional. Trata-se de regime atinente aos ministros de confissão religiosa ou membros de congregação religiosa. Dito regime existe desde 1963, quando a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) criou o Instituto de Previdência do Clero (IPREC). Todavia, esse regime não se apresenta de filiação obrigatória aos sacerdotes e leigos a serviço da Igreja Católica no território brasileiro, mas sim facultativa, além do que não impede que aqueles que neles se inscreverem também se filiem ao Regime Geral de Previdência Social, ou seja, o regime gerido pelo INSS.

Não obstante a classificação ora adotada, que melhor atende aos propósitos do presente estudo, certo é que outra há, na qual é considerada apenas a existência de dois regimes em possível é de se citar, entre outras, o art. 7º, II – o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; VIII – o décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; XII – salário família para os dependentes; XVIII – licença-maternidade com duração de 120 dias; XIX – licença-paternidade com duração de cinco dias, nos termos do art. 10, § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; XXII – prevenção dos riscos inerentes ao trabalho; XXIV – aposentadoria; XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas; art. 39, § 2º, que estende diversos direitos sociais ao funcionário público; art. 149, § 2º, que, conforme já mencionado neste estudo, permite aos Estados, Distrito Federal e Municípios instituírem contribuições, cobradas dos respectivos servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

nosso sistema previdenciário, quais sejam: o Regime Geral de Previdência Social, administrado pelo INSS, de um lado, e, de outro, os demais, que são, por isso mesmo, denominados regimes especiais.

7. Regime Geral de Previdência Social

Consoante já visto quando do exame da previdência social em nível constitucional, vêm os seus contornos basilares delineados nos artigos 194, 195, 201 e 202 da *Magna Lex*. Esses dispositivos, é certo, fornecem os princípios norteadores do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

No que concerne ao plano infraconstitucional, o Regime Geral de Previdência Social encontra atualmente a sua disciplina básica nas já citadas Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, sendo que a primeira, que se auto-intitula Lei Orgânica da Seguridade Social, dispõe sobre a organização da seguridade social e institui plano de custeio, enquanto a segunda versa sobre os planos de benefícios da previdência social. Ditas normas legais, aliás, nada mais constituem que mero cumprimento ao disposto nos artigos 58 e 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, uma vez que nesses artigos existe determinação, dirigida ao Executivo federal, no sentido de que apresentasse ao Congresso Nacional, no prazo máximo de seis meses a contar da promulgação da Carta Constitucional de 1988, projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefícios.

Este regime, convém aclarar, caracteriza-se por ser: a) universal, ou seja, destinado a todos os trabalhadores que não possuem regime próprio de previdência (como, por exemplo, é o caso dos funcionários públicos não-integrados em regime próprio); b) básico, uma vez que busca oferecer o mínimo indispensável para a manutenção daqueles que dele dependam; c) obrigatório, já que compulsório, e d) administrado pelo Estado, haja vista que, como já referido, é gerido pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

Essas, em apertadíssima síntese, as características básicas do Regime Geral de Previdência Social.

8. Regime de Previdência Privada

O Regime de Previdência Privada caracteriza-se por constituir forma supletiva do Regime Geral de Previdência Social. Enquanto este último, como visto, caracteriza-se por ser básico, universal, obrigatório e administrado pelo Estado, aquele deste se distingue por se caracterizar como complementar, facultativo, restrito e gerido pela iniciativa privada.

Trata-se, pois, de eficiente modo de suplemento pecuniário aos proventos do INSS, uma vez que estes são sabidamente insuficientes para a preservação das necessidades existenciais de seus beneficiários, por ocasião da inatividade, doença, idade avançada ou morte.

O fundamento legal da previdência privada é haurido da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, com as alterações que lhe sobrevieram pela Lei nº 6.462, de 9 de novembro de 1977, diploma legal aquele que foi regulamentado pelos Decretos nºs 81.240 e 81.402, de 20 de janeiro e 23 de fevereiro de 1978, respectivamente.

Consoante o disposto no preceptivo vestibular da referida lei, são entidades de previdência privada aquelas que têm por objeto a instituição de planos privados de concessão de pecúlios ou rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição dos seus participantes, dos seus empregadores ou de ambos.

Nesse modal de regime de previdência, de acordo com a relação existente entre a entidade e os participantes dos planos de benefícios, podem elas ser classificadas em *fechadas* ou *abertas*.

As *entidades fechadas de previdência privada* são as acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, as quais, vale referir, são denominadas patrocinadoras. Há, por conseguinte, delimitação certa dos beneficiários do regime, isto é, dos seus participantes.

Já no caso das *entidades abertas de previdência privada* tal delimitação é inexistente, eis que são elas constituídas com a finalidade de instituir planos de pecúlios ou rendas mediante contribuição de qualquer um que deseje participar do regime, ou seja, qualquer um pode vir a ser participante desse tipo de previdência privada, desde que subscreva e custeie o respectivo plano.

Quanto aos seus objetivos, podem as entidades de previdência privada ser classificadas

em organizações *com* ou *sem fins lucrativos*. Anote-se ainda que as entidades com fins lucrativos são organizadas sob a forma de sociedade anônima, ao passo que as entidades sem fins lucrativos são constituídas sob a forma de sociedades civis ou fundações.

Doutra feita, importa mencionar que a Lei nº 6.435 veda às entidades fechadas a perseguição do lucro.

Mais ainda: os planos de benefícios tanto das entidades fechadas como das abertas deverão ser avaliados atuarialmente em cada balanço, observadas as condições fixadas pelo pertinente órgão ministerial normativo a respeito de regimes financeiros, tábuas biométricas e taxa de juro. Além disso, ditas entidades deverão submeter anualmente as suas contas a auditores independentes, devidamente registrados no Banco Central do Brasil, sendo que a auditoria daí resultante poderá também ser exigida quanto aos aspectos atuariais, consoante for estabelecido pelo respectivo órgão normativo.

Por fim, importa mencionar que às entidades em apreço pode ser imposto o regime de intervenção, para resguardar os direitos dos participantes, desde que se verifique atraso no pagamento de obrigação líquida e certa; estar a entidade em difícil situação econômico-financeira; prática de atos que possam conduzi-la à insolvência etc. Contudo, caso reconhecida a inviabilidade de recuperação da entidade e considerando-se que ela, *ex vi legis*, não pode solicitar concordata e não está sujeita à falência, deverá o Ministério a que estiver vinculada decretar a sua liquidação extrajudicial, nomeando liquidante.

Isso tudo considerado, convém explicitar alguns aspectos específicos da conformação das mencionadas entidades abertas e fechadas.

8.1. Entidades abertas

As entidades abertas de previdência privada, conforme já consignado neste trabalho, são sociedades constituídas com o escopo de instituir planos de pecúlio e rendas mediante contribuição de seus participantes por meio de convênios específicos.

Constituem os planos das entidades abertas de previdência privada verdadeiros seguros, pelos quais os interessados que os subscrevem custeiam o pertinente plano de pecúlio e rendas, com o fito de, em ocorrendo o evento morte ou

verificado o termo final de um prazo preestabelecido, perceberem (ou aqueles que indicarem para tanto) um capital de uma só vez ou uma renda mensal. Logo, nesse regime de previdência privada, a fonte de custeio é uma e advém do participante-subscritor do plano que ulteriormente será o respectivo beneficiário ou outrem por ele indicado. Ademais, a empresa gestora do plano, por tal administração, no mais das vezes objetiva lucro.

Doutra feita, importa consignar que as entidades abertas de previdência privada integram o Sistema Nacional de Seguros Privados e se submetem ao plexo de competência do Ministério da Fazenda, tendo por órgão normativo o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e órgão executivo e fiscalizador a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Além disso, são as entidades abertas de previdência privada regidas pela já mencionada Lei nº 6435, de 15 de julho de 1977, com regulamentação fornecida pelo Decreto nº 81.402, de 23 de fevereiro de 1978, assim como pelas Resoluções CNSP nº 7, de 13 de junho de 1979, nº 10, de 26 de maio de 1987, nº 33, de 28 de dezembro de 1989, nº 25, de 22 de dezembro de 1994, e subsidiariamente pela legislação de seguros, sendo que àquelas com fins lucrativos também se aplica a Lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976, a Lei das Sociedades por Ações.

A autorização para o funcionamento dos estabelecimentos abertos de previdência privada, com ou sem fins lucrativos, conforme o preceituado pelo inciso II do artigo 192 da Constituição Federal, compete à União e se dá por meio de portaria editada pelo Ministério da Fazenda. Aprovada a documentação pertinente, será concedida pela SUSEP a autorização para funcionamento das entidades abertas de previdência privada.

Por fim, no que tange às entidades abertas de previdência privada, importa averbar que são elas geralmente constituídas pelas grandes instituições financeiras. Cite-se, a título de exemplo daquelas entidades, a PREVER (administrada pelos Bancos Unibanco e Bamerindus), a Bradesco Previdência (administrada pelo Banco Brasileiro de Descontos), a BRASILPREV (administrada pelo Banco do Brasil), a ITAUPREV (administrada pelo Banco Itaú), a ICATU (administrada pelo Banco Icatu) etc.

8.2. Entidades fechadas

As entidades fechadas de previdência privada, que congregam os conhecidos *fundos de pensão*, são consideradas complementares do sistema oficial de previdência e assistência social – o RGPS, ficando as suas atividades submetidas à área de competência do Ministério de Previdência e Assistência Social. Em face dessa submissão, têm elas como órgão normativo o Conselho de Previdência Complementar (CPC) e órgão executivo a Secretaria da Previdência Complementar (SPC).

As entidades fechadas diferem fundamentalmente das entidades abertas pelo fato de os fundos de pensão que as constituem não objetivarem lucro e por preverem contribuições de duas fontes distintas, quais sejam, dos trabalhadores participantes e das respectivas empresas empregadoras.

No que se refere à legislação aplicável às entidades fechadas de previdência privada, possível é de se citar, além da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, a legislação geral e as normas de previdência e assistência social no que compatíveis.

Quanto à autorização para o funcionamento das entidades fechadas de previdência privada, é ela concedida por portaria do Ministério da Previdência e Assistência Social, sendo que as eventuais alterações do estatuto social desse modal de entidade de previdência privada dependerá de prévia aquiescência dessa Pasta.

É fato notório a importância que os fundos de pensão possuem no cenário econômico nacional, haja vista que apresentam um muito substancial aporte financeiro. Resulta disso a atuação no mercado financeiro de entidades fechadas de previdência privada como, entre outras, a PREVI (Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil), a Fundação CESP, a PETROS (Fundação Petrobrás de Seguridade Social), a ELETROS (Fundação Eletrobrás de Seguridade Social), a CENTRUS (Fundação Banco Central de Previdência Privada), a FUNCEF (Fundação dos Economistas Federais), o AERUS (Instituto Aerus de Seguridade Social), a ITAUBANCO (Fundação Itaú), a VALIA (Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social), a SISTEL (Fundação Sistel de Seguridade Social) e a FORLUZ (Fundação Forluminas de Seguridade Social). Essa mencionada importância no desenvolvimento econômico pátrio fica evidente

quando considerado o fato de que esse segmento, em dezembro de 1995, possuía um patrimônio de cerca de US\$ 61 bilhões, representando aproximadamente 10% do PIB nacional⁹.

Essa característica, aliás, segundo o constante em publicação da Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada – ABRAPP, decorre do

“regime de capitalização sob o qual acham-se organizados os Fundos de Pensão, dando-lhes grande vitalidade e eficiência, comparativamente ao regime da Previdência Social (o RGPS, vale dizer), que é de repartição simples, ou orçamentária. No primeiro caso, o trabalhador participante (juntamente com a empresa que o emprega) forma totalmente os recursos garantidores dos seus benefícios durante o período laborativo, de tal forma que, ao aposentar-se, toda a massa de recursos está estocada.”

O regime geral da previdência social (RGPS), à sua vez, “consiste no custeio por uma geração dos benefícios concedidos à geração antecessora”.

“Em face da acumulação de poupança, os Fundos de Pensão, além da atividade-fim, que é nitidamente social, possuem uma função econômica relevante como investidores. Eles são hoje no Brasil sustentáculo do mercado de ações e do mercado imobiliário e estão aptos a alavancar muitos outros segmentos econômicos, oferecendo-lhes financiamento de longo prazo”.¹⁰

9. Regime de previdência do servidor público

Certamente em face da especial vinculação do servidor público com o seu empregador – o

⁹ Segundo matéria intitulada Quem é Quem. *O Estado de São Paulo*, 24 jun. 1996. Caderno de Economia & Negócios, p. B-1. A PREVI possuía em dezembro de 1995 um ativo equivalente à US\$ 15.124.509.000,00, o que lhe conferia o primeiro lugar dentre os fundos de pensão em termos de patrimônio.

¹⁰ *A previdência complementar e sua importância para o desenvolvimento econômico e social brasileiro*. [São Paulo] : Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada, [1996?]. p. 2.

Estado –, sempre mereceu ele disciplina constitucional especial, apartada daquela atinente à dos demais trabalhadores, que se dedicam à prestação de serviço na seara privada. Muitos são os traços distintivos entre essas duas categorias, a começar pelo vínculo que ata os seus integrantes aos respectivos empregadores, pois, na relação existente entre os trabalhadores desta última, é ele de natureza contratual, ao passo que o vínculo entre os servidores públicos e o Estado é estatutário. Num caso, pois, respeitados os contornos gerais de ordem legal ditados pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), há liberdade de convenção entre as partes, ao passo que no outro tal possibilidade simplesmente inexistente, somente podendo haver atuação *sub lege*, ou seja, debaixo da lei e estritamente de acordo com ela¹¹.

Demais disso, no que tange à previdência, também se distinguem as referidas categorias. Enquanto os servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem possuir regime próprio de previdência, ou mesmo estarem integrados ao regime geral¹², os demais trabalhadores vinculam-se obrigatoriamente a este último, consoante o já mencionado neste estudo.

*O servidor público federal*¹³ investido em

¹¹ Sobre a referida distinção já se posicionava percutientemente MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984. p. 10-11, da seguinte forma: “o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico.”

¹² Cite-se que, nos casos de contratação de servidores por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF), deverá a mesma se verificar pelo regime de trabalho disciplinado pela CLT, com o regime previdenciário vinculado ao regime geral de previdência social (RGPS), posto que mais consentâneos com a natureza da referida contratação de caráter excepcional.

¹³ Não obstante o regime de previdência do servidor público federal se bipartir em duas áreas, uma atinente ao servidor civil e outra ao servidor militar, com este último daquele se distinguindo em alguns aspectos em face da especialíssima natureza de sua categoria, este estudo ficará adstrito tão-apesar àquela primeira categoria.

cargo de provimento efetivo, é certo, conta com regime próprio de previdência. Dito regime encontra-se disciplinado no Título VI da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sob o pórtico “Da Seguridade Social do Servidor”. Logo no primeiro dispositivo desse título, o artigo 183, está previsto que a União manterá Plano de Seguridade Social para o servidor e sua família. Objetiva esse plano dar cobertura aos riscos a que estão sujeitos o servidor e a sua família, bem assim compreende um conjunto de benefícios e ações que atendam às seguintes finalidades: a) garantir meios de subsistência nos eventos de doença, invalidez, velhice, acidente em serviço, inatividade, falecimento e reclusão; b) proteção à maternidade, à adoção e à paternidade; c) assistência à saúde. No que tange aos benefícios do citado plano, compreendem eles: “I – quanto ao servidor: a) aposentadoria; b) auxílio-natalidade; c) salário-família; d) licença para tratamento de saúde; e) licença à gestante, à adotante e licença-paternidade; f) licença por acidente em serviço; g) assistência à saúde; h) garantia de condições individuais e ambientais de trabalho satisfatórias; II – quanto aos dependentes: a) pensão vitalícia e temporária; b) auxílio-funeral; c) auxílio-reclusão; d) assistência à saúde.” (art. 185).

Demais disso, prevê o parágrafo primeiro do artigo 185 da citada lei que as aposentadorias e pensões serão concedidas e mantidas pelos órgãos ou entidades aos quais se encontram vinculados os servidores. Mais ainda: de acordo com o artigo 231, o Plano de Seguridade Social do servidor público federal, que é mantido pela União, conforme já se aludiu, será também custeado com o produto da arrecadação das contribuições sociais obrigatórias dos servidores dos três poderes da União, suas autarquias e fundações públicas.¹⁴

Por fim, importa ressaltar que, diferentemente do até aqui verificado, os servidores públicos federais ocupantes de *cargos de provimento em comissão*, sem vínculo efetivo com a Administração Pública Federal, em

¹⁴ O § 2º vetado do artigo 231 dizia: “O custeio da aposentadoria é da responsabilidade do Tesouro Nacional”. Razões do veto: “A matéria acha-se adequadamente disciplinada nos arts. 183 e 231, *caput*. Assim, ao estabelecer que o custeio da aposentadoria é de responsabilidade integral do Tesouro, o § 2º do art. 231 revela manifesta incongruência frente aos textos referidos, podendo gerar equívocos indesejáveis”.

acatamento ao preceituado na Lei nº 8.647, de 13 de abril de 1993, vinculam-se obrigatoriamente ao regime geral de previdência social (RGPS) de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Em suma: o regime próprio de previdência do servidor federal, que compreende diversos outros benefícios além de aposentadorias e pensões, não é administrado por um órgão específico, mas sim é mantido pela própria União, pelos órgãos a que vinculados os servidores, que, juntamente com estes, promovem o custeio do regime. Daí, por conseqüência, costumeiramente se atribuir ao Tesouro Nacional a manutenção do mesmo.

Já no que se refere aos *servidores estaduais*, o que se percebe habitualmente é que contam eles com órgãos dotados de personalidade autárquica incumbidos da administração das questões previdenciárias, como é o caso, dentre diversos outros, dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Paraná, que, respectivamente, dispõem, para o desempenho dessa atividade, do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP, Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro – IPERJ, Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG e Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado do Paraná – IPE.

Todavia, o que se nota é que a maioria dos órgãos previdenciários estaduais ocupa-se preponderantemente do pagamento de pensões, ficando o pagamento das aposentadorias a cargo dos Governos estaduais, ou seja, tal qual já excogitado, dos respectivos tesouros estaduais.

Sem embargo disso, certo é que, conforme divulgado recentemente pela imprensa, pretendem os Governos dos Estados de São Paulo, Espírito Santo e Paraná criar órgãos previdenciários específicos para a administração, pelos mesmos, de toda a sorte de benefícios previdenciários, abandonando, assim, o modelo até esta oportunidade adotado e acima referido.

10. Previdência municipal

Por fim, no que tange ao regime de previdência do servidor público, há o segmento da previdência municipal. Trata-se, pois, de área que ultimamente vem verificando um razoável crescimento, com a criação de órgãos em diversos Municípios da maioria dos Estados da Federação.

Isso considerado, importa que se verifique quais as principais características desse aludido segmento do sistema de previdência social pátrio.

a) Fundamento constitucional

Não obstante a finalidade com que instituídos os órgãos de previdência municipal, certo é que o fundamento constitucional para a criação dos mesmos é derivado de dois dispositivos com assento na *Lex Fundamental*, de 1988, quais sejam, o artigo 18, que apregoa a autonomia político-administrativa dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e o parágrafo único do artigo 149, que, conforme já referido, faculta aos Estados, Distrito Federal e Municípios a instituição de contribuição a ser cobrada dos respectivos servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistema de previdência e assistência social. Como para logo se percebe a clareza deste último preceptivo constitucional, dito fundamento é inequívoco, não dando ensanchas a quaisquer dúvidas. Sem embargo disso, entende-se que o fundamento básico para tanto reside, sim, no mencionado artigo 18, ou seja, na referida autonomia político-administrativa cometida aos entes federados. Ora, não havendo qualquer vedação na Carta Maior respeitadamente à criação de órgão previdenciário pelos entes federados, mais a consideração do regime próprio a que se submete o servidor público, de imediato se tem, de forma ineludível, a válida e legítima fundamentação para, com supedâneo na referida autonomia, a criação de órgãos de previdência, sendo desnecessária a existência de estatuição de igual molde à contida no parágrafo único do citado artigo 149, porquanto, repese-se uma vez mais, o princípio excogitado é para tanto suficiente.

E é exatamente com base nesse entendimento que órgãos de previdência tanto municipais como estaduais, já com décadas de existência, subsistem até os dias de hoje. Todavia, importa assinalar que, com o advento da Carta Constitucional de 1988, mormente em face de sua disciplina acerca do regime jurídico único (art. 39, *caput*), houve uma proliferação de órgãos de previdência no âmbito municipal, uma vez que, de par de diversos Municípios estabelecerem o regime jurídico único de seus servidores, com a eleição no mais das vezes do estatutário, cuidaram eles também, em face dessa opção quanto à natureza jurídica do liame entre servidores e Poder Público, de criar órgãos específicos para a pertinente gestão previdenciária.

b) Benefícios básicos concedidos pelos órgãos de previdência municipal

Nesta seara, tal qual verificado no âmbito estadual, também inexistem um padrão quanto aos benefícios prestados pelos respectivos órgãos previdenciários, eis que há entidades que se ocupam basicamente do pagamento de pensões, ficando as aposentadorias a cargo dos correlatos tesouros municipais, assim como existem órgãos que arcam tanto com as aposentadorias como com as pensões; isso sem prejuízo da prestação de outros eventuais benefícios.

A título de exemplificação, importa averbar, ocupam-se apenas do pagamento das pensões, suportando os respectivos poderes públicos com as aposentadorias, o IPREM – Instituto de Previdência Municipal de São Paulo (SP), a Caixa de Pensões dos Servidores Públicos Municipais de Santo André (SP), a Caixa de Pecúlio e Pensões dos Servidores Municipais de Santos (SP) etc.

De outra parte, há diversos órgãos previdenciários municipais, a maioria, importa notar, que suportam tanto as aposentadorias como as pensões, além de outros benefícios de ordem previdenciária, como é o caso da FUPREM – Fundação de Previdência do Município de São Bernardo do Campo (SP), do IPRED – Instituto de Previdência do Servidor Municipal de Diadema (SP), do IPASEM – Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de Novo Hamburgo (RS), da Fundação da Seguridade Social dos Servidores Públicos Municipais de Sorocaba (SP), da CAAPSMML – Caixa de Assistência, Aposentadoria e Pensões dos Servidores Municipais de Londrina (PR), do IPASSPMB – Instituto de Previdência e Assistência Social dos Servidores Públicos do Município de Barretos (SP), do IPM – Instituto de Previdência dos Municipais de Ribeirão Preto (SP), do IPREM-GV – Instituto de Previdência Municipal de Governador Valadares (MG), do IPASMV – Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de Vitória (ES), do IPASMC – Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Município de Curitiba (PR), do IBASMN – Instituto de Beneficência e Assistência aos Servidores Municipais de Niterói (RJ) etc.

c) Personalidade jurídica

Ditos órgãos, quanto à sua personalidade jurídica, podem assumir diversas formas.

Geralmente assumem a natureza autárquica, ou seja, são legalmente constituídos sob a natureza de pessoa jurídica de direito público interno de administração indireta, erigindo-se, por conseguinte, como órgãos descentralizados da Administração Direta e dotados de autonomia administrativa e financeira, resultando disso serem titulares, em nome próprio, de direitos e deveres, assim como de prerrogativas e responsabilidades de tal especial condição resultantes¹⁵. Assim, não obstante o rótulo que se lhes empreste o legislador ordinário – instituto, caixa ou fundação pública, dentre outros –, admissível é de se asseverar que possuem mencionados entes estatais personalidade jurídica autárquica. É bem verdade que, além dessa roupagem jurídica, podem as entidades previdenciárias ainda se constituírem sob a forma de fundação privada, nos termos da legislação substantiva civil vigente (arts. 16 e 24 e segs. do Código Civil). Ocorre que a constituição de entidade sob o regime privado na área pública não se apresenta comum, pois, independentemente da constituição sob esta forma, no mais das vezes, em face das características da fundação criada, constitui ela verdadeira fundação pública de natureza autárquica, já que todos os requisitos desta possui. Além disso, possível é também de se crer que a criação, para a finalidade em questão, de pessoa autárquica prepondera sobre a fundacional privada em decorrência das prerrogativas à primeira jungidas, tais como a imunidade tributária, a prescrição quinquenal de seus débitos, a impenhorabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade de seus bens, que são públicos, as prerrogativas processuais próprias da Fazenda Pública (prazos especiais, juízo privativo etc.), assim como de todos os atributos de que se revestem os atos pelas autarquias produzidos, quais sejam os atos administrativos, que, sabidamente, são dotados de auto-executoriedade, presunção de veracidade e legitimidade etc. Por derradeiro, não se erige incomum a existência, ao lado de entes com ambas as naturezas citadas, de fundos de aposentadoria e pensão entranhados no Poder Público central, ou seja,

¹⁵ Segundo o escólio do saudoso Hely Lopes Meirelles, “autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas” *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. atual. pela Constituição Federal de 1988. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989. p. 300.

na própria Prefeitura. Esses fundos, desprovidos, por consequência, de personalidade jurídica e de todos os atributos que dessa condição derivam, pode-se dizer que constituem verdadeiras unidades do Poder Executivo, como diversas tantas outras, caracterizando-se substancialmente por exurgirem como massa de patrimônio dotada de afetação específica, qual seja a de prover aposentadoria e pensão dos funcionários públicos do pertinente sistema.

Com certeza, esta última forma não se apresenta a mais adequada para os fins colimados, já que, como mencionado, ressentem-se da desejável autonomia administrativa e financeira que caracteriza as pessoas autárquicas. Destarte, por não possuir o atributo de senhoria de suas competências normativamente definidas (previdência social dos servidores, *in casu*), submetem-se ditos fundos integralmente à vontade do Poder Público central, haja vista que a este encontram-se subordinados hierarquicamente. Ora, a constituição sob essa natureza torna o ente previdenciário totalmente atrelado ao Chefe do Executivo, que, infelizmente, nem sempre empresta a verdadeira importância à previdência dos servidores municipais, chegando, por vezes, a irresponsavelmente lançar mão das reservas financeiras com tal especial afetação ou mesmo a deixar de repassar, ao seu talante, as pertinentes contribuições previdenciárias patronais (aliás, não raro, até mesmo aquelas descontadas dos servidores, para igual fim, independentemente dessa ação antijurídica constituir crime de *apropriação indébita*, nos termos do capitulado no artigo 168 do Código Penal).

A bem da verdade, se por um lado a entidade previdenciária municipal constituída sob forma autárquica é preservada quanto à eventual e unilateral tomada de seus recursos pela Administração Pública central, não fica ela indene contra o não-repasse das contribuições previdenciárias lhe devidas, pois é com razoável frequência que se tem notícia de Poder Público que deixou de repassar ao respectivo órgão de previdência as contribuições legalmente estabelecidas. Daí, afigurar-se extremamente conveniente para a higidez financeira deste sistema a edição pela União, com base na competência a ela conferida pelo artigo 24, inciso XII e § 1º, da Constituição Federal, de uma lei ordinária (ou mesmo uma lei complementar), dispondo sobre as normas gerais do mesmo delinoadora, como adiante se tratará de forma mais detida.

d) Administração e composição

No que tange à administração dos órgãos de previdência municipal, o que se percebe com maior frequência é a mesma se verificando por meio de um órgão colegiado de deliberação coletiva, a este se submetendo os agentes investidos em cargos de execução.

Ditos colegiados são geralmente integrados por servidores vinculados ao sistema de previdência, no mais das vezes eleitos dentre os segurados, ou contam com parte de seus integrantes eleita e outra parcela indicada pelos respectivos Executivo, Legislativo e órgão sindical. Quanto à paridade, neste último caso, está em alguns casos presente.

Com efeito, tendo em conta a finalidade precípua dos órgãos de previdência municipal de prover as aposentadorias e pensões dos funcionários públicos municipais, nada mais coerente que o seu maior interessado, o próprio servidor, o administre. Isso porque, sem sombra de dúvida, este não tem qualquer comprometimento com ninguém, a não ser com aqueles que lhe outorgaram o respectivo mandato, diferentemente do que geralmente acontece, de forma voluntária ou mesmo involuntária, com aqueles que integram o órgão pluripessoal em virtude de indicação emanada do Poder Público central. Todavia, sem embargo desse aspecto, não são poucos os que defendem a existência de membros indicados, inclusive com paridade com os eleitos.

e) Fiscalização

De acordo com o artigo 70 da Constituição Federal, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Mais ainda, conforme o dispositivo seguinte ao precitado, o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Assim sendo, de acordo com o princípio da simetria, mais o contido nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas dos Municípios, sujeitam-se as entidades de previdência municipal, como quaisquer outros órgãos de natureza pública, à fiscalização dos pertinentes Poderes Legislativos e Tribunais de Contas competentes (municipais nos casos dos Municípios que

contam com Corte de Contas próprias, como, por exemplo, é o caso de São Paulo, ou estaduais quando contrário).

Por outro lado, enquanto entidades criadas por lei pelo respectivo Poder Público para o exercício de uma, até então, sua atribuição, possível é que nessa mesma lei haja previsto algum mecanismo de controle administrativo do Poder Público central, o Executivo, vale dizer, relativamente à entidade de previdência, mormente se de natureza autárquica. Dito controle, todavia, há de ficar restrito ao preceituado na citada lei, sob pena de o Poder fiscalizador exorbitar de sua competência e perpetrar ato injurídico, passível de oposição pela entidade de previdência municipal pela via própria, qual seja mediante a busca da tutela jurisdicional junto ao Poder Judiciário. Isso porque, importa repisar, dito controle não pode extrapolar o legalmente permitido.

Há ainda que se considerar que, caso a entidade de previdência municipal tenha sido constituída sob a forma de fundação privada, nos termos do preceituado pelo Código Civil, será ela também fiscalizada pelo Ministério Público.

Demais disso, óbvio está que ditas entidades também são alvo de controle pelos seus próprios segurados. Referido controle será formal quando existir previsão legal expressa nesse sentido, como, por exemplo, a imposição legal da entidade em prestar contas em assembléia geral aos seus segurados, assim como por outros meios, tal qual o exercício do direito de petição pelo segurado do sistema etc. Doutra feita, será informal o controle quando meramente baseado na busca de informações junto ao órgão de previdência pelo segurado ou mediante qualquer outro tipo de ação não previsto em lei.

f) Regime de capitalização

Tradicionalmente, dois são os tipos de custeio encontrados no sistema de previdência social: o regime de *custeio direto* e o regime de *capitalização*.

O chamado *regime de custeio direto* consiste na aplicação direta das contribuições e demais receitas auferidas no pagamento dos benefícios de aposentadorias e pensões aos segurados e seus dependentes, respectivamente.

À sua vez, no *regime de capitalização*, o total de contribuições e receitas obtidas é empregado em aplicações, de sorte a gerarem rendimentos destinados ao pagamento dos benefícios previdenciários e, em havendo saldo,

será este novamente direcionado a aplicações rentáveis, propiciando novos rendimentos e um crescimento do patrimônio, para fazer frente a compromissos futuros.

No primeiro regime, que também é conhecido por *regime de caixa* ou de *repartição simples*, todas as receitas e contribuições convergem imediatamente para o pagamento dos benefícios previdenciários já devidos, inexistindo margem para o crescimento da massa patrimonial do respectivo órgão previdenciário. Esse, aliás, é o regime atualmente adotado pelo INSS, já que tudo que arrecada mensalmente destina-se a cobrir os benefícios dos inativos e pensionistas, bem como os elevados custos mensais de sua estrutura administrativa. Já no segundo regime – o de capitalização –, existe saldo após o pagamento dos benefícios previdenciários que é reaplicado, gerando novos recursos. Trata-se este último do regime adotado pelos fundos de pensão de previdência privada e por diversos órgãos municipais de previdência.

Aliás, convém referir que esse último regime é de aplicação comum em entidades previdenciárias mais novas, cujos segurados, ainda jovens, estão longe de se aposentar, propiciando, desse modo, uma efetiva acumulação de recursos apta a fazer frente a desembolsos futuros, o que, sem margem a dúvida, acaba por conferir uma maior segurança a este regime de custeio. Daí, por conseqüência, constituir o regime em questão o mais indicado para a formação do patrimônio das entidades previdenciárias.

g) Aplicação em instituições bancárias não-oficiais

Problema que atormenta os administradores de entidades previdenciárias municipais, como diversos outros órgãos públicos, é o comando insculpido no parágrafo 3º do artigo 164 da Constituição Federal.

Esse preceptivo estabelece que

“as disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do poder público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei”.

Em primeiro lugar, há que se notar que o dispositivo em apreço trata meramente das *disponibilidades de caixa*, ou seja, dos recursos

que se encontram disponíveis para saldar determinados encargos de um ente público e só para isso, vale dizer, sem nenhuma outra especial finalidade. Destarte, os recursos que formam o patrimônio de um ente de previdência municipal nesse referido contexto não se subsumem, porquanto possuem escopo específico, qual seja o de saldar compromissos previdenciários porvindouros, devendo, até então, ser aplicados e reaplicados, com vistas a se multiplicarem o máximo possível. Não se constituem, pois, meras disponibilidades de caixa, importa repisar.

Ora, em assim sendo, parece lógico que se apartam os aludidos recursos destinados a prover aposentadorias e pensões futuras daquelas disponibilidades objeto de menção no precitado dispositivo constitucional.

Não obstante, mesmo se fazendo tábula rasa desse raciocínio, para logo se depreende que uma simples lei do ente com capacidade política a que jungido o órgão de previdência municipal encontra-se apta a solucionar o impasse, uma vez que dito preceito admite exceções, como visto, desde que os pertinentes casos estejam ressalvados em lei. Como a Constituição, tal qual feito em outros diversos seus dispositivos, não cometeu essas ressalvas à lei federal, legítimo é de se inferir que tal possa efetivamente ser instrumentalizado pela lei local. Aliás, tanto é assim que diversos órgãos de previdência municipal se desatrelaram desse comando pela simples edição de lei do respectivo ente político, permitindo a aplicação de seus recursos não só em bancos oficiais, mas também em não-oficiais.¹⁶

h) Avaliação atuarial

Como já aludido neste estudo, são as *avaliações atuariais* de realização obrigatória para

¹⁶ Importa esclarecer que existe proposta de emenda constitucional – a PEC nº 35/86 –, de autoria do então Deputado Antonio Kandir, modificando a regulamentação do Sistema Financeiro Constitucional, na qual está incluída a proposição de revogação do parágrafo 3º do artigo 164 da Lei Fundamental de 1988, sendo que sobre tal é apresentada a seguinte justificação: “O art. 3º propõe a eliminação do parágrafo 3º do art. 164 da Constituição, que estabelece uma rigidez desnecessária na administração das disponibilidades de caixa da União, Estados e Municípios, principalmente no contexto de minimizar as influências da política fiscal e política monetária; em vários outros países, como nos EUA, os recursos do Tesouro Nacional não ficam exclusivamente no banco central americano”.

os fundos de pensão pertencentes ao regime de previdência complementar. Deveras, a importância da realização, de forma constante, dessas avaliações se apresenta de suma necessidade à saúde financeira, não só presente como futura, dos órgãos de previdência.

Pois bem, dita avaliação, importa desde logo explicitar, é levada a efeito pelo *atuário*, profissional qualificado que, com base em estatísticas, realiza cálculos das probabilidades respeitantes aos seguros em geral e às questões de ordem financeira, com ênfase nos compromissos porvindouros de uma entidade. Na seara previdenciária propriamente dita, o atuário labuta sobre os cálculos atinentes às despesas de aposentadorias e pensões, projetando-as para o futuro, a fim de estabelecer o valor das *reservas matemáticas* necessárias para fazer frente aos compromissos previdenciários futuros. Nesse trabalho técnico-especializado consistente na determinação dos recursos necessários para garantir ditos benefícios futuros é que, grosso modo, consiste a avaliação atuarial.

Além disso, a avaliação atuarial também compreende o *plano de custeio*, que nada mais é do que a definição das contribuições previdenciárias dos patrocinadores (empregadores) e dos beneficiários (segurados) do sistema, com vistas à manutenção futura do pagamento dos benefícios.

Caso o valor de tais contribuições, obtido no plano de custeio, seja suficiente para se possuir o necessário aporte de reservas matemáticas para fazer face aos citados compromissos futuros, ter-se-á o *equilíbrio do plano*. E, em assim sendo, possui efetivamente o órgão previdenciário respectivo recursos necessários para suportar tanto os benefícios já concedidos, como os benefícios a conceder relativos aos iminentes (segurados que ainda não se encontram em gozo dos benefícios, mas que deles podem vir a usufruir a qualquer momento por já possuírem direito a tanto) e os benefícios a conceder relativos aos não-iminentes (segurados que ainda não têm direito ao benefício).

Pelo singelamente exposto, evidente está a necessidade de os órgãos de previdência, em face de sua especial finalidade, realizarem constantemente as referidas avaliações atuariais, pois só assim terão os seus dirigentes o real conhecimento da saúde financeira e longevidade de seus sistemas previdenciários.

Trata-se, por conseguinte, de prática que, ante a sua inelutável importância e valor inestimável, não pode, em hipótese alguma, ser olvidada por referidos dirigentes.

11. Compensação financeira entre os sistemas de previdência social

O artigo 202 da Constituição Federal, ao dispor sobre a aposentadoria no regime geral de previdência social, estabelece, em seu parágrafo segundo, que, para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência se compensarão financeiramente, segundo os critérios estabelecidos em lei.

Doutra feita, se determinado sistema previdenciário, como, por exemplo, o INSS, conceder o benefício de aposentadoria a um trabalhador que tenha anteriormente contribuído para outro sistema, como o de um Município, sendo o tempo de serviço relativo a essas contribuições considerado para a aposentação naquele primeiro regime em face do princípio da contagem recíproca de tempo de contribuição entre os diversos sistemas previdenciários, fará jus o sistema instituidor do benefício de aposentadoria (o INSS, no caso) à compensação financeira respeitante ao tempo de serviço objeto de contribuição prestada ao sistema previdenciário de origem (o do Município).

Conforme se percebe do teor do mencionado dispositivo constitucional, objetivou o legislador constituinte, diante da multiplicidade de sistemas de previdência social existentes (regime geral de previdência social, regime dos servidores da União, dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, basicamente), não sacrificar o sistema que instituiu ou concede a aposentadoria a determinada pessoa que, necessariamente, nem sempre contribuiu para este em que se aposentou, de sorte a obrigar que o outro ou outros sistemas de origem compensem financeiramente este no qual, importa repetir, o trabalhador efetivamente se aposentou e que paga os seus proventos da inatividade.

Convém, nesta oportunidade, abrir um parêntese, pois se tem conhecimento de exegese sobre o teor do referido versículo constitucional que conclui que a compensação

financeira somente poderá se verificar mediante a contagem recíproca de tempo de serviço contribuído na administração pública e na atividade privada (rural ou urbana), ou seja, entre uma e outra, e não entre dois entes políticos; isso sem embargo do próprio dispositivo prever que os “diversos sistemas” compensar-se-ão. Ora, dita interpretação, *venia permissa*, parece se apartar da *mens constitutiones* ínsita na Carta de 1988. De nada parece prosperar o argumento no sentido de que a matéria foi disciplinada em capítulo respeitante ao regime geral da previdência social, de sorte a só a esse, em conseqüência, referir-se e merecer aplicação, já que é fato por todo juspublicista sobejamente conhecido que os textos constitucionais não exsurgem em verdadeiros modelos de técnica legislativa. Diversos são os casos de impropriedades contidos em tal sede, por mais privilegiada que seja. Não fosse só por isso, convém lembrar que a matéria foi tratada onde o tema previdência social é discutido em sua maior amplitude, ou seja, onde se está a discutir o regime geral, que é a regra, e não os especiais, que constituem exceções. Doutra feita, não se afigura crível que o legislador constituinte haja disciplinado “pela metade” uma matéria de especial relevo para os diversos sistemas de previdência social e não para apenas um ou dois e em determinada situação, pena de afronta ao princípio da isonomia. Mais ainda, se assim fosse, como se explicar a locução “hipótese em que os diversos sistemas (...) se compensarão financeiramente”, já que se estaria fazendo referência a apenas dois (o geral e o especial), senão para justamente denotar a multiplicidade de tais com a aplicação aos mesmos da referida regra, tanto entre o regime especial do servidor público, em suas diversas vertentes, e o regime geral, como também entre os diversos segmentos de regimes especiais entre si. Se são diversos os regimes, como se pretender circunscrever dita compensação somente entre dois regimes (o especial e o geral)? Parece claro que não é essa a melhor exegese para a questão vertente, sob pena de se cometer injustificada e odiosa injustiça na hipótese excogitada que ora se afasta, por se lhe entender inconsistente. Há, pois, que se analisar o referido dispositivo, quanto ao seu alcance e sentido, sob uma perspectiva finalística e sem se apartar do princípio da razoabilidade.

Pois bem, não obstante o preceito da compensação financeira possuir assento constitucional desde a promulgação da vigente

Constituição da República, em 1988, certo é que, apesar da existência de alguns outros poucos anteprojetos de lei que procuraram regulamentar a matéria em questão, o único que prosperou foi o Projeto de Lei nº 2.942, de 2 de junho de 1992, de autoria do Deputado federal Luiz Carlos Hauly. Dito projeto de lei, importa consignar, tramitou na Câmara Federal, desde a sua propositura e até a aprovação em plenário de um seu substitutivo, por cerca de três anos.

Uma vez acolhido pela Câmara dos Deputados o substitutivo ao aludido projeto de lei, foi o mesmo, no início do ano de 1996, encaminhado ao Senado Federal, onde passou a ser designado Projeto de Lei da Câmara nº 16/96, ou simplesmente PLC nº 16/96, tendo sido, naquela mesma época, conhecido em plenário pelos Senadores da República e, imediatamente após, remetido às comissões técnicas dessa Casa de Leis. Primeiro, tramitou pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS), onde recebeu parecer favorável do Senador Beni Veras, relator da matéria; posteriormente, foi o mencionado PLC remetido à Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), onde, até fevereiro de 1997, pendia de apreciação o parecer apresentado com proposta de substitutivo pelo então relator Senador Jefferson Perez.¹⁷

Sucede que, segundo as regras que regem o processo legislativo, caso sejam introduzidas novas alterações ao projeto em comento no âmbito do Senado, deverá o mesmo retornar à Câmara dos Deputados, para apreciação dessas inovações. No entanto, isso obviamente demandará um tempo maior até a sua sanção pelo Presidente da República. Todavia, certo é que essa demora nada mais significa que o justo preço do aprimoramento do pertinente texto legal, não obstante, por motivos evidentes, ser ele muitíssimo aguardado pelos diversos órgãos integrantes do sistema de previdência social pátrio.

No que se refere especificamente às entidades de previdência municipal, trata-se de

¹⁷ Cite-se que dito substitutivo ao PLC nº 16/96, incorporado ao parecer ofertado pelo senador Jefferson Perez à CAE, acolhe sugestões contidas em proposta de substitutivo ao referido projeto a S.Exa. entregue por delegação da Comissão Técnica Nacional de Institutos de Previdência Municipal (CTNIPM), em dezembro de 1996, proposta esta última que também foi remetida, na mesma ocasião, aos demais parlamentares com assento na Câmara Alta.

norma realmente muito esperada, uma vez que não é por ninguém desconhecido que a implantação por diversos Municípios do regime jurídico único de seus servidores, com a eleição do estatutário em detrimento do celetista, redundou na troca do regime previdenciário gerido pelo INSS pelo regime próprio de previdência, de modo que se ressentem tais Municípios, ou mesmo os respectivos órgãos de previdência municipal, do montante pelos mesmos anteriormente recolhido ao INSS, com vistas ao pagamento dos proventos dos servidores que se aposentariam pelo INSS e que agora se aposentarão pelo sistema de previdência municipal, ou mesmo que por este sistema já se aposentaram.

Demais disso, impossível é de se olvidar o fato de que diversos Municípios possuem débitos para com o INSS renegociados em prazos dilatadíssimos, podendo sim, por conta da compensação financeira, ser credores dos valores que ora lhe são cobrados.

Urge, por conseguinte, seja o projeto de lei em questão brevemente convertido em lei, propiciando a efetivação da compensação financeira constitucionalmente garantida, medida essa que, além de se constituir justa pelos fatos já acima delineados, ensejará também a utilização do montante objeto da compensação financeira, como uma das formas de sua capitalização, nos lindes do próprio Município, alavancando assim um sem-número de investimentos em sua base territorial, seja em que área for (social, econômica, habitacional, educacional etc.), favorecendo sobremaneira o potencial financeiro das entidades de previdência municipal e, de forma reflexa, beneficiando os Municípios, uma vez que implicará uma redução de despesas com pessoal, somando maiores recursos para o exercício de suas funções institucionais, com óbvio benefício direto à população.¹⁸

12. Normas gerais sobre a previdência municipal

Não obstante a já asseverada competência dos Municípios para criarem e disporem sobre os respectivos regimes próprios de previdência e correlatas entidades previdenciárias, certo é

¹⁸ Seguiu-se a exposição do artigo de PINHEIRO, Pedro Antonio Aguiar. *Previdência e compensação financeira. Diário do Comércio & Indústria*, 11 jan. 1997. Caderno Orietação, p. 8.

que nem sempre a disciplina local tem-se demonstrado eficiente para a consolidação do regime, haja vista que, voluntária ou involuntariamente, muitos aspectos de importantíssimo relevo para a higidez do pertinente sistema de previdência são olvidados das normas instituidoras de tais regimes e órgãos, causando-lhes seríssimos problemas, que, inclusive, podem inviabilizá-los no futuro.

Como já objeto de menção, não raros são os órgãos patrocinadores do sistema que deixam sistematicamente de efetuar as suas contribuições previdenciárias, assim como também não incomum se apresenta o fato de entidades de previdência municipal que não se submetem esporadicamente a avaliações atuariais e a auditorias independentes. Afora isso, também existem aquelas que não administram o seu patrimônio sob o regime de capitalização e tampouco são alvo de eficiente controle administrativo por quem de direito. Isso tudo, sem se considerar aquelas outras criadas unicamente com o escopo de serem evitadas as contribuições ao INSS e que também acabam não recebendo, como deveriam, as contribuições previdenciárias dos respectivos Poderes Públicos patrocinadores do sistema.

Em face desses preocupantes aspectos é que se evidencia extremamente necessário e conveniente que, com base na competência conferida à União pelo artigo 24, inciso XII e § 1º, da Constituição Federal, seja editado um texto legal contendo normas de caráter geral delimitadoras do regime em comento, abarcando a sua disciplina básica, os seus vetores. Trata-se, sem margem a dúvida, de empreitada difícil, já que a definição do que seja norma geral constitui-se efetivamente tormentosa em nosso sistema jurídico, porquanto se apresenta extremamente tênue e de difícil percepção a linha divisória entre dita norma e a norma particular. Caso se extrapole em tal intento, não se cingindo dita disciplina apenas às normas gerais, indubitavelmente é que se estaria, em derivação, a vulnerar a autonomia dos entes federados, já que se exorbitaria da competência de edição de normas de caráter geral, invadindo-se atribuição legislativa alheia. Todavia, sem embargo desses aspectos, trata-se de empreitada que, por mais difícil que se erija, não pode deixar de ser enfrentada.¹⁹

¹⁹ Convém ressaltar, objetivando uma efetiva viabilização normativo-constitucional de tanto, que extremamente conveniente se afigura, a fim de dissipar qualquer eventual discussão sobre a

Apesar disso, essa norma de caráter geral, além de outras imprescindíveis previsões, deverá estabelecer mecanismos que, entre outros aspectos, elidam a existência de órgãos predestinados ao insucesso, assim como garantir o efetivo repasse, por quem de direito, das pertinentes contribuições previdenciárias, além de obrigar aos órgãos de previdência a realização de avaliações atuariais periódicas, conferindo a segurança e o necessário equilíbrio financeiro à previdência municipal.

Vale nesta oportunidade observar que, enquanto não editadas referidas normas gerais, medidas existem para salvaguardar os órgãos de previdência municipal e que podem ser inseridas nas próprias normas legais municipais que acerca deles dispuseram ou mesmo nas Leis Orgânicas dos respectivos Municípios.

Destarte, a título de ilustração do acima asseverado, possível é de se citar a hipótese de dispositivo que, a exemplo do contido no Decreto nº 81.240, de 20 de janeiro de 1978, com as alterações que lhe sobrevieram, ato administrativo este que regulamentou a Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, atribua aos administradores dos órgãos patrocinadores e aos dirigentes da entidade de previdência municipal responsabilidade solidária relativamente a evento danoso causado ao órgão previdenciário municipal, com, inclusive, afastamento dos respectivos cargos de quem a tanto tenha dado causa; isso sem prejuízo da pertinente responsabilização civil, criminal e administrativa.

Outra hipótese: para o caso de decorridos 90 (noventa) dias do vencimento das contribuições previdenciárias devidas sem a correlata verificação do repasse por parte do patrocinador, é conveniente a existência de mandamento legal no sentido de que fiquem os administradores dos órgãos de previdência obrigados a proceder a

competência da União para editar referidas normas gerais, que o legislador federal, investido do poder constituinte derivado, proceda a inserção de previsão expressa na Carta Constitucional sobre a possibilidade do mencionado ente federado editar normas gerais sobre o regime especial de previdência dos servidores públicos, especialmente os municipais, o que poderia ser previsto em um novo parágrafo ao atual artigo 149, ou mesmo, e tecnicamente mais acertado, mediante a enumeração desta hipótese dentre o rol de competências privativas da União para legislar inculpidas no artigo 24 da atual Constituição.

respectiva execução judicial. Óbvio está que, além desse tipo de previsão legal, também se apresenta necessária a estatuição de multa e correção monetária em decorrência de tal, nunca inferiores àquilo que a entidade perceberia em suas aplicações normais, sob pena de efetivamente ter de suportar um prejuízo financeiro, com a descapitalização do seu patrimônio, o que indubitavelmente refletirá em seus altaneiros objetivos futuros.

Demais disso, também é admissível a hipótese de previsão, em uma das espécies de normas citadas, de que os órgãos patrocinadores do sistema previdenciário apenas possam realizar qualquer tipo de operações de crédito, interno ou externo, tanto por antecipação de receita orçamentária como por empréstimo ou financiamento, no caso de estarem adimplentes junto aos respectivos órgãos de previdência municipal.

Mais ainda: imperiosa é a previsão de obrigação do órgão de previdência realizar anualmente avaliação atuarial, assim como muito conveniente se apresenta a sua submissão, também ânua, a auditoria independente.

13. Considerações finais sobre o regime de previdência municipal

Sem embargo do regime de previdência municipal vir-se demonstrando efetivamente viável, encontrando-se em fase de consolidação, certo é que, para que o mesmo não siga os caminhos tortuosos daqueles regimes que lhe precederam, mister se faz alguns cuidados, ou seja, deverá ele estar inarredavelmente calçado em avaliações atuárias, com o fim de não se verificar qualquer distanciamento entre o arrecadado e o despendido; os seus recursos deverão ser administrados em regime de capitalização; os órgãos de previdência municipal deverão ser constituídos preferencialmente sob natureza autárquica, bem assim administrados, ao menos majoritariamente, por seus próprios beneficiários – os servidores –, além do que sob efetiva fiscalização dessa categoria, dos órgãos sindicais, das Câmaras de Vereadores e dos Tribunais de Contas respectivos.

Essas medidas, verdadeiros vetores do regime, consoante já se referiu, além de garantirem o fortalecimento do regime de previdência municipal, objetivam impedir a criação dos

já também citados “institutos de fachada”, órgãos-meios de finalidades escusas de “administradores” irresponsáveis. Daí, pois, a necessidade de serem criados mecanismos aptos a tal evitar. E, em derivação disso, entidades como, entre outras, a Comissão Técnica Nacional de Institutos de Previdência Municipal (CTNIPM) e as associações paulista, mineira, mato-grossense e catarinense de entidades de previdência municipal (APEPREM, AMIPREM, PREVMAT e ASSIMPASC, respectivamente), pugnarem, dentre outras medidas, pela edição das já mencionadas normas gerais delineadoras de tal regime, a serem baixadas pela União.

Em suma, como já dito alhures, está-se frente a um segmento previdenciário que se erige com um muitíssimo substancial substrato de ordem financeira, o qual, inclusive, poderá ser utilizado, como forma de capitalização, nos lindes do próprio Município, mas que ainda muito se ressentem de eficazes salvaguardas.

Bibliografia

- A PREVIDÊNCIA complementar e sua importância para o desenvolvimento econômico e social brasileiro. [São Paulo] : Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada, [1996?]. 4p.
- CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social*. São Paulo : LTR, 1980.
- COIMBRA, José dos Reis Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro : Edições Trabalhistas, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *Normas constitucionais e seus efeitos*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo : LTR, 1984. v. 1.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo : LTR, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. atual. pela Constituição Federal de 1988. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984.
- PINHEIRO, Pedro Antonio Aguiar, LAUBÉ, Vitor Rolf. Previdência e compensação financeira. *Diário Comércio & Indústria*, São Paulo, 11 jan.

1997, *Caderno Orientação*, p. 8.
QUEM é quem. *O Estado de São Paulo*, São Paulo,
24 jun. 1996, Caderno de Economia & Negócios,

p. B-1.
RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de previdência
social*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

Extráfiscalidade

CLÁUDIA DE REZENDE MACHADO DE ARAÚJO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O papel do Estado na atualidade: intervencionismo ou Estado-mínimo? 3. O fator político da tributação e a política fiscal mantenedora das estruturas. 4. Extráfiscalidade, desenvolvimento econômico, justiça social e capacidade contributiva. 5. Extráfiscalidade na Constituição brasileira de 1988. 6. Conclusões.

1. Introdução

Na atualidade, busca-se encontrar um modelo novo de Estado que seja, antes de tudo, eficiente. Através da história, restaram conhecidos, basicamente, dois tipos de Estado: o liberal e o intervencionista. Ambos são Estado de Direito e resultaram da síntese de uma evolução histórica da idéia de Estado. Hoje, conhecidos os males do liberalismo e também do intervencionismo, o debate, no campo da filosofia política, volta-se para uma síntese entre esses dois tipos.

Tendo o Estado mais ou menos atribuições, terá ele necessidades financeiras proporcionais a sua atuação. O Estado liberal necessita de menos receita, enquanto o intervencionista, com um número maior de competências, é mais dispendioso.

Defronte da interrogação: intervencionismo ou Estado-mínimo, o estudo da extráfiscalidade torna-se bastante interessante quando os contornos da atuação do Estado neoliberal ainda são cinzentos e a sua eficiência duvidosa.

Assim, o objetivo deste trabalho é examinar a atuação do Estado e a extráfiscalidade, chegando-se ao exame desta à luz da atual Constituição brasileira, principalmente agora com a discussão de um projeto de reforma tributária.

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.

2. O papel do Estado na atualidade: intervencionismo ou Estado-mínimo?

Os debates em torno da idéia e do papel do Estado na atualidade voltam-se para a busca de um Estado eficiente. São bastante conhecidos os males e os defeitos do modelo liberal, bem como do intervencionista.

Se, por um lado, o “*l’État gendarme*” dos liberais é menos oneroso, por outro, mostrou-se o causador de grandes desigualdades econômicas e sociais decorrentes da política não-intervencionista do “*laissez faire, laissez passer que le monde va à la lui même.*”

O Estado intervencionista, comprometido com a justiça social, objetiva reparar os males causados à sociedade pela política liberal não-intervencionista. Todavia, este, por ter o campo de suas competências bastante alargado, tornar-se mais oneroso, facilita a corrupção, acabando por tornar-se ineficiente.

O Estado liberal, considerado um mau administrador, não intervém na vida econômica da sociedade, valendo-se dos tributos apenas para manter a máquina estatal com o objetivo de garantir a ordem pública e as liberdades individuais.

Ao contrário do Estado liberal, o Estado social é intervencionista. Intervém em todos os campos da sociedade, objetivando fazer justiça social. Nesse tipo de Estado, os tributos passam a ter, além de função fiscal, que consiste em arrecadar receitas para a manutenção do Estado, funções extrafiscais, ou seja, além da finalidade de obter receitas.

Na atualidade, busca-se um terceiro modelo de Estado mais eficiente que os outros dois já conhecidos. Faz-se necessário que este não perca o seu compromisso com a justiça social, mas que seja menos oneroso e mais eficiente, sem contudo deixar de garantir as liberdades individuais.

Quando o Estado tem as suas competências diminuídas, chega-se à idéia do Estado-mínimo, retomando valores da filosofia liberal do “*laissez-faire, laissez-passer*”, na qual este tem as suas competências reduzidas e repassadas à iniciativa privada. Todavia, os contornos das competências deste chamado Estado-mínimo ainda são cinzentos na medida em que ele não perde o seu compromisso com a justiça social e, ao mesmo tempo, não intervém na economia, deixando esta aos cuidados da iniciativa privada.

Dentro desse quadro, o papel da tributação torna-se de crucial importância e um vasto e interessante campo de estudo. O Estado não intervém na economia, mas tem de fazer justiça social. Tendo as suas competências reduzidas, ele necessita de menor receita, mas, mesmo assim, está imbuído do ideal de realizar a justiça social. Nesse contexto, os tributos vão perdendo as suas funções fiscais e adquirindo outras, extrafiscais.

A extrafiscalidade transforma-se, então, num importante mecanismo para a atuação do Estado na luta pelo desenvolvimento econômico e contra as desigualdades sociais.

A Constituição brasileira de 1988 dispõe no artigo 1º, *verbis*:

“Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político”. (Destaques nossos).

Mais adiante, no art. 3º, dispõe, *verbis*:

“Art. 3º- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- 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. (Destaques nossos).

Assim, mediante o exame dos dispositivos constantes do Título I – Dos Princípios Fundamentais da Carta Política do Brasil, percebe-se que o Estado brasileiro encontra-se comprometido com as idéias da justiça social e tem como um dos seus objetivos garantir o desenvolvimento nacional. Ainda, ele garante a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho.

Resta a interrogação: como fazer valerem

todos estes princípios constitucionais fundamentais? A tributação com funções extrafiscais é um dos instrumentos eficientes que o Estado possui na busca do equilíbrio necessário à sobrevivência e à aplicação de todos esses princípios à rotina da vida social brasileira.

Considerando os princípios fundamentais arrolados na Constituição brasileira atual, já transcritos, não é possível situar o Estado brasileiro entre aqueles de filosofia liberal. Mas, a todo momento, fala-se na política neoliberal e são constantes as tentativas de implantá-la cada vez mais no Brasil. Nesse contexto, a extrafiscalidade adquire importância crucial na política tributária atual.

3. O fator político da tributação e a política fiscal mantenedora das estruturas

Ocorre, muitas vezes, que os impostos são empregados como instrumentos de intervenção ou regulação pública; a função fiscal propriamente dita é sobrepujada pelas funções extrafiscais. A sua técnica é adaptada ao desenvolvimento de determinada política ou diretriz.

O exercício do poder de tributar é, sem dúvida alguma, político, estando, portanto, sujeito mais a fatores políticos que econômicos. É uma questão de opção política por determinada técnica de tributação.

Os constitucionalistas e financistas norte-americanos, acompanhando a jurisprudência de seu país, distinguem os tributos cobrados com fundamento no “poder de tributar” daqueles com fundamento no “poder de polícia”. Os primeiros atendem a uma função eminentemente fiscal e os segundos têm características extrafiscais.

Tributar consiste em exigir dinheiro sob coação, sendo; portanto, um exercício do poder soberano do Estado. O “poder de polícia” é exercido pelo Executivo. O Estado tem como finalidade viabilizar a coexistência dos indivíduos em sociedade, valendo-se, para tanto, do Direito.

O poder de polícia é exercido nos limites previamente estipulados em lei, prevalecendo sempre o interesse coletivo sobre o particular. Assim, a tributação com base no poder de polícia tem a finalidade de impedir e, até mesmo, punir determinados comportamentos. Não se encontra nessa atuação estatal a função fiscal presente nos tributos decorrentes do

“poder de tributar”, mas apenas a função extrafiscal.

Assim, é inegável o caráter político da tributação. A escolha por uma ou outra técnica é eminentemente política e inspirada na luta de classes, do ponto de vista dos seus efeitos sobre a repartição dos encargos e redistribuição da renda nacional.

As classes dominantes tributam as dominadas e satisfazem suas conveniências com a arrecadação. Mesmo dentro desse contexto, é possível ocorrer uma reforma social por meio da tributação, na medida em que esta pode conduzir a uma melhor distribuição da renda nacional.

Os impostos não estão sempre relacionados à despesa estatal; ao contrário, muitas vezes têm como finalidade impor ou coibir comportamentos aos particulares. Neste último caso, ocorre o fenômeno chamado de extrafiscalidade.

A política fiscal é uma opção política de quem exerce o poder soberano. De acordo com esta, determinados comportamentos são incentivados pela concessão de isenções, pela previsão constitucional de imunidades, ou coibidos por uma grande carga tributária.

Uma política fiscal, por exemplo, que tem como objetivo incentivar o desenvolvimento nacional faz incidir uma carga tributária menor sobre os bens de capital e maior sobre propriedades ociosas e importações, com a finalidade de viabilizar o aumento da produção industrial. Nesse caso, todos esses tributos têm uma função extrafiscal, ou seja, o objetivo dessa tributação é viabilizar a industrialização e não apenas arrecadar receitas para o financiamento do Estado.

Resta claro que a política fiscal é uma opção política de quem detém e exerce o poder soberano do Estado. De acordo com esta, arrecadam-se receitas para a manutenção da máquina estatal. Todavia, ela pode, também, ter como objetivo uma reforma social, incentivando o desenvolvimento nacional e conduzindo a uma melhor distribuição da renda nacional.

4. Extrafiscalidade, desenvolvimento econômico, justiça social e capacidade contributiva

4.1. Extrafiscalidade

A Constituição estabelece como uma das metas do Estado brasileiro promover o desen-

volvimento nacional e a justiça social. Assim, no Brasil, a tributação constitui poderoso instrumento da ação estatal sobre a economia, o que dá grande importância às técnicas extrafiscais adotadas, tendo em vista a realização das metas de desenvolvimento e justiça social.

Para o Estado moderno, as finanças públicas não são apenas um meio de assegurar a cobertura de suas despesas de administração, mas também, e sobretudo, constituem um meio de intervir na vida social, de exercer uma pressão sobre os cidadãos, para organizar o conjunto da nação.

A intervenção na economia é realizada pelo Estado em função do seu poder impositivo. É no campo da receita que o Estado transforma e moderniza seus métodos de ingerência. O imposto deixou de ser apenas um meio destinado a cobrir as necessidades financeiras do Estado.

Ao invés das finanças neutras, que se pontificaram pela omissão e parcimônia, temos hoje as finanças funcionais, cuja atividade financeira é orientada no sentido de influir sobre a conjuntura econômica.

Nos países jovens, em fase de transição econômica, com a finalidade de financiar o seu desenvolvimento, utilizam-se os tributos como instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada. Assim, na construção de cada tributo, não será ignorado o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal.

A tributação funciona também como arma de reforma social, cujos efeitos se refletem sobre a redistribuição da fortuna e da renda entre os indivíduos.

O Estado, no exercício do poder de polícia, verá a restrição ou proibição em caráter absoluto; o poder de tributar, quando atua no campo da extrafiscalidade, simplesmente objetiva recomendar ao cidadão uma ação ou omissão, acenando com a vantagem econômica, sendo, assim, restrição ou proibição relativa.

O Estado moderno, enquanto Estado de Direito, tem toda a sua conduta pautada pela lei. Assim, o princípio da legalidade se faz presente em toda sua atuação e só a lei pode obrigar alguém a uma ação ou abstenção. Esse imperativo é do sistema jurídico global, aplicando-se ao caso de toda atividade tributária, seja ela fiscal ou extrafiscal.

4.2. Desenvolvimento econômico

A atuação do Estado no sentido de promover o desenvolvimento econômico deve estar prevista na Constituição de forma implícita ou explícita, pois, conforme afirmado acima, a conduta do poder público é toda prevista em lei.

Nessa promoção do desenvolvimento econômico pelo Estado, as funções extrafiscais dos tributos adquirem importância crucial. Tributos como o imposto de importação ou o imposto sobre a propriedade territorial rural são impostos com funções eminentemente extrafiscais. Ao contrário, o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços é um imposto pouco vocacionado à extrafiscalidade, apesar de ser a mais importante fonte geradora de recursos para o Estado-membro.

4.3. Capacidade contributiva ou econômica

No dilema entre justiça social e produtividade, o legislador contemporâneo inclina-se para soluções transacionais, introduzindo certa dose de personalização nos impostos. Todavia, a capacidade econômica, conquanto implique personalização, jamais poderá ser feita por critérios subjetivos e sim por critérios objetivos, previstos em lei.

A necessidade de ser observada a capacidade contributiva do contribuinte faz com que os tributos passem a ser graduados. Estes são progressivos, pois a alíquota cresce à medida que se eleva a quantidade ou o valor da coisa tributária, em contraste com a relação constante dos impostos simplesmente proporcionais.

O art. 145 da Constituição Federal prevê a adoção, para todos os impostos, do princípio da capacidade contributiva (impostos com caráter pessoal e graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte).

4.4. Justiça social

Os economistas clássicos, como K. Marx, preocuparam-se sobretudo com as causas e conseqüências da mudança econômica a longo prazo e com as relações entre o crescimento e a distribuição da renda. Em seguida, os marginalistas mudaram a ênfase, voltando suas atenções para a análise do funcionamento do sistema de mercado dentro do período de tempo prefixado.

Cabe ao Estado coordenar o processo de

desenvolvimento econômico e distribuição da renda, uma vez que esta é a conta final dos benefícios do progresso material.

É um dos princípios da democracia a igualdade de oportunidades. Nesse ponto, a distribuição de renda nas proporções do desenvolvimento econômico faz-se fundamental. Da teoria da democracia depreende-se que o acesso às conquistas materiais, intelectuais e técnico-científicas deve estender-se a todos os cidadãos. Sendo assim, cabe ao Estado viabilizar a distribuição da renda e do progresso material, enquanto Estado Democrático de Direito.

Nessa função de realizar a justiça social, a extrafiscalidade passa a ser um importante mecanismo, sobretudo agora quando estão sendo definidos os contornos de atuação do Estado-mínimo dentro da política neoliberal.

Ainda na Idade Média, muito antes do Estado de Direito, Santo Agostinho declarou que somente a justiça marcava a distinção entre o Estado e uma “quadrilha de bandidos”. Atualmente surge a urgente necessidade de diminuir as enormes desigualdades sociais, sendo uma delas o desequilíbrio fiscal, pois o Estado deve estar comprometido com a idéia de justiça.

5. A extrafiscalidade na Constituição brasileira de 1988

O Estado brasileiro é um “Estado Democrático de Direito”; assim dispõe o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988. Então, sendo um “Estado de Direito”, este deve ter toda a sua atuação prevista em lei, sobretudo a tributação, seja ela fiscal ou extrafiscal.

Um “Estado Democrático de Direito” está comprometido com os valores da democracia, que se exprime na máxima: “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido.”

Ainda, o Estado brasileiro garante a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho. Sendo assim, ele não é um Estado nos moldes liberais, nem muito menos intervencionista-socialista. Estaria ele mais próximo de um Estado social-democrata.

Ao estabelecer como um dos seus princípios fundamentais fazer justiça social e diminuir as desigualdades econômicas, tornou necessária a sua intervenção nas relações sociais para atingir esses objetivos.

Nesse quadro constitucional, acompanhado das tendências neoliberais, a extrafiscalidade adquire singular importância.

Na Constituição brasileira de 1988, encontram-se duas espécies de normas constitucionais extrafiscais: as que visam à realização do desenvolvimento nacional e as que visam à realização da justiça social.

No primeiro grupo estão os impostos de importação e sobre a propriedade rural, assim como o imposto sobre a propriedade territorial urbana, que também possui funções extrafiscais na medida em que é utilizado como instrumento regulador do desenvolvimento urbano dos municípios.

No segundo grupo encontramos o princípio da seletividade do imposto sobre produtos industrializados em função da essencialidade dos produtos e a não-incidência do ITR sobre o módulo rural.

6. Conclusões

a) O Estado-mínimo, fundamentado na filosofia neoliberal, é menos intervencionista, deixando grande parte de suas competências à iniciativa privada. Assim, não intervém na economia, deixando de participar diretamente da atividade econômica da sociedade. Esse tipo de Estado tem despesas menores, necessitando, portanto, de menor receita que o intervencionista.

b) No Brasil, existe uma forte tendência à política neoliberal. Todavia, na Constituição Federal, Título I – Dos Princípios Fundamentais, estão elencados como objetivos do Estado brasileiro promover o desenvolvimento nacional, a justiça social e diminuir as desigualdades sociais. Como fazer valerem esses princípios sem intervir na economia? Nesse contexto, a extrafiscalidade torna-se fundamental.

c) Tributar é uma das formas do exercício do poder soberano, que é exercido por uma atividade estatal plenamente vinculada; porém, a política fiscal é uma opção eminentemente política.

d) Os tributos possuem duas funções: fiscal, que consiste em arrecadar receitas para financiar o Estado, e extrafiscal, que é uma função reguladora da atividade dos particulares, com objetivos diversos de obter receitas tributárias. A primeira função dos tributos é uma decorrência do “poder de tributar” e segunda do “poder de polícia.”

e) O Estado-mínimo tem suas competências diminuídas; portanto, torna-se menos dispendioso. Todavia, no caso brasileiro, existe um compromisso constitucional com a justiça

social e a conseqüente diminuição das desigualdades sociais. Apesar de ter as suas despesas diminuídas, o que acarretará a diminuição da tributação fiscal, estando comprometido com a idéia de justiça social, estará ele forçado a aumentar a tributação com finalidades extrafiscais.

Bibliografia

- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 32. ed. São Paulo : Globo, 1994.
- BALLEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- BARROS, Laan de Oliveira. Progressividade do IPTU na CF de 1988 : capacidade contributiva e extrafiscalidade. *Boletim de Direito Municipal*, p. 24-31, jan. 1990.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- BOTTALO, Eduardo Domingos. Extrafiscalidade, desenvolvimento econômico e justiça social. *Cadernos de Direito Econômico e Empresarial*, n. 73, p. 333-337, jan./mar. 1995.
- CORDEIRO, Diva Narcisa. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, n. 96, p. 316, out./dez. 1990.
- COSTA, Antônio José da. Extrafiscalidade dos tributos à luz da constituição. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 40, p. 45-55, set./out. 1986.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 1994.
- FERNANDES, Francisco das Chagas. A extrafiscalidade. *Revista de Ciência Política*, n. 24, p.73-87, jan./abr. 1981.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MARTINS, Yves Gandra da Silva. Insenção de ICM no fornecimento de produtos industrializados a partir de concorrência internacional e financeira obtido de Organismos Estrangeiros : serviços equiparados à industrialização por comandos ordinários : extrafiscalidade reconhecida. *Revista de Direito Tributário*, n. 38, p. 223-235, out./dez. 1986.