

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL/JUNHO 1997 • BRASÍLIA • ANO 34 • Nº 134



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

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 34 • nº 134
abril/junho – 1997

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista
de
Informação
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

ISSN 0034-835-x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (061) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (061) 311-4258. E-Mail: ssetec@admass.senado.gov.br

Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS

Angelina Almeida Silva, João E. Belém, Joel P. da Costa e Wellington de A. Moreira

REVISÃO DE PROVAS

Alessandra da Silva Moreira, Eloisa N. de Moura Silva, Helena M. V. Silva e Maria de Lourdes Lima Rosa

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Marcia Fernandes da Cruz Machado e Paulo Henrique Ferreira Nunes

IMPRESSÃO

Secretaria Especial de Editoração e Publicações

CAPA

Paulo Cervinho e Cícero Bezerra

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

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. - -

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

v.

Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 34 · nº 134 · abril/junho · 1997

- | | |
|--|---|
| Rogério Soares do Nascimento | Considerações sobre o tráfico de armas em razão do advento da Lei nº 9.437, de 1997. 5 |
| Gilmar Ferreira Mendes | O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade 11 |
| José Carlos de Magalhães | Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros 41 |
| Álvaro Melo Filho | Juridicidade dos sorteios eletrônicos pela TV a partir de ligações telefônicas usando o prefixo 0900 51 |
| Márcio Nunes Aranha | Segurança jurídica <i>stricto sensu</i> e legalidade dos atos administrativos: convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal 59 |
| José Matias Pereira | O processo de acupação e de desenvolvimento da Amazônia: a implementação de políticas públicas e seus efeitos sobre o meio ambiente 75 |
| Arnoldo Wald | O direito como instrumento catalisador do desenvolvimento das relações econômicas entre a França e o Brasil 87 |
| Elaine de Almeida Passos
Loureiro e Peter de
Paula Pires | Da impossibilidade jurídica de exploração da atividade de capitalização por entes estatais 95 |
| Inocência Mártires Coelho | A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes 99 |
| Angela Cristina Pelicioli | A Fazenda Pública e a antecipação da tutela 107 |
| Fábio Maria De-Mattia | <i>Droit de suite</i> ou direito de seqüência das obras intelectuais 117 |

Marçal Justen Filho	Propostas de alteração do Anteprojeto de nova Lei de Licitações 123
Eduardo Talamini	O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente. 137
Alvaro Lazzarini	Sanções administrativas ambientais 165
Ivan Lira de Carvalho	Decisões vinculantes 175
Erasto Villa-Verde Filho	A estabilidade no serviço público em face da proposta do governo “FHC” de “flexibilizá-la” 185
Dilvanir José da Costa	A execução das obrigações de dar, fazer e não fazer no direito brasileiro e no direito comparado 201
Paulo Affonso Leme Machado	Informação e participação: instrumentos necessários para a implementação do Direito ambiental 213
Gladston Mamede	Hipocrisia: o <i>mito</i> da cidadania no Brasil 219
Ivo Dantas	Direito Comparado com Ciência 231
Teori Albino Zavascki	Planos econômicos, direito adquirido e FGTS 251
Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva	A eficácia <i>ex nunc</i> da naturalização e a extradição de brasileiro 263
René Ariel Dotti	O interrogatório a distância: um novo tipo de <i>cerimônia degradante</i> 269
José Rossini Campos do Couto Corrêa	Direito concreto? A criança e o adolescente na Capital Federal 275
Jorge Rubem Folea de Oliveira	O Estado empresário. O fim de uma era 297

Considerações sobre o tráfico de armas em razão do advento da Lei nº 9.437, de 1997

ROGÉRIO SOARES DO NASCIMENTO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Criminalidade mercantil. 3. Inovações da Lei nº 9.437/97. 4. Competência. 5. Crime contra a segurança nacional.

1. Introdução

A recente aprovação de lei criminalizando o porte de armas levou aos meios de comunicação de massa um tema que não é novo e vem sendo cada vez mais debatido. Sempre que se dirige o foco da atenção ao aumento progressivo da criminalidade, vem à tona o problema do tráfico de armas. O comércio ilegal de armas e acessórios destinados a combate, tais como explosivos, munições, coletes à prova de balas e silenciosos, destaca-se, entre as muitas formas de “tráfico”, pela antiguidade da sua prática, sem dúvida, mas também, e principalmente, pelo seu efeito multiplicador da violência.

No entanto, um comportamento que agride a sociedade tão ostensivamente foi, por muito tempo, negligenciado na legislação penal brasileira. O interesse de armar jagunços de outrora, os seguranças de hoje, levou à tolerância das elites com o mercado da morte. Assim, a posse e o comércio de armas nacionais, à margem da lei, eram usualmente tratados como simples contravenção, e a compra e venda de armas estrangeiras, apenas como contrabando.

A inovação trazida pela Lei nº 9.437/97, porém, não esgota a questão. O comércio ilegal de armas, reconhecido como um dos principais problemas de segurança pública no país, merece uma reflexão mais detida.

Rogério Soares do Nascimento é Mestre em Direito pela PUC/RJ, Professor da Universidade Estácio de Sá – RJ e Procurador da República no Rio de Janeiro.

2. Criminalidade mercantil

A criminalidade mercantil¹ – aqui significando qualquer atividade comercial considerada socialmente lesiva ou perigosa e, por isso, reprimida com sanções penais – nasceu com o comércio. É milenar. Na sua essência, trata-se de um fato econômico, porém, com reflexos no campo criminal. Se existe demanda, se há mercado, alguém terá a ousadia de oferecer o produto, mesmo violando as leis.

A satisfação de necessidades pela troca, base dessa espécie de crime, permite infinitas possibilidades de realização, o que faz árdua a tarefa de preveni-los e reprimi-los. Além disso, os delitos mercantis sempre envolvem um grande número de agentes: as pessoas que fazem circular as mercadorias ilícitas. E, como toda atividade econômica, costuma ser desenvolvida em moldes empresariais. Não é só; essa espécie de criminalidade, como regra, é organizada² e, a exemplo do capital que a sustenta, desconhece fronteiras geopolíticas.

Por outro lado, também não se pode deixar de chamar atenção para o fato de que o crime de mercado, independentemente da sua raiz econômica, muitas vezes está associado à violência: seja na disputa entre rivais e na sustentação dos impérios clandestinos; seja em consequência da própria mercadoria fornecida, como é o caso do comércio de entorpecentes e, em particular, do tráfico de armas, tema destas reflexões.

Algumas das características mais evidentes da macrodelinqüência deste fim de milênio: a

¹ Conforme doutrina alemã, o direito penal econômico trata das infrações penais que afrontam a ação interventora e reguladora do estado na economia; ameaça ou lesa bens jurídicos supra-individuais ou sociais; ou ataca bens jurídicos novos de expressão patrimonial, sem exclusão dos delitos patrimoniais clássicos; abordando, portanto, desde crimes tributários e financeiros, até crimes patrimoniais comuns ou cometidos no exercício de uma atividade econômica. Entre estes últimos destacam-se os delitos mercantis.

² Neste estudo, crime organizado exprime a associação estável entre dois ou mais grupos mobilizados para a prática de ilícitos, onde cada sociedade preserva sua autonomia, tanto operacional quanto de propósitos, dividindo tarefas predeterminadas, a partir de estratégias comuns, as quais prevêm mecanismos de reprodução da própria engrenagem delituosa, conforme sustentado no trabalho “A investigação do crime organizado no cenário da comunicação em redes informatizadas”, escrito em conjunto com a Dra. Silvana Batini César Góes.

globalização do crime organizado e a associação das redes voltadas para a prática de delitos econômicos com a criminalidade violenta tradicional exprimem-se de forma acentuada na ação das quadrilhas de traficantes de armas. Esses laços acabam por fazer multiplicar esse comércio da agressividade, tornando-o banal.

A banalização, por sua vez, leva a que qualquer pessoa tenha acesso fácil a armas modernas, inclusive armamento militar com grande poder de destruição. Com isso, o arsenal bélico das quadrilhas urbanas no Brasil (traficantes de drogas e seqüestradores, em especial) já se revela uma ameaça à sobrevivência do Estado Democrático de Direito. Eis aí, também, um dos principais fatores da proliferação de incidentes com vítimas de balas perdidas³, um foco permanente de intranqüilidade, obra de uma espécie de terrorismo casual, despido de motivação política direta, mas político nas suas conseqüências.

3. Inovações da Lei nº 9.437/97

Centrando o foco da análise nos aspectos jurídico-criminais do problema, pode-se partir da situação mais elementar, a posse ilegal de armas, cada vez mais corriqueira, à medida que a espiral da violência no campo e nas cidades vai assumindo contornos dramáticos de uma “guerra civil” implícita e dispersa.

Agora a situação está prevista no *artigo 10* da nova lei⁴. Circulam entre nós, sem embargo, de forma ameaçadora, armas e mais armas, algumas automáticas ou semi-automáticas; e, aquele que as detém, fabrica, compra e vende, aluga, transporta ou empresta sem autorização e, fora de qualquer controle do poder público, comete crime punido com pena de *um a dois anos de detenção*, quando a arma é de uso *permitido*, ou de *dois a quatro anos de reclusão*, quando a arma é de uso *restrito* ou *proibido*,

³ O número de incidentes registrando vítimas de balas perdidas, muitas crianças e algumas vítimas fatais, no Rio de Janeiro, vem crescendo assustadoramente e tem merecido amplo espaço na imprensa. Matéria publicada na edição do *Jornal do Brasil*, de 14/7/96, computava 102 atingidos, em um retrospecto de dois anos e meio.

⁴ Antes uma tal conduta caracterizava mera contravenção, sujeitando o indivíduo à prisão simples de 15 dias a seis meses ou multa. Art. 19 da LCP.

cabendo à União regulamentar as hipóteses de permissão, restrição e proibição do uso⁵.

Também incide na pena mais grave o agente que oculta os sinais de identificação da arma, possui, detém, fabrica ou usa explosivos, sem autorização, e todo aquele que cometer um dos crimes previstos na Lei nº 9.437/97 depois de já ter sido condenado por tráfico de drogas. Por outro lado, a lei recém-aprovada equipara ao crime de *porte ilegal* a omissão das cautelas necessárias a impedir o acesso de crianças ou adolescentes a armas de fogo; o emprego de arma de brinquedo no cometimento de outros crimes e o disparo em local habitado ou público.

Ao lado do tipo múltiplo que está previsto no *caput* do artigo 10 e das figuras equiparadas do parágrafo primeiro, encontram-se, nos parágrafos e incisos seguintes, formas qualificadas (suprimir marca, alterar características, manusear explosivos) e até um efeito penal de reincidência específica, incluído, em meio às condutas criminosas, por deslize de técnica legislativa. Por fim, a circunstância do agente de qualquer dos crimes previstos no artigo antes mencionado ser servidor público é causa do aumento das penas, na metade⁶.

A questão, porém, não se esgota aí. Quando as armas são estrangeiras e foram introduzidas ilegalmente no território nacional, o quadro se complica. Está configurado contrabando⁷. O legislador preocupou-se em esclarecer que as novas hipóteses de incriminação não eximem da pena por contrabando ou descaminho, quando cabível, mas o fez sem apuro de estilo. Além do mais, adquirir, receber ou ocultar produto de crime configura *receptação*. Esse comportamento, difundido e aparentemente

pouco relevante, já era criminoso, quando a disponibilidade sobre a arma, munição ou outro artefato bélico dava seqüência a um ingresso clandestino.

Como se pode perceber, o exato enquadramento legal da situação antes descrita leva à necessidade de solucionar o aparente conflito estabelecido entre os crimes de contrabando e de receptação, (artigos 334 e 180, do Código Penal, respectivamente), e os tipos introduzidos pela nova lei, o que não é motivo de preocupação.

As alíneas acrescidas ao artigo 334 e o disposto no artigo 180 tratam de diferentes formas de receptação, ligadas por uma relação de gênero e espécie⁸. A receptação especial do artigo que incrimina o contrabando e o descaminho só ocorre quando se observa, no comportamento do agente, um especial fim de agir: intuito de comércio. Fora dessa hipótese singular, não há nenhum fundamento para negar vigência e aplicação ao artigo que trata da receptação comum.

As novas figuras, por seu lado, constituem-se modalidades especiais de *crime contra a paz pública*, que se consumam pela simples posse da arma, não autorizada, independentemente da procedência, do modo pelo qual foi adquirida ou da finalidade a qual se destinava. A aplicação do princípio da especialidade basta para afastar a incidência da receptação, comum ou especial, nas hipóteses de aquisição, posse ilícita, guarda ou revenda de armas, independentemente de qualquer indagação sobre os fins do agente. Sempre que se estiver tratando de armas e outros artefatos bélicos, aplica-se a Lei nº 9.437/97: quando de mercadoria de outra natureza, impende apenas verificar a origem do bem: se nacional, é caso da receptação comum; se estrangeira, é caso de contrabando ou descaminho.

4. Competência

Um outro aspecto interessante, neste cotejo de tipos penais, vem a ser o da competência.

⁸ Decisão do STJ em Conflito de Competência. Acórdão publicado no *DJ* de 15/8/94, a despeito de pautada em voto sucinto, toca na questão *in verbis*: "A posse de arma de importação proibida caracteriza a figura do art. 334, § 1º, *d*, do Código Penal, abrangente da receptação dolosa de mercadoria contrabandeada ou descaminhada. Há uma relação de gênero para espécie entre as figuras dos arts. 180 e 334, § 1º, letra *d*, do CP. Conflito conhecido para declarar-se a competência da Justiça Federal.

⁵ Enquanto não for aprovado um novo regulamento, permanece válido o Decreto nº 55.649, de 28/01/65 (conhecido como R-105), que, no seu art. 160, já classificava armas, acessórios, petrechos e munições em de "uso proibido" ou "uso permitido", considerando de uso proibido aquelas vedadas a civis em geral ou pessoas despidas de *munus publicus*, mais exatamente equipamento bélico equivalente ou superior ao usado pelas Forças Armadas no Brasil ou estrangeiras.

⁶ Outras, entre as condutas tornadas crime pela nova lei, também eram hipótese de contravenção. Art. 18 e parágrafos do art. 19.

⁷ Note-se que a importação de armas é possível desde que precedida de autorização do órgão controlador, na esfera do Ministério do Exército. O desrespeito a essa condição equivale à proibição, caracterizando contrabando e não simples descaminho.

Quando se está diante daquele que foi responsável direta ou indiretamente pela entrada de armas ou munições estrangeiras no país, de forma clandestina, não resta dúvida. Há contrabando, crime de competência da Justiça Federal, uma vez que presente interesse direto da União, responsável pelo “controle alfandegário”. Nas hipóteses de receptação especial, que, como foi dito, já não se aplica quando o produto do contrabando é arma ou munição, também não há dúvida. A competência para processar e julgar é da Justiça Federal. No entanto, ainda persiste alguma perplexidade quando configurada a receptação comum.

Ora, o art. 180 do CP incrimina a receptação dolosa própria na modalidade de aquisição, crime material que se consuma com o ingresso na disponibilidade da coisa. Trata-se de delito pluriofensivo que tutela, por decorrência lógica, o mesmo bem jurídico tutelado pelo tipo *incriminador infringido no crime antecedente*, quase sempre, mas não necessariamente, o patrimônio. Cabe notar que a norma do artigo 180 não visa tutelar o domínio da *res* obtida ilícitamente; procura, isto sim, evitar que se consolide um proveito calcado em injusto.

Não obstante, há divergências quanto aos efeitos da natural autonomia da receptação, relativamente ao crime anterior, no tocante à definição da competência. Com este fundamento e também porque impossível, no caso concreto que estava sob exame, processar em conjunto relativamente ao contrabando antecedente, o TRF da 2ª Região entendeu por afirmar competente à Justiça Estadual⁹. A orientação majoritária no STJ, porém, aponta para a competência da Justiça Federal, afirmando ser apenas relativa a autonomia da receptação¹⁰.

⁹ Recurso Criminal nº 94.02.19041-4/RJ “I- A apreensão de armas e munições, inclusive de origem estrangeira e privativa das forças armadas. II- Denúncia com base nos arts. 180, 29 e 71 do CPB não é suficiente para firmar a competência da Justiça Federal. III- Competência da Justiça Estadual, por ausência de elementos para a persecução criminal relativa ao art. 334 do CPB e por ser a receptação delito de conteúdo autônomo. IV- Recurso improvido.”

¹⁰ Conflito de Competência nº 15.165 (reg. 95/0048309-2) “COMPETÊNCIA. CONTRABANDO E RECEPÇÃO DE ARMAS ESTRANGEIRAS. - Em face da existência de anterior delito de contrabando, da competência da Justiça Federal, compete a esta julgar e processar delito de receptação da arma contrabandeada que, na espécie, é delito de autonomia relativa. - Conflito conhecido.” Rel. Min. William Patterson. Julg. 19/10/95.

Parece acertada a orientação da mais alta corte federal, pois a autonomia do crime de receptação, que ninguém contesta e diz respeito tanto ao crime antecedente quanto a eventuais crimes que vierem a ser cometidos com o uso do produto receptado, sejam eles quais forem, é de procedimento. Não há razão para condicionar a persecução de um ao esclarecimento do outro, nem se estabelece conexão entre as ações decorrentes de cada conduta.

Contudo, vale registrar que alguns julgados vinham afirmando existir conexão entre o tráfico de drogas e a receptação de arma contrabandeada quando a apreensão se dá num mesmo momento, prevalecendo, nessa hipótese, a competência da Justiça Federal, na forma da Súmula 122 do STJ, a qual, reproduzindo a antiga Súmula 52 do extinto TFR, assim orienta:

“compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos da competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal”.

A discussão não é bizantina. As Justiças Federal e Estaduais possuem estrutura e perfil de atuação diferentes, sendo comum propostas de ampliação da competência federal em matéria penal, ao argumento de que federalizar significa dar maior eficiência à persecução, o que é falso. A estrutura do Judiciário dos estados é muito maior e, portanto, os processos que correm na Justiça Estadual são até mais céleres¹¹.

Com o novo tratamento dado ao tema, a solução é mais simples. Insista-se, os crimes descritos na Lei nº 9.437/97 visam à tutela da paz pública; portanto, na ausência de interesse federal por proteger, nada justifica o seu processo e julgamento senão pela Justiça Estadual, melhor aparelhada e mais afeita à matéria. Ademais, a atividade de polícia administrativa, que permanece a cargo da

¹¹ A propósito, merece registro um alentado estudo comparativo da estrutura do judiciário no Estado do Rio de Janeiro, na esfera criminal, que integra decisão proferida pelo Exmo. Sr. Juiz Federal Dr. Willian Douglas Resinente dos Santos, na Ação Penal nº 95.0033156-0, onde se observa que nenhuma das 44 Varas Criminais na Capital do Estado do Rio de Janeiro, aqui incluídas as Varas Regionais, possuía, em março de 1995, mais de 400 ações penais em andamento, enquanto as 3 Varas Federais especializadas em matéria criminal possuíam uma média de 1.400 ações em curso.

União, nada altera com relação à objetividade jurídica dos tipos penais recém-introduzidos.

5. Crime contra a segurança nacional

Por último, e a despeito da inovação legislativa, não se pode deixar de reconhecer que, em determinadas situações, o tráfico de armas ainda consuma *crime contra a segurança nacional*, na forma do disposto no artigo 12 e parágrafo da *Lei n.º 7.170*, de 14/12/83, punido com pena de 3 a 10 anos de reclusão. Para enfrentar o conflito aparente de normas que a superposição dos tipos descritos na Lei de Segurança Nacional com os demais que foram objeto de comentário sugere, é necessário explicitar a objetividade jurídica das condutas incriminadas. É preciso indagar a respeito de qual bem jurídico posto sob tutela é violado por este ou aquele comportamento. Isso com o auxílio dos artigos 1.º e 2.º da citada LSN.

Os dois primeiros artigos da Lei n.º 7.170/83 indicam os valores protegidos pela norma, que coincidem, como não poderia deixar de ser, com o elenco de princípios fundamentais do Estado: a integridade territorial e a soberania nacional; assim como o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito, e a própria pessoa dos Chefes dos Poderes da União. Quando esta é a motivação do agente ou, independentemente desta, quando estes valores encontram-se objetivamente ameaçados de lesão, não importa se a conduta lesiva ou perigosa corresponde também a outras figuras penais, estará em cheque a segurança nacional¹².

O *caput* do art. 12 da LSN descreve hipótese que coincide com aquelas do art. 334 do CP. A importação desautorizada de armamento ou munição pode configurar apenas contrabando. O parágrafo único do mesmo art. 12 descreve condutas semelhantes às descritas na Lei nº

¹² Há uma certa linha de interpretação do artigo 2º da LSN, segundo a qual só estaria caracterizada a lesão nas hipóteses de explícita motivação política por parte do agente, interpretação que parece subordinar o inciso II ao inciso I, deixando a solução dos conflitos envolta em densa névoa subjetiva. Trata-se, a nosso sentir, daquilo que com propriedade foi chamado de “interpretação retrospectiva”, pelo eminente jurista José Carlos Barbosa Moreira; procura-se interpretar o texto da LSN negando qualquer inovação relativamente às malsinadas normas do longo período de exceção pelo qual passou o Brasil.

9.437/97. Todavia, por vezes a internação, o fabrico, a comercialização, a posse ou a manutenção de armamento em depósito põem em risco aqueles valores supremos, afetando a segurança nacional. Para verificar quais circunstâncias objetivas fazem presente tal risco ou lesão, o intérprete deve cercar-se de critérios igualmente objetivos, tais como: *a quantidade, a espécie, a destinação do armamento e a situação histórica concreta no momento do crime*.

Não se pode fugir da defesa do Estado Democrático por constrangimentos teóricos ou preconceitos. Vinte anos de regime militar levaram a associar a segurança nacional a uma matriz teórica de viés autoritário. Entretanto, o aplicador do direito não está vinculado ao sentido original do texto legislativo. Cabe ao intérprete, dentro da concepção cujas bases foram lançadas ainda no século passado por Salielles¹³, revelar o sentido atual da lei, que não se confunde com as intenções do legislador. A lei deve ser aplicada segundo o senso de justiça contemporâneo ao momento da sua atuação; o direito deve ser atualizado segundo a finalidade social da norma e as novas exigências do bem comum.

O Supremo Tribunal Federal cuidou de apontar as linhas básicas a partir das quais se pode delimitar o conceito de Segurança Nacional, sem subjetivismo. No RE nº 62.739, colhe-se, em voto do Ministro Aliomar Baleeiro, relator, a seguinte lição:

“o conceito de segurança nacional não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso. Segurança nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais e morais contra ameaças externas ou internas, sejam elas atuais ou imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto”.

Noutro julgado digno de lembrança, o Ministro Luiz Gallotti observava que tal conceito “não é imutável e, sim, varia no tempo

¹³ Raymond Salielles, no *Préface do Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de François Geny, cunhou a síntese do método histórico-evolutivo de interpretação do direito: “*Par le Code civil, mais au-delà du Code civil*”.

e no espaço”¹⁴. A noção de segurança nacional varia de significado de acordo com o momento em que se insere; logo, no quadro vigente de Estado Democrático Constitucional, possui determinações diferentes daquelas que a inspiravam no regime militar.

Conforme se disse ao início destas notas, o tráfico de armas abastece hoje com armamento sofisticado a criminalidade organizada, notadamente aquela entrincheirada nas favelas e periferias das grandes metrópoles. O crescente e lucrativo mercado das drogas, mantido com crueldade, pela força das armas, desafia as autoridades públicas e ameaça, hoje, indistintamente a todos, de qualquer meio econômico e social, governantes e governados. Já não se está, muitas vezes (especialmente, mas não exclusivamente, na cidade do Rio de Janeiro), diante de uma simples questão de segurança pública¹⁵.

Quadrilhas armadas com poder de fogo superior ao da polícia, estabelecidas em bases territoriais delimitadas, exercem um verdadeiro poder político marginal, subjugando seus súditos involuntários pelo terror e pela sedução. Foram criados guetos, zonas de exclusão não raro guarnecidas por barricadas, nas quais o poder legitimamente constituído está impedido de entrar.

Na medida em que se reconhece o território enquanto base física sobre a qual o Estado exerce poder de império, não há como deixar de reconhecer que a integridade desse território

se encontra ameaçada com a manutenção destes espaços onde desponta um estado paralelo, com normas próprias e exclusivas, que, aliás, em nada lembra o regime democrático.

O próprio monopólio do uso da força, essência do conceito de soberania, vê-se desafiado pelas “forças armadas” do crime. Neste quadro trágico e infelizmente real, o Estado passa a não dispor de meios para garantir a vigência do ordenamento jurídico sobre comunidades inteiras que rendem obediência a um poder distinto e despótico. Essas pessoas são obrigadas a cerrar portas de seus comércios, guardar silêncio, acobertar bandidos, ocultar armas e drogas nas suas moradias, ceder seus filhos ao exército marginal. Populações inteiras se vêem destituídas de atributos básicos da cidadania e das liberdades públicas. Privadas da intimidade, da liberdade de ir e vir, da segurança, do Direito, enfim.

Assim, a atividade voltada para manutenção do poderio bélico do crime organizado, inúmeras vezes em patamares superiores ao das forças legais, em certas situações, que só podem ser aferidas diante de cada caso concreto, repita-se, mesmo despida de motivação política consciente, é política nas suas conseqüências. Ameaça e fere, lesionando de modo indelével a soberania nacional, o Estado Democrático de Direito e a integridade territorial, valores que exigem uma proteção mais eficaz do que aquela que resultaria da aplicação pura e simples da lei penal comum ou da Lei nº 9.437/97.

¹⁴ Voto proferido no RE nº 72.486, DJ 29/6/72, p. 4328.

¹⁵ Não se nega a notável distinção entre segurança pública e segurança nacional exposta com habitual rigor por Heleno Cláudio Fragoso, em seu *Jurisprudência Criminal*, quando diz: “Quando se fala em segurança nacional, nas leis que definem crimes contra o Estado e a ordem política e social, cogita-se de um bem jurídico que se refere ao estado de segurança política e social do país, em sua estrutura jurídica, ou seja, em sua estrutura constitucional. Não se cogita de todo e qualquer fato que atente contra interesses sociais, a ordem e a segurança pública. Segurança nacional, em suma, a segurança do Estado em sua estrutura jurídica, ou seja, é a ausência de perigos e riscos em relação à estrutura jurídica e social do Estado, na forma em que a Constituição estabelece.” (p. 37) Apenas se está sustentando que, em situações excepcionais e específicas, a conduta que atinge a segurança pública também afeta a segurança nacional.

O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade

GILMAR FERREIRA MENDES

SUMÁRIO

I- Introdução. II- Poder Executivo e Poder Legislativo no controle direto da legitimidade dos atos normativos. 1. Considerações preliminares. 2. O poder de veto sob o argumento da inconstitucionalidade do projeto de lei. 3. A sustação de atos de delegação e dos atos regulamentares pelo Poder Legislativo. 4. A “correção” de decisões judiciais pelo Poder Legislativo. 5. Controle de constitucionalidade direto e a inexecução da lei pelo Executivo. 6. Sobre a possibilidade de anulação da lei inconstitucional pelo Poder Legislativo. III- O Executivo e o Legislativo no controle abstrato de normas: a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo. 1. Considerações preliminares. 2. Direito de propositura de ação direta pelo Governador do Estado e pela Mesa da Assembléia Legislativa: relação de pertinência. 3. O direito de veto do Presidente da República e do Governador do Estado e o exercício do direito de propositura. 4. Direito de propositura do Governador do Distrito Federal e da Câmara Legislativa do Distrito Federal. 5. O Executivo e o Legislativo na ação declaratória de constitucionalidade. a) Considerações preliminares. b) Ação declaratória: requisitos de admissibilidade. 6. Ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual. IV- O Executivo e o Legislativo no controle incidental de normas. 1. Introdução. 2. O controle de constitucionalidade e a ação civil pública. 3. Incidente de inconstitucionalidade.

I- Introdução

O tema relativo ao papel do Legislativo e do Executivo no controle de constitucionalidade suscita um número elevado de indagações. Evidentemente, essas questões passam pelo próprio controle de legitimidade dos atos normativos no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, envolvendo até mesmo a atuação

Gilmar Ferreira Mendes é Procurador da República; Professor Adjunto da Universidade de Brasília – UnB; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB; Doutor em Direito pela Universidade de Münster – República Federal da Alemanha – RFA.

de órgãos superiores desses Poderes no controle direto de constitucionalidade.

Assim, tanto o exercício do poder de veto por parte do Chefe do Executivo, quanto o controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos legislativos situam-se no contexto desse esforço de controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Outra questão de relevo nesse contexto refere-se à possibilidade ou não de o Executivo deixar de cumprir decisão legislativa com fundamento em uma alegada inconstitucionalidade.

A controvérsia, que, sob o regime constitucional anterior, ganhou alguma densidade doutrinária e jurisprudencial, perdeu, certamente, muito do seu significado prático em face da nova disciplina conferida à ação direta de inconstitucionalidade. A outorga do direito para propor a ação direta aos Chefes do Executivo federal e estadual retira, senão a legitimidade desse tipo de conduta, pelo menos, na maioria dos casos, a motivação para a adoção dessa conduta de quase desforço no âmbito do Estado de Direito.

Não se pode perder de vista, outrossim, que o controle de constitucionalidade acaba por ser visto pelo Executivo e pelo Legislativo como óbice ou estorvo na realização de dadas políticas. A decisão judicial que afirma a inconstitucionalidade de uma decisão legislativa traduz-se, não raras vezes, em obstáculo definitivo à consecução de determinados objetivos, eliminando uma ou algumas possíveis soluções alvitradas.

Nesse sentido, pode-se dizer que o chamado “legislador negativo” converte-se em legislador positivo, na medida que ele se mostra capaz de delimitar ou restringir as alternativas políticas a serem utilizadas. O Legislativo ou o Executivo poderão adotar todas as alternativas políticas possíveis, dentre aquelas consideradas legítimas pelos órgãos judiciários.

Mencione-se, a propósito, que, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 até os dias atuais (agosto de 1996), o Supremo Tribunal Federal deferiu cerca de 600 liminares para suspender a eficácia de atos normativos estaduais ou federais no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade. Muitas dessas decisões ainda não foram confirmadas pelo Supremo Tribunal (cerca de 508), restando a eficácia normativa da disposição suspensa com

base tão-somente na decisão cautelar (vide tabelas no Apêndice).

Evidentemente, a simples instauração de controvérsia sobre a legitimidade ou não de uma determinada decisão legislativa já se mostra apta a produzir uma ampla insegurança jurídica, podendo dar ensejo ao adiamento da implementação de determinadas decisões legislativas.

É nesse contexto que surge também a necessidade de que se desenvolva um instrumento que assegure ao Legislativo e ao Executivo a possibilidade de provocar o Judiciário, não para provocar uma declaração de inconstitucionalidade, mas, ao revés, para afirmar, de maneira definitiva, a legitimidade de uma dada lei.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, veio, ainda que parcialmente, colmatar a lacuna identificada, permitindo que, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a legitimidade de uma lei federal, pudessem o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal ou, ainda, o Procurador-Geral da República provocar o Supremo Tribunal com o objetivo de colher, com eficácia contra todos e efeito vinculante, uma declaração de constitucionalidade de ato normativo.

É verdade que, em face do texto constitucional federal, não há espaço para discussão sobre a possibilidade de se utilizar ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de ver afirmada a legitimidade de direito estadual.

A questão que remanesce refere-se à possibilidade de o Estado-membro instituir a ação declaratória de constitucionalidade para a aferição de legitimidade do direito estadual ou municipal em face da Constituição estadual.

Outra questão sensível, na qual Legislativo e Executivo estão necessariamente envolvidos, diz respeito ao controle de constitucionalidade da omissão. Embora o constituinte brasileiro tenha tratado o controle de constitucionalidade da ação e o controle de constitucionalidade da omissão como instrumentos distintos, não é difícil concluir que esses institutos estão mais próximos do que uma análise superficial poderia indicar¹.

Assinale-se, por último, que o modelo constitucional fez ressurgir, entre nós, sistema

Notas de Rodapé ao final do texto.

de controle de legitimidade dos atos regulamentares que deverá ser exercido pelo Congresso Nacional (ou pelas Assembléias Legislativas, se for o caso, no plano estadual – CF, art. 49, V).

Antes de contemplarmos cada uma das questões enunciadas, afigura-se-nos conveniente, senão necessário, assentar que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade.

A ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias².

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema

difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo accidental e episódico dentro do sistema difuso.

Ressalte-se que essa alteração não se operou de forma ainda profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considerava inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito pré-constitucional em face da nova Constituição.

A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

A particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-lhe, também, novo significado como instrumento federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador de Estado e a aferição da constitucionalidade das leis estaduais mediante requerimento do Presidente da República.

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de lei.

A outorga do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional realiza, de forma radical, a idéia, exposta inicialmente por Kelsen, da utilização da jurisdição constitucional, especialmente do controle abstrato de normas, para a defesa das minorias³.

Tal como afirmado, a Constituição de 1988 pretendeu preservar o chamado sistema misto de controle de constitucionalidade, combinando elementos do sistema difuso com aqueles do modelo concentrado de controle de normas. Todavia, a ampliação do direito de propositura fez com que se reduzisse o significado do sistema difuso de controle em geral. Quase todas as questões fundamentais sobre controle de constitucionalidade são veiculadas em ação direta de inconstitucionalidade.

A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente indivi_

duais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós uma *dupla função*: ele atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas⁴.

Finalmente, ressalte-se que a Constituição de 1988 resolveu a controvérsia sobre a possibilidade de se instaurar o controle abstrato de normas municipais, autorizando expressamente o constituinte estadual a instituir a representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, tendo como parâmetro de controle o direito constitucional estadual (CF, art. 125, § 2º). Subsiste, portanto, a impossibilidade de se submeter o direito municipal a um controle direto em face da Constituição Federal.

II- Poder Executivo e Poder Legislativo no controle direto da legitimidade dos atos normativos

1. Considerações preliminares

Executivo e Legislativo têm um papel marcante em algumas questões relacionadas com o controle de legitimidade dos atos do Poder Público:

(1) o exercício do poder de veto com fundamento na inconstitucionalidade da lei, típica atribuição do Executivo, entre nós;

(2) a possibilidade de suspensão de atos normativos que exorbitem dos limites estabelecidos em lei (art. 49, V);

(3) a correção de decisões judiciais pelo Poder Legislativo;

(4) a possibilidade de anulação de atos normativos pelo Legislativo;

(5) a possibilidade de que o Executivo se negue a aplicar a lei com fundamento no argumento da inconstitucionalidade;

(6) a possibilidade de que se declare a nulidade de lei mediante ato de natureza legislativa.

2. O poder de veto sob o argumento da inconstitucionalidade do projeto de lei

É fácil ver que o veto de um projeto de lei, sob o argumento da inconstitucionalidade, outorga ao Executivo uma faculdade de enorme significado num sistema constitucional que,

como visto, privilegia o controle judicial de constitucionalidade das leis.

Não são raros os autores que identificam aqui configuração de um modelo preventivo de controle de constitucionalidade.

É verdade que esse poder há de ser exercido *cum grano salis*, não se confundindo com aquele outro, que autoriza o Chefe do Executivo a negar a sanção a projetos de lei manifestamente contrários ao interesse público.

Evidentemente, a vinculação de todos os órgãos públicos à Constituição não permite que o Chefe do Poder Público se valha do veto com fundamento na inconstitucionalidade com a mesma liberdade com que poderá utilizar o veto com base no interesse público.

Dir-se-á, porém, que eventual utilização abusiva do veto com fundamento na suposta inconstitucionalidade da proposição poderia ser sempre reparada, pois estaria sujeita a apreciação e, portanto, ao controle do organismo parlamentar competente.

Essa resposta é evidentemente insatisfatória, porque admite que um órgão público invoque eventual inconstitucionalidade sem que esteja exatamente convencido da sua procedência. Isso relativiza, de forma inaceitável, a vinculação dos Poderes Públicos à Constituição. Por outro lado, parece inequívoco que a apreciação do veto pela Casa Legislativa não se inspira exatamente em razões de legitimidade. A ausência de maioria qualificada fundada em razões meramente políticas implicará a manutenção do veto, ainda que lastreado em uma razão de inconstitucionalidade absolutamente despropositada.

A indagação que subsiste diz respeito à possibilidade de que se pudesse judicializar a questão constitucional, tendo em vista a aferição da legitimidade ou não do fundamento invocado.

Em um sistema de rígida vinculação à Constituição, parece plausível admitir, pelo menos, que a maioria que garantiu a aprovação da lei deveria ter a possibilidade de instaurar tal controvérsia. Quanto ao instrumento processual adequado, deve-se mencionar que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização do mandado de segurança em situações típicas de conflito entre órgãos⁵.

Assim, esse controle político de legitimidade⁶ também estaria submetido ao controle judicial.

3. A sustação de atos de delegação e dos atos regulamentares pelo Poder Legislativo

O art. 49, V, da Constituição de 1988 restabeleceu, parcialmente, na ordem constitucional brasileira, instituto que havia sido introduzido entre nós na Constituição de 1934 (CF, art. 91, II), autorizando o Congresso Nacional a sustar os atos legislativos que ultrapassem os limites da delegação outorgada (lei delegada) ou os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Trata-se de fórmula excepcional no sistema constitucional brasileiro, que, por isso mesmo, há de merecer uma interpretação estrita.

Nas suas anotações à Constituição de 1934, observou Pontes de Miranda a propósito:

“...o inciso II do art. 91 constitui atribuição importantíssima. É a primeira vez que adotamos exame dos regulamentos sem o caso concreto, exame da lei em si mesma, em sua existência (...). A Constituição brasileira vai além, posto que só se exerça o poder de exame depois de emitidos. Um pouco função de Alta Corte constitucional, como preconizamos em 1932.

O poder do Senado Federal, no caso do inciso II, é total e definitivo. Pode refugar parte ou todo o regulamento. É um intérprete da Constituição e das leis, a respeito de regulamentos do Poder Executivo”⁷.

Evidentemente, essa competência excepcional – um autêntico controle político de legitimidade – é suscetível de contraste na via judicial.

O próprio Supremo Tribunal Federal tem entendido ser admissível a ação direta de inconstitucionalidade contra resolução de órgão legislativo que suste a eficácia de ato regulamentar. Nesse sentido, registre-se que aquela Corte já acolheu ação direta proposta com o objetivo de impugnar a legitimidade de Decreto Legislativo estadual que suspendeu os efeitos de ato do Poder Executivo sem a observância dos limites estabelecidos no art. 49, V, da Constituição⁸.

Deve-se registrar que, salvo melhor juízo, esse instituto não se mostra apto a propiciar um efetivo instrumento de controle contra abusos perpetrados pelo Executivo no exercício do Poder Regulamentar. Já a dificuldade de colher maiorias nas Casas Parlamentares para

lograr uma decisão clara sobre a legitimidade do ato normativo questionado demonstra a insuficiência desse instituto como instrumento de aferição de legitimidade do ato normativo. Por isso, ninguém poderá, em sã consciência, sustentar que a falta de uma decisão da Casa Legislativa sobre a observância ou não pelo Poder Executivo dos limites do Poder Regulamentar corresponderia a uma decisão de improcedência.

A importância que assume o regulamento na ordem jurídica parece sugerir a necessidade de que, ao lado desse instrumento, desenvolva-se forma mais expedita de controle de legitimidade dos atos regulamentares.

Kelsen já havia assinalado que qualquer ofensa contra o direito ordinário configuraria uma ofensa indireta contra a própria Constituição, desde que esta contivesse o princípio da legalidade da Administração⁹. Não obstante, enquanto a inconstitucionalidade *direta* poderia ser aferida pela via abstrata, a inconstitucionalidade *indireta* somente poderia ser examinada dentro de um sistema de controle da legalidade. Com a diferenciação entre a *inconstitucionalidade direta* e *indireta*, esforçava-se Kelsen para superar as dificuldades práticas decorrentes da ampliação desse conceito de inconstitucionalidade¹⁰. Reconhecia-se, porém, a dificuldade de se traçar uma linha precisa entre a inconstitucionalidade *direta* e *indireta*¹¹.

Sem fazer qualquer distinção entre inconstitucionalidade *direta* e *indireta*, a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional.

A Constituição de 1988, tal como já fizera a Constituição de 1967/1969 (art. 153, § 2º, c/c 81, III), consagra, no art. 5º, II, os princípios da supremacia da lei e da reserva legal como elementos fundamentais do Estado de Direito, exigindo que o poder regulamentar do Executivo seja exercido apenas para *fiel execução da lei* (CF, art. 84, IV).

Disso resulta diretamente, pelo menos no que concerne aos direitos individuais, que a ilegalidade de um regulamento equivale a uma inconstitucionalidade, porque a legalidade das normas secundárias expressa princípio do Direito Constitucional objetivo¹² (“Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – CF, art. 5º, II).

Entendimento contrário levaria a uma completa ruptura com a necessária vinculação da administração à Constituição, uma vez que

ela poderia editar qualquer ato regulamentar, ainda que em contradição com os direitos individuais, sem observância do princípio da reserva legal¹³. Nesse caso, tal como já ressaltado por Papier, *a legalidade da restrição configura condição de sua constitucionalidade*. A contrariedade à lei representa sempre um caso de ofensa a direito individual¹⁴.

É certo que a inexistência de um sistema de controle judicial que permita aferir a legitimidade da atividade regulamentar pode levar a uma *desvalorização* do postulado da supremacia da lei e da reserva legal¹⁵. Outrossim, a falta de controle judicial, nesses casos, pode flexibilizar excessivamente o princípio da divisão dos poderes, afetando, assim, uma decisão fundamental do constituinte (Constituição, art. 2º).

Por outro lado, a proximidade – às vezes, a quase confusão – entre a questão constitucional e a questão legal na relação entre lei e regulamento não recomenda que a competência para conhecer dessa questão seja deferida a uma outra Corte de Justiça, como já se cogitou entre nós, uma vez que, muito possivelmente, surgiriam conflitos de interpretação praticamente insolúveis.

Assim, poder-se-ia cogitar da criação de instituto especial, nos moldes estabelecidos pelo art. 139 da Constituição austríaca, conferindo também o controle abstrato da legitimidade dos atos regulamentares ao Supremo Tribunal Federal, mediante iniciativa de órgãos do Poder Legislativo (eventualmente, as Mesas da Câmara e do Senado Federal) e do Procurador-Geral da República¹⁶.

4. A “correção” de decisões judiciais pelo Poder Legislativo

Na Constituição de 1937, criou-se a possibilidade de se suspender, mediante ato legislativo, decisão judicial que declarasse inconstitucionalidade do ato normativo. Isso deveria ocorrer por meio de uma resolução do Parlamento Nacional, aprovada por uma maioria qualificada de dois terços dos votos (art. 96). Esse instituto deveria cumprir dupla função: *confirmar a validade da lei e cassar a decisão judicial questionada*¹⁷. A lei *confirmada* ganhava, assim, a força de uma Emenda Constitucional¹⁸.

A necessidade desse instituto foi justificada com o caráter pretensamente *antidemocrático* da jurisdição, o que acabava por permitir a utilização do controle de normas como

instrumento aristocrático de preservação do poder ou como expressão de um *Poder Moderador*¹⁹.

Deveria ser criada, sobretudo em virtude da *abertura* das normas constitucionais, uma instância especial, que estivesse em condições de corrigir eventuais desvios da Constituição²⁰. A faculdade confiada ao Parlamento de suspender decisões judiciais acabou por ser exercida diretamente pelo ditador mediante a edição de decretos-leis (Constituição de 1937, art. 180)²¹. Confirmada a constitucionalidade da lei, passava o Supremo Tribunal Federal a reconhecer *ipso jure* a sua validade²².

Embora a doutrina não tenha logrado explicitar a origem ou a fonte de inspiração imediata desse instituto, é certo que ele não estava previsto, nem implicitamente, na Constituição polonesa de 23 de abril de 1935, uma vez que esse texto sequer previa o controle de constitucionalidade. Parece mais correto concluir que esse instituto possui referência na própria experiência constitucional norte-americana. É o que se lê na seguinte passagem da obra de Karl Loewenstein sobre o direito constitucional americano, especialmente sobre a prática da correção de decisões judiciais mediante ato legislativo ou até mesmo mediante emenda constitucional:

“Um outro mecanismo de limitação do poder da Corte Suprema assenta-se na possibilidade de nulificação dos efeitos da decisão mediante lei de caráter corretivo (*korrigierendes Gesetz*). Trata-se apenas de casos em que o Congresso manifesta divergência com interpretação conferida à norma pela Corte Suprema. Esse mecanismo não se aplica às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de índole formal ou material. *Nesses casos, apenas uma reforma constitucional pode mostrar-se apta a resolver o conflito*, como já ocorreu após a declaração de inconstitucionalidade da lei de imposto de renda (*Bundeseinkommens-teuer*) (*Pollock v. Farmers’ Loan & Trust. Co.*, 158 U.S. 601, 1898) através da promulgação da XVI Emenda (1913). Esses casos são raros, uma vez que o Congresso apenas consegue utilizar-se do poder de emenda contra decisão da Suprema Corte em hipóteses de inequívoco relevo. A correção de decisões judiciais mediante lei superveniente é,

todavia, freqüente, podendo-se falar de um permanente jogo de xadrez entre Congresso e Suprema Corte, no qual aquele logra dar sempre o xeque mate” (LOEWENSTEIN. *Verfassungsrecht und verfassungspraxis der vereinigten staaten*. 1959. p. 429).

De fato, a Emenda XVI à Constituição Americana foi consequência direta da decisão da Suprema Corte no caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U. S., 429 (1895); 158 U. S. 601 (1895), como anotado por Edward Corwin:

“A ratificação desta emenda foi consequência direta da decisão de 1895, pela qual uma Corte Suprema muito dividida julgou inconstitucional a tentativa do Congresso, do ano anterior, de tributar uniformemente os rendimentos em todo os Estados Unidos. Um imposto de renda derivado da propriedade, declarou a Corte, era ‘imposto indireto’ que o Congresso, de acordo com os termos do Artigo I, Secção 2, cláusula 3, e Secção 9, cláusula 4, só podia lançar obedecendo à regra da proporcionalidade, segundo a população” (CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-Americana*. Rio de Janeiro, 1986. p. 336).

Contudo, como bem observa Loewenstein, não se cuidou propriamente de “rejeição” da decisão da Corte Suprema (o que representaria a supressão da independência do Poder Judiciário), mas de posterior reforma constitucional, resguardando-se íntegra a decisão da Corte Suprema.

Em verdade, a exigência de Emenda Constitucional apontada por Loewenstein para que a Suprema Corte, em decisão posterior, venha a fixar entendimento diverso, configurando-se novo precedente, subsiste até nossos dias.

Em 1989, relativamente ao caso *Texas v. Johnson*, no qual se apreciava o episódio de queima da bandeira nacional, deu-se a tentativa de nulificação da decisão da Corte Suprema pela edição de lei pelo Congresso. Posteriormente, o próprio diploma congressual veio a ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte. Empreendeu-se então o oferecimento de Emenda Constitucional – sem que se lograsse aprovação – como possibilidade única de vir a superar-se a orientação da Corte. Ilustra o fato a seguinte passagem de Akhil Reed Amar:

“...Quando anunciada, a decisão foi

recebida por uma tempestade de protestos, incluindo-se uma lei do Congresso elaborada para evitar, senão esvaziar, seu conteúdo. Quando a Corte fulminou tal diploma pela mesma maioria de 5 a 4 (sem que qualquer dos originariamente vencidos tencionasse retificar seu voto em nome do *stare decisis*), líderes do Congresso propuseram uma emenda constitucional para desautorizar a Corte e não obtiveram mais de trinta e quatro votos dos necessários dois terços da Câmara e nove votos no Senado.”²³.

Assinale-se que a questão poderia assumir outros contornos nos Estados Unidos se a Constituição americana contivesse disposição com força de cláusula pétrea, pois, nesse caso, eventual revisão, nessa parte, acabaria por marcar uma ruptura da própria ordem constitucional. Embora a Constituição americana contenha cláusula que impõe a representação paritária dos Estados no Senado Federal (art. 5º), nada obsta, segundo o entendimento dominante, a eliminação desse preceito²⁴.

De qualquer forma, pode-se afirmar, com relativa segurança, que não só toda fundamentação doutrinária, mas também a própria conformação conferida ao instituto previsto no art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1934 parecem indicar que a sua origem histórica reside mesmo na prática político-jurídica norte-americana.

É de se observar, porém, que, como assinado, diferentemente da práxis desenvolvida nos Estados Unidos, a fórmula consagrada pela Carta de 1937 não apenas permitia a constitucionalização de normas consideradas até então inconstitucionais, como também ensejava a cassação da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A possibilidade de alteração do texto constitucional para permitir que determinada conduta ou norma, considerada inconstitucional, passasse a ser compatível com a Constituição não apresenta maiores novidades. A cassação da decisão judicial com eficácia retroativa e a preservação da lei inconstitucional outorgam ao modelo de 1937 uma configuração peculiar e, provavelmente, sem paradigma no direito comparado.

Feitas essas considerações, caberia indagar se instituto semelhante ao concebido pelo constituinte de 1937 – ainda que não idêntico – poderia ser introduzido entre nós mediante proposta de Emenda de Revisão. Mais precisa-

mente, deve-se contemplar a possibilidade de se superar o núcleo de cláusulas imantadas com a garantia da imutabilidade mediante decisão do legislador constituinte, ainda que a deliberação seja tomada por uma maioria qualificada.

Parece que, diante de um modelo constitucional que consagra as chamadas “garantias de eternidade”, tal fórmula não poderia jamais ser estabelecida.

5. Controle de constitucionalidade direto e a inexecução da lei pelo Executivo

Um dos temas mais tormentosos no âmbito da discussão sobre a atuação do Executivo no controle de constitucionalidade refere-se, certamente, à possibilidade de que, sob o argumento da inconstitucionalidade, negue-se a Administração a dar cumprimento a uma dada decisão legislativa.

Pode-se afirmar que, até o advento constitucional da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu o controle abstrato de normas no nosso sistema, era plenamente majoritária a posição que sustentava a legitimidade da recusa à aplicação da lei considerada inconstitucional²⁵.

Na vigência da Constituição de 1967/69, firmou o Supremo Tribunal Federal entendimento no sentido de que seria constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo estadual que determinasse aos órgãos a ele subordinados que se abstivessem da prática de atos que implicassem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo²⁶.

Tal como anotou o Supremo Tribunal Federal, cuidava-se de hipótese inequívoca de inconstitucionalidade e que, por isso, não se baseava em inconformismo de um Poder em face do outro. Ao contrário, a Corte vislumbrou aqui uma situação de autodefesa de prerrogativa que a Constituição conferia ao Executivo para melhor atender ao interesse público²⁷.

Tal como demonstra Ruy Carlos de Barros Monteiro em minucioso estudo²⁸, a questão sobre eventual descumprimento de lei considerada inconstitucional pelo Poder Executivo deu ensejo a intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

É certo que a questão perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, no plano estadual e federal, o direito de instaurar o

controle abstrato de normas. A possibilidade de se requerer liminar que suspende imediatamente o diploma questionado reforça ainda mais esse entendimento. Portanto, a justificativa que embasava aquela orientação de enfrentamento ou de quase desforço perdeu razão de ser na maioria dos casos.

Assinale-se, porém, que, ao apreciar ação direta de inconstitucionalidade, já sob o império da Constituição de 1988, teve o Supremo Tribunal Federal a oportunidade de enfatizar que

“os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”²⁹.

Se se entender – como parece razoável – que o Executivo, pelo menos no plano estadual e federal, não mais pode negar-se a cumprir uma lei com base no argumento de inconstitucionalidade, subsistem ainda algumas questões que poderiam legitimar uma conduta de repúdio.

Como o controle abstrato de normas não abrange as leis pré-constitucionais³⁰, não seria razoável que o Executivo se visse compelido a aplicar a lei que considerasse incompatível com nova ordem constitucional, se não dispusesse de outra possibilidade de provocar um pronunciamento jurisdicional sobre a matéria.

Da mesma forma, no plano do Município, inexistente a possibilidade de se provocar, de forma direta, um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a incompatibilidade entre lei municipal e a Constituição Federal. Também aqui, seguindo a orientação fixada pelo Supremo Tribunal, poder-se-ia admitir que a autoridade administrativa negasse aplicação ao direito municipal sob o argumento da inconstitucionalidade.

Outra questão igualmente relevante diz respeito à possibilidade de o Executivo negar-se a implementar determinada vantagem concedida pelo legislador a servidores sob o argumento de falta de previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias ou de falta de previsão orçamentária.

O Supremo Tribunal Federal entende que a falta de autorização específica não implica nulidade da lei concessiva da vantagem, impedindo, porém, a sua execução.

Nesse sentido, convém registrar passagem

de voto do eminente Ministro Ilmar Galvão na ADIn nº 1.292:

“É, portanto, inegável que, segundo o regime instituído pelo art. 169 da CF, não basta a existência de recursos orçamentários para autorizar o pagamento de vantagem funcional, sendo, ao revés, ato afrontoso ao princípio da moralidade administrativa e suscetível de constituir grave irregularidade, que pode chegar às raias do ilícito penal, o pagamento de despesa dessa natureza que não tenha sido objeto de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias”³¹.

Essa decisão autoriza o Executivo a negar aplicação à lei concessiva de vantagem não prevista na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária.

6. Sobre a possibilidade de anulação da lei inconstitucional pelo Poder Legislativo

Tendo em vista o argumento da nulidade da lei inconstitucional, poder-se-ia indagar se ao Legislativo seria legítimo declarar a nulidade de uma dada lei por considerá-la incompatível com a Constituição.

Apreciando a questão suscitada por Medida Provisória que anulava ato normativo anterior, fixou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade não poderá ser levada a efeito mediante a utilização de ato normativo. Nesse sentido, convém registrar a seguinte passagem do voto emitido pelo eminente Ministro Moreira Alves:

“Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”³².

A decisão deixou evidente que a pretensão anulatória manifestada em ato normativo haveria de ser interpretada como ato de ab-rogação da disposição considerada inconstitucional³³.

III- O Executivo e o Legislativo no controle abstrato de normas: a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo

1. Considerações preliminares

A Constituição de 1988 conferiu direito de propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ao Presidente da República, à Mesa da Câmara dos Deputados e à Mesa do Senado Federal, no plano da União, assegurando a legitimação para agir ao Governador do Estado e à Mesa da Assembléia Legislativa, no plano do Estado-membro.

Ao contrário de algumas Constituições modernas, o Texto de 1988 não assegurou expressamente o direito de propositura a uma minoria qualificada. Isso não significa, porém, que a Constituição de 1988 recusou proteção às minorias parlamentares. Ao revés, ao se outorgar o direito de propositura aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, acabou-se por se assegurar uma radical proteção às chamadas “minorias parlamentares”, permitindo que até mesmo aqueles com apenas um representante em uma das Casas do Congresso Nacional estejam legitimados a instaurar a ação direta de inconstitucionalidade.

O legislador constituinte, ao introduzir a ação direta de constitucionalidade, foi, todavia, mais restritivo, concedendo o direito de propositura tão-somente ao Presidente da República, à Mesa da Câmara, à Mesa do Senado e ao Procurador-Geral da República.

Como assinalado, resta indagar, ainda, se o constituinte estadual estaria implicitamente autorizado a instituir a ação declaratória de constitucionalidade no plano estadual.

2. Direito de propositura de ação direta pelo Governador do Estado e pela Mesa da Assembléia Legislativa: *relação de pertinência*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem identificado a necessidade de que o Governador de um Estado que impugna ato normativo de outro demonstre a relevância, isto é, a *relação de pertinência* da pretensão formulada da pretendida declaração de inconstitucionalidade da lei³⁴.

Essa questão foi discutida na Alemanha sob

o império da Constituição de Weimar, verificando-se uma controvérsia doutrinária sobre a admissibilidade ou não de uma ação proposta pelo Estado da Baviera contra a lei da Turíngia³⁵.

Entendimento semelhante vem sendo adotado em relação ao direito de propositura das Mesas das Assembléias Legislativas³⁶.

A falta de autorização constitucional para que o legislador estabeleça outras limitações ao direito de propositura suscita dúvida sobre a correção do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal.

Pareceria mais ortodoxo, pois, tendo em vista a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas, que, na espécie, fosse admitida a ação direta independentemente de qualquer juízo sobre a configuração ou não de uma relação de pertinência.

3. O direito de veto do Presidente da República e do Governador do Estado e o exercício do direito de propositura

Se o Presidente da República ou o Governador do Estado não exercer o poder de veto, nos termos do art. 66, da Constituição, é de se indagar se poderia, posteriormente, argüir a inconstitucionalidade da lei perante o Supremo Tribunal Federal.

Pode acontecer que a existência de dúvida ou controvérsia sobre a constitucionalidade da lei impeça ou dificulte a sua aplicação, sobretudo no modelo do controle de constitucionalidade vigente no Brasil, em que qualquer juiz ou tribunal está autorizado a deixar de aplicar a lei ao caso concreto se esta for considerada inconstitucional. Nesse caso, não poderia ser negado ao Presidente da República o direito de propor a ação com o propósito de ver confirmada a constitucionalidade da lei³⁷.

Não está, todavia, aqui respondida a questão sobre a possibilidade de o Presidente da República propor a ação direta com o propósito de ver declarada a inconstitucionalidade de uma lei federal.

A Constituição não fornece base para limitação do direito de propositura. Por outro lado, não paira dúvida de que, ao assegurar uma amplíssima legitimação, o constituinte buscou evitar, também, que se estabelecessem limitações a esse direito.

Tal como já ressaltado, os titulares do direito de propositura atuam no processo de controle abstrato de normas no interesse da comuni-

dade³⁸ ou, se quisermos adotar a formulação de Friesenhahn³⁹, atuam como autênticos *advogados da Constituição*.

É de acentuar-se, ainda, que, se o Chefe do Poder Executivo sanciona, por equívoco ou inadvertência, projeto de lei juridicamente viciado, não está ele compelido a persistir no erro, sob pena de, em homenagem a uma suposta coerência, agravar o desrespeito à Constituição.

Nesse sentido, já assinalara Miranda Lima, em conhecido Parecer no qual advogava o descumprimento da lei inconstitucional pelo Executivo, à falta de outro meio menos gravoso, que

“o Poder Executivo, que deve conferir o Projeto com a Constituição, cooperando com o Legislativo no zelo de sua soberania, se o sanciona por inadvertido de que a ela afronta, adiante, alertado do seu erro, no cumprimento de seu dever constitucional de a manter e defender, há de buscar corrigi-lo, e, se outro meio não encontrar para tanto, senão a recusa em a aplicar, deixará de lhe dar aplicação”⁴⁰.

O modelo de ampla legitimação consagrado no art. 103 da Constituição de 1988 dificilmente se deixa compatibilizar com o recurso a essa medida de quase desforço concernente ao descumprimento pelo Executivo da lei considerada inconstitucional.

Se o Presidente da República – ou, eventualmente, o Governador do Estado – está legitimado a propor a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, inclusive com pedido de medida cautelar, não se afigura legítimo que deixe de utilizar essa faculdade ordinária para valer-se de recurso excepcional, somente concebido e tolerado, à época, pela impossibilidade de um desate imediato e escorrido da controvérsia⁴¹.

Todavia, é inegável que, muitas vezes, um juízo seguro sobre a inconstitucionalidade da lei pode vir a se formar somente após a sua promulgação, o que legitima a propositura da ação, ainda que o Chefe do Poder Executivo tenha sancionado o projeto de lei aprovado pelas Casas Legislativas.

Eventual sanção da lei questionada não deve colocar óbice à admissibilidade da ação direta proposta pelo Chefe do Executivo, mormente se se demonstrar que não era manifesta, ao tempo da sanção, a ilegitimidade suscitada.

Daí parecer-nos equivocada a orientação esposada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 807, segundo a qual,

“quando (...) o ato normativo impugnado em sede de fiscalização abstrata tiver emanado também do Chefe do Poder Executivo – a lei, sendo ato estatal subjetivamente complexo, emerge da conjugação das vontades autônomas do Legislativo e do Executivo – e este figurar, em conseqüência, no pólo passivo da relação processual, tornar-se-á juridicamente impossível o seu ingresso em condição subjetiva *diversa* daquela que já ostenta no processo”⁴².

4. Direito de propositura do Governador do Distrito Federal e da Câmara Legislativa do Distrito Federal

A Constituição não contemplou expressamente o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade pelo Governador do Distrito Federal.

Embora o *status* do Distrito Federal no texto constitucional de 1988 seja fundamentalmente diverso dos modelos fixados nas Constituições anteriores, não se pode afirmar, de forma apodítica, que a sua situação jurídica é equivalente à de um Estado-membro. Não seria lícito sustentar, porém, que se estaria diante de modelos tão diversos que, no caso, menos do que uma omissão, haveria um exemplo de *silêncio eloqüente*, que obstaria à extensão do direito de propositura aos órgãos do Distrito Federal.

Assinale-se que se afigura decisivo para o desate da questão a disciplina contida no art. 32 da Constituição, que outorga ao Distrito Federal poder de auto-organização, atribui-lhe as competências legislativas dos Estados e Municípios e define regras para a eleição de Governador, Vice-Governador e Deputados Distritais, que em nada diferem do sistema consagrado para os Estados-Membros.

Dessarte, para os efeitos exclusivos do sistema de controle de constitucionalidade, as posições jurídicas do Governador e da Câmara Legislativa do Distrito Federal em nada diferem das situações jurídicas dos Governadores de Estado e das Assembléias Legislativas.

O eventual interesse na preservação da autonomia de suas unidades contra eventual intromissão por parte do legislador federal é em tudo semelhante. Também o interesse

genérico na defesa das atribuições específicas dos Poderes Executivo e Legislativo é idêntico.

Portanto, ainda que se possam identificar dessemelhanças significativas entre o Estado-Membro e o Distrito Federal e, por isso, também entre os seus órgãos executivos e legislativos, é lícito concluir que, para os fins do controle de constitucionalidade abstrato, as suas posições jurídicas são, fundamentalmente, idênticas.

Não haveria razão, assim, para deixar de reconhecer o direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade ao Governador do Distrito Federal e à Mesa da Câmara Legislativa, a despeito do silêncio do texto constitucional.

O direito de propositura do Governador do Distrito Federal foi contemplado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 645, reconhecendo-se a sua legitimidade ativa “por via de interpretação compreensiva do texto do art. 103, V, da CF/88, c/c o art. 32, § 1º, da mesma Carta”⁴³.

5. O Executivo e o Legislativo na ação declaratória de constitucionalidade

a) Considerações preliminares

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, introduziu em nosso sistema a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, assegurando o direito de propositura ao Presidente da República, à Mesa da Câmara e à Mesa do Senado Federal, bem como ao Procurador-Geral. Restou excluída do âmbito da ação declaratória a legislação estadual.

A Lei Fundamental de Bonn outorgou ao *Bundesverfassungsgericht* competência para examinar, no controle abstrato de normas, a compatibilidade entre o direito federal e a Lei Fundamental ou entre o direito estadual e a Lei Fundamental ou outras disposições do direito federal (art. 93, I, 2), no caso de existência de *dúvida (Zweifel)* ou *controvérsia (Meinungsverschiedenheit)*.

De um lado, esse processo revela-se adequado instrumento de defesa da Constituição, permitindo eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais (*função de defesa*)⁴⁴. De outro, o controle abstrato de normas contribui para a segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade, espancando dúvidas sobre a higidez da situação jurídica (*segurança jurídica*)⁴⁵.

Deve-se ressaltar que, em virtude da escolha dos órgãos legitimados, a instauração do controle abstrato de normas dá-se, normalmente, em caso de conflito entre a maioria governamental e a oposição parlamentar. Tal circunstância permite que esta se valha do seu direito de instaurar o controle abstrato ou que o faça por meio do Governo de um dos Estados por ela controlado⁴⁶.

Dessa forma, pode o próprio Governo contribuir para uma maior clareza e segurança jurídica, conforme, de resto, demonstram alguns exemplos da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã⁴⁷.

Assim, cumpre a ação declaratória de constitucionalidade a função de afastar a insegurança jurídica decorrente de pronunciamentos judiciais contraditórios. O mesmo fenômeno se constata entre nós com a adoção da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela Emenda nº 3, de 1993.

b) Ação declaratória: requisitos de admissibilidade

Ao contrário da proposta contida na Emenda Roberto Campos, que outorgava o direito de propositura da ação direta de constitucionalidade a todos os entes legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, a Emenda nº 3, de 1993, acabou por deferir esse direito apenas ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º).

Ao lado do direito de propositura, há de se cogitar aqui, também, de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como consagrada no direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade, que é apanágio da lei.

Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo.

Assim, não se afigura admissível a propositura de ação direta de constitucionalidade, se não houver *controvérsia* ou *dúvida* relevante quanto à legitimidade da norma.

Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto

à legitimidade da norma.

A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.

Se a jurisdição ordinária, por meio de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o Supremo Tribunal Federal para que ponha termo à controvérsia instaurada.

Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade.

Embora as decisões judiciais sejam provocadas ou mesmo estimuladas pelo debate doutrinário, é certo que simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei.

Assim, não configurada dúvida ou controvérsia relevante sobre a legitimidade da norma, o Supremo Tribunal Federal não deverá conhecer da ação proposta.

É certo, pois, que somente a configuração de um estado de incerteza poderá legitimar – concretamente – a instauração do controle abstrato de normas na sua acepção positiva.

Ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, firmou o Supremo Tribunal Federal entendimento no sentido de que referida ação somente poderia ser proposta em caso de existência de firme controvérsia judicial sobre a legitimidade da lei federal⁴⁸.

6. Ação declaratória de constitucionalidade no âmbito estadual

Em face do silêncio do texto constitucional, na versão da Emenda nº 3, de 1993, restaria indagar se os Estados-membros poderiam instituir a ação declaratória de constitucionalidade no âmbito da unidade federada com objetivo de afirmar a legitimidade de atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição estadual.

A imprecisão da fórmula adotada na Emenda nº 16, de 1965 – *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral* –, não consegue

esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir, “desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas”.

Não se pretendia, pois, que o Procurador-Geral instaurasse o processo de controle abstrato com o propósito exclusivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei, até porque ele poderia não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela participasse, estar entre aqueles que consideravam válida a lei.

Não se fazia mister, portanto, que o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma. Era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de “controvérsia constitucional”. Daí ter o constituinte utilizado a fórmula equívoca – *representação contra a inconstitucionalidade da lei, encaminhada pelo Procurador-Geral da República* – que explicitava, pelo menos, que a dúvida ou a eventual convicção sobre a inconstitucionalidade não precisava ser por ele perfilhada.

Se correta essa orientação, parece legítimo admitir que o Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (*ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade*), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (*ação declaratória de constitucionalidade*).

A cláusula sofreu pequena alteração na Constituição de 1967 e de 1967/69 (*representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* – CF 1967, art. 115, I, “1”; CF 1967/69, art. 119, I, “1”).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na versão de 1970⁴⁹, consagrou expressamente essa idéia:

“Art. 174.

§ 1º Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário”.

Essa disposição, que, como visto, consolidava posição tradicional no Tribunal, permitia

ao titular da ação encaminhar a postulação que lhe fora dirigida por terceiros, manifestando-se, porém, em sentido contrário.

Não é preciso maior esforço de argumentação para demonstrar que, do ponto de vista dogmático, nada mais fez o Regimento Interno do que positivar, no plano processual, a orientação que balizara a instituição da representação de inconstitucionalidade (controle abstrato) entre nós.

Ela se destinava não apenas a eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica (pedido de declaração de inconstitucionalidade), mas também a elidir controvérsias que se instaurassem sobre a legitimidade de determinada norma (pedido de declaração de constitucionalidade).

Assim, se o Procurador-Geral encaminhava súplica ou representação de autoridade ou de terceiro, com parecer contrário, estava simplesmente a postular uma declaração (positiva) de constitucionalidade. O pedido de representação, formulado por terceiro e encaminhado ao Supremo, materializava, apenas, a existência da “controvérsia constitucional” apta a fundamentar uma “necessidade pública de controle”.

Essa cláusula foi alterada, passando o Regimento Interno a conter as seguintes disposições:

“Art. 169. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

§ 1º Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência”.

Parece legítimo supor que essa modificação não alterou, substancialmente, a idéia básica que norteava a aplicação desse instituto. Se o titular da iniciativa manifestava-se, afinal, pela constitucionalidade da norma impugnada, é porque estava a defender a declaração de constitucionalidade.

Na prática, continuou o Procurador-Geral a oferecer *representações de inconstitucionalidade*, ressaltando a relevância da questão e manifestando-se, afinal, muitas vezes, em favor da constitucionalidade da norma.

A falta de maior desenvolvimento doutrinário e a própria balbúrdia conceitual instau-

rada em torno da *representação interventiva*⁵⁰ – confusão essa que contaminou os estudos do novo instituto – não permitiram que essas idéias fossem formuladas com a necessária clareza.

A própria disposição regimental é equívoca, pois, se interpretada literalmente, reduziria o papel do titular da iniciativa, o Procurador-Geral da República, ao de um *despachante autorizado*, que poderia encaminhar os pleitos que lhe fossem dirigidos, ainda que com parecer contrário.

Assinale-se, porém, que a idéia subjacente a essa fórmula imperfeita, concepção que já havia presidido a própria elaboração da Emenda Constitucional nº 16, era a de que o Procurador-Geral da República poderia instaurar o controle abstrato de normas quando surgissem “controvérsias constitucionais”.

Ser-lhe-ia legítimo, pois, tanto pedir a declaração de inconstitucionalidade, como advogar a pronúncia de uma declaração de constitucionalidade. A “controvérsia constitucional” ou a *dúvida fundada sobre a constitucionalidade da norma* representava, assim, um *pressuposto processual implícito do controle abstrato de normas* (pressuposto objetivo), que legitimava a instauração do controle abstrato de normas, seja com o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade da norma, seja com o propósito de ver afirmada a sua constitucionalidade.

Daí ter o saudoso Victor Nunes Leal observado, em palestra proferida na Conferência Nacional da OAB de 1978 (Curitiba), que, “em caso de representação com parecer contrário, o que se tem, na realidade, sendo privativa a iniciativa do Procurador-Geral, é uma representação de constitucionalidade”⁵¹.

A propósito, acrescentou, ainda, o notável jurisconsulto:

“Relembro, aliás, que o ilustre Professor Haroldo Valladão, quando Procurador-Geral da República⁵², sugeriu ao signatário (não sei se chegou a registrá-lo por escrito) a conveniência de deixar expressa no Regimento a representação destinada a afirmar a constitucionalidade, para solver dúvidas, ainda que não houvesse pedido formal de terceiros no sentido da inconstitucionalidade”⁵³.

Sem dúvida, a disciplina específica do tema no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal serviria à segurança jurídica, na medida

em que afastaria, de uma vez por todas, as controvérsias que marcaram o tema no direito constitucional brasileiro.

Assinale-se que o registro dessas assertivas constantes de manifestação autorizada de Victor Nunes demonstra também que, ao contrário do que afirmado por alguns autores, o instituto da *ação declaratória de constitucionalidade* não representa um *novum* sequer para a doutrina constitucional pátria.

Entendida a *representação de inconstitucionalidade* como instituto de *conteúdo duplice* ou de *caráter ambivalente*, mediante o qual o Procurador-Geral da República tanto poderia postular a declaração de inconstitucionalidade da norma, como defender a declaração de sua constitucionalidade, afigurar-se-ia legítimo sustentar, com maior ênfase e razoabilidade, a tese relativa à obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, quando isso lhe fosse solicitado.

A controvérsia instaurada em torno da recusa do Procurador-Geral da República de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal representação de inconstitucionalidade contra o Decreto-Lei 1.077, de 1970, que instituiu a censura prévia sobre livros e periódicos⁵⁴, não serviu – infelizmente – para realçar esse *outro lado* da representação de inconstitucionalidade⁵⁵.

De qualquer sorte, todos aqueles que sustentaram a obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal, ainda quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma⁵⁶, somente podem ter partido da idéia de que, nesse caso, o Chefe do Ministério Público deveria, necessária e inevitavelmente, formular uma ação declaratória – positiva – de constitucionalidade.

Na Representação 1.092, relativa à constitucionalidade do instituto da reclamação, contido no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos, viu-se o Procurador-Geral da República, que instaurou o processo de controle abstrato de normas e se manifestou, no mérito, pela improcedência do pedido, na contingência de ter de opor embargos infringentes da decisão proferida, que julgava procedente a ação proposta, declarando inconstitucional a norma impugnada⁵⁷.

O Supremo Tribunal Federal considerou admissíveis os embargos pelos fundamentos contidos no voto do eminente Relator, Ministro

Néri da Silveira:

“Se os embargos constituem um recurso e este é meio de provocar, na mesma ou na superior instância, a reforma ou a modificação de uma sentença desfavorável, seria, em princípio, de entender que, procedente a ação, ao autor não caberia opor-se ao resultado, que pleiteou vestibularmente. Porque não sucumbente, não estaria legitimado a recorrer.

Sucedem, porém, que, na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, por sua natureza, enquanto instrumento especial de controle jurisdicional de constitucionalidade, não é, desde logo, de invocar os princípios regentes da teoria do processo civil, senão na medida que os consagrou o Regimento do STF, onde se regula a representação de competência originária e exclusiva desta Corte (Constituição, art. 119, I, letra l). Assim, já se tornou assente o descabimento da assistência no processo de representação para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou para interpretação de lei (Representações nº 1.161-5-GO, 1.155-1-DF e 972-DF). Por igual, não se afirma impedimento de membro da Corte para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ou de interpretação de lei ou ato normativo federal (Sessão de 13-9-1983). Ao Procurador-Geral da República, a quem a Constituição reserva, com exclusividade, afora a ação, não se lhe reconhece, todavia, a faculdade de desistir da representação. Instrumento por via do qual se exerce função política do Judiciário, no controle dos atos dos outros Poderes, e dele próprio, o procedimento de ação direta se reveste de especialidade com sua destinação. O julgamento, na representação, refere-se à lei ou ato normativo, em tese, e a decisão que os tem como inconstitucionais encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia *erga omnes*, dispensada, assim, qualquer posterior manifestação do Senado Federal para suspender a execução da lei ou ato normativo, tidos como inválidos, a teor do art. 42, VII, da Constituição. De outra parte, está no parágrafo único do art. 169 do Regimento

Interno do STF que o Procurador-Geral da República, inobstante autor da ação direta, pode, em sua manifestação final, pedir a improcedência da representação, tal como na espécie aconteceu (fls. 141/151). Pontes de Miranda, de referência à posição do Chefe do Ministério Público Federal, diante da norma do art. 119, I, letra l, da Constituição, observa: ‘A legitimidade ativa, que tem o Procurador-Geral da República, estende-se à oposição de embargos de nulidade ou infringentes do julgado ou dos embargos declaratórios. É órgão da União: não só a representa, representa-a, como órgão que é’ (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. t. 2, p. 11). Em face da especialidade do processo da ação direta de inconstitucionalidade, compreendo que o Procurador-Geral pode, inobstante julgada procedente a representação, notadamente, se pedir em sua manifestação final a improcedência da demanda constitucional, interpor embargos infringentes ao acórdão do STF⁵⁸.

Ora, ao admitir o cabimento dos embargos infringentes opostos pelo Procurador-Geral da República contra decisão que acolheu representação de inconstitucionalidade de sua própria iniciativa, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para realçar esse *caráter ambivalente* da representação de inconstitucionalidade, reconhecendo implicitamente, pelo menos, que ao titular da ação era legítimo tanto postular a declaração de inconstitucionalidade da lei, se disso estivesse convencido, como pedir a declaração de sua constitucionalidade, se, não obstante convencido de sua constitucionalidade, houvesse dúvidas ou controvérsias sobre sua legitimidade que reclamassem um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

É verdade que a Corte restringiu significativamente essa orientação no acórdão de 8 de setembro de 1988. O Procurador-Geral da República encaminhou ao Tribunal petição formulada por grupo de parlamentares que sustentava a inconstitucionalidade de determinadas disposições da Lei de Informática (Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984). O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira insofismável, que perseguia outros desideratos⁵⁹.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inadmissível a representação na qual o Procurador-Geral da República afirma, de plano, a constitucionalidade da norma, é certo que essa orientação, calcada numa interpretação literal do texto constitucional, não parece condizente, tal como demonstrado, com a natureza do instituto e com a sua praxis desde a sua adoção pela Emenda nº 16, de 1965.

Todavia, a Corte continuou a admitir as representações e, mesmo após o advento da Constituição de 1988, as ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Procurador-Geral limitava-se a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, afinal, pela sua improcedência⁶⁰.

Em substância, era indiferente, tal como percebido por Victor Nunes, que o Procurador-Geral sustentasse, desde logo, a constitucionalidade da norma, ou que encaminhasse o pedido para, posteriormente, manifestar-se pela sua improcedência.

Essa análise demonstra claramente que, a despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de *natureza dúplice ou ambivalente*.

Portanto, não parece subsistir dúvida de que a ação declaratória de constitucionalidade tem a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade, podendo-se afirmar até que aquela nada mais é do que uma ADIN com sinal trocado⁶¹.

Se se entender – o que parece absolutamente correto do prisma dogmático – que a própria representação de inconstitucionalidade contém, em si mesma, a ação declaratória de constitucionalidade, poder-se-á sustentar, de forma plausível, que, independentemente de qualquer autorização expressa do legislador constituinte federal, estão os Estados-membros legitimados a instituir a ação declaratória de constitucionalidade.

IV- O Executivo e o Legislativo no controle incidental de normas

1. Introdução

Não se pode deixar de registrar, ainda, o significado para órgãos do Executivo do controle incidental de normas.

Ao contrário do que se verifica no sistema

americano de controle de constitucionalidade, a ordem jurídica brasileira não outorga uma posição privilegiada aos órgãos da administração ou da legislatura no processo incidental de controle de constitucionalidade⁶². Se a questão envolver apenas pessoas privadas, não terá o Poder Público oportunidade de proceder à defesa do ato questionado.

É verdade, todavia, que, desde 1934, vem-se exigindo que a decisão afirmadora da inconstitucionalidade de uma dada lei ou ato normativo seja proferida pela maioria absoluta dos membros do Tribunal. A partir de 1977, passou-se a admitir que tal decisão fosse proferida também pela maioria absoluta do órgão especial da Corte de Justiça (CF 1988, art. 97).

Nos últimos tempos, enceta-se discussão sobre a legitimidade de se utilizar a ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade de leis federais, estaduais ou municipais.

A discussão não é desprovida de sentido, até porque a decisão que, nesse processo, afirma a inconstitucionalidade de uma dada lei acaba por ser dotada de eficácia geral. Assim, muitas vezes a decisão proferida na ação civil pública pelo juízo monocrático provocará o esvaziamento do significado normativo de uma disposição. É lícito, pois, indagar sobre a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento de controle de normas.

2. O controle de constitucionalidade e a ação civil pública

Como se sabe, no Brasil, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, consagrou a ação civil pública como instrumento de defesa dos chamados “interesses difusos e coletivos”. Nos termos da própria lei especial, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. É, portanto, amplíssimo o objeto da ação civil pública na ordem jurídica brasileira, estando a sua utilização condicionada, fundamentalmente, apenas à própria definição do conceito jurídico indeterminado relativo aos “interesses difusos e coletivos”.

Esse objeto extremamente amplo tem ensejado a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade. A despeito do embaraço que não raras vezes provoca, o tema não tem merecido reflexão mais acurada no âmbito da nossa Dogmática Constitucional.

A pergunta básica que se pretende introduzir é a seguinte: é legítima a utilização da ação civil pública na ordem jurídica brasileira para obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo? Evidentemente, essa questão sugere desdobramentos: em face das próprias especificidades processuais que caracterizam a ação civil pública, poder-se-ia ainda cogitar de um controle meramente incidental ou concreto de constitucionalidade cuja eficácia restaria limitada às partes envolvidas na controvérsia? Ou, de fato, estamos diante de um processo especialíssimo, de característica notoriamente objetiva, isto é, sem partes, no qual o requerente atua na defesa genérica do interesse público?

Não há dúvida de que as respostas a essas questões dependem de algumas reflexões sobre o próprio modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. O sistema adotado no Brasil, de inspiração americana, limitava-se, inicialmente, a um controle incidental ou concreto. A questão constitucional haveria de ser considerada no âmbito de um caso ou de uma controvérsia concreta entre as partes. A adoção da representação interventiva a partir, efetivamente, de 1946 ensejou o desenvolvimento do controle abstrato, consagrado pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965, e mantido pelo Texto Constitucional de 1967/69.

Como visto, a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

A propósito, vale registrar pronunciamento do Ministro Moreira Alves no RE nº 91.740-RS:

“Com efeito, o controle da inconstitucionalidade das leis, em tese, ainda quando deferido – como sucede no Brasil – ao Poder Judiciário, não é, ao contrário do que ocorre com o controle *incidenter tantum* (que, por isso mesmo, foi admitido nos Estados Unidos da América do Norte, independentemente de texto constitucional que o consagrasse expressamente), ínsito à atribuição jurisdicional (aplicar a lei válida e vigente ao caso concreto submetido ao Judiciário), mas ato de natureza eminentemente política,

uma vez que, por ele, julga-se, diretamente e em abstrato, a validade de atos dos outros Poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo), em face dos preceitos constitucionais a que todos os Poderes devem guardar obediência. Por isso mesmo, Willoughby (*The Supreme Court of the United States*. Baltimore : J. Hopkins, 1890. p. 36) faz esta advertência:

“Todo ato do Poder Legislativo é presumidamente válido. Sua constitucionalidade somente pode ser testada se trazida diante da Corte em caso concreto. A Corte nunca vai de encontro à lei, nem antecipa, em juízo sobre sua constitucionalidade, a execução que lhe dará. A Corte é trazida para a arena política independentemente de sua vontade. Ela julga a lei somente porque é obrigada a julgar o caso.”

“Por isso mesmo, o controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, admite-se, sem restrições, o *incidenter tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado. Não há que se falar, portanto, nesse terreno, de omissão da Constituição Federal que possa ser preenchida – principalmente quando se trata, como no caso, de meio de controle para a preservação da obediência dela – por norma supletiva de Constituição Estadual. Se nem o Supremo Tribunal Federal pode julgar da constitucionalidade, ou não, em tese, de lei ou ato normativo municipal diante da Constituição Federal, como admitir-se que as Constituições Estaduais, sob o pretexto de omissão daquela, dêem esse poder, de natureza, como disse, eminentemente política, aos Tribunais de Justiça locais e, portanto, ao próprio Supremo Tribunal Federal, por via indireta, em grau de recurso extraordinário?

“Ocorre, pois, no caso, impossibilidade jurídica que reconheço de ofício”⁶³.

Ressalte-se que, na apreciação da questão, destacou-se a singularidade desses tipos de processo consistente na necessária eficácia *erga omnes* do pronunciamento da Corte que profere

a declaração de inconstitucionalidade.

A ela assim se referiu o Ministro Moreira Alves:

“(…) se fosse possível aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza, com relação a leis municipais em conflito com a Constituição Federal, poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula. É da índole dessa representação – e isso hoje é matéria pacífica nesta Corte – que ela, transitando em julgado, tem eficácia *erga omnes*, independentemente da participação do Senado Federal, o que só se exige para a declaração *incidenter tantum*. O que implica dizer que, se transitasse em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, esta Corte Suprema estaria vinculada à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior, mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da consequência, que é da índole do instrumento, demonstra o absurdo da premissa”⁶⁴.

Também o Ministro Leitão de Abreu dela se ocupou, como se vê na seguinte passagem de seu voto:

“Gostaria de deduzir, com o desenvolvimento que o alto relevo dessa questão constitucional comportaria, as razões que, a meu sentir, militariam a favor da tese perfilhada pelo acórdão recorrido, se superáveis, em relação ao presente caso, todos os óbices que se levantam acerca do cabimento da representação proposta perante o Tribunal local, para a declaração de inconstitucionalidade da lei municipal, de que na hipótese se trata, por incompatibilidade com a Constituição Federal. Não achei meios jurídicos, todavia, que me habilitassem a vencer o obstáculo, levantado pelo Ministro Moreira Alves, no que diz respeito à situação que se criaria no caso de se declarar, pelo Tribunal de Justiça, inconstitucionalidade de lei municipal, por denotar conflito com a Carta Federal, sem que dessa decisão se manifeste recurso extraordinário. Transitada em julgado decisão dessa natureza, ficaria, na verdade, o Supremo Tribunal vinculado à declaração de inconstitucionalidade

pronunciada pelo Tribunal de Justiça e, por via de consequência, impossibilitado de julgar casos concretos futuros que, em recursos extraordinários, trouxessem-se à sua apreciação. Como essa consequência, que seria inelutável, afigura-se-me, também, inadmissível, não há senão concluir, a meu ver, malgrado a elegante construção jurídica do Tribunal paulista, pela inconstitucionalidade das expressões ‘inconstitucionalidade’ do artigo 54, I, e, da Constituição do Estado de São Paulo. Conhecendo, pois, do recurso, dou-lhe provimento para que a inconstitucionalidade assim fique pronunciada”⁶⁵.

Em outras palavras, reconheceu-se que a decisão de Corte estadual que declarasse a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, com eficácia *erga omnes*, poderia, de forma absurda, vincular o próprio Supremo Tribunal Federal.

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica”⁶⁶.

De qualquer sorte, impende salientar que, a partir de 1934, vem a ordem constitucional brasileira emprestando tratamento especial ao controle incidental de constitucionalidade.

Como se sabe, a Constituição de 1934 consagrou a competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 91, IV, c/c o art. 96). E, no art. 179, condicionou a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais ao sufrágio da maioria absoluta.

Tais modificações são reveladoras de uma nítida diferenciação no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Embora preservasse a competência do juiz singular para apreciar a questão constitucional, o constituinte estabelecia pressupostos para a declaração de inconstitucionalidade das leis pelos tribunais.

Subordinou-se a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal que declarasse a inconstitucionalidade da lei ou ato à resolução do Senado Federal (art. 91, IV).

Não obstante, o sistema de declaração de inconstitucionalidade por todos os juízes e

tribunais, exigida, no caso destes, a observância do *quorum* especial, e a suspensão pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional, pelo Supremo Tribunal, foram incorporados pela Constituição de 1946 (arts. 101, III, *b e c*, 200 e 64), pela Constituição de 1967/1969 (arts. 119, III, *a, b, c*, 116, e 42, VII) e pela Constituição de 1988 (arts. 97 e 52, X).

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência⁶⁷. A decisão, “que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”⁶⁸, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada.

Daí recorrer-se à suspensão de execução, pelo Senado, de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF 1967/1969, art. 42, VII)⁶⁹.

Essa colocação parece explicitar a natureza singular da atribuição deferida ao Senado Federal. A suspensão constitui ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. É o que ressalta, igualmente, o Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar que “a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”⁷⁰.

Ora, é fácil ver, pois, que, no âmbito da sistemática adotada pela ordem constitucional brasileira, ao contrário da decisão proferida no controle direto ou concentrado, que, por sua própria natureza, é dotada de eficácia geral, a decisão manifestada no controle difuso ou incidental há de ter eficácia limitada às partes envolvidas na controvérsia. Eventual extensão da eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal há de depender sempre do pronunciamento do Senado Federal.

De todas essas digressões resulta ser inadmissível a criação de processos destinados a aferir a legitimidade de normas de forma abstrata ou com eficácia geral pelo legislador ordinário ou pelo constituinte estadual.

Em face das características especiais que ornaram a ação civil pública, seria lícito indagar sobre a sua adequação para o controle de constitucionalidade das leis na modalidade de controle incidental ou concreto. Em outros termos, seria possível que o juiz, ao apreciar pedido formulado em ação civil pública, afastasse topicamente a incidência ou a aplicação

de uma dada norma federal ou estadual em face da Constituição Federal? Qual seria a eficácia dessa decisão?

É fácil ver, desde logo, que a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de “processos subjetivos”.

A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesses próprios, mas procura defender um interesse público devidamente caracterizado. Assim sendo, afigura-se difícil, senão impossível, sustentar-se que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas.

É que, como já enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público⁷¹.

Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*”.

Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Já o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria um afazer político de determinadas Cortes realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse escopo. Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a *caso concreto*, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um

interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma.

Deve-se acrescentar, ademais, que o julgamento desse tipo de questão pela jurisdição ordinária de primeiro grau suscita um outro problema, igualmente grave, no âmbito da sistemática de controle de constitucionalidade adotada no Brasil. Diferentemente da decisão *incidenter tantum* proferida nos casos concretos, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia fica adstrita às partes do processo, a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pelo juiz de primeiro grau haveria de ser dotada de eficácia geral e abstrata. Nem poderia ser diferente: como as partes na ação civil pública atuam não na defesa de interesse jurídico específico, mas, propriamente, na proteção do interesse público, qualquer pretensão no sentido de limitar a eficácia das decisões proferidas nesses processos apenas às partes formais do processo redundaria na sua completa nulificação.

Em outros termos, admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se, *ipso jure*, a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão da decisão do Senado Federal.

Ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que, na ação civil, ficar evidente que a *medida* ou *providência* que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo de uma impugnação direta de lei.

Nessas condições, para não se chegar a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a inidoneidade completa da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

É verdade que o tema ora abordado ainda

não foi objeto de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal. É certo, porém, que, tal como enunciado, essas conclusões parecem encontrar respaldo pleno na jurisprudência da Corte Suprema. A par de outras decisões já mencionadas, afigura-se digno de referência acórdão recém-publicado, no qual o Supremo Tribunal Federal acolheu Reclamação que lhe foi submetida pelo Procurador-Geral da República, determinando o arquivamento de ações ajuizadas na 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, por entender caracterizada a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a pretensão nelas veiculada não visava ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese⁷².

A propósito, mencione-se a seguinte passagem do voto do eminente Relator, Ministro Francisco Rezek:

“A leitura do acervo aqui produzido faz ver que o objeto precípuo das ações em curso da 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública da comarca de São Paulo é, ainda que de forma dissimulada, a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em face da Carta da República. As requerentes, ao proporem a providência cautelar, preparatória da ação principal, deixam claro que esta visa a ‘... decretar a ilegalidade da medida...’ (fls. 34). Ocorre que a ‘medida’ tida por ilegal é a própria lei. E o juízo de inconstitucionalidade da lei só se produz como *incidente* no processo comum – controle difuso – ou como escopo precípuo do processo declaratório de inconstitucionalidade da lei em tese – controle concentrado”⁷³.

Essa orientação da Suprema Corte reforça a idéia desenvolvida de que eventual esforço dissimulatório por parte do requerente da ação civil pública haverá de restar ainda mais evidente, porquanto, diversamente da situação manifesta no precedente referido, o autor aqui pede tutela genérica do interesse público, devendo, por isso, a decisão proferida ter eficácia *erga omnes*. Assim, eventual pronúncia de inconstitucionalidade da lei levada a efeito pelo juízo monocrático terá força idêntica à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle direto de inconstitucionalidade.

As especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento

dessa prerrogativa (no que se refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal) apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação do Supremo – somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle –, a dimensão política inegável dessa modalidade, tudo leva a infirmar a possibilidade de que se proceda ao controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição no âmbito da ação civil pública.

3. Incidente de inconstitucionalidade

Na Revisão Constitucional de 1994, afigurou-se acertado introduzir o incidente de inconstitucionalidade, que permitiria fosse apreciada *diretamente* pelo Supremo Tribunal Federal *controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal*, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. A Suprema Corte poderia, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão federal suscitada.

Referido instituto destinava-se a completar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o Supremo Tribunal Federal pudesse dirimir, *desde logo*, controvérsia que, do contrário, daria ensejo certamente a um sem-número de demandas, com prejuízos para as partes e para a própria segurança jurídica.

Assim, mediante provocação de qualificados atores do processo judicial, a Corte Suprema fica autorizada a *suspender os processos em curso e proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional*.

Ressalte-se de imediato que, a despeito da aparente novidade, técnica semelhante já se adota entre nós desde 1934, com a chamada *cisão funcional* da competência, que permitia que, no julgamento da inconstitucionalidade de norma perante Tribunais, o Plenário ou o Órgão Especial julgasse a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma, cabendo ao órgão *fracionário* decidir a espécie à vista do

que restar *assentado* no julgamento da questão constitucional.

Sem dúvida, o incidente ensejaria a separação da questão para o seu julgamento, não pelo Pleno do Tribunal ou por seu Órgão Especial, mas, diretamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Daí o inevitável símile com a técnica consagrada nos modelos de *controle concentrado de normas*, que determina seja a questão submetida diretamente à Corte Constitucional toda vez que a norma for relevante para o julgamento do caso concreto e o juiz ou tribunal considerá-la inconstitucional (cf., v.g., Constituição austríaca, art. 140, (1); Lei Fundamental de Bonn, art. 100, I, e Lei orgânica da Corte Constitucional, §§ 13, nº 11 e 80 s.).

Todavia, as diferenças são evidentes.

Ao contrário do que ocorre nos modelos concentrados de controle de constitucionalidade, nos quais a Corte Constitucional detém o *monopólio da decisão* sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, o incidente de inconstitucionalidade não altera, em seus fundamentos, o *sistema difuso* de controle de constitucionalidade introduzido entre nós pela Constituição de 1891. Juízes e tribunais continuam a decidir também a questão constitucional, tal como faziam anteriormente, cumprindo ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, a uniformização da interpretação do Texto Magno mediante o julgamento de recursos extraordinários contra decisões judiciais de única ou última instância.

Convém assinalar que somente em casos excepcionais, de relevante interesse público, poderia a Corte Suprema acolher o incidente de inconstitucionalidade, para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional.

O novo instituto serviria para antecipar as decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arpejo da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal.

A experiência histórica recente demonstra que, muitas vezes, temas polêmicos acabam sendo decididos de maneira açodada por juízes e tribunais ordinários, que optam por declarar a inconstitucionalidade de normas, reconhecidas, posteriormente, como legítimas pelo Supremo Tribunal Federal.

A adoção do incidente de inconstitucionalidade propiciaria ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade de conhecer das questões antes mesmo que se consolidassem orientações ou interpretações outras, de difícil superação ou desfazimento.

O incidente de inconstitucionalidade proposto oferece solução adequada para a difícil questão do controle de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal. Os embaraços que se colocam à utilização da ação direta de inconstitucionalidade contra a lei municipal perante o Supremo Tribunal Federal, até mesmo pela impossibilidade de se apreciar o grande número de atos normativos comunais, poderão ser afastados com a introdução desse instituto, que permitirá ao Supremo Tribunal Federal conhecer das questões constitucionais mais relevantes provocadas por atos normativos municipais.

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos não de fornecer a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades comunais.

Essa solução é superior, sem dúvida, à alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

Outra virtude inegável do instituto reside na possibilidade de sua utilização para solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição.

Aprovado o referido instituto, passaria o ordenamento jurídico a dispor de um instrumento ágil e célere para dirimir, de forma definitiva e com eficácia geral, as controvérsias relacionadas com o direito anterior à Constituição que, por ora, somente podem ser veiculadas mediante a utilização do recurso extraordinário, cuja decisão tem eficácia limitada às partes envolvidas no processo.

ANEXO I

ANO	PROCESSOS	ANO	PROCESSOS	ANO	PROCESSOS
1966	22	1977	20	1988*	202
1967	31	1978	29	1989	160
1968	01	1979	15	1990	254
1969	26	1980	40	1991	236
1970	15	1981	42	1992	166
1971	23	1982	37	1993	162
1972	20	1983	26	1994	197
1973	17	1984	55	1995	211
1974	–	1985	70	1996**	113
1975	18	1986	81		
1976	24	1987	114		

* a estatística considera as Rps e as ADINs

** até agosto de 1996

ANEXO II

REQUERENTES	1988*	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996*	Total Parcial
Presidente da República	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Mesa do Senado Federal	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Mesa da Câmara dos Deputados	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Governador de Estado	2	60	102	56	49	45	32	62	18	426
Procurador-Geral da República	191	22	62	67	64	46	68	49	7	382
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	1	4	9	3	3	6	3	6	7	38
Partido Político	2	12	30	37	25	13	29	44	33	227
Confederação Sind. ou Ent. de Classe de Âmbito Nacional	6	54	50	64	23	50	66	47	43	403
Mesa da Assembléia Legislativa	-	3	1	7	4	1	1	3	22	22
Outros	-	5	-	2	1	1	1	4	18	18
TOTAL GERAL	202	160	254	236	166	162	197	211	113	1516

* a estatística considera as Rps e as ADINs

** até agosto de 1996

ANEXO III

Período: outubro/88 – agosto/96

Universo da pesquisa: 1507 ADINs

	Número de ADINs
Pedidos de Liminar	975
Não conhecidas/ sem pedido de liminar	532
Número Total	1507

	Deferidos	Indeferidos	Não apreciados
Pedidos de Liminar	594	355	26

ADINs com Liminar deferida*	Julgadas definitivamente	Confirmadas	63
		Não confirmadas	20
	Total		83
	Pendentes	-	508

* Após a concessão da liminar, 3 (três) ADINs não foram conhecidas.

Notas de Rodapé

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 1, n. 3, p. 21-43, abr./jun. 1993.

² ANSCHÜTZ, Gerhard. *Verhandlungen des 34. juristentags*. Berlim, 1927. v. 2, p. 208.

³ KELSEN, Hans. *Entwicklung der staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL 5 (1929), p. 30.

⁴ HÄBERLE, Peter. *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt, 1976. p. 1, *Grundprobleme der verfassungsgerichtsbarkeit*.

⁵ MS nº 20.257. Relator: Ministro Moreira Alves. Revista Trimestral de Jurisprudência, n. 99, p. 1031-1041.

⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*. São Paulo, 1994. p. 204.

⁷ *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. t. 1, p. 770-771.

⁸ ADIn 748. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 6 nov. 1992. p. 20.105.

⁹ KELSEN, Hans. *Wesen und entwicklung der staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), p. 41.

¹⁰ Como observado por Ipsen (*Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 147), o ponto central do problema residia, para Kelsen, na diferenciação entre a competência da jurisdição constitucional e da jurisdição administrativa.

¹¹ KELSEN, op cit. p. 39.

¹² ATALIBA, Geraldo. Poder Regulamentar do Executivo. *Revista de Direito Público*, n. 57-58, p. 197-198.

¹³ No direito alemão, ERICHSEN. *Staatsrecht und verfassungsgerichtsbarkeit*. v. 1, p. 20.

¹⁴ PAPIER, Hans-Jürgen. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. v. 1, p. 432-434 : *Spezifisches verfassungsrecht*” und *“einfaches recht*” als argumentationsformel des bundesverfassungsgerichts.

¹⁵ MELLO, O. A. Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1, p. 314-316; ATALIBA, Geraldo. Poder regulamentar do Executivo. *Revista de Direito Público*, n. 57-58, p. 196; LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. p. 37; MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1*, de 1969. v. 3, p. 312-314; sobre a questão no direito tedesco, STERN, *Staatsrecht der Bundesrepublik*, v. 1, p. 85-87.

¹⁶ Proposta de emenda revisional do Deputado Adroaldo Streck (Proposta nº 3.342), que recomendava também a supressão do art. 49, X (competência do Congresso Nacional para sustar atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa).

¹⁷ NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 1943. p. 593.

¹⁸ BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. p. 63.

¹⁹ CAMPOS, Francisco. Diretrizes Constitucionais do novo Estado brasileiro. *Revista Forense*, v. 73, n. 415/417, p. 229, jan./mar. 1938. Cf., a seguinte passagem, *verbis*:

“Não me parece essencial ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis ou de recusar-lhes a execução com fundamento na sua incompatibilidade com a carta constitucional. Para que se pudesse considerar como essencial essa prerrogativa, seria indispensável que sem ela não se pudesse conceber a existência do Poder Judiciário.

“Ora, tal prerrogativa não é um atributo que se encontre reconhecido universalmente ao Poder Judiciário. Ao contrário, é um atributo do Poder Judiciário do tipo americano, e mesmo nos Estados Unidos seriamente combatido com os melhores fundamentos.

“A constituição americana é, como se sabe, obra de um pequeno número de grandes legistas. A supremacia do Poder Judiciário, mediante a prerrogativa que lhe foi atribuída de guarda suprema da Constituição, foi um arranjo ou uma construção imaginada por legistas.

“Os legistas são, por natureza, conservadores, e a perspectiva de mudanças, inovações ou experiências sempre os intimida. Os interesses criados constituem o centro das suas preocupações. Nos arranjos ou nas combinações dos mecanismos de governo, de processo ou de justiça, o que domina o seu espírito não é o lado dinâmico, liberal ou progressista, mas o estático, o das garantias que assegurem a permanência do *status quo*, a duração do adquirido, a estabilidade das situações consolidadas, a conservação dos interesses criados. O mundo dos legistas não é o do futuro, mas o do passado, o mundo dos arquétipos ou das fórmulas em que se cristalizou a experiência do passado.

“Os legistas que formularam a teoria da Constituição americana não constituíam exceção aos caracteres que definem, em todo o mundo, a família dos legistas. A implantação de instituições eminentemente dinâmicas, como são as instituições democráticas, despertou no seu espírito o temor de que elas viessem a constituir fonte de desassossego ou de mudanças na ordem de cousas estabelecida. Cumpria tutelar os poderes de origem popular, sujeitos às injunções da opinião pública, criando um super poder, de caráter

permanente e sem nenhuma dependência para com os movimentos de opinião, de maneira que os órgãos representativos não fossem compelidos pelas pressões populares a entrar no caminho das inovações ou das reivindicações democráticas, que sempre se fazem, como é natural, à custa dos interesses criados. Ora, os juizes, não só pela formação especial do seu espírito, como pela situação privilegiada que lhe era assegurada na Constituição, tenderiam, naturalmente, a manter a ordem de cousas estabelecida, procurando, de boa-fé, interpretar a Constituição no sentido da concepção do mundo próprio à sua família espiritual, isto é, de acordo com o princípio, que informa toda filosofia conservadora, de que a ordem de cousas vigentes em um dado momento é a ordem natural e eterna.

“O mecanismo de controle judicial, inventado pelos lecionistas americanos, correspondia, inteiramente, aos motivos, conscientes ou obscuros, que os inspiravam. O caráter dinâmico das instituições democráticas se achava coarctado por uma poderosa força de inibição, tanto mais poderosa quanto idealizada por uma hábil propaganda, que conseguiu criar no público a convicção de que a peça teria por função proteger o povo contra os abusos do poder.

“A verdade, porém, é que o mecanismo de controle judicial da constitucionalidade das leis tinha por fim exclusivo a proteção dos interesses criados ou da ordem de cousas estabelecida contra as veleidades de iniciativa dos poderes representativos no sentido de favorecer as aspirações populares ou de alterar, na direção democrática, as relações de poder existentes no País ao tempo da promulgação da Constituição.

“A ideologia conservadora encontrou, assim, no Poder Judiciário, o instrumento destinado a moderar ou inibir os ímpetus democráticos da Nação. A Constituição passava, por um processo metafísico, a incorporar a filosofia dos juizes. Essa filosofia, que se confundia com a Constituição, tornava-se, assim, filosofia obrigatória no País. Só era constitucional a concepção do mundo dos juizes, os seus pontos de vista preconcebidos em relação à sociedade, aos direitos individuais e aos interesses da Nação. Por este artifício, a política de uma democracia, a qual, como toda política democrática, é eminentemente ativa e dinâmica, era transferida dos órgãos de delegação popular para um cenáculo de notáveis, que uma série de prerrogativas e de privilégios tornava independente, senão impermeável às mudanças operadas no sentimento público ou na

concepção da vida dos seus contemporâneos.

“Completando o processo, seguramente ingênuo e de boa-fé, de dissimulação do papel conferido ao Poder Judiciário, a teoria procurou atenuar a sua importância, declarando que o julgamento dos tribunais pressupõe uma provocação e um litígio, isto é, que o supremo intérprete da Constituição não tem a faculdade de interpretá-la em abstrato. Como observa, porém, LORD BIRKENHEAD, quando o tribunal, decidindo um litígio, declara a lei inconstitucional, o que ele decide, em última análise, é o caso da lei, privando-a de toda autoridade.

“Ora, a Constituição tem por conteúdo os grandes poderes do governo destinados a serem exercidos para grandes fins públicos. Atribuir a um Tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional é, de modo indireto, atribuir-lhe o poder de formular nos termos que lhe parecerem mais convenientes ou adequados à própria Constituição. Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que se não origina do povo, e que não se encontra sujeito à sua opinião, o mais eminente dos poderes, porque, precisamente, o poder que define os grandes poderes do governo e os grandes fins públicos a que se destina o governo. O controle judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder Judiciário o controle do governo, controle tanto mais obscuro quanto insusceptível de inteligibilidade pública, graças à aparelhagem técnica e dialética que o torna inacessível à compreensão comum. A supremacia do judiciário não é, pois, como procura fazer acreditar uma ingênua doutrina que atribui ao método jurídico um caráter puramente lógico e objetivo, uma supremacia aparente. É, ao contrário, uma supremacia política, porque a função de interpretar, que redonda na de formular a Constituição, é a mais alta ou a mais eminente das funções políticas.

“O controle judicial da constitucionalidade das leis, ao invés de constituir uma proteção do povo, era um expediente sabiamente engenhado para o fim de impedir ou moderar as reivindicações populares, ou colocar sob o controle dos interesses criados ou da filosofia conservadora dos beneficiários da ordem estabelecida a evolução das instituições democráticas, privando-as das virtualidades dinâmicas que lhes são inerentes.

“É, como se vê, uma sobrevivência do Poder Moderador da monarquia, um resíduo monárquico que se enquistou nas instituições democráticas com o fim de embaraçar os seus movimentos naturalmente orientados no sentido das inovações, das experiências e de

uma concepção criadora e liberal da vida, exatamente o oposto da filosofia própria aos interesses criados, que postulam a conservação, a permanência, a continuidade, a duração das situações adquiridas.

“A propósito da idealização de que o controle judicial foi objeto nos Estados Unidos, ALLEN SMITH, falecido Professor de ciência política na Universidade de Washington, escreve no seu livro póstumo *The growth and decadence of constitutional government*:

“Não há, provavelmente, outro exemplo, em toda a história da evolução constitucional, em que a opinião haja sido tão iludida quanto à verdadeira natureza de um arranjo ou de um artifício político. A razão ostensiva de atribuir o poder de veto aos tribunais era a de prover um meio de tornar efetivas as limitações constitucionais; o objetivo real era, porém, o de concentrar o poder político na Suprema Corte dos Estados Unidos, e, mediante a função que lhe era conferida de interpretação final, transformar a constituição no baluarte do conservantismo.”

“Eis aí como, em instituições democráticas, o povo, ao invés de controlar, passa a ser controlado por um poder em cuja formação não participou e cujos processos de controle, duplamente dissimulados, porque exercidos sob as modestas aparências de um litígio de direito comum e envolvidos em uma técnica somente acessível a especialistas, escapam ao registro crítico da opinião popular.

“A modificação introduzida pela Constituição de 10 de novembro teve por fim repor na Nação o controle do governo, submetendo-o ao juízo do povo, ao qual deve ficar livre a opção quando se tratar de pôr em movimento o mecanismo constitucional no sentido de serem realizados os grandes fins de governo, fins de ordem pública e geral, em relação aos quais o pronunciamento definitivo não pode deixar de caber ao povo. É a passagem do governo dos cenáculos para o governo do povo.

“A faculdade de interpretar final e conclusivamente a Constituição, só se justificaria atribuí-la em regime democrático ao Poder Judiciário se o método jurídico fosse de natureza puramente lógica ou dedutiva. A função judiciária seria, então, puramente lógica ou dedutiva. A função judiciária seria, então, puramente passiva, a interpretação limitando-se apenas a tornar explícito o conteúdo da lei.

“Tais postulados são, porém, hipóteses contrárias à realidade. Nem o método jurídico é puramente lógico, nem o pensamento jurídico puramente objetivo. A interpretação, por

sua vez, longe de ser passiva e neutra, é um processo de criação ou de elaboração ativa. Quando a lei a ser interpretada é a Constituição, a generalidade, a amplitude, a compreensão da matéria abre um vasto campo à contribuição do intérprete que, embora animado da maior boa-fé, não pode deixar de verter em termos da sua filosofia pessoal ou da sua concepção da vida problemas do maior interesse vital para todo o mundo e em torno de cuja expressão, por mais precisa que seja, não pode deixar de existir um halo de indeterminação propício às opções do temperamento, do caráter ou da vontade.

Nestas condições, atribuir a supremacia ao Judiciário é atribuí-la à filosofia dos juízes. Em se tratando de interesses nacionais, dos grandes poderes do governo e dos grandes fins públicos a que o governo se destina, é, certamente, mais democrático, senão mais acertado, preferir à filosofia e à opção dos juízes a opção e a filosofia da Nação”.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Cf., a propósito, Decreto-Lei nº 1.564, de 5-9-1939, com o seguinte teor:

“Decreto-Lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939

Confirma os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, e para os efeitos do artigo 96, parágrafo,

Considerando que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda, decretado pela União no uso de sua competência privativa, sobre os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais;

Considerando que essa decisão judiciária não consulta o interesse nacional e o princípio da divisão eqüitativa de ônus no imposto,

Decreta:

Artigo único. São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais; ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos.

Rio de Janeiro, 5 de setembro de 1939, 118º da Independência e 51º da República.

Getúlio Vargas
Francisco Campos
A. de Souza Costa”

²² É interessante, a propósito, registrar voto do Ministro Carlos Maximiliano, quando se discutiu, no Mandado de Segurança nº 623, a eficácia da decisão confirmatória baixada pelo Presidente da República em relação às questões ainda não apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal:

“A Constituição de 1891 incorporou o Brasil ao sistema democrático americano – o do governo de leis em vez de governo de homens; entre nós, como nos Estados Unidos e na República Argentina, a cúpula do regime achava-se na Corte Suprema; por isso, os grandes presidentes da terra de Jefferson, nas cerimônias solenes, davam a frente aos juizes do pretório excelso, em republicana e belíssima homenagem à soberania da Justiça. Os tribunais reviam e anulavam, aliás com discreta reserva, as leis e atos contrários ao espírito do código fundamental.

“O Chile constituía notória exceção, porque se inclinara para a onipotência parlamentar, à francesa, porém evoluiu no sentido generalizado no continente: naquela república, a reforma constitucional de 1925 investiu o Judiciário da prerrogativa outorgada pelo estatuto norte-americano, ‘o mais perfeito do mundo’, segundo o conceito de Barbalho dos Andes, o hábil comentarador do novo código básico, o professor Guerra, morto tragicamente em Valparaíso na semana em que eu visitava aquela encantadora cidade de veraneio.

“Notável coincidência, no mesmo ano de 1925, famoso aresto do Tribunal Supremo da Alemanha (*Reichsgericht*), em 4 de novembro, proclamou a autoridade da magistratura para declarar inválidos, por inconstitucionais, diplomas legislativos; assim foi decidido, apesar de não haver, na Constituição de Weimar, preceito expresso a tal respeito. Manifestou-se na terra de Frederico, à semelhança do que ocorrera, sobre o mesmo assunto, na pátria de Washington, a ação criadora da jurisprudência.

“O estatuto brasileiro de 1937, no art. 96, transferiu, em tal esfera, a supremacia ao Legislativo, quando provocado pelo Presidente: julgada inconstitucional uma lei, posterior decreto atua e prevalece como vitoriosos embargos infringentes ao aresto supremo. De tal prerrogativa do Parlamento usou o Sr. Presidente da República, escudado no art. 180 da Constituição, a propósito da incidência de imposto federal sobre os proventos de funcionários locais, porque, sobrepondo a lei a interesse ou rivalidade individual ou de classe, os membros do pretório mais alto haviam declarado os serviços, e, consequen-

temente, os servidores dos Estados, isentos de tributos que eles, Ministros togados, pagam, na média de cinco contos de réis anuais, sem recalçar nem discutir.

“Qual a diretriz futura a predominar nos pretórios, em face da resolução presidencial? Não posso recorrer ao apoio precioso do Direito Comparado; porque a providência constitucional brasileira, consistente em reformar sentenças por meio de decretos, *não encontra similar ou paradigma em país nenhum do orbe terráqueo*. Recorro a outra fonte: os precedentes, em casos análogos. Vigorante o sistema generalizado na América, embora o Judiciário apenas decidisse em espécie e a sentença final só obrigasse no caso em apreço, Presidente e Congresso, em obediência ao princípio da harmonia dos poderes, dali por diante se abstinham de agir ou deliberar contra as conclusões do aresto supremo. Pela mesma razão, agora, atribuída à Legislatura a antiga preeminência da Corte excelsa, esta não mais conhecerá de igual inconstitucionalidade. Seria, aliás, irrisório estar a proferir acórdãos platônicos, arestos por lei destituídos de exequibilidade. Prevalerá, no alto pretório, o inelutável, embora murmurando os seus membros o ‘*e pur si muove*’, de Galileu. Em conclusão: pelo menos no meu conceito, o desagradável incidente, para o qual confluíram, durante uma quinzena, as vistas sobressaltadas dos juristas nacionais, está definitivamente encerrado.

“No tocante à hipótese em apreço, eu julgo prejudicados os dois recursos; porque o Decreto-lei nº 1.564, de 5 de setembro de 1939, posterior à sentença concessiva do mandado de segurança, explicitamente a tornou sem efeito” (RF nº 82, p. 298 (300)).

²³ The case of the missing amendments : R. A. V. v. City of St. Paul. *Harvard Law Review*, v. 106 n.1, p.124, nov. 1992.

²⁴ LOEWENSTEIN. *Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1976. p. 190.

²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição de 1891*. Porto Alegre, 1929. n. 226, p. 311; REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do Ato Administrativo*. Rio, 1968. p. 47; CAVALLANTI, Themistocles Brandão. Arquivamento de Representação por inconstitucionalidade da lei. *Revista de Direito Público*, n. 16, p. 169; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Parecer D-24 do Consultor-Geral da República. *Diário Oficial da União*, 22 jun. 1965; LIMA, L. C. Miranda. Parecer. *Revista de Direito Administrativo* n. 81, p. 466. Ver também as decisões do Supremo Tribunal : RMS nº 4.211. Relator Ministro Cândido Motta Filho. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 2, p. 386-7; RMS

nº 5.860, Relator: Ministro Vilas Boas. Acórdão publicado em audiência de 23 fev. 1959; Rp nº 512. Relator: Ministro Pedro Chaves. *Revista de Direito Administrativo*, n. 76, p. 308-9, 1964; RE nº 55.718-SP, Relator: Ministro Hermes Lima. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 32, p. 143-47; RMS nº 14.557. Relator: Ministro Cândido Motta Filho. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 33, p. 330-8; RMS nº 13.950, Relator: Ministro Amaral Santos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 97, p. 116-120, 1969.

²⁶ Rp nº 980. Relator: Ministro Moreira Alves. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 96, p. 496.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da Lei pelo Poder Executivo. *Revista Forense*, v. 79, n. 284 p. 101, out./dez. 1983.

²⁹ ADIn nº 221. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*, 22 out. 1993.

³⁰ ADIn nº 2. Relator: Ministro Paulo Brossard. *Diário da Justiça*, 12 fev. 1992.

³¹ ADIn nº 1.292. Relator: Ministro Ilmar Galvão. *Diário da Justiça*, 15 set. 1995.

³² ADIn nº 221. Relator: Ministro Moreira Alves, *Diário da Justiça*, 22 out. 1993.

³³ ADIn nº 221. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*, 22 out. 1993.

³⁴ ADIn nº 902. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, 22 abr. 1994, p. 8946.

³⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Die abstrakte normenkontrolle vor dem bundesverfassungsgericht und vor dem Supremo Tribunal Federal*. Berlim, 1991, p. 85.

³⁶ ADIn nº 1.096. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 22 set. 1995.

³⁷ Sobre a problemática no Direito alemão: ZEIDLER, K. Gedanken zum fernseh- urteil des bundesverfassungsgerichts. AöR 86, 1961, p. 361 (380-381).

³⁸ Sobre a problemática: Söhn, Die abstrakte Normenkontrolle.: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. v. 1, p. 292-306; STEPHAN. *Das Rechtsschutzbedürfnis*. 1967, p. 147; GOESSL. *Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes*. p. 173 e 219.

³⁹ FRIESENHAHN. *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Jura, 1986. p. 505-509.

⁴⁰ LIMA, op. cit.

⁴¹ MONTEIRO, op. cit.

⁴² ADIn nº 807. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 11 jun. 1993 Registre-se que, na espécie, após ter sancionado o projeto de lei, o Governador do Estado Rio Grande do Sul apresentou pedido de ingresso na causa, na quali-

dade de litisconsorte ativo do Procurador-Geral da República, autor originário da impugnação.

⁴³ ADIn nº 645-2. Relator: Ministro Ilmar Galvão. *Diário da Justiça*, p. 1693. 21 fev. 1992; ver também, ADIn nº 665. Relator: Ministro Octavio Gallotti. *Diário da Justiça*, p. 5376. 24 abr. 1992.

⁴⁴ BVerfGE 1, 184.

⁴⁵ BVerfGE 1.396, 413.

⁴⁶ Cf., principalmente, as ações movidas pelo Partido Social-Democrata contra a política exterior do Governo Adenauer: 1.396 (Serviço militar obrigatório e Comunidade Européia de Defesa – Wehrpflicht, EVG); 4.157 (Estatuto do Sarre – Saar-Statut); as ações movidas pelo Estado de Hesse contra o sistema de financiamento dos partidos políticos (Parteienfinanzierung) (8, 51; 20, 56) e contra a disciplina do Estado de Necessidade (30, 1); as ações dos Senados de Bremen e Hamburgo e do Governo da Renânia do Norte-Vestfália contra a lei que disciplinava a recusa à prestação do serviço militar (Kriegsdienstverweigerungs-Neuordnungsgesetz – KDvNG) (69, 1); as ações dos cristãos-democratas (CDU/CSU) contra a lei que descriminalizava o aborto (Fristenlösung) (39, 1) e contra a reforma da lei sobre o serviço militar obrigatório (Wehrpflichtnovelle) (48, 127); a ação do Governo da Baviera contra o Tratado Fundamental entre as duas Alemanhas (Grundvertrag) (36, 1); a ação do governo da Baixa-Saxônia contra o § 10, b, da Lei de Imposto de Renda (Einkommensteuergesetz) de 5-12-77 (53, 63); a ação dos cristãos-democratas (CDU-CSU) contra o § 2, I, da Lei de Orçamento 1981 (BVerfGE 79, 311); Ver, também, BRYDE, Brunn-Otto, *Verfassungsentwicklung : stabilität und dynamik im verfassungsrecht der bundesrepublik deutschland*. 1980.

⁴⁷ BVerfGE 2, 307; BVerfGE 6, 104; BVerfGE 12, 205, 217; Cf. também BVerfGE 2, 143, 158.

⁴⁸ ADEC nº 1. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça*, 16 jun. 1995.

⁴⁹ *Diário da Justiça*, 4 set. 1970. p. 3.971.

⁵⁰ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1958, p. 107; MOREIRA, Barbosa. As Partes na ação declaratória de inconstitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, n. 13, p. 67, 75-76; CAVALCANTI, Themístocles. *Do controle*. p. 115.

⁵¹ LEAL, Victor Nunes. Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal : um aspecto inexplorado. *Revista de Direito Público*, v. 13 n. 53-54 p. 25 jan./jun. 1980.

⁵² O Professor Haroldo Valladão exerceu o cargo de Procurador-Geral da República no período de 19-4-67 a 13-11-67.

⁵³ LEAL, op. cit. p. 25, 33.

⁵⁴ Reclamação nº 849, Relator: Ministro Adalício Nogueira. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 59, p. 333.

⁵⁵ Registros da discussão travada no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em março de 1971. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 23, 1971.

⁵⁶ MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade de lei : representação ao STF. *Revista de Direito Público*, 12, p. 150; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Voto proferido no Conselho Federal da OAB. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 25; CAVALCANTI, Themístocles. Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei. *Revista de Direito Público*, n. 16, p. 169; CARDOSO, Adauto Lucio. Voto na Reclamação. n. 850. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 50, p. 347-8; BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 1982. p. 69.

⁵⁷ Embargos na Representação nº 1.092. Relator: Ministro Néri da Silveira, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 117, p. 921.

⁵⁸ Embargos na Representação nº 1.092. Relator: Ministro Néri da Silveira. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 117, p. 921, 944-945.

⁵⁹ Rp nº 1349. Relator: Ministro Aldir Passarinho. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 129, p. 41.

⁶⁰ Dentre outras, ADIN nº 716-5. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, 29 abr. 1992, p. 5.606.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Declaratória de Constitucionalidade : a inovação da Emenda nº 3, de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo, 1994. p. 56.

⁶² KELSEN, Hans. *Il controllo di costituzio-*

nalità delle leggi: La Giustizia Costituzionale, Milão, 1981. p. 295, 306.

⁶³ RE 91.740-RS. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v. 93, n. 1, p. 161-2.

⁶⁴ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 103, n. 3, p. 1.115.

⁶⁵ RE 92.169-SP. Relator: Ministro Cunha Peixoto. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 103, n. 3, p. 1.116-17.

⁶⁶ BUZAID, Alfredo. "Juicio de amparo" e mandado de segurança : contrastes e confrontos. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo. v. 5, p. 30-78, jan./jun. 1962. Cf., também, ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*. Bologna : Mulino, 1979. p. 84.

⁶⁷ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1968. p. 36-7 e 46.

⁶⁸ BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1982, cit., p. 59; BUZAID, op. cit. p. 69.

⁶⁹ O ordenamento constitucional de 1988 manteve inalterada essa orientação (CF 1988, art. 52, X).

⁷⁰ RMS 17.976. Relator: Ministro Amaral Santos. *Revista de Direito Administrativo*, n. 105, p. 111, 113.

⁷¹ KOCH, Harald. *Prozessführung im öffentlichen Interesse*. Frankfurt am Main, 1983. p. 1.

⁷² Reclamação nº 434. Relator: Ministro Francisco Rezek. *Diário da Justiça*, 09 dez. 1994.

⁷³ *Ibidem*.

Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES

SUMÁRIO

1. Do cumprimento do laudo arbitral. 2. Caráter privado do laudo arbitral. 3. Homologação da sentença judicial estrangeira. 4. Sentença judicial estrangeira e laudo arbitral privado. 5. Da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal. 6. Da arbitragem estrangeira e arbitragem internacional. 7. Da citação postal no processo arbitral.

1. Do cumprimento do laudo arbitral

Ao proferir o laudo arbitral, o árbitro termina sua função, esgotando a jurisdição que lhe foi conferida pelas partes pela convenção arbitral. Tal como na sentença judicial, em que o juiz, ao proferi-la, esgota sua competência para intervir no processo, o árbitro, com o laudo, perde a jurisdição, não mais podendo atuar no processo arbitral, já findo, salvo, como o juiz no processo judicial, em embargos de declaração, para esclarecimento da própria sentença.

Terminada a arbitragem, resta o seu cumprimento pela parte vencida, voluntariamente, tal como ocorre também com o processo judicial, em que o vencido normalmente atende ao disposto na condenação, sem compelir o vencedor a iniciar o processo de execução.

Há, como se percebe, similitude entre os dois sistemas de solução de controvérsias. Em ambos, o litígio termina com o pronunciamento do terceiro, o juiz, no processo judicial, e o árbitro, no procedimento arbitral. Com a sentença ou com o laudo arbitral, a controvérsia encontra-se dirimida, devendo a parte vencida cumprir o que foi decidido, estando fixada sua responsabilidade ou resolvido o litígio sobre o direito anteriormente controvertido.

O não-cumprimento espontâneo da decisão

José Carlos de Magalhães é Advogado, Professor Associado da Faculdade de Direito da USP, Mestre em Direito pela Yale University, Doutor em Direito pela USP, Livre Docente (USP).

faz nascer outra controvérsia, com a pretensão do vencedor de dar-lhe efetividade e a resistência do vencido em acatá-la. Nesse caso, dá-se a intervenção do Estado, em virtude da instauração, pelo vencedor, do processo de execução. Não havendo resistência do vencido e, portanto, o cumprimento voluntário da decisão, não há execução coativa e, por conseguinte, prescinde-se da provocação do Estado.

Assim, o fato de uma decisão provir de árbitro ou do juiz não modifica o quadro da execução, pois, em ambos os casos, havendo resistência do vencido, há necessidade da instauração de processo judicial de execução.

A execução da sentença judiciária processa-se nos mesmos autos em que foi proferida, com a citação do vencido para cumprir o julgado ou apresentar embargos à execução, na infeliz formulação da lei processual brasileira, que transforma o exequente em réu. Já a execução do laudo arbitral requer a instauração de um processo de execução, fundado no laudo arbitral, ao qual a Lei nº 9.307/96 atribuiu os mesmos efeitos da sentença judicial (art.31).

Essa lei, ao disciplinar inteiramente a arbitragem no Brasil, inclui o laudo arbitral, com evidente impropriedade, entre os títulos executivos judiciais, ao alterar a redação do inciso III do art. 584 do CPC.

Ora, o laudo arbitral não é um título executivo *judicial*, mas *extrajudicial*, pois proferido por árbitro, pessoa privada não-integrante do Poder Judiciário, nem a ele equiparado ou equiparável. O fato de se conferir ao laudo arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial não o torna judicial, pois não provém do Poder Judiciário. Da mesma forma, ao conferir à transação os efeitos de coisa julgada, o art. 1.030 do Código Civil não a transforma em sentença judicial. Note-se que todos os demais títulos executivos judiciais previstos no art. 584 do Código de Processo Civil são sentenças judiciais, condenatórias (incisos I e II), homologatórias (incisos III e IV) e constitutivas ou homologatórias (inciso V), todas, portanto, providas do Poder Judiciário, não se justificando a confusão ora estabelecida. Aliás, a lei, ao invés de denominar a decisão arbitral de *laudo arbitral*, observando, dessa forma, a tradição jurídica brasileira sobre o tema, prefere *sentença arbitral*, à semelhança do que se faz na França e na Suíça.

Essa confusão é grave, porque desconsidera o fato de que a arbitragem é meio privado de

solução de controvérsias, com afastamento da intervenção do Estado, ou, como reconhecia Pontes de Miranda, que na arbitragem há a renúncia à processualidade estatal¹. De fato, nem todo o litígio é composto mediante a intervenção compulsória do Estado. Na transação, são as partes que, diretamente, resolvem suas pendências, mediante concessões mútuas, mesmo que o litígio já esteja submetido ao Judiciário. Com a transação, as partes põem fim à lide, terminando-a, mas não ao processo judicial já iniciado e que, para terminar, depende de uma sentença. Daí por que o juiz homologa-a, simplesmente – ou seja, torna oficial o ato privado das partes –, pondo fim ao processo, com a sentença homologatória, mas não ao litígio, pois este já terminou com a transação concertada diretamente pelas partes e sobre a qual o juiz não pode interferir, salvo para verificar se versa sobre direitos patrimoniais de caráter privado, como previsto no art. 1.035 do Código Civil.

O mesmo ocorre com o laudo arbitral, que é ato privado, decorrente da vontade das partes, sem interferência do Judiciário. A execução compulsória do laudo arbitral, como corretamente pretendido pela lei, não implica a necessidade de equipará-la à sentença judicial, que não é. Os títulos executivos extrajudiciais também autorizam a execução compulsória, sem possuir o caráter de sentença ou de ato de autoridade pública. A esse propósito, o inciso VII do art. 585 do Código de Processo Civil já previa, como título executivo extrajudicial, “todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”.

Como o art. 31 da Lei nº 9.307/96 declara que o laudo arbitral “constitui título executivo”, a alteração introduzida no art. 584, III, do CPC, feita pelo art. 41 da lei, incluindo-o entre os títulos executivos *judiciais*, foi tecnicamente incorreta e desnecessária para os efeitos pretendidos. Se a lei, no art. 31, já declara que o laudo arbitral constitui título executivo, a sua execução, como título executivo extrajudicial, está autorizada pelo já referido art. 585, VII, do CPC.

2. Caráter privado do laudo arbitral

Não é demais sublinhar que a jurisdição do árbitro provém das partes, sendo, portanto, privada, em contraste com a jurisdição do juiz,

¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. v. 26, parágrafo 3.181, p. 325.

que advém da Constituição e, assim, da comunidade nacional. Daí por que não se pode confundir laudo arbitral com sentença judicial, como ato oficial do Estado para dirimir uma demanda.

Essa confusão da lei reflete-se no tratamento que conferiu ao laudo arbitral produzido no exterior, qualificando-o como estrangeiro. Partindo do pressuposto de que o laudo se equipara à sentença judicial, com a alteração que introduziu no art. 584, III, do CPC, a lei condiciona o reconhecimento do laudo arbitral feito em outro país à sua prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal.

Se o laudo arbitral é ato privado, decorrente da vontade das partes, destinado a dirimir controvérsia sobre relação contratual de natureza patrimonial – e, portanto, de caráter disponível –, não há intervenção de autoridade pública estrangeira que justifique sua prévia aceitação pelo órgão judiciário brasileiro². Os contratos celebrados no exterior e exequíveis no Brasil não necessitam ser apresentados a qualquer poder público do país para serem reconhecidos ou para que sua execução ou cumprimento pela parte aqui domiciliada seja autorizado. Em caso de controvérsia sobre tais contratos, o juiz somente verificará, como faria também em relação aos contratos celebrados no Brasil, se não contrariam os bons costumes, a ordem pública brasileira e a soberania nacional, como prevê o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil³. E não há diferença da natureza privada entre um contrato privado celebrado no exterior e um laudo arbitral, elaborado também no exterior, por árbitro que resolva

² A esse propósito, é oportuna a decisão da Corte de Justiça das Comunidades Européias, que, tendo competência para dispor sobre questões de interpretação do Tratado de Roma apresentadas por Estados-membros, decidiu que não possuía competência para decidir sobre atividades de um tribunal arbitral, que possui caráter privado. Segundo essa decisão, proferida no caso Nordsee, de 23 de março de 1982, apesar da similitude da arbitragem com o processo judicial, essa característica não era suficiente para conferir ao árbitro a estatura de uma jurisdição estatal, tratando-se sempre de jurisdição privada e, portanto, despida de autoridade pública. Sobre o assunto, vide JARROSSON, Charles. *La notion d'arbitrage*. Paris : LGDJ, 1987.

³ Diz o art. 17 da LICC: “As leis, atos e sentenças de outro país, *bem como quaisquer declarações de vontade*, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

uma controvérsia sobre esse mesmo contrato. Tanto o laudo como o contrato são instrumentos que decorrem de uma relação privada que tem por objeto um direito de caráter patrimonial privado e, assim, disponível.

3. Homologação da sentença judicial estrangeira

A homologação de sentença judicial estrangeira justifica-se por se tratar de ato de Estado que se pretende seja executado e cumprido em território de outro. É um ato oficial emitido por autoridade pública, o Poder Judiciário estrangeiro, que a autoridade pública do país onde deve ser cumprido pode ou não admitir, dependendo de convenções internacionais, de reciprocidade, ou da lei. O Brasil poderia deixar de reconhecer uma sentença judicial estrangeira se, por exemplo, o país de onde proveio não reconhecer sentenças judiciais brasileiras, uma vez que tal reconhecimento se inclui no quadro da colaboração judiciária entre os Estados. Ou reconhecê-la em razão de tratado firmado com o país de onde proveio. Trata-se, sempre, de ato de autoridade pública, como é o caso da sentença judicial, cujos efeitos devem-se produzir no território subordinado à jurisdição de outro Estado. É comum, corriqueiro até, a recusa de homologação de sentença judicial estrangeira em virtude de não-observância de algum requisito da lei brasileira, ou que o Supremo Tribunal Federal considere ofensivo à ordem pública brasileira, aos bons costumes ou à soberania nacional. Em outras palavras, o ato oficial estrangeiro somente será executado e cumprido no território brasileiro se a autoridade brasileira competente o admitir. Por isso que o art. 181 da Constituição Federal, para evitar a aplicação extraterritorial de atos judiciais ou administrativos estrangeiros no território brasileiro, dispôs:

“O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente”.

Note-se que o preceito refere-se apenas a ato de *autoridade administrativa ou judiciária estrangeira*, e o árbitro não se enquadra nessa definição, pois é pessoa que age em cumprimento a contrato de natureza privada.

4. Sentença judicial estrangeira e laudo arbitral privado

Não é o caso do laudo arbitral, ato privado, proferido por pessoa ou pessoas naturais, despidas de qualquer autoridade pública e não atuando em nome de qualquer país. A sua execução, no Brasil, tem o mesmo caráter do cumprimento de contrato internacional firmado fora do país e aqui cumprido, não se cogitando de submetê-lo à prévia apreciação do Judiciário. Em caso de descumprimento, a parte interessada poderá ingressar com ação judicial, caso em que, e somente nesse caso, o Poder Judiciário, como faria com qualquer contrato, mesmo nacional, examinará sua adequação a princípios jurídicos do país.

Apesar dessas considerações, a Lei nº 9.307/96, equivocadamente, subordina o reconhecimento e execução do laudo arbitral produzido no exterior à prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista, contudo, que o laudo arbitral constitui ato privado e que a competência constitucional daquela Corte se refere a homologação de sentenças judiciais estrangeiras – e não atos de natureza privada –, a norma deve ser interpretada em caráter restritivo e de acordo com as características próprias da arbitragem e do laudo arbitral.

Assim, uma interpretação possível é a de que, embora a lei não distinga, o art. 35 da lei estar-se-ia se referindo ao laudo arbitral proveniente da arbitragem forçada, admitida em alguns sistemas jurídicos, para certas hipóteses, como ocorria no Brasil, para os litígios entre comerciantes, regulados pelo Código Comercial, antes de sua derrogação⁴. Na França, a arbitragem forçada era prevista em lei para controvérsias sobre determinadas matérias, inclusive as relativas a matérias reguladas pelo direito do trabalho⁵. Da mesma forma, a legislação trabalhista de Honduras prevê a arbitragem obrigatória nos conflitos coletivos nos serviços públicos, com a participação de um

⁴ A Lei nº 1.350, de 14 de setembro de 1866, revogou os dispositivos do Regulamento 737, de 1850, que estabeleciam a arbitragem obrigatória entre comerciantes. Aquele Regulamento previa que, não querendo as Partes louvarem-se em árbitros, o Juiz de Direito do Comércio deprecia ao Tribunal do Comércio para a nomeação dos árbitros.

⁵ Conforme FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris : Dalloz, 1965. p. 9 e ROBERT, Jean. *Traité de l'arbitrage civil e commercial*. 3. ed. Paris, 1961. t. 1, n. 6.

representante do Ministério do Trabalho e Assistência Social, como presidente do tribunal, um representante dos trabalhadores e outro dos empregadores⁶. A arbitragem forçada não constitui propriamente arbitragem, mas mecanismo disfarçado para o exercício da jurisdição estatal, com adoção da sistemática da arbitragem. Mas não é arbitragem, que pressupõe acordo de vontades livremente manifestado pelas partes, e não imposto pela lei.

5. Da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal

Essa interpretação permitiria superar outra dúvida que a redação do referido art. 35 enseja: pode a lei ordinária ampliar a já tão desnecessariamente ampla competência do Supremo Tribunal Federal estabelecida pela Constituição Federal?

Essa competência é definida no art. 102, que a divide em originária, nos casos do inciso I, em grau de recurso ordinário, de que trata o inciso II, e em grau de recurso extraordinário, para as hipóteses do inciso III. O art. 35 da Lei nº 9.307/96 inclui nova hipótese de competência originária, ao dizer que,

“para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”.

Essa inclusão equivaleria à emenda à Constituição, cujo rito, estabelecido no art. 60, obviamente não foi observado.

Estando a competência do Supremo Tribunal Federal fixada na Constituição, parece evidente que qualquer modificação, supressão ou ampliação dessa competência implica alterar o dispositivo constitucional, o que exige a tramitação prevista no já mencionado art. 60. O mesmo pode-se dizer da competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105) e dos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais.

Tanto isso é verdade que, ao dispor sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho, a Constituição estabeleceu, no parágrafo 3º do art. 112, que “a lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho”,

⁶ Conforme CÁCERES CASTELLANOS, Edgardo. El arbitraje en la legislación laboral hondureña. In: *Arbitraje comercial y laboral en American Central*. Coord. por Alejandro M. Garro. Transnational Juris Publications, 1990. p. 473.

modificando a sistemática adotada quanto aos outros tribunais superiores já referidos. Seguindo a mesma tônica, o art. 121 dispõe que: “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos Tribunais, dos juízes de direito e das Juntas Eleitorais”. O mesmo critério foi usado para definir a competência dos tribunais e juízes militares, como se vê do parágrafo único ao art. 124: “A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar”. Finalmente, ao tratar da competência dos tribunais estaduais, a Constituição, observando o princípio federativo que informa a organização do Estado brasileiro, remeteu a matéria às Constituições estaduais.

O simples fato de a Constituição deixar claro que, em determinados casos, a competência será fixada por lei, deixando de prever norma similar para o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e para os juízes federais, revela que o Constituinte quis estabelecer competência fixa e determinada para aquelas Cortes, somente modificável por meio de emenda constitucional.

Nem se diga que a norma do art. 35 da Lei nº 9.307/96, ao exigir a homologação do laudo arbitral estrangeiro pelo Supremo Tribunal Federal, estaria suportada pela norma da alínea *h* do art. 102 da Constituição, pois esta dispõe que compete àquela Corte, originariamente,

“a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente”.

A sentença estrangeira a que se refere o dispositivo constitucional significa, como não poderia deixar de ser, sentença *judicial* estrangeira, provinda de Estado estrangeiro e, portanto, dotada de caráter oficial, ou, como diz Fragistas, a que representa um *ersatz*⁷. O laudo arbitral, não obstante a nomenclatura utilizada pela Lei nº 9.307/96, não é sentença judicial, e o artifício utilizado de assim denominá-lo não lhe altera o caráter de ato privado, desprovido de autoridade pública, a justificar a intervenção do Supremo Tribunal Federal, já tão sobrecarregado de processos, que lhe impedem o cumprimento de sua missão maior, a de interpretar a Constituição.

⁷ FRAGISTAS. Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé. *Revue Critique de Droit International Privé*, p. 1, 1960.

6. Da arbitragem estrangeira e arbitragem internacional

Outro ponto da Lei nº 9.307/96 que merece exame é o parágrafo único do art. 34, que considera estrangeiro o laudo arbitral produzido fora do território nacional. O local onde foi proferido o laudo, assim, caracteriza-lhe a nacionalidade. A lei desconsidera, para esse efeito, a norma aplicável ao processo arbitral ou ao mérito do litígio. Se o laudo arbitral observar fielmente a lei brasileira, seja no que toca ao processo, seja quanto ao mérito, e se as partes forem domiciliadas no Brasil, mas, por conveniência, localizarem a sede do juízo arbitral em outro país, o laudo será estrangeiro, a despeito da observância da lei brasileira. A arbitragem é regida pelo Direito brasileiro, mas, por ser o laudo proferido no exterior, será estrangeira e, assim, sujeita à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Mais ainda, diz a lei que, para ser reconhecido ou executado no Brasil, o laudo arbitral emitido em outro país depende de homologação do Supremo Tribunal Federal, não prevenido a homologação judicial do laudo proferido no Brasil. Parece difícil explicar a diversidade de tratamento, em função do local onde o laudo foi produzido, considerando-se que, em ambos os casos, trata-se de ato de natureza privada. Se o vencido submeter-se voluntariamente à decisão arbitral “estrangeira”, poderá fazê-lo, ou será necessária a prévia homologação do laudo? Para ser reconhecida ou executada no Brasil, diz a lei, a sentença arbitral deve ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal, daí podendo-se concluir que não poderá ser cumprida voluntariamente pela parte vencida sem essa homologação. Isso pode parecer absurdo, mas é o que dispõe a lei. Se a parte vencida tiver de remeter recursos ao exterior para cumprir uma decisão arbitral proferida fora do País, estará impedida de fazê-lo, pois o Banco Central do Brasil poderá exigir a homologação como condição para autorizar a remessa. Da mesma forma, as autoridades do imposto de renda poderão não aceitar a contabilização de uma despesa dedutível, para cálculo do imposto de renda, se a decisão, em cumprimento da qual o pagamento foi feito, não estiver homologada. O pagamento poderia ser considerado mera liberalidade, e não o cumprimento de uma prestação exigível, em virtude de uma decisão arbitral exequível no Brasil. Em outras palavras, o cumprimento espontâneo do

laudo arbitral produzido no exterior, de que o vencido domiciliado ou sediado no Brasil poderá ter interesse, até mesmo para manter intacta sua credibilidade e reputação, fica afetado pela desnecessária exigência.

O que se percebe é que, embora a lei, no plano interno, tenha dado um enorme passo ao estabelecer a compulsoriedade do cumprimento da cláusula arbitral, deixando para trás o entendimento jurisprudencial de que a cláusula arbitral regula apenas uma obrigação de fazer, no plano internacional não apresentou qualquer inovação, antes piorou o tratamento anteriormente dado.

De fato, o art. 1.098 do Código de Processo Civil, antes de ser revogado pela Lei nº 9.307/96, dispunha:

“Art. 1.098 – É competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originariamente tocar o julgamento da causa”⁸.

O art. 88 do CPC, por sua vez, disciplina a competência internacional do juiz brasileiro, prevendo essa competência quando o réu for domiciliado no Brasil (nº I), quando aqui deva ser cumprida a obrigação (nº II) ou a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no país (nº III). Portanto, se o laudo deve ser cumprido no Brasil, verificando-se a hipótese do inciso II do art. 88, independentemente de estarem presentes as dos demais incisos, a com-

⁸ A aplicação desse dispositivo a laudos proferidos no Brasil ou no exterior é sustentada pela doutrina brasileira que examinou o assunto, destacando-se, dentre outros, BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais* : uma visão teórica e prática. Saraiva, 1994. p. 114 e MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Contribuição ao estudo da arbitragem internacional* : a Convenção Arbitral. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, sob orientação do Prof. Vicente Marotta Rangel. Vide também, MAGALHÃES, José Carlos de. *Arbitragem comercial*. Freitas Bastos, 1986. p. 102: Da execução do laudo arbitral. Vide também STRENGER, Irineu. *Dos contratos internacionais do comércio*. Revista dos Tribunais, p. 213-217, em que o ilustre Professor enumera diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, anteriores à edição do vigente Código de Processo Civil, exigindo a prévia homologação do laudo arbitral feito no exterior, por autoridade judiciária local, como condição para o reconhecimento do laudo. As demais decisões mencionadas pelo Autor, de período posterior à entrada em vigor do CPC, condicionam a homologação ao atendimento de princípios de ordem pública brasileira, dentre os quais a citação válida.

petência para a homologação será do juiz brasileiro⁹.

A Lei nº 9.307/96, passando a impor a homologação pelo Supremo Tribunal Federal, além de suscitar as dúvidas já apontadas, optou por considerar estrangeira toda arbitragem em que o laudo seja proferido fora do território nacional (parágrafo único do art. 34), deixando de distingui-la da arbitragem internacional.

É certo que nem sempre é fácil distinguir a arbitragem estrangeira da arbitragem internacional. A primeira resolve um litígio subordinado inteiramente a uma ordem jurídica nacional determinada, em que todos os elementos da relação jurídica controvertida estão sujeitos a essa ordem jurídica. Um contrato regido pela lei inglesa que tenha como partes pessoas domiciliadas na Inglaterra e como objeto bem ou direito também situado naquele país é um contrato nacional, subordinado a uma lei nacional, e a arbitragem que dirimir a controvérsia dele oriunda é também nacional e, assim, estrangeira para outros países. Já a arbitragem internacional soluciona controvérsia de caráter internacional, seja porque as partes possuam domicílio em diferentes países, seja porque o objeto do contrato se situe em outra ordem jurídica, seja, ainda, porque o pagamento deva transitar de um país para outro. Em outras palavras, a relação jurídica controvertida envolve mais de uma ordem jurídica nacional, embora possa ser regida por uma lei nacional. Assim, um contrato celebrado no Brasil, regido pela lei brasileira, mas tendo como partes pessoas domiciliadas em países diversos, ou tendo por objeto direito ou bem situado em outro país, não é um contrato nacional, mas internacional e pode ter tratamento jurídico diverso¹⁰. A esse propósito, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça sobre cláusula arbitral em contrato internacional firmado no Brasil, considerando-a de execução compulsória, a despeito

⁹ Há uma interpretação equivocada, por vezes manifestada em trabalhos doutrinários, de que o laudo produzido no exterior deveria ser necessariamente submetido à prévia homologação pelo juiz local, impondo-se, assim, uma dupla homologação. Entretanto, essa interpretação não estava suportada em qualquer dispositivo legal brasileiro e contrariava a norma do art. 1.098 do CPC, agora revogado, não obstante observasse o tratamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal anterior ao Código, de 1973.

¹⁰ Sobre o assunto, vide BAPTISTA, op. cit. e FOUCHARD, op. cit. p. 20. STRENGER, op. cit.

de a lei brasileira então vigente exigir o compromisso para a instituição do juízo arbitral, fornece exemplo ilustrativo. Como o contrato foi firmado por partes sujeitas à Convenção de Genebra sobre arbitragem, embora esta tivesse se processado no Brasil estaria sujeita às normas da Convenção, e não da lei brasileira. Dessa forma, o fato de a arbitragem ter sido realizada no Brasil não significou que fosse uma arbitragem “nacional”, pois se destinava a solucionar controvérsia de caráter internacional, e, assim, a arbitragem era internacional¹¹.

Essa distinção foi adotada pelo decreto de 12 de maio de 1981, da França, que introduziu 16 artigos no Novo Código de Processo Civil (arts. 1.492 a 1.507), qualificando como internacional a arbitragem que interessa ao comércio internacional, mesmo que se desenrole no país. Estabeleceu critérios diversos para reger a arbitragem interna e a internacional, impondo formalidades maiores para a primeira, dispensadas para a segunda, que tem por objeto matéria de comércio internacional¹². Acolheu, dessa forma, a mesma orientação adotada pela Convenção Européia sobre Arbitragem Internacional, firmada em Genebra, de 1961, cujo artigo primeiro dispõe:

“A presente Convenção se aplica:

a) às convenções de arbitragens concluídas para resolver litígios nascidos ou que podem surgir de operações de comércio internacional entre pessoas físicas ou jurídicas que tenham, no momento da conclusão da convenção, sua residência habitual ou sua sede em Estados contratantes diferentes;

b) aos procedimentos e às sentenças arbitrais fundadas nas convenções objeto do parágrafo 1, a) deste artigo.”

O Protocolo Relativo a Cláusulas de Arbitragem de Genebra, de 1923, do qual o Brasil faz parte e cujas disposições estão em vigor no país, pela promulgação do Decreto 21.187, de 22 de março de 1932, também distingue a arbitragem interna da internacional, tomando como base não a residência habitual das partes contratantes, mas a jurisdição dos Estados a que estão submetidas:

¹¹ Superior Tribunal de Justiça. R. Esp. nº 616 - RJ, 24 de abril de 1990.

¹² DERAINS, Yves. *Droit et pratique de l'arbitrage International en France*, Feduci, 1984. p. 1-10.

“1 – Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, do compromisso ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências que possam resultar de tal contrato a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato”

Mesmo a arbitragem realizada no território do Estado onde se pretende executar o laudo arbitral é considerada internacional se uma das partes estiver subordinada à jurisdição de outro país, também subscritor do Protocolo, como se verifica da cláusula 3^a:

“3 – Cada Estado contratante se compromete a garantir a execução, pelas suas autoridades e de conformidade com as disposições de sua legislação nacional, das sentenças arbitrais proferidas no seu território, em virtude dos artigos precedentes”.

A lei modelo da CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional), aprovada em 21 de junho de 1985, também define a arbitragem internacional, assim a qualificando se as partes na convenção de arbitragem tiverem o seu estabelecimento em Estados diferentes, ou o lugar da arbitragem ou o local onde deva ser executada parte substancial das obrigações estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento (art. 1º, nº 3).

Essa distinção entre arbitragem interna e internacional não é isenta de críticas, como as formuladas por Charles Jarrosson, que entende que o fato de a relação jurídica possuir um componente internacional não altera o conceito da arbitragem, restringindo-se a influir no seu regime jurídico; a noção da arbitragem englobaria indiferentemente a arbitragem interna e a internacional¹³. A distinção, contudo, justifica-se, pois a ordem pública nacional e a internacional estão sujeitas a princípios nem sempre coincidentes, tendo-se conferido à autonomia da vontade amplitude cada vez maior.

¹³ JARROSSON, op. cit. p. 22-23.

A lei brasileira ignorou a distinção, preferindo ater-se ao conceito de arbitragem estrangeira, assim considerando a que foi proferida fora do território nacional. E, coerentemente, exige que o laudo observe a lei do país onde foi proferido, estabelecendo, como um dos fundamentos para a recusa da homologação, a anulação do laudo ou sua suspensão por órgão judicial desse país (art. 38, nº VI). Essa exigência poderá implicar a necessidade prática da dupla homologação, obrigando o vencedor a se antecipar à eventual oposição do vencido e requerer a homologação da decisão pelo juiz do local onde foi prolatada, como forma de comprovar o cumprimento da lei do país. A lei brasileira, pois, condiciona o reconhecimento e execução do laudo à observância da lei estrangeira, mesmo que nenhum efeito venha a ter a decisão no local onde foi proferida, pois destinada a ser executada no Brasil.

É evidente que, se o laudo não contrariar a ordem pública internacional ou a ordem pública brasileira, não haveria que se impedir sua execução, no Brasil, ainda que contrarie a lei do Estado onde foi proferida, pois a decisão, não se destinando a ser executada nesse país, nele nenhuma repercussão teria. A norma do art. 39 fornece a indicação segura sobre o assunto, ao dispor que

“será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que: I - segundo a lei brasileira, o objeto do litúgio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; e II - a decisão ofende a ordem pública nacional”.

Se o laudo deve ser executado no Brasil, devem prevalecer os princípios que norteiam a arbitragem no país, entre os quais o da arbitrabilidade dos litígios – os que resolvem controvérsias de caráter patrimonial – e a não-ofensa da ordem pública nacional, qualquer que seja o conteúdo que se dê a esse conceito.

Quanto à observância da lei do local onde o laudo foi proferido, há que se registrar recente desenvolvimento inovador em julgamento da *District Court for the District of Columbia*, dos Estados Unidos, que revela a intenção de preservar a arbitragem, sobretudo a que resolve litúgio entre empresa estrangeira e o Estado. A empresa americana *Chromalloy Aeroservices* (CAS) instituiu um procedimento arbitral contra o Egito, relativo à controvérsia sobre o cumprimento de contrato entre eles celebrado. A

lei aplicável era a do Egito, sendo Cairo o local da arbitragem. O laudo proferido foi anulado pelo Judiciário egípcio, sob o fundamento de que os árbitros teriam errado ao aplicar a lei civil do Egito. Não obstante a anulação, a empresa americana requereu o reconhecimento e execução do laudo, perante a Corte americana, com base na Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, de Nova Iorque, e na própria lei dos Estados Unidos (*Federal Arbitration Act*). A juíza de primeiro grau reconheceu que a Convenção de Nova Iorque permite que o reconhecimento e execução do laudo arbitral sejam recusados, se este foi anulado ou rescindido pela autoridade competente do país onde foi prolatado. Como o laudo foi proferido no Egito, com aplicação da lei egípcia, o juiz poderia deixar de reconhecê-lo. Todavia, considerou a Juíza que a própria Convenção, no art. VII, admite a proteção da parte interessada, ao esclarecer que

“a Convenção não prejudicará qualquer parte interessada de qualquer direito que possa ter para dar eficácia a um laudo arbitral na forma e na extensão permitida pela lei ou tratados do país onde tal laudo seja invocado como fundamento”¹⁴.

Ante a possibilidade de dar efetividade ao laudo, com base na lei local, a Corte aplicou o *Federal Arbitration Act*, cujo art. 10º veda o reconhecimento de laudos arbitrais somente em alguns casos, tais como corrupção, fraude, parcialidade, má conduta ou excesso de poder dos árbitros, nada dispondo sobre a não-observância da lei do local onde foi proferido. Por isso, concluiu que

“o artigo V (da Convenção de Nova Iorque) estabelece uma permissão padrão, sob a qual esta Corte *pode* recusar executar um laudo. O artigo VII, por outro lado, determina que esta Corte *deve* considerar a Convenção sob a lei aplicável dos Estados Unidos.”

Sendo assim, concluiu que o laudo era válido de acordo com a lei americana, razão pela qual reconheceu-o¹⁵.

¹⁴ DELAUME, Georges. Nota sobre United States : District Court for the District of Columbia Order and Opinion in the matter of the arbitration of certain controversies between Chromalloy Aeroservices and the Arab Republic of Egypt. *International Legal Materials*, v. 35, n. 6, nov. 1996.

¹⁵ I.L.M. op. cit.

Essa sentença, sujeita ainda a recurso, inova para dar preferência à lei do país onde o laudo será executado, ainda que nulo no país onde foi proferido. E tem certa lógica, pois, se a decisão não tem efetividade no país de onde proveio, destinando-se a produzir efeitos no território de outro, são as normas deste outro que devem ser tomadas em consideração. Se o Estado pode não reconhecer uma decisão validamente proferida em outro país, por contrariar princípios de sua ordem pública, por que o contrário não seria admitido, ou seja, reconhecer laudo não-admitido pelas leis do país onde foi produzido? Esse raciocínio dá ênfase ao caráter privado do laudo e procura dar efetividade à autonomia da vontade das partes.

Como quer que seja, a lei brasileira ora editada mantém o princípio de que, se o laudo for declarado nulo pelos tribunais do país onde foi elaborado, também no Brasil não será reconhecido, mesmo que não ofenda a lei brasileira. É o que se depreende dos incisos II e VI do art. 38 da Lei nº 9.307/96. Daí que, se a lei do local da arbitragem exige o compromisso escrito, ou impõe certas formalidades não-atendidas, e, mesmo assim, for produzido o laudo, a lei brasileira não permite a sua homologação. Esse tratamento, como se vê, repete o conferido pelo art. 2º do Protocolo de Genebra, de 1922, segundo o qual

“o processo da arbitragem, incluindo-se a constituição do tribunal arbitral, será regulado pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território se efetuar.”

Note-se, no entanto, que a Convenção refere-se apenas ao *processo de arbitragem*, não fazendo referência à lei material que disciplina a relação jurídica controvertida. Já a Convenção Inter-Americana sobre Arbitragem Comercial Internacional, concluída em 30 de janeiro de 1975, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 90, de 6 de junho de 1995, e posta em vigor por decreto do Executivo, adota o mesmo critério da lei brasileira ao estabelecer que poderão ser denegados o reconhecimento e a execução da sentença se a parte interessada provar que o acordo de arbitragem

“não é válido perante a lei a que as partes o tenham submetido, ou, se nada tiver sido indicado a esse respeito, em virtude da lei do país em que tenha sido proferida a sentença” (art. 5º).

7. Da citação postal no processo arbitral

Por fim, merece destaque a norma do parágrafo único do art. 39, que não considera ofensa à ordem pública brasileira a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, ainda que por via postal, com prova inequívoca de recebimento, desde que assegurado à parte interessada tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Há aqui uma consideração a fazer. O procedimento arbitral não se confunde com o processo judicial e pode prever sistemas de comunicação, ou meios de instituição do juízo arbitral, diversos dos judiciais. Aliás, o art. 19 da Lei nº 9.307/96 não estabelece a citação como ato que dá início à arbitragem e, sim, a aceitação da nomeação do árbitro ou dos árbitros. É a convenção arbitral que, via de regra, estabelece a forma de comunicação para a instalação do juízo arbitral, tratando-se sempre de meio contratualmente acordado.

Já “a citação – diz o art. 213 do CPC – é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado, a fim de se defender.” É, portanto, ato judicial, provindo da autoridade judiciária, para chamar o réu ao processo, o que não é o caso da arbitragem. Pode ocorrer que a convenção arbitral seja omissa quanto à forma de instituição da arbitragem e, nesse caso, aplica-se o meio previsto pela lei do local onde ela se processa, ou o estabelecido pelo árbitro, se a convenção arbitral o permitir.

Tendo em vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem deixado de homologar sentenças judiciais estrangeiras homologatórias de laudos arbitrais em que a parte domiciliada no Brasil foi citada por via postal, para o processo de homologação perante o judiciário estrangeiro, a norma, ao que parece, procurou eliminar esse óbice, deixando de considerar essa forma de citação judicial como atentatória à ordem pública brasileira.

Sendo assim, permite assegurar maior flexibilidade ao processo de reconhecimento de sentenças judiciais estrangeiras, pois contém preceito que elimina o poder de interpretação do Supremo Tribunal Federal, no que concerne à qualificação como atentatória à ordem pública brasileira a citação por via postal, em processo iniciado no exterior. Como o parágrafo

refere-se à *citação* – meio judicial de comunicação da instauração de um processo judicial e não arbitral –, é lícito concluir que, embora contido em lei específica sobre arbitragem, contém esclarecimento genérico sobre a matéria, ao não considerar como ofensiva à ordem pública brasileira a citação por via postal, desde que assegurado o direito de defesa em tempo hábil, atendendo, dessa forma, à garantia estabelecida no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Como é sabido, tem sido orientação tradicional do Supremo Tribunal Federal não admitir a citação de pessoa domiciliada no Brasil senão por meio de carta rogatória, não reconhecendo outra forma de citação, seja por meio de declaração juramentada (o *affidavit* do *common law*), seja por via consular ou postal, considerando tais formas ofensivas à ordem pública brasileira. E é compreensível esse entendimento, pois estaria o país estrangeiro fazendo valer no país ato oficial de autoridade judiciária sem a chancela oficial do Brasil, o que somente seria admissível se houvesse tratado internacional disciplinando o assunto entre os países.

Ao deixar de considerar ofensa à ordem pública a citação por via postal determinada por autoridade pública estrangeira, o Brasil dá passo importante no quadro da colaboração judiciária internacional, sobretudo em momento histórico deste fim de século, em que a abertura generalizada dos mercados nacionais, com a busca de investimentos estrangeiros e a criação de blocos econômicos, sucede ao fim da guerra fria e ao desmantelamento da União Soviética, com o surgimento de novos Estados do leste europeu, ansiosos por tais investimentos.

Ademais, a admissão da citação por via postal determinada por autoridade judiciária sem jurisdição no local onde deve ser cumprida já constituiu praxe no processo civil brasileiro. De fato, o art. 222 do Código de Processo Civil, em sua redação nova, autoriza a citação postal, suprimindo a aplicação restrita a comerciantes e industriais, e ampliando-a para atingir não-empresários¹⁶. Sendo o Brasil uma república federativa e determinando a Constituição Federal que os Estados organizarão sua

Justiça e que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado (art. 125), a jurisdição dos juízes estaduais está limitada ao território do Estado que os nomearam. Enquanto os juízes federais e do trabalho possuem jurisdição nacional, pois estabelecida pela Constituição Federal, embora com competência para praticar atos em determinado território, a dos juízes estaduais, por provir da Constituição do Estado-membro da Federação, está limitada ao território desse Estado. Fora deste, não possuem jurisdição alguma, como é do princípio federativo. Daí por que a citação determinada por um juiz de um Estado-membro a pessoa domiciliada ou residente em outro deva ser feita por carta precatória, como tradicionalmente observado, antes de se admitir a citação postal, novidade introduzida pelo CPC, de 1973, inicialmente restrita apenas a réus comerciantes ou industriais com domicílio no Brasil. A referência do art. 222 do CPC à citação “para qualquer comarca do país” e não à comarca do juiz, como limite do poder de expedir citação por via postal, levou ao entendimento de que, se o réu possuir domicílio no Brasil, o juiz está autorizado a citá-lo por via postal, mesmo que domiciliado em outra comarca ou outro Estado, deixando de considerar o princípio federativo das ordens jurídicas estaduais, mas acolhendo a cooperação judiciária entre os Estados-membros. De fato, jurisprudência firmou-se para admitir a citação por via postal de réu domiciliado em outro Estado, dando, portanto, ênfase a essa cooperação judiciária.

O raciocínio para admitir a citação postal determinada por autoridade judiciária de outro país é o mesmo: o da colaboração judiciária, desde que, é evidente, fique assegurado o pleno direito de defesa, o que requer prazo razoável para o seu exercício.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. Malheiros, 1995. p. 85; MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualizados por Sérgio Bermudes. Forense, 1996. p. 271.

Juridicidade dos sorteios eletrônicos pela TV a partir de ligações telefônicas usando o prefixo 0900

ÁLVARO MELO FILHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Da legislação vigente. 3. Da solução jurídica.

1. Introdução

Consulta-nos a TELETV acerca da juridicidade dos concursos de prognósticos por meio de sorteios eletrônicos que estão sendo realizados pelas emissoras de televisão, a partir de ligações com utilização do prefixo 0900.

Esclarece a Consulente que o sistema posto atualmente em prática em tais sorteios eletrônicos obedece às seguintes etapas:

a. Prefeituras Municipais editam leis que disciplinam, na sua área territorial de competência e atuação, a efetivação de concursos de prognósticos e, mediante contratos de delegação, autorizam empresas a materializar e operacionalizar os sorteios eletrônicos;

b. programas específicos de TV formulam perguntas dirigidas ao público, contemplando temas atuais ou controvertidos, em que as respostas afirmativas ou negativas dos telespectadores efetivam-se por meio de discagem telefônica para o número A (afirmativa) ou B (negativa), antecedida sempre do prefixo 0900;

c. três reais (R\$ 3,00) é o custo fixo de cada ligação debitada, automaticamente, na conta telefônica dos concorrentes-telespectadores, nos mesmos moldes como ocorre com as ligações do sistema DDI e DDD bilhetada na conta telefônica do assinante;

d. a TELETV, utilizando Centrais de Processamento de Chamadas – nominadas de Plataformas Digitais – instaladas em várias Centrais-Trânsito da Embratel, registra e identifi-

Álvaro Melo Filho é Advogado e Professor de Direito.

ca, por meio de computadores, o número telefônico chamador, a data, a hora, o minuto e o segundo da ligação, bem como a opinião ou opção do participante em face do telefone recebedor A ou B escolhido;

e. as ligações dos concorrentes de todo o país são transformadas em dados, armazenados e compactados numa central de operações, localizada em São Paulo, possibilitando a realização de sorteio, em computadores do sistema, por meio de *software* especialmente desenvolvido para concurso de prognóstico da espécie;

f. este sistema de sorteio realizado ao final de determinado prazo (semana, quinzena, etc.) é inviolável, sem margem de erro, em que o *software* aciona um comando gerador aleatório (randômico) de números e tanto o *software* básico do sorteio quanto os procedimentos na emissora de TV são auditados por empresas de auditoria independente, garantindo lisura e transparência ao processo, até porque os dados e resultados do sorteio são exibidos instantaneamente na programação da TV, com imediata e rápida publicação dos ganhadores dos prêmios;

g. da arrecadação bruta proveniente das ligações telefônicas dos telespectadores-participantes são deduzidos os custos e despesas com prêmios, tributos, custos de telefonia, publicidade e operação do sistema, chegando-se, então, a um resultado líquido (lucro) da promoção, que é destinado *in totum* à Prefeitura Municipal respectiva.

Diante do modelo descrito, indaga-nos a Consultante que providências deveria adotar para ajustar-se à legislação vigente e atender à exigência do Ministério da Justiça, a quem compete a regulamentação, fiscalização, controle e autorização desses concursos de prognósticos, de indubidosa licitude, conquanto previstos e assegurados pelo próprio texto constitucional (art. 195, III, da Constituição Federal).

2. Da legislação vigente

A matéria *sub examine* está prevista no art. 4º da Lei nº 5.768/71 com a redação que lhe foi dada pelo art. 1º da Lei nº 5.864/72, *verbis*:

“Art. 4º Nenhuma pessoa física ou jurídica poderá distribuir ou prometer distribuir prêmios mediante sorteios, vale-brindes, concursos ou operações assemelhadas, fora dos casos e condições previstos nesta Lei, exceto quando tais

operações tiverem origem em sorteios organizados por instituições declaradas de utilidade pública, em virtude de lei, e que se dediquem exclusivamente a atividades filantrópicas, com o fim de obter recursos adicionais necessários à manutenção ou custeio da obra social a que se dedicam.

§ 1º Compete ao Ministério da Fazenda promover a regulamentação, a fiscalização e controle das autorizações dadas em caráter excepcional nos termos deste artigo, que ficarão basicamente sujeitas às seguintes exigências:

a) comprovação de que a requerente satisfaz as condições especificadas nesta Lei, no que couber, inclusive quanto à perfeita regularidade de sua situação como pessoa jurídica de direito civil;

b) indicação precisa da destinação dos recursos a obter através da mencionada autorização;

c) prova de que a propriedade dos bens a sortear se tenha originado de doação de terceiros, devidamente formalizada;

d) realização de um único sorteio por ano, exclusivamente com base nos resultados das extrações da Loteria Federal, somente admitida uma única transferência de data, por autorização do Ministério da Fazenda e por motivo de força maior.

§ 2º Sempre que for comprovado o desvirtuamento da aplicação dos recursos oriundos dos sorteios excepcionalmente autorizados neste artigo, bem como o descumprimento das normas baixadas para sua execução, será cassada a declaração de utilidade pública da infratora, sem prejuízo das penalidades do artigo 13 desta Lei.

§ 3º Será também considerada desvirtuamento da aplicação dos recursos obtidos pela forma excepcional prevista neste artigo a interveniência de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, que de qualquer forma venham a participar dos resultados da promoção.”

Antes de iniciar o trabalho de interpretação do ditame citado, traz-se à colação a advertência do insuperável Ferrara, para quem

“alguns intérpretes tentam colocar,

na lei, o que na lei escrito não está, de acordo com as suas preferências, ou dela suprimir aquilo que não lhes agrada, transfigurando-se mais em legislador do que em hermeneutas” (*Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra, 1963. p. 129).

Demais disso, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello, ao intérprete descabe inserir, na regra de direito, o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que “conviria” fosse por ela perseguida. Por isso mesmo, é intolerável “forçar a exegese” e impor teses pelas quais o intérprete se apaixonou, vislumbrando idéias existentes apenas no próprio cérebro ou no sentir individual marcado por ojerizas, preconceitos, interesses ou desejos projetados pela visão subjetiva, crenças e valores pessoais do intérprete. Em suma, são esses os balizamentos dentro dos quais o intérprete e aplicador da lei há de exercitar sua criatividade e seu senso do razoável, procurando afeiçoar a norma à realidade, e que permitem que ele busque uma solução jurídica e justa, entre as alternativas que o ordenamento lhe abriu.

Na busca do sentido e alcance do citado art. 4º da Lei nº 5.768/71, deflui-se que:

a. trata-se de hipótese configurada como exceção à distribuição gratuita de prêmios disciplinada nos arts. 1º, 2º, 3º, 5º e 6º da Lei nº 5.768/71;

b. o art. 4º prevê e permite a distribuição onerosa de prêmios mediante sorteios jungidos às seguintes exigências:

I. finalidade de angariar recursos para a manutenção ou custeio de obra social de instituições declaradas de utilidade pública que se dediquem exclusivamente às atividades filantrópicas;

II. comprovação, pelas entidades filantrópicas, de sua regularidade como pessoa jurídica, assim como explicitação do destino ou aplicação dos recursos que vier a auferir com os sorteios;

III. demonstração, pelas entidades filantrópicas, da condição de proprietárias dos bens a sortear cuja origem tenha sido, cogentemente, resultante da formal e efetiva doação ou promessa irrevogável de doação de terceiros;

IV. autorização, em caráter excepcional, obtida junto ao Ministério da Justi-

ça, a quem foi transferida a competência antes atribuída ao Ministério da Fazenda (art. 18, V, b, da Medida Provisória nº 1.302, de 9-2-96, reeditada e vigendo sob o nº 1.498-23, de 31-10-96);

V. vedação a que terceiros – sejam pessoas físicas ou jurídicas – venham a participar dos resultados líquidos da promoção, hipótese tipificada como desvirtuamento, resultante nas sanções previstas no art. 13 da Lei nº 5.768/71, com redação dada pela Lei nº 7.691, de 15-12-88.

É de clareza solar que a sistemática dos atuais concursos de prognósticos mediante sorteios eletrônicos realizados pelas emissoras de TV, em que os concorrentes participam efetivando ligações telefônicas para o prefixo 0900, refoge, inteiramente, ao molde insculpido no vigente art. 4º da Lei nº 5.768/71. Com efeito, quando da elaboração do diploma legal referido, há quase 15 anos, era incogitável a existência desta tipologia de sorteio lastreado em nova tecnologia, por mais visão prospectiva que tivesse o legislador, daí a dissintonia entre a *praxis* e lei vigente.

3. Da solução jurídica

Diante dessa exegese ou reflexão hermenêutica, infere-se a inarredável e urgente necessidade de operacionalizarem-se alterações de modo a ajustar os sorteios eletrônicos às exigências legais, única maneira de outorgar-lhes a almejada juridicidade. Com isso, elidir-se-á qualquer possibilidade de apenações cumulativas tais como: cassação da autorização, proibição de realizar concurso de prognóstico por até dois (2) anos e multa de até cem por cento (100%) do valor do bem ofertado como prêmio, sanções essas consignadas no art. 13 da Lei nº 5.768/71, com a redação proveniente da Lei nº 7.691/88.

Nesse contexto, à luz dos requisitos legais constantes do art. 4º da Lei nº 5.768/71, sugere-se que a consulente adote as seguintes mudanças na sistemática de realização de tais concursos prognósticos com sorteios eletrônicos:

a. os concursos de prognósticos mediante sorteios eletrônicos, como atividade lícita e aberta à iniciativa privada, devem ser organizados, tão apenas, por instituições filantrópicas declaradas de utilidade pública em virtude de lei federal, sendo injurídica e ilegal a par-

ticipação de Prefeituras Municipais que sequer desfrutam de competência, seja para editar normas sobre tais concursos, seja para beneficiarem-se dos resultados da promoção;

b. as entidades filantrópicas que comprovem sua regularidade jurídica e demonstrem que os recursos auferidos nos sorteios eletrônicos serão rigorosamente aplicados e destinados à manutenção e custeio de suas obras sociais estão aptas a firmar contratos ou convênios com a Consulente para operacionalizar esses concursos de prognósticos, até porque não dispõem de *know-how* e capacidade tecnológica para concretizá-los;

c. os prêmios ofertados aos concorrentes-telespectadores devem ser de propriedade das

entidades filantrópicas, impondo-se que sua aquisição tenha sido originada de doações ou promessa irrevogável de doação de terceiros, obrigatoriamente formalizada perante o registro público;

d. a prévia e exigível autorização do Ministério da Justiça restringir-se-á a *um único* sorteio anual para cada entidade filantrópica, democratizando e socializando os benefícios em prol de plúrimos entes com finalidades estritamente sociais, exigência que poderá ser satisfeita com o rodízio anual das entidades beneficiárias;

e. como a lei impõe e determina que o sorteio seja realizado “com base nos resultados das extrações da Loteria Federal”, poder-se-á utilizar a seguinte fórmula:

$$\text{Total de ligações registradas } X \text{ nº sorteado na Loteria Federal} = Y$$

$Y = \text{nº registrado no computador correspondente à ordem seqüencial das ligações efetivadas para o respectivo concurso de prognóstico.}$

Exemplo:

– Foram registradas 183.208 ligações durante a semana.

– O número escolhido a recair sobre o sorteado como 1º prêmio da Loteria Federal na quinzena ou semana anterior foi 43.951.

– $183.208 \times 0,43951 = 80.521$

– Assim, a ligação registrada com o nº 80.521, na ordem seqüencial de participação dos concorrentes, será a vencedora, e, no processamento de identificação, saber-se-á, instantaneamente, o número do telefone, dia, mês, ano, hora, minuto e segundo da ligação, bem como a opção escolhida pelo telespectador premiado.

Desse modo, estará atendida *in totum* a exigência legal que atrela o sorteio ao resultado da extração da Loteria Federal, sem comprometer ou inviabilizar o sistema posto em prática pela Consulente com absoluto sucesso e sem qualquer reclamação dos telespectadores-concorrentes. Por sinal, jamais se levantou qualquer suspeita sobre a lisura do processamento computadorizado, conquanto, além de feito por intermédio de equipamento da Embratel, escoima qualquer possibilidade de fraude ou distorção dos resultados, em razão da fiscalização permanente de empresas de auditoria independentes;

f. a proibição de que terceiros – pessoas físicas ou jurídicas – venham a participar dos resultados da promoção está adstrita ao *resultado líquido* (lucro) obtido pela entidade filantrópica. Vale dizer, despesas com publicidade (mídia, produção, cachês, etc), com operação e administração dos sorteios eletrônicos, com os custos de telefonia, com os tributos e encargos sociais a serem recolhidos não configuram, de modo algum, “participação nos resultados”. Ou seja, qualquer entendimento em sentido contrário afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de corresponder a um enriquecimento sem causa por parte do ente filantrópico. Por isso mesmo, a vedação do art. 4º, § 3º, da Lei nº 5.768/71 circunscreve-se à receita ou renda líquida da promoção que há de ser destinada exclusivamente à entidade filantrópica beneficiária;

g. impende, outrossim, sinalar a imperiosa necessidade de recolherem-se todas as obrigações tributárias e contribuições sociais incidentes sobre concursos de prognósticos, especialmente imposto de renda (20% sobre o valor dos bens premiados), ISS, Finsocial, Cofis e outras que venham a incidir por força de lei, o que propiciará um efetivo incremento das receitas tributárias da União;

h. por derradeiro, a par de destinar-se ao Fundo Penitenciário Nacional três por cento (3%) do montante arrecadado em cada concurso de prognóstico (art. 2º da Lei Complementar nº 79, de 7-1-94), bem como um por cento (1%) da arrecadação bruta para o Fundo Nacional da Cultura (art. 5º, VIII, da Lei nº 8.313, de 23-12-91, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.312, de 5-11-96). Seria oportuno que cada entidade filantrópica beneficiária repassasse, pelo menos, 0,5% (meio por cento) do resultado líquido auferido para o FNDC, criado pela Lei nº 8.069, de 13-7-90.

Sem prejuízo das sugestões elencadas, que garantirão à Consulente a continuidade e juridicidade dos concursos de prognósticos que se estão materializando por meio da TV, cumpre aduzir que o assunto, por sua relevância e grande alcance econômico-social, está a merecer regulamentação por Portaria do Ministro de Estado da Justiça, objetivando colmatar a lacuna detectada, posto que nem o Decreto nº 70.951, de 9-8-72 (que regulamentou a Lei nº 5.768/71) nem a recente Portaria nº 628, de 16-10-96, do Ministro da Justiça contemplam ou disciplinam a distribuição *onerosa* de prêmios mediante sorteios, concursos de prognósticos ou operações assemelhadas.

Em outras palavras, o vazio regulamentar, *in casu*, decorre do fato de os referidos normativos infralegais restringirem-se tão-somente à distribuição *gratuita* de prêmios, a título de propaganda, a ser efetivada mediante sorteio, deixando *a latere* a distribuição *onerosa* de prêmios, hoje tão difundida e massificada, na era das telecomunicações, por força da combinação da televisão, telefone e sistema de computação para a operacionalização de concursos de prognósticos com o uso de tecnologia própria do mundo digital.

Ressalte-se, por outro lado, a visão dilargada do legislador quando vinculou a entidade filantrópica a esses concursos de prognósticos, de modo a propiciar-lhe e muni-la de recursos financeiros. Só assim tais entes poderão concretizar sua missão social, de dimensão ímpar, pois, não raro, atuam como elemento de integração social, como agente do processo educacional, como mecanismo auxiliar à política de saúde e como veículo de promoção social do lazer. Extraí-se, daí, o alto significado sócio-econômico de tais concursos de prognósticos cuja sustação, agora, traria prejuízos irreparáveis a milhares de brasileiros excluídos e marginalizados, que têm seu sofrimento abrandado

do pela atuação das entidades filantrópicas de indubitosa finalidade social. Remarque-se, aqui, que o aporte de novos recursos para as entidades filantrópicas, fazendo uso do concurso de prognóstico mediante o ágil e transparente sorteio eletrônico, tornar-se-á um instrumento de modernização e produtividade eficiente e harmônico com suas finalidades sociais.

De qualquer modo, não se venha argüir que a Portaria Ministerial/MF nº 85, de 12 de abril de 1973, e a Instrução Normativa nº 037, de 26 de junho de 1979, da Secretaria da Receita Federal contêm algumas normas que devem ser observadas no tocante aos sorteios feitos por entidades filantrópicas. Com efeito, tais normativos ficaram despojados da mais mínima eficácia jurídica, conquanto:

a. o disciplinamento do assunto é hoje matéria privativa do Ministério da Justiça, e, como se trata de ditames emanados do Ministério da Fazenda, sem ratificação ou convalidação pelo Ministério da Justiça, estes são insusceptíveis de produzir quaisquer efeitos jurídicos;

b. mesmo admitindo-se, *ad argumentandum*, que a Portaria MF nº 85/73 e a Instrução Normativa nº 037/79 da SRF continuassem vigendo, muitas de suas regras extravasam e exorbitam a competência atribuída no § 1º, art. 4º, da Lei nº 5.768/71, pois ampliam, injuridicamente, seu raio de ação na regulamentação, quando, na Administração Pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza ou consente. Assim, várias restrições constantes destes normativos infralegais contemplam matéria estranha ao ato legislativo objeto da regulamentação, incluindo acréscimos ao que, virtualmente, já se continha na estatuição legal. Incumbe destacar, nesse passo, que as normas de natureza regulamentar, além de nada acrescentarem, pois isto é de todo modo defeso, também *nada restringem* ou suprimem do que se continha nas possibilidades resultantes da dicção do art. 4º da Lei nº 5768/71.

Vale dizer, nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento.

A propósito, os efeitos jurídicos de tais normativos esboroam-se diante da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de *instruções, portarias, resoluções, regi-*

mentos ou normas quejandas. Desatendê-las implica inconstitucionalidade. A regra geral contida no art. 68 da Carta Magna, da qual é procedente inferir a delegação ostensiva ou disfarçada de poderes legislativos ao Executivo, incide e com maior evidência quando a delegação se faz em prol de entidades ou órgãos administrativos sediados em posição jurídica inferior à do Presidente e que vão se manifestar, portanto, mediante atos de qualificação menor” (*Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 207-208).

Se a Lei nº 5.768/71 não previu algumas restrições e limitações impostas pelas citadas Portaria nº 85/73 e Instrução Normativa nº 37/79, e se não desenhou, mesmo em traços muito largos, um esquema abstrato para o ato, então a Administração não pode agir nem regulamentar. Daí o dizer de Michel Stassinopoulos que a Administração, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, só pode agir *secundum legem* (*Traité des Actes Administratifs*. Athènes : Lib. Sirey, 1954. p. 69). Ou, como preleciona Pontes de Miranda com sua inquestionável autoridade, “sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei, a regra jurídica que se tentou embutir no sistema” (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1/69*. 2. ed. t. 3, p. 316 e 317). Em síntese, os regulamentos são insusceptíveis de criar obrigações novas, sendo apenas aptos a desenvolver as existentes na lei.

Assim, evidenciado à saciedade e de modo abundante que os regulamentos – *in casu*, Portaria e Instrução Normativa – destinam-se à execução da Lei nº 5.768/71, e que, ao excederem disposições legais a que teriam de prestar dócil obséquio, são nulos em tudo o que as contrariou ou excedeu. Demais disso, como averba Jellinek, “os regulamentos de execução não podem estabelecer novos preceitos jurídicos. Eles se limitam tão-somente a dispor quanto à execução de obrigações já criadas para os indivíduos em lei anterior” (*Gesetz und Verordnung*, p. 379). Nessa linha de raciocínio, a injuridicidade desses regulamentos infralegais avulta, com mais vigor, quando tolhem a absorção das mudanças advindas do progresso científico e tecnológico, quando a realidade impõe níveis diversos no grau das exigências administrativas adequadas para cumprir o es-

copo da Lei nº 5.768/71, no seu art. 4º, sem sacrificar outros interesses por ele confortados e assegurados.

Ex-positis, infere-se dessa análise jurídica que:

a. o assunto presentemente está jungido tão apenas ao art. 4º da Lei nº 5.768/71, com redação que lhe foi dada pelo art. 1º da Lei nº 5.864/72;

b. a Portaria MF nº 85/73 e a Instrução Normativa SRF nº 37/79, além de malferirem e extravasarem à Lei regulamentada, perderam a eficácia jurídica, independentemente de revogação formal, desde quando a competência do Ministério da Fazenda foi expressa e inviduamente transferida e atribuída ao Ministério da Justiça (art. 18, V, *b* da Medida Provisória nº 1.302, de 9-2-96, reeditada e vigendo sob o nº 1.498-23, de 31-10-96);

c. com poderes legais e privativos para regulamentar, controlar e fiscalizar a matéria, o Ministério da Justiça pode editar Portaria, na hipótese de julgar necessária a regulamentação, condensando as diretrizes sugeridas neste trabalho;

d. os sorteios deverão ser realizados com base nos resultados de extração da Loteria Federal, facultado à instituição beneficiária da respectiva autorização adotar tecnologias e métodos eletrônicos para inscrição e participação de concorrentes, de comprovada e eficiente garantia, exigindo-se, nessa hipótese, a presença obrigatória de empresas de auditoria externa que assegurem a transparência e lisura dos sorteios e da sistemática postos em prática;

e. exigir-se-á da instituição filantrópica beneficiária da autorização para a realização de sorteio a apresentação da seguinte documentação comprobatória de atendimento às exigências legais:

I. cópia de seus atos constitutivos e das alterações, comprovando que a requerente se constituiu no País e tem personalidade jurídica, não remunera seus diretores, sócios ou irmãos, não lhes propicia vantagens ou benefícios, nem lhes distribui parcela do seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II. cópia do decreto do Poder Executivo Federal que a declara de utilidade pública;

III. prova de que a requerente está em pleno gozo da condição de institui-

ção de utilidade pública, mediante documento hábil comprobatório da apresentação à Secretaria dos Direitos de Cidadania e Justiça do MJ do relatório a que se reporta o art. 1º do Decreto nº 60.931, de 4 de julho de 1967. Não havendo transcorrido tempo suficiente para tornar obrigatória a apresentação de tal relatório, não será exigido o referido documento probatório;

IV. cópia do último Certificado Provisório de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, do Ministério da Previdência e Assistência Social;

V. escritura pública ou instrumento particular de doação ou de promessa irrevogável de doação do bem a ser sorteado;

VI. compromisso de que os recursos auferidos mediante a realização do sorteio serão destinados ao atendimento de despesas com serviços gratuitos ou com benfeitorias utilizadas na prestação desses serviços, deduzidas as despesas legais e administrativas vinculadas ao sorteio;

VII. declaração, firmada pelo responsável legal da entidade, de que os recursos auferidos por ela, decorrentes de doações e verbas públicas recebidas, são integralmente aplicados no País e que pelo menos 50% da receita líquida que lhe couber no sorteio serão destinados ao atendimento exclusivo das despesas com serviços gratuitos, estando o signatário sujeito às cominações legais e administrativas em caso de falsidade de declaração;

f. permitir-se-á o pagamento das seguintes despesas legais e administrativas vinculadas aos sorteios, sujeitas a comprovação e fiscalização em qualquer tempo:

I. despesas com publicidade, mídia e produção do sorteio;

II. despesas com operação e administração do sorteio pela pessoa jurídica contratada ou conveniada para essa tarefa;

III. pagamento do imposto de renda na fonte incidente sobre prêmios a serem sorteados (art. 63 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, objeto de retificação publicada no *Diário Oficial* da União de 3 de julho de 1995);

IV. custos de telefonia e taxas correspondentes;

V. 3% para o Fundo Penitenciário Nacional (art. 2º da Lei Complementar nº 79, de 7-1-94);

VI. 1% para o Fundo Nacional da Cultura (art. 5º, VIII, da Lei nº 8.313, de 23-12-91, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.312, de 5-11-93);

g. a legalidade e constitucionalidade dos sorteios eletrônicos de prognósticos ocorrerá tão logo a Consulente atenda, *in totum* e sem desvirtuamentos, às exigências insculpidas no art. 4º da Lei nº 5.768/71, bem como às diretrizes consignadas neste trabalho, elidindo qualquer possibilidade de apenações ou sustação de sorteios onerosos promovidos por instituições filantrópicas, declaradas, por lei, de utilidade pública.

Segurança jurídica *stricto sensu* e legalidade dos atos administrativos

Convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal

MÁRCIO NUNES ARANHA

SUMÁRIO

1. *Enquadramento e delimitação do objeto de análise.* 2. *Ponderações prévias.* 2.1. *Evolução e involução do direito segundo Del Vecchio.* 2.2. *A complexidade do sistema de decisões em Niklas Luhmann.* 2.3. *Síntese.* 3. *Justificação da validade especial do ato pelo transcurso de tempo.* 3.1. *Abordagens doutrinárias.* 3.1.1. *A prescrição social e a continuidade histórica de Burke.* 3.1.2. *Espírito objetivante e ineditismo da liberdade de Reale.* 3.1.3. *Proteção da confiança: boa-fé e lapso de tempo.* 3.2. *Análise jurisprudencial e concreta.* 4. *Conclusão.*

1. Enquadramento e delimitação do objeto de análise

O tema da segurança jurídica revela-se, indubitavelmente, como um dos temas de maior persistência na preocupação dos juristas, pois está intimamente ligado à própria justificação da existência do ordenamento jurídico¹ e afirma-se como um dos pólos da discussão infundável entre jusnaturalismo² e juspositivismo³, ou, em uma sua conformação mais elaborada, entre o pluralismo⁴ e o estatalismo das fontes do direito. A determinação ou indeterminação do direito, a previsibilidade ou imprevisibilidade das decisões judiciais⁵, a mutabilidade ou imutabilidade do conteúdo jurídico, enfim, a identificação ou não de uma conformação delimitadora e diretiva da evolução do direito, dizem respeito diretamente à questão que une os homens na máxima de implicação recíproca entre o direito e a própria sociedade no intento de se institucionalizar seu *sentimento de conservação, insito a sua natureza*⁶.

Notas ao final do texto.

Márcio Nunes Aranha é Mestrando da Universidade de Brasília e Advogado.

O fator último provocador do embate das teorias jurídicas mais recentes está na tentativa de orientação dos sistemas jurídicos vigentes a uma compatibilização entre uma segurança jurídica necessária e uma maleabilidade suficiente do sistema que possibilite o acompanhamento da evolução social. *O esforço está em estabelecer-se um sistema jurídico que, embora harmonicamente diretivo, não encerre em si um tûmulo valorativo imutável.* Eis a constante das tendências do pensamento jurídico contemporâneo.

A segurança jurídica desponta assim, em sua dimensão mais abrangente, como o *efeito delimitador na evolução jurídica*⁷. Afigura-se ideal que conforma um dos temas mais relevantes do pensamento jurídico contemporâneo, a começar pela polêmica dos conceitos de constituição real e de força normativa, em Lassale e Hesse⁸, na preocupação constante em realçar a dimensão normativa da constituição para salvaguardá-la de *arbitrariedades*, além de toda a tendência evolutiva da conceituação do direito constitucional como algo mais abrangente que a constituição escrita, dando margem ao chamado *sistema constitucional*⁹, que revela sempre a preocupação em ampliar-se o campo de análise do jurídico, de conformidade com o real, mas sem perder de vista uma diretiva de segurança.

O ideal da segurança jurídica, contudo, não se resume à sua enunciação mais estendida de elemento fundador da discussão sobre a natureza do direito em si, mas, pelo contrário, somente revela estar apto à contribuição concreta na experiência palpável quando da análise de seus corolários, que mais se aproximam da realidade do convívio.

Não se configura, pois, como intento deste estudo o esmiuçar todas as dimensões, ou mesmo, a dimensão mais alargada da segurança jurídica, já que isso significaria, no mínimo, uma síntese de toda a história recente do direito. O propósito deste trabalho é muito mais humilde: a elucidação de um aspecto da segurança jurídica que se vê, ainda hoje, um pouco obscurecido pela luminosidade dos temas, seus semelhantes, que haurem significação no mesmo postulado geral daquela dimensão mais ampla do ideal de segurança jurídica. Assim, o aparente esquecimento do aspecto da segurança jurídica ora examinado justifica-se pelo mesmo fator causador de seu obscurantismo, o que nada mais faz que sobrelevar sua importância.

Pretende-se, dessa forma, com este estudo,

esmiuçar tão-somente um aspecto do tema da segurança jurídica, qual seja, o de *implicação de validade jurídica às situações concretas* frente à constatação de uma certa persistência temporal destas.

2. Ponderações prévias

Tema de relevo, que se preordena à análise específica da segurança jurídica frente aos fatos impregnados de valor temporal, diz respeito à consideração da própria *evolução* do direito, pelas sucessivas transformações, diga-se de passagem, necessárias¹⁰, operadas diretamente pela via legislativa. Tal importância é indicada pela análise da relação que possa existir entre as modificações dos textos legais, incessantemente visualizadas, e a pertinência destas com uma expectativa de melhoramento do sistema jurídico como um todo, de valorização dos postulados morais básicos de uma sociedade, ou, ainda, de real correspondência entre um impulso legislativo democraticamente sustentado e a modificação legal concretamente implementada. Por outras palavras, devem ser estabelecidas as verdadeiras relações entre as constantes transformações dos diplomas legais e os dogmas de perfectibilidade crescente do direito e de correspondência de tais transformações com o ideal democrático. Obviamente, não se está a pôr de lado o fator de mutabilidade do direito por força das transformações sociais e de decisões institucionais, mas somente a salientar e delimitar ainda mais o objeto de pesquisa, direcionando-o àquelas ingerências nomogenéticas do sistema jurídico.

2.1. Evolução e involução do direito segundo Del Vecchio

Abordando os conceitos de evolução e involução do direito, Del Vecchio, em uma obra primorosa de título sugestivo sobre o tema¹¹, revela a impropriedade da idéia de avanço para expressar as modificações pontuais do direito. Em princípio, não se pode afirmar a correlação entre as transformações do sistema jurídico e uma sua evolução, a não ser que esta última seja tomada no seu significado mais amplo de continuidade de um processo ou de mera transformação. Tais significados, contudo, não denotam qualquer utilidade para o signo questionado da evolução¹². Esta condiz melhor com a idéia de progresso, atingida por uma derivação detalhadora de sentido, que Del

Vecchio retira de Rickert¹³. Mas se este é o verdadeiro sentido do termo, deve-se inserir no vocabulário jurídico a questão do *retrocesso* ou *involução*¹⁴ do sistema. Se o desenvolvimento do direito, sob todas as suas matizes, pode refletir, por um lado, *uma fase de harmoniosa e elevada cultura*, por outro, às vezes revela uma de *cega e violenta barbárie*¹⁵. Disso extrai-se que a comumente aceita perfectibilidade crescente do direito não é isenta de incursões menos nobres, muito pelo contrário, é um fato de sua própria existência¹⁶. Para a distinção dos momentos de avanços e recuos na transformação do direito, é imprescindível a referência a critérios de valores¹⁷, como forma de traduzir o *sentimento de justiça* que sobrevive no ser humano a despeito dessas constatações. O valor da segurança jurídica¹⁸, no sentido em que ora é analisado, refere-se a um tal aspecto externo ao jogo dos progressos e retrocessos pontuais do direito e, portanto, revela algo que transcende a tal determinismo da natureza das coisas. É, por assim dizer, um qualificativo diferencial do homem na correnteza natural unificadora dos seres; é algo de essencial que o destaca do rumo natural das coisas e coloca-o em posição diferenciada em seu meio. Revela, enfim, a virtude de atenuar os contrastes da natureza, que faz do homem único, a ela fazendo frente para amenizar e conformar a realidade. Pensa sobre a natureza cíclica do sistema de avanços e retrocessos e, entendendo-a, esforça-se por criar mecanismos idôneos a enfraquecer seus efeitos perniciosos e aptos a catalisar suas contribuições positivas, pois mesmo os progressos, se não forem tolhidos de seus excessos, ocasionam, não poucas vezes, uma maior violência no seu fatal retrocesso. A segurança jurídica, assim, traduz a superação das contingências de momento. O respeito às situações constituídas insere-se nesse contexto, ou, ainda, é uma manifestação concreta e palpável do comportamento próprio do homem, até aqui narrado.

“Il regresso, o l' involuzione, non sarà mai l' ultima parola, fino a che esisterà uno spirito umano, capace per sua natura dell' infinito”¹⁹.

2.2. A complexidade do sistema de decisões em Niklas Luhmann

Um segundo tópico diz respeito à correspondência entre as decisões políticas e o respeito ao ideal democrático, como base do

Estado de Direito. Niklas Luhmann trata do tema realçando a questão do *processo parlamentar*, que se não pode identificar com *o órgão de decisão*, nem tampouco com um *conjunto de normas*, mas sim com um *sistema especial de comportamento*, cujo escopo direciona-se à elaboração de uma lei e ao alcance de sua vigência, e que é direcionado por um *método especial de legislação*²⁰. Isso aponta para a constatação de que o processo legislativo encerra, em si, um *sistema*²¹, e é a diferenciação do *sistema global* em exercício constante dos *sistemas isolados* de processo, que justificam a possibilidade de *normalização dos conflitos*. Nesse âmbito, entra em cena o princípio da maioria, que, incorporado ao sistema global, traduz-se no princípio da *constância de repetição do poder* e qualifica o poder pela sua *distribuição no sistema* a despeito de sua mensuração. Desta posição central do princípio da constância de repetição do poder no processo legislativo, o *processo de eleição política* desponta como artifício que promove a diferença entre a medida do poder e sua constância²²: é a base estrutural do sistema. Há uma reconstrução constante do poder. Dessa forma, o ponto sensível de interesse descansa sobre as vicissitudes da correlação entre a representatividade e o poder político real. A incongruência entre os princípios da constância de repetição do poder e da maioria existe por força da *grande complexidade* do material em jogo. Essa complexidade faz dos processos legislativos algo diverso dos processos jurídicos, pois lhes afasta a característica inerente a estes últimos, qual seja, a de tratarem de *decisões programadas*. A diferença induz a uma análise direcionada aos sistemas isolados, aos problemas específicos do sistema político, os quais são pautados por decisões *não-programadas* mas *programáveis*. As balizas do sistema são constantemente reconstruídas pela própria dinâmica de sistemas, em meio a uma complexidade muito elevada, que obriga o processo legislativo a compadecer-se de *estruturas simplificativas*²³. Tais *estruturas simplificativas* ou *meios de redução de complexidade do sistema* trazem consigo, além da possibilidade de *orientação* do sistema legislativo, mediante a limitação do universo relacional²⁴, também o *afastamento do caminho do ideal*. Dito afastamento melhor é visualizado quando se faz menção a outro mecanismo simplificador, qual seja, o de *confiança na informação, já adaptada*

e comprimida, de diversos setores²⁵, mas principalmente da administração. Diz-se principalmente da administração pois a eventualidade de manipulação das informações por parte desta haure sua gravidade na constatação do esmagamento do princípio maior da separação harmônica dos poderes. A *dependência de processos cognitivos alheios* sujeita o ideal democrático – de correspondência da representatividade e de suas manifestações concretas – à confiabilidade das fontes, porquanto estas afiguram-se como fatores essenciais de redução de complexidade. Maior importância tem a análise da participação da administração no processo legislativo, quando se atenta para as *estratégias de minimização dos riscos* deste processo, principalmente no tocante à *restrição da variabilidade de projetos*²⁶. E restrição de posicionamentos sobre um assunto significa, em um ambiente de complexidade elevada, delimitação prévia do próprio leque de decisões²⁷. A alienação da fonte real de poder consiste em fator não só constatável, como também funcional, do sistema²⁸; logo, o fosso entre a vontade democrática e a síntese institucional alarga-se por demanda interna do sistema legislativo. A legitimidade afasta-se, por força da própria complexidade do sistema, do consenso real e mesmo o princípio da maioria reflete, não uma *forma de legitimação*, mas uma *solução de compromisso*²⁹. Com base nisso, as teorias clássicas de democracia viram-se obrigadas a direcionar sua atenção à proteção do indivíduo, ou à minoria, por meio dos direitos subjetivos³⁰, além de medidas de proteção contra a maioria.

2.3. Síntese

A conclusão desta abordagem está em que se deve entender a transformação ou a novidade não necessariamente como uma evolução ou algo essencialmente bom, mas sim como um caminhar, que, embora se possa dizer que, no global, implica uma melhoria do sistema, no incidental, ou seja, nas mudanças pontuais, indica somente uma fase de processo legislativo. O processo legislativo trata o direito como variável e, por isso, demanda freios de contenção dos efeitos de suas modificações. A segurança jurídica é, sem sombra de dúvida, o mais expressivo destes, na sua acepção de expressão da liberdade do ser na necessária consciência das conseqüências de seus atos³¹. Os *riscos do poder* devem ser temperados com a *totalidade de sentido* do ordenamento jurídico e os seus *valores transcendent*³².

3. Justificação da validade especial do ato pelo transcurso de tempo

3.1. Abordagens doutrinárias

3.1.1. A PRESCRIÇÃO SOCIAL E A CONTINUIDADE HISTÓRICA DE BURKE

Pode-se identificar em Burke³³ o foco moderno das preocupações relativas à segurança jurídica, sob seu aspecto de salvaguarda das situações perpetuadas no tempo, o que fez mediante a introdução dos conceitos de *prescrição social* e *continuidade histórica* em defesa do bem maior da convivência social contra as paixões momentâneas e efêmeras de políticas governamentais utilitaristas. Burke detinha, como princípio norteador de sua obra, a necessária ponderação que sempre deve estar presente nos momentos de transformação de um sistema, para que se não destrua, juntamente com o afã de progresso, valores básicos e transcendent³⁴. O principal valor, que luta contra a demolição pura e simples do que se institucionalizou em determinada época, é o da segurança jurídica, como, também, os seus corolários fundamentais, pois o que está por detrás da tomada de decisão de quem defende a segurança é um posicionamento não frente ao próprio valor maior, mas frente a outros valores, como o respeito às instituições e a crença de que elas detêm não só uma qualidade de essência, mas também de eficácia: são suas influências difusas que as perpetuam e que oneram sua supressão. A segurança exprime a limitação do poder, que em verdade é de cada um; a intervenção para contenção de abusos; a verdadeira democracia, que quer dizer: não se pode, mesmo com o bem da maioria, justificar ou transigir com a desgraça de núcleos essenciais de direitos de uma minoria. Há um valor que se preordena a todos os outros, e esse valor é o da dignidade humana. Deve-se alcançar a evolução sem pisotear este princípio, e uma de suas expressões concretas está exatamente na segurança que se deve dar a cada indivíduo de manter-se em uma dada situação, pois tal justa expectativa o fez incorporar um direito, que não pode ser súdito de mudanças radicais, mas antes representar a sabedoria de uma sua preservação razoável. Toda mudança deve estar enquadrada em um ambiente de salvaguarda de excessos³⁵. O ambiente de que se fala é proporcionado pela segurança jurídica em sua dimensão fornecedora de sobrevida àquilo que se consagrou no

tempo, para que os efeitos perversos da inconstância e versatilidade do sistema jurídico, bem como a prevalência absoluta dos juízos de conveniência³⁶, sejam suprimidos, muito embora não se intente, obviamente, atacar a versatilidade em si, mas, como já se fez ver, somente os efeitos caracterizados como perniciosos da mesma.

3.1.2. ESPÍRITO OBJETIVANTE E INEDITISMO DA LIBERDADE DE REALE

Miguel Reale fornece uma visão doutrinária de máximo interesse para este estudo. O autor é adepto de uma concepção que intitula de *historicismo aberto*, mitigadora da idéia *historicista fechada*, de redução de tudo às determinantes históricas, historicismo aberto aquele caracterizado pela valorização de um fator decisivo, que chama de *ineditismo da liberdade*. A partir dessa postura, Reale identifica, como elemento fundamental à análise da segurança jurídica, o fato da *objetivação histórica*. Há uma dialética de polaridade ou complementaridade, que governa a evolução histórica: de um lado, o *espírito objetivante*, de validade da *realidade jurídica*; e de outro, o *ineditismo da liberdade*, como componente de inovação criativa do homem à sua própria evolução. A toda participação ativa do homem na conformação do meio jurídico tem de estar presente a ponderação destes dois aspectos, de aquisição de validade pela realidade jurídica e abertura à participação da liberdade e síntese humanas³⁷. Logo, a inovação está delimitada pelo peso histórico implicador de validade, o que se aproxima muito das idéias expostas do pensamento de Burke, mas a delimitação disputa lugar, claramente, com o seu contrapeso histórico de liberdade humana, e nisso Reale esclarece o *caráter dialético da realidade histórica*³⁸ dos avanços e retrocessos do direito, pois tão pernicioso quanto a consideração absoluta do poder de reforma é a de uma segurança imutável, já que esta afigura-se, por si mesma, um fator de insegurança.

Esclarece o autor a possibilidade de convalidação de atos administrativos evadidos de vício de nulidade que não firam legítimos interesses de terceiros ou do Estado, quando da inexistência de dolo. A essa convalidação, Reale atribui a nomenclatura de *sanatória excepcional do nulo*, a transparecer a possibilidade de que o restabelecimento da ordem legal estrita ceda, em certos casos, a uma exigência do

interesse público³⁹, que traz a questão da nulidade dos atos administrativos para uma seara menos rígida de apreciação⁴⁰. Segue o autor diferenciando a *sanatória* legal daquela exigida pelo ordenamento como um todo e indicando a maior amplitude de aplicação daquele instrumento ao direito público, que carece das limitações precisas próprias do direito privado⁴¹, mas antes as tem mitigadas por força da *preeminência do interesse público*⁴². A contribuição inovadora de Reale, contudo, refere-se a ter o autor dividido duas hipóteses de incidência das considerações até aqui apontadas. São elas: a *convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável*; e a *perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)*. A *sanatória* do inválido decorre da consideração de que a perpetuação de um fato no tempo, desde que se exclua a existência de dolo, ou quando aflorem valores éticos a serem protegidos⁴³, gera uma *confiança legítima no espírito dos particulares*, que justifica sua proteção jurídica⁴⁴. A limitação do poder da Administração em agir, por força própria, declarando unilateralmente a nulidade de um certo ato, por sua vez, diz respeito à necessidade da participação, ou não, do Judiciário para que a modificação da situação constituída possa ser operada. O ato deve ser preservado de *decisões imprevistas e tardias*⁴⁵, e, para tanto, Frederico Marques, citado por Reale, encontra no princípio do *due process of law* sua justificativa. A invalidade original do ato desfigura-se, preenchida a condição de boa-fé, com o transcorrer do tempo⁴⁶.

3.1.3. Proteção da confiança: boa-fé e lapso de tempo

Almiro do Couto e Silva introduz elementos novos na discussão principalmente ao identificar, na dimensão formal do Estado de Direito, a *proteção da boa-fé ou da confiança (Vertrauensschutz)*, que traz, em si, a imperiosa necessidade de se resguardarem os particulares dos rumos tomados pelo Poder Público, a produzirem perturbações no estado de coisas sedimentado em face de um direcionamento persistente do mesmo Poder⁴⁷. Os princípios da legalidade e da segurança jurídica podem, muitas vezes, indicar uma duplicidade de soluções contraditórias, mas tal contradição é mera aparência, porquanto a aplicação do último está perfeitamente inserida na conformação sistêmica da legalidade, como princípio⁴⁸. Há um perigo interno do sistema

jurídico no respeito absoluto de seus princípios, que, no tocante à aplicação desmedida do princípio da legalidade, geraria o desprezo por outro valor básico do ordenamento, qual seja, o da confiança dos particulares na possibilidade de o Estado proporcionar-lhes um ambiente de estabilidade. Aqui está uma passagem do autor de claridade solar:

“A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranqüilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos – qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la – *sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários.*

Só há relativamente pouco tempo é que passou a considerar-se que *o princípio da legalidade da Administração Pública, até então tido como incontrastável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis.*” – grifos nossos.⁴⁹

Desse modo, os limites de modificação do ato administrativo encontram-se não só nos direitos subjetivos que eventualmente dele derivem, como também no *interesse público em se proteger a boa-fé e a confiança (Treu und Glaube)* dos administrados, princípios traduzidos na crença de que o Poder Público prima por emanar *atos regulares*. Tal entendimento já é encontrado em autores alemães do início deste século, como Fritz Fleiner e Walter Jellinek, além de outros mais recentes, como Otto Bachof, segundo o qual o respeito à boa-fé e à segurança jurídica determinam a incontestável validade do ato ilegal qualificado pela prolongada e complacente inação do Poder Público⁵⁰. Almiro do Couto e Silva ainda revela que o entendimento do tema na Alemanha desce

já a níveis mais específicos de sofisticação, por exemplo, no que se refere aos atos administrativos expressados em prestações em dinheiro, “que se exauram de uma só vez ou que apresentam caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria”⁵¹, tidos por absolutamente protegidos de anulação.

Mas não é somente no direito alemão que são encontradas expressões desses entendimentos de respeito ao ato consagrado pelo tempo. Na França, explica aquele autor, desde 1923, com o *affaire Dame Cachet*, depois reafirmado por outros casos, entende-se de estipular um prazo, de dois meses, dentro do qual há a possibilidade de anulação do ato administrativo, quando de tais atos não surgissem direitos subjetivos, caso em que a revogação não caberia em absoluto. Em termos gerais, assim também é visto no sistema jurídico da Grécia, com a inclusão dos requisitos do *razoável lapso de tempo* e da *boa-fé*, e mesmo na Itália, embora de forma menos segura, tem-se o posicionamento da doutrina orientada no sentido até aqui exposto⁵².

A aplicação dessas idéias ao panorama jurídico brasileiro aponta para a declaração peremptória de que “os atos administrativos inválidos, nulos ou anuláveis sanam sempre que sobre eles cair uma camada razoável de tempo, com a tolerância da Administração Pública”, ou ainda, sob outras palavras, “os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa-fé, convalidam, convalescem ou sanam”⁵³. Expressão concreta desse entendimento pode ser visualizada na intensa preocupação com o chamado *funcionário de fato*⁵⁴. Se assim o é no campo estritamente da relação da administração pública com o seu administrado, pelas mesmas razões o princípio deve ser aplicado na eventualidade de tolerância pelos demais poderes do Estado, frente ao ordenamento jurídico como um todo. Constatada a orientação constante dos poderes constituídos para a consideração da legalidade de um ato administrativo, e ocorrida a mudança de entendimento sobre ele, necessariamente, preenchidas as condições de lapso temporal e boa-fé, é inegável a perpetuação dos efeitos atribuídos ao tempo decorrido e consequente encouraçamento daquele ato enobrecido por sua perpetuação. Sua validade acresce-se de um *plus*, que lhe dá uma proteção qualificada.

3.2. Análise jurisprudencial e concreta

As considerações doutrinárias até aqui expostas não existem somente no campo das abstrações, mas, antes, vêem-se tocadas, ainda que levemente, pelo aparelho judicial, este dotado da importantíssima função de estabilização de expectativas em bases racionais⁵⁵. A importância da análise detida do tema está na lenta e escassa evolução do seu tratamento doutrinário no Brasil, refletida na também lenta e não menos escassa evolução jurisprudencial na mais alta Corte do país.

O Supremo Tribunal Federal via-se, até meados da década de 60, infenso aos influxos do pensamento jurídico moderno de mitigação na aplicação do princípio da legalidade, como se pode notar nas súmulas 346 e 473⁵⁶, das quais não se extrai qualquer exceção à anulação de atos inválidos por ilegais, ou seja, qualquer obstáculo à plena aplicação do princípio da legalidade, à exceção da clássica proteção ao direito adquirido.

Na década de 60, mais precisamente nos anos de 1965 e 1966, quatro decisões do Supremo Tribunal Federal⁵⁷, julgadas pelo Pleno, Primeira e Terceira Turmas daquela casa, revelaram o posicionamento, favorável à tratada convalidação do ato nulo, de nomes como os dos ministros Evandro Lins e Silva, Hermes Lima, Victor Nunes, Prado Kelly, Oswaldo Trigueiro, Luiz Gallotti e Lafayette de Andrada. Tais processos apontaram para um início, ainda que incipiente, de considerações sobre a questão da convalidação ou manutenção do ato viciado de ilegalidade por força de sua persistência temporal, mas ainda apoiados em uma *força* ou *responsabilidade* ocasionada por medidas liminares, que serviriam de título jurídico para imprimir consistência ao tempo transcorrido⁵⁸.

Contudo, foi o recurso extraordinário nº 85.179/RJ⁵⁹, de lavra do então presidente do STF, Bilac Pinto⁶⁰, o marco com que a Corte Constitucional se aproximou de uma maior elaboração sobre a questão do *juízo de ponderação* necessário entre os princípios da legalidade do ato administrativo e da segurança jurídica *stricto sensu*. Deixou-se de lado uma já ultrapassada autoridade da liminar e deu-se valor essencial à inércia da Administração Pública a justificar a *sanatória* do ato inquinado de vício de ilegalidade e dando-lhe precedência tal a levar ao não-conhecimento do referido recurso.

No caso de anulação pela própria administração, a questão parece não mais comportar qualquer controvérsia, havendo, inclusive, um projeto de lei, de tramitação recente, que estabelece o prazo de decadência de cinco anos para arguição de invalidade de um ato da administração do qual decorra algum efeito favorável ao seu destinatário, findo o qual impõe-se a convalidação do ato. Erige, ainda, a segurança jurídica como princípio norteador da Administração Pública e veda a aplicação retroativa de nova interpretação⁶¹.

Quanto à anulação decretada pela via legislativa, é evidente que os mesmos princípios que se aplicam a obstaculizar a máquina administrativa também se impõem, com maior rigor, à proteção do caso concreto pela via jurisdicional. A questão que ainda pode suscitar alguma dúvida está relacionada à ilegalidade superveniente do ato, que pode ser respondida na inexistência de solução à pergunta seguinte: se o ato originariamente viciado sobrevive, por que haveria de ter um tratamento inferiorizado aquele que ainda gozou de um período, cuja persistência temporal é ainda mais qualificada pela legalidade manifesta? Foi nessa linha de raciocínio que o Tribunal de Contas da União, em súmula sua⁶² e, mais recentemente, em decisão referente à questão da acumulação de vencimentos de cargo efetivo com proventos de aposentadoria⁶³, deu valor aos critérios interpretativos anteriores para salvaguardar casos que teriam sobre si a ameaça de nulidade pela simples modificação do entendimento predominante sobre determinado tema. E, nesta situação específica, a justificação se amplia, pois, em casos de mudança de entendimento, muitas vezes, a legalidade embasadora do ato e potencializadora da justificativa ou força da situação constituída tem por co-partícipes outro, ou os outros entes do Estado.

4. Conclusão

As ponderações até aqui externadas estão diretamente relacionadas com um tema que diz respeito à questão da vivência do direito, à preocupação que ocupa lugar de relevo nas discussões sobre o abuso da legalidade, de um lado, e os imperativos de justiça, de outro. Em outras palavras, reflete a tentativa constante da realização de um *juízo de ponderação* entre dois princípios basilares do sistema jurídico, a saber, o princípio da segurança jurídica e o da legalidade. Não se referiu, entretanto, à

conceituação ampla dos mesmos, mas somente àquela relativa ao sentimento intrínseco a todo ser humano, que decorre diretamente do sentimento de autoconservação do homem, de poder pautar sua conduta com base em disposições normativas diretivas, sentimento esse que teve como auge o processo de Codificação dos séculos XVIII e XIX, originário, em sua essência primeira justificadora, de um jusnaturalismo racionalista, que lutava por um direito não-dúbio, certo e seguro, contrário ao direito disseminado em fontes de qualificação jurídica de então. Essa concepção ampla de segurança jurídica é anterior e não entra em choque, pelo contrário, coaduna-se com o princípio da legalidade.

A concepção de segurança jurídica expressa no presente estudo é reflexo de um seu aspecto mais restrito de garantia da boa-fé ou confiança do particular frente aos atos emanados do Poder Público, o que os alemães, desde há muito tempo, chamavam *Treu und Glaube* (lealdade e confiança). A necessidade da manutenção dessa confiança do administrado na legalidade dos atos emanados pelo Poder Público fornece a importância de um aspecto da segurança jurídica evidenciado na preservação de um ato, mesmo que originalmente viciado de ilegalidade, preservação essa em respeito à *inércia* daquele Poder.

Surge, então, um segundo elemento, que, somado à boa-fé, impõe a convalidação do ato nulo, qual seja, o do *transcurso razoável de tempo*. Já dizia Bobbio que *o tempo sana as feridas da história*, e é com base nisso que a segurança jurídica, a despeito da legalidade estrita, triunfa para salvaguardar os atos administrativos eivados de vícios, vícios esses originais ou adquiridos posteriormente, e que se consolidaram em uma sua *perpetuação temporal pacífica*.

Preenchidas as condições de boa-fé do particular e do razoável transcurso de tempo, torna-se imperativa a preservação do ato administrativo para salvaguarda da segurança jurídica. Intenta-se, pois, um esforço, nunca demais, de lembrar que, no direito, a aplicação rígida de um princípio, muitas vezes, leva a injustiças, e que, nos casos de complacência do Poder Público, ou mesmo de entendimento seu modificado, há outro princípio a ser levado em conta para que não persista a injustiça em nome de uma pretensa legalidade. Tal princípio é a manifestação concreta da segurança jurídica, *razão fundamental do direito*, que, sem

desprezo do perigo de supervalorização da *autoafirmação*⁶⁴, detém seu significado em preservar, manter, salvar, dar sobrevida àquilo que se perpetuou no tempo pelo simples fato deste, auxiliado pela inexigibilidade de comportamento diverso – boa-fé –, galgar posição digna de proteção jurídica. O problema tem sua significação mais profunda nas questões de Maurice Hauriou:

“Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação (...)?”⁶⁵.

É pensando nessas questões angustiantes que vale a pena debruçar-se, com maior cuidado e respeito, sobre as situações de fato que, evoluindo com o sistema jurídico, integraram sua própria razão de ser.

Bibliografia

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. Teoria jurídica do funcionário de fato. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : v.100, p. 51-58. abr./jun. 1970.
- BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2. ed. Milano : Ed. di Comunità, 1972.
- . *O positivismo jurídico*. São Paulo : Ícone, 1995 : Lições de filosofia do Direito. Compiladas pelo Dr. Nello Morra; tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues.
- . *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1996. Tradução de: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- BURKE, Edmund. *Edmund Burke : selected works*. New York : Modern Library, 1960.
- CABRAL, Armando Henrique Dias. Natureza jurídica do vínculo do funcionário de fato. *RPGE*. Porto Alegre, v.11, n. 31, p. 87-98, 1981.

- CARTER, Lief H. *Derecho constitucional contemporáneo : la Suprema Corte y el arte de la política*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985. Tradução de : *Contemporary constitutional lawmaking*.
- CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1964.
- CRUZ, J. Santos. O juiz na teoria do funcionário de fato. *Revista de Processo*, v. 47, p. 227-238, 1987.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Evoluzione ed involuzione nel diritto*. 3. ed. Roma : Studium Urbis, 1945.
- . *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio José Brandão. Coimbra : A. Amado, 1959. v. 2.
- GRAU, Jose Cortés. *Curso de Derecho Natural*. Madrid : Ed. Nacional, 1953.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1991. Tradução de : *Die normative Kraft der Verfassung*.
- JEZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Depalma, 1949. v. 2.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. 2. ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988. Tradução de : *Über die Verfassung*.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1980. Tradução de : *Legitimation durch Verfahren*.
- . *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Tradução de : *Rechtssystem und rechtsdogmatik*, 1974.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona : Ariel, 1991.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência : Introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo : Saraiva, 1968.
- . *Pluralismo e liberdade*. São Paulo : Saraiva, 1963.
- . *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Madrid : Universidad de Madrid, 1970. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid, dezembro de 1969.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Traducción de Adolfo Posada. Buenos Aires : Atalaya, 1946.
- SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, v. 84, out./dez. 1987.
- STANLIS, Peter J. *Edmund Burke and the Natural Law*. New York : Vail-Ballou Press, 1958.
- THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht : Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Neudruck der Ausgabe Weimer. Stuttgart : Scientia Verlag AALEN, 1964.
- TEUBNER, Gunter. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Tradução de : *Recht als autopoietisches system*.
- WECHSLER, Herbert. *Principles, politics, and fundamental law : selected essays*. Cambridge : Harvard University, 1961 : Towards Neutral Principles of Constitutional Law.

Notas de rodapé

¹ A análise da *teoria do ordenamento jurídico* como uma inovação do juspositivismo e a Codificação como seu elemento possibilitador tem em Bobbio uma excelente abordagem, nos seus livros *O Positivismo Jurídico* e *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo : Ícone, 1995. p.53-62, 109-127, 197-210 : Lições de Filosofia do Direito. Compiladas pelo Dr. Nello Morra; Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues; Idem. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1996. Tradução de : *Teoria dell'ordinamento giuridico*. A conexão entre os temas da segurança jurídica e do ordenamento jurídico completa-se pela explícita postura dos juristas dos séculos anteriores à Codificação, que concordavam unanimemente na necessidade de se restabelecer uma ordem que tornasse possível às pessoas dimensionarem seus comportamentos de acordo com um direito certo. Clamava-se por um ambiente de segurança jurídica, como bem demonstra Savigny, mesmo opondo-se à Codificação, muito embora assim tenha feito por força das condições peculiares de desagregação dos principados da Alemanha de então e em face do iminente fracionamento da nação caso a codificação, que envolvia somente alguns deles, se concretizasse. Savigny, pois, com a autoridade do maior crítico da Codificação na Alemanha, demonstra o ponto comum orientador de teorias que primavam por fornecer um aparato mais perfeito às ingerências de arbitrariedade (leia-se: insegurança). Um trecho esclarecedor de seu posicionamento: "En cuanto al fin, estamos de acuerdo [ele e os fautosos da Codificação]: *queremos la fundación de un derecho no dudoso, seguro contra las usurpaciones*

de la arbitrariedad y los asaltos de la injusticia; este derecho ha de ser común para toda la nación y han de concentrarse en él todos los esfuerzos científicos. Para este fin desean ellos un Código, con el cual sólo una mitad de Alemania alcanzaría la anhelada unidad, mientras la otra mitad quedaría aún más separada. Por mi parte, veo el verdadero medio una organización progresiva de la ciencia del Derecho, la cual puede ser común a toda la nación” grifos nossos. (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Traducción de Adolfo Posada. Buenos Aires : Atalaya, 1946. p.171). Logo, a despeito das diferenças de opinião quanto à necessidade ou não da Codificação, que hoje já é integrada ao pensamento jurídico, sobrevivia a tentativa de orientação do sistema jurídico à conformação de uma segurança jurídica mais palpável.

² Uma análise precisa das correntes jusnaturalistas tem-se no livro de um catedrático da Universidade de Valência: cf. GRAU, Jose Cort. *Curso de Derecho Natural*. Madrid : Ed. Nacional, 1953. Quanto ao embate das correntes jusnaturalistas e juspositivistas, há um estudo completo de inegável clareza: cf. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. 2. ed. Milano : Ed. di Comunità, 1972. Finalmente, para uma análise precisa e sucinta dos jusnaturalismos de nossos tempos e de suas características fundamentais: cf. RECASENS SICHES, Luis. *Iusnaturalismos actuales comparados*. Madrid : Universidad de Madrid, 1970. Curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Madrid, dezembro de 1969.

³ A exposição da evolução histórica e do método, teorias e ideologia juspositivistas encontra-se em uma obra de Bobbio, de clareza de exposição inegável: cf. BOBBIO, op. cit.

⁴ O tema do pluralismo das fontes do direito tem na polémica entre Thon e Rudolf von Ihering, sobre a “*exclusividade estatal do direito*”, um marco histórico e é trazido à discussão ativa, em sede de teoria geral do direito, por Santi Romano. Cf. ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Traducción de Sebastián Martín-Retortillo & Lorenzo Martín-Retortillo. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1963. 2ª parte. Tradução de : L’ordinamento giuridico. Assim, salienta Thon, em passagem que aqui se traduz: “Isto conduz ao terceiro e mais importante ponto. A divergência de opiniões neste ponto é tão grande, que se pode aqui somente chamar a ela a atenção, mas não a expor minuciosamente. Ihering enxerga a essência do direito na coação (p. 318). E, sendo o Estado ‘o único titular do poder coativo da sociedade’, ele passa a ser considerado como ‘a única fonte de direito’ (p.316, 317). (...) (§) Pelo contrário, cada norma, que seja considerada por uma sociedade humana como obrigatória pelo comportamento recíproco dos consociados, aparenta, antes de tudo, para mim, uma

norma jurídica e o Estado, por conseguinte, não é o único criador do direito”. THON, August. *Rechtsnorm und subjektives Recht : Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Neudruck der Ausgabe Weimar. Stuttgart : Scientia Verlag AALEN, 1964. p. 10-11.

⁵ Sobre a constatação da ausência de parâmetros seguros de orientação ou de previsão das decisões constitucionais, especificamente da Corte Constitucional norte-americana, mas extensível facilmente ao nosso sistema como um todo: cf. CARTER, Lief H. *Derecho constitucional contemporáneo* : la Suprema Corte y el arte de la política. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1985. Tradução de : Contemporary constitutional lawmaking. Também, sobre a polémica entre interpretativismo e não-interpretativismo na doutrina norte-americana, como centrada no ideal de segurança jurídica: cf. WECHSLER, Herbert. *Principles, politics, and fundamental law : selected essays*. Cambridge : Harvard University, 1961 : Towards Neutral Principles of Constitutional Law.

⁶ Vide, a propósito, o trecho transcrito neste trabalho (nota 17) a respeito do indicativo de Del Vecchio para a determinação dos valores próprios à distinção, na transformação do direito, entre a evolução e a involução do mesmo.

⁷ A importância de tal delimitação da evolução jurídica revela-se na eleição do ponto central do sistema autopoietico como sendo a conjugação entre a transformação do sistema jurídico e sua limitação. Revela a eterna tentativa de se compatibilizarem mobilidade do sistema jurídico e segurança ou previsibilidade da mesma. Cf. TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Especialmente p.112 e seg. Tradução de: Recht als autopoietisches System.

⁸ *A vontade de Constituição* de que fala Konrad Hesse tem como um de seus pilares a *necessidade e a constatação do valor de uma ordem normativa inquebrantável*, o que implica necessariamente a configuração do ideal de segurança jurídica. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991 : especialmente p. 19. Tradução de : Die normative kraft der verfassung. LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. 2. ed. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988. Tradução de: Über die verfassung.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 75-119.

¹⁰ Sobre a natureza necessariamente mutável do direito: “Advirta-se também que, como já foi notado pelos pensadores antigos e melhor demonstrado pela ciência moderna, a variabilidade do direito positivo é uma consequência necessária da sua conexão com outros fatos sociais. Impossível é estudar o direito positivo de certo povo, em certo momento, prescin-

dindo de atender às condições de vida; a gênese e a duração de cada instituto jurídico estão vinculadas a determinadas condições. Se estas se modificam, terá o direito positivo de se modificar também. *Este, por conseguinte, não é apenas mutável, mas necessariamente mutável: acha-se sujeito à lei da relatividade histórica.*” grifos nossos. (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. Coimbra : A. Amado, 1959. p. 53).

¹¹ Idem. *Evoluzione ed involuzione nel diritto*. 3. ed. Roma : Studium Urbis, 1945.

¹² Nesse sentido, salienta Del Vecchio: “Ma questi due significati sembrano, in realtà, troppo vaghi e indeterminati, e restano propriamente fuori del concetto di evoluzione, che significa qualche cosa di più, per esempio, dell’ ‘eterno divenire’ di Eraclito” (Ibidem, p. 10).

¹³ Eis o raciocínio então apresentado: “Noi concepriamo uno svolgimento ovvero un processo di formazione, solo quando intendiamo le diverse parti che si succedono come costituenti un sol tutto (terzo concetto del Rickert). Ma l’unità del processo, in relazione al tutto, implica una direzione verso un fine (quarto concetto). In relazione al fine si costituisce allora una scala di valori, vale a dire un apprezzamento dei differenti stadi (quinto concetto, che però, secondo il Rickert, oltrepassa già il compito puramente scientifico della storia). La serie ascendente dei valori, che si succedono necessariamente nel tempo, dà luogo all’idea del progresso (sesto concetto)” (Ibidem).

¹⁴ Ibidem, p. 17-21 e 29.

¹⁵ Ibidem, p. 24, onde se encontra esta passagem esclarecedora: “il diritto accompagna sempre e necessariamente così l’ascendere dello spirito, come il sua decadere, nelle sue manifestazioni sociali. Tutte le aspirazioni, tutte le concezioni, tutte le passioni umane, in quanto dotate di una certa storica consistenza, si sono fatte valere nella forma del diritto; e poichè non è dubbio che, quantunque in guise diverse, i medesimi sentimenti e le medesime passioni risorgono di continuo nella psiche umana, è sempre possibile (come di fatto vediamo) il formarsi di leggi corrispondenti ai più vari stati dell’animo, compresi quelli che si considerano propri e caratteristici di età sorpassate”.

¹⁶ Corroborando com a idéia de que não se pode falar de um progresso uniforme e constante do direito, acena Del Vecchio, com o seguinte esclarecimento: “Presso ogni popolo, inoltre, e in ciascuno degli istituti che ne compongono il sistema regolatore, i movimenti di sviluppo o di evoluzione si alternano con altri di regresso o di involuzione; ciò che complica ancora, e confonde in modo pressochè inestricabile, le linee del quadro che dovrebbe rappresentare in modo unitario la vita del genere umano. Parlare, in queste condizioni, genericamente di progresso, come se questo esprimesse una realtà

costante e uniforme, è talmente in contrasto con certissimi dati dell’esperienza, da ben meritare le numerose critiche di moderni studiosi, non che la dolorosa ironia del Leopardi nel famoso passo della *Ginestra*” (DEL VECCHIO, Giorgio. op. cit., p. 41-42).

¹⁷ Ibidem, p.53-58. À página 54: “(...) il criterio supremo dei valori giuridici, come di quelli morali, *deve cercarsi e trovarsi nella stessa natura umana*, universalmente considerata. In essa hanno radice quelle esigenze fondamentali ed inabolibili, che al diritto spetta di armonizzare.” grifos nossos.

¹⁸ Para uma defesa autorizada da segurança jurídica como valor: PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La seguridad jurídica*. Barcelona : Ariel, 1991. p.68-107.

¹⁹ DEL VECCHIO. op.cit., p.63: tradução: “o retrocesso ou a involução jamais serão a última palavra, enquanto existir um espírito humano, capaz, por sua natureza, do infinito”.

²⁰ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1980. p.146. Tradução de : Legitimation durch Verfahren.

²¹ A este respeito, transcreve-se a seguinte passagem esclarecedora: “Cada vez que se altera o sistema relacional estrito do processo, muda-se o tema, apresentam-se novos documentos, outros se convertem em oradores proeminentes ou adquirem uma relevância de fundo, reagrupam-se adversários ou partidários, torna-se relevante uma outra história prévia e a retórica tem de ser adaptada a um outro público. Cada processo legislativo constitui um sistema em si.” (Ibidem).

²² Ibidem, p. 147.

²³ A função exercida por tais estruturas simplificativas está na criação da possibilidade de uma síntese em meio a um mar de relações, que, levadas todas em conta, procrastinariam o processo legislativo além do limite temporal tolerável. Assim, para Luhmann, aquelas estruturas simplificativas figuram como *meios de redução de complexidade* do sistema, que servem “especificamente para reduzir a indefinição e a falta de clareza numa situação de decisão extremamente rica em relações, de tal forma que se tornem possíveis expectativas complementares e uma orientação adequada dos participantes. Os modelos de debate interminável, ou da concorrência independente do representante único do povo, refletem a complexidade da sua situação, mas não mostram qual a forma de a dominar. *Isto é realizado por inúmeros mecanismos auxiliares*, necessários ao funcionamento, mas de caráter acessório, ou até mesmo divergente, comparado com os objetivos oficiais da instituição. Apresentam-se como exemplo: a separação entre concorrência e cooperação; a personalização informal das relações de trabalho; a confiança nas apresentações; “*a recepção*

de informações reduzidas do meio exterior; estratégias minimizantes de burocracia; a troca entre situações públicas e não-públicas; e a *importância do poder executivo e das comissões*.” – grifos nossos (Ibidem, p. 152).

²⁴ Exemplo de estrutura simplificativa que expressa *limitações da conduta* dos inseridos no sistema está no que Luhmann chama de *sistemas informais de contato*, os quais se traduzem nas “boas relações pessoais, relações de confiança ou descon-fiança, diferenças de ponto de vista e força de irradiação de personalidades isoladas” (Ibidem, p. 153).

²⁵ Entre aqueles setores, estão: autoridades partidárias locais; consórcios de interesses; a própria ciência; os conhecimentos ocasionais; a imprensa. (Ibidem, p. 154).

²⁶ Aqui se encontra uma questão de grande atualidade no nosso sistema e diz respeito à utilização dos chamados *pacotes*, por parte do Poder Executivo. Já na década de 60, Luhmann tinha perfeita noção da importância destes. A utilização de tais *pacotes* amplia, ainda mais, a capacidade diretiva da política pelo órgão administrativo. “A eliminação prematura de alternativas no estado de pré-expectativas dum projeto de lei serve a um objetivo semelhante [estratégia burocrática de minimização dos riscos de um processo legislativo]. Juntar diversos projetos de lei num “pacote” constitui uma estratégia nova e de grande futuro, que restringe a variabilidade de projetos.” (Ibidem, p. 154-155).

²⁷ Nesse sentido, esta passagem fundamental: “As sessões públicas plenárias do parlamento conservam inteiramente uma função essencial, embora as decisões próprias se afastem delas. Essa função não reside na transmissão da verdade, mas sim na *apresentação do conflito político com a ajuda de argumentos e motivos da decisão, com os quais se identificam posições políticas controversas*.” – grifos nossos (Ibidem).

²⁸ “Ignorância e apatia são, todavia, as condições prévias mais importantes para um intercâmbio despercebido dos parágrafos, para a variabilidade do direito e, nessa medida, funcional para o sistema” (Ibidem, p. 156).

²⁹ Ibidem, p. 159.

³⁰ A estabilidade dos direitos subjetivos permanece, nos manuais de direito, como adstrita aos temas do direito adquirido e do ato jurídico perfeito por força da concretização histórica e da delimitação de seus conceitos. Mas tais institutos jurídicos haurem sua existência como condições específicas do valor maior da segurança jurídica. “Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (SILVA, José Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 378).

³¹ Para Luhmann, a importância da segurança jurídica está na própria identificação das funções que o direito cumpre na sociedade: “Con respecto a la sociedad como un todo, el derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta” (LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p.45. Tradução de : *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*) pois, do contrário, transportar-se-ia para o ilícito quem estivesse de acordo com o lícito e para o lícito quem antes encontrava-se no ilícito.

³² A preordenância de valores fundantes do ordenamento jurídico a conformar as decisões políticas tem uma abordagem precisa por Miguel Reale: “Essencial é reconhecer, por outro lado, que, se a experiência jurídica não prescinde do poder, os homens se tornam cada vez mais conscientes dos riscos que ele comporta, sendo legítimo o sistema de precauções tendente a evitar abusos e desvios de autoridade. Uma das principais formas de seguro contra os desmandos do poder consiste em não acolher as suas opções normativas como atos isolados, mas sim como elos ou momentos, cujo significado é inseparável do sentido geral do ordenamento. Não raro esse enquadramento normativo basta, por si só, para aparar arestas vivas, neutralizar excessos, acomodar gritantes irregularidades, com a recondução do preceito excepcional ao leito normal das soluções normativas regulares, graças ao fino labor da exegese construtiva e sistemática. Ao receber-se, pois, o dogma legal, não como um conteúdo ordenado e rígido, mas como um sentido de ação que objetivamente deve ser valorado e concretamente experienciado, pode-se dizer que o poder queda, de certa forma, envolvido pela norma que ele acaba de positivizar: no instante mesmo em que, graças à interferência do poder, dá-se a objetivação de uma regra de direito, esta se insere no contexto normativo já vigente, subordinando-se a uma totalidade de sentido que a transcende” (REALE, Miguel. *O Direito como experiência* : introdução à epistemologia jurídica. São Paulo : Saraiva, 1968. p.134).

³³ O que caracteriza e valoriza a contribuição de Edmund Burke, filósofo inglês do final do século XVIII, está na percepção amadurecida dos acontecimentos históricos de sua época, que indicavam a tendência ao desprezo das contribuições passadas quando da ruptura de um sistema qualquer. Há, em Burke, sempre algo de transcendente às transformações específicas dos povos, que deve ser identificado nas instituições consagradas e mantido por força de uma prudência em sua atualização. A evolução somente faz jus ao nome quando a ela não se agrega o qualificativo de abrupta. As transformações são melhor assimiladas se se concretizarem de forma lenta e progressiva. (BURKE, Edmund. *Edmund Burke* : selected works. New York : Modern Library, 1960. Também: STANLIS, Peter J. *Edmund*

Burke and the Natural Law. New York : Vail-Ballou Press, 1958.)

³⁴ Edmund Burke, ao rebater o sentimento de renovação exacerbada dos revolucionários franceses, demonstra o cerne das preocupações que orientam uma necessária prudência na atividade modificativa de um estado de coisas: “Your literary men, and your politicians, and so do the whole clan of the enlightened among us, essentially differ in these points. They have *no respect for the wisdom of others*; but they pay it off by a very full measure of confidence in their own. With them it is a sufficient motive to destroy an old scheme of things, because it is an old one. As to the new, they are in no sort of fear with regard to the duration of a building run up in haste; *because duration is no object to those who think little or nothing has been done before their time, and who place all their hopes in discovery. They conceive, very systematically, that all things which give perpetuity are mischievous, and therefore they are at inexpiable war with all establishments.* They think that government may vary like modes of dress, and with as little ill effect: that there needs no principle of attachment, *except a sense of present conveniency*, to any constitution of the state.” – grifos nossos. (BURKE, op. cit. p. 397-398).

³⁵ Entender quão delicado é o tema da transformação é um dos esforços primeiros de Burke, em sua polêmica com os filósofos franceses revolucionários. Na seguinte passagem, o autor sintetiza bem este ideal, que diz respeito diretamente ao valor fundamental da dignidade humana: “If circumspection and caution are a part of wisdom, when we work only upon inanimate matter, *surely they become a part of duty too, when the subject of our demolition and construction is not brick and timber, but sentient beings, by the sudden alteration of whose state, condition, and habits, multitudes may be rendered miserable.*” – grifos nossos. (Ibidem, p. 412-413).

³⁶ Considerando os reflexos das transformações que afetam a esfera individual, Burke chama a atenção para o efeito devastador da ausência de proteção daquela frente às opções políticas: “The moment you abate anything from the full rights of men, each to govern himself, and suffer any artificial, positive limitation upon those rights, from that moment the whole organization of government becomes a consideration of convenience” (Ibidem, p. 371).

³⁷ Transcreve-se o trecho pertinente: “Desse fato [de objetivação histórica] resulta que, quando o homem típica determinadas formas de conduta e concretiza aspirações e interesses em determinado instituto jurídico, há sempre dois aspectos a examinar: um *objetivo*, relacionado com a validade adquirida pela ‘realidade jurídica’ em si (o que explica o caráter eminente e coercitivo, ou a pressão social das estruturas normativas), e um outro *subjetivo*, pertinente à situação dos homens que se inserem no âmbito da referida objetividade, conser-

vando e buscando salvaguardar o seu ser próprio, isto é, a sua irrenunciável capacidade de liberdade e de síntese.”: texto contido no prefácio do livro de Theophilo Cavalcanti Filho, intitulado *O problema da segurança no direito*, na página 4, citado na bibliografia final.

³⁸ Sobre a *complementariedade ou polaridade*, que orienta a evolução histórica, vide: REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo : Saraiva, 1963. Especialmente p. 220 e seg.

³⁹ Idem. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 1980. p. 68.

⁴⁰ Conforme o trecho seguinte: “A idéia de recorrer à doutrina civilista da ‘prescrição aquisitiva’ [referente à prescrição aquisitiva de direitos subjetivos de que fala Dupeyroux] é engenhosa, mas revela ainda certo apego a critérios privatísticos, sendo preferível reconhecer, pura e simplesmente, que o problema da sanatória ou convalidação dos atos nulos se coloca em termos menos rígidos na tela do Direito Administrativo, não por desamor ou menosprezo à lei, mas por ser *impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a seu tempo não percebidas ou decretadas.*” – grifos nossos. (Ibidem, p. 69).

⁴¹ “Às vezes é a própria lei que prevê a sanatória do ato *radicalmente nulo* pelo simples decurso do tempo. No Direito Privado, consoante o art. 148 do Código Civil, só o ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro: (...). A exigência de conservação do valores no mundo do Direito, mediante a *conversão* ou a *sanatória*, tem, pois, limites mais restritos no Direito Privado”. (Ibidem, p. 68).

⁴² “O disposto no art. 208 [do Código Civil, que estabelece um prazo de prescrição da pretensão de declaração da nulidade do casamento nulo] refere-se, por sinal, a aspecto que merece mais cuidadosa análise, que é o do decurso de certo tempo a partir do ato eivado de nulidade. (§) Se, no campo do Direito Privado, o visceralmente nulo jamais pode ser sanado ou produzir efeitos válidos, na esfera do Direito Administrativo a questão se põe com menos rigorismo formal, em virtude da preeminência do interesse público.” (Ibidem).

⁴³ Ibidem, p. 70.

⁴⁴ Reale vai buscar na jurisprudência do sistema do contencioso administrativo francês a justificação de seu posicionamento: “A solução do Conselho de Estado consiste, em suma, em admitir, de um lado, que nenhum direito subjetivo pode, em princípio, nascer de uma decisão irregular da Administração, mas, de outro lado, que o decurso de certo tempo cria uma confiança legítima no espírito dos particulares e *transforma uma situação de fato em situação jurídica, em direito subjetivo*. Haveria, desse modo, uma espécie de prescrição aquisitiva de um direito

subjetivo à manutenção do ato.” (DUPEYROUX apud REALE, p. 69). Remete-se, aqui, à nota 61, p. 19.

⁴⁵ Uma decisão é tida por tardia “quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade” (REALE, op. cit., p. 71).

⁴⁶ A delimitação do prazo para a determinação da sanatória, ou prescrição histórica, não pode ser abstratamente precisada, carecendo da análise das situações concretas e de suas vicissitudes. “Problema conexo é saber-se que se deverá entender por *prazo razoável*, no silêncio da lei própria, mas a questão não me parece possa ser resolvida em abstrato. A solução dependerá das peculiaridades de cada caso, das circunstâncias condicionadoras do ato irregular e de seu reexame (...)” (p. 72). “(...) parece-me perigosa qualquer rígida fixação de prazo. Trata-se, com efeito, de matéria que se deve conter dentro dos critérios da prudência e da equidade, que devem nortear as decisões da autoridade administrativa e as da Justiça” (Ibidem, p. 73).

⁴⁷ Transcreve-se o trecho esclarecedor: “A esses dois últimos elementos ou princípios – legalidade da Administração Pública e proteção da confiança ou da boa-fé dos administrados – ligam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados.” (SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 46. out./dez. 1987).

⁴⁸ Almiro do Couto e Silva explica, a este respeito, que se corre “o risco de agir [em certas situações] injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária. (...). Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material.” (Ibidem, p. 47).

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem, p. 55, em que transcreve um trecho elucidador de Walter Jellinek dividando, na conduta de revogação de uma situação, que se compadece de vício originário uma atitude contrária à boa-fé,

por estar o Poder Público a se valer de uma *irregularidade longamente tolerada*.

⁵¹ Ibidem, p. 56.

⁵² Almiro Couto e Silva cita trechos significativos de Umberto Fragola e Aldo Sanulli: “na falta de um prevalente interesse público, ainda atual, é melhor manter vivo um ato irregular do que anulá-lo, desconsiderando, sem razões plausíveis, situações consolidadas no tempo, interesses particulares e, por vezes, o próprio interesse público”. (FRAGOLA, apud SILVA, p. 57); “(...) na aplicação do princípio da necessidade de certeza das situações jurídicas, admite-se – seja na doutrina, seja na jurisprudência – que *não são mais anuláveis os atos que, embora inválidos, hajam irradiado incontestadamente os seus efeitos por um período de tempo adequadamente longo*, o que é de ponderar-se caso a caso e em correlação com o interesse público”. (SANDULLI, apud SILVA).

⁵³ SILVA, op. cit., p. 60-61.

⁵⁴ Sobre a questão do funcionário de fato, vide: CABRAL, Armando Henrique Dias. Natureza jurídica do vínculo do funcionário de fato. *RPGE* 11(31), Porto Alegre, 1981, p. 87-98; BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. Teoria jurídica do funcionário de fato. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.100, p. 51-58. abr./jun., 1970; CRUZ, J. Santos. O juiz na teoria do funcionário de fato. *Revista de Processo*, v.47, p. 227-238, 1987; JEZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Depalma, 1949. p. 137.

⁵⁵ Aulis Aarnio aponta a diretiva orientadora do comportamento dos tribunais como aquela idônea a possibilitar ao indivíduo uma organização de sua vida frente à previsibilidade dos acontecimentos. Eis o trecho pertinente: “(...) los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales” (AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 26).

⁵⁶ *Súmula 346*: “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; *Súmula 473*: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

⁵⁷ São elas, em ordem cronológica: Recurso ordinário em mandado de segurança nº 14.040/BA – Relator Ministro Evandro Lins e Silva, Recorrente: Divaldo Passos Rodrigues, Recorrida: União Federal, Sessão Plenária de 13 de abril de 1965; Recurso extraordinário nº 55.476/RJ – Relator Ministro Evandro Lins e Silva, Recorrente: União Federal, Recorrido: Mário Braune, Sessão Plenária de 3 de junho de 1965; Recurso em mandado de segurança nº 13.807/GB – Relator para o acórdão:

Ministro Prado Kelly, Recorrente: Regina Heloisa Fernandes Granha, Recorrida: União Federal, Terceira Turma, em 3 de março de 1966 (RTJ 37/248); Recurso em mandado de segurança nº 17.144/GB – Relator: Ministro A. C. Lafayette de Andrada, Recorrente: Afonso Ferrucio Veloso e outros, Recorrida: Universidade do Brasil, Primeira Turma, em 10 de outubro de 1966 (RTJ 45/589).

⁵⁸ O entendimento de ser a medida liminar algo que transcendesse a própria decisão de mérito, e que, assim, pudesse ser justificativa, por si só, à manutenção de uma situação ilegal, significava inverter os termos da operação lógica. É a situação de fato dotada de caracteres especiais que induz à convalidação do ato nulo. A propósito, prova da fatal sucumbência do argumento fulcrado somente sobre a autoridade da concessão de liminar está no tratamento, ainda que incidental, do tema no recurso extraordinário nº 29.122, de 28 de novembro de 1955, relatado por Nelson Hungria, e respectivos embargos, de 7 de janeiro de 1959. Não é e não pode ser a liminar a que dá valor ao tempo transcorrido, mas ela tem o condão, entretanto, de *evidenciar* a legitimidade e correteza do lapso concretamente verificado. Afigura-se, pois, elemento que inverte o ônus da prova, prescindindo da perquirição sobre a presença de dolo na procrastinação temporal. Ela serve, assim, como prova prévia, mas não determina, por si só, um elemento anterior à necessária manutenção da situação consolidada. Esta última haure sua força da sua própria constatação fática, que, associada ao elemento de boa-fé – que não tem por pressuposto essencial uma anterior liminar concedida –, obriga a incidência da proteção da segurança jurídica pela simples constatação de uma inércia institucional. A referência dos acórdãos citados neste mesmo parágrafo à força da liminar anteriormente concedida não é o argumento último de peso, pois há algo de maior valor por detrás dos posicionamentos particulares: este algo é a segurança jurídica em sentido estrito.

⁵⁹ Texto integral contido na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 83, p. 921-924.

⁶⁰ Note-se que, embora a ementa do acórdão referido estivesse indicando a liminar como fator decisivo no posicionamento de manutenção da situação de fato consolidada, a leitura mais atenta do conteúdo do acórdão esclarece a diferença essencial entre o RE 85.179/RJ e as decisões do Supremo anteriores a esta, que trataram de questões semelhantes. Além disso, atente-se que o fato abordado por aquele recurso extraordinário detinha a particularidade de que a Administração Pública prolongara por demais a aplicação de uma decisão judicial de anulação de um concurso público, mas esta particularidade não teve outra influência senão a de *facilitar* a comprovação da inércia do Poder Público, fato este bastante para implicar validade a

estados de fatos consolidados pelo tempo. Logo, a inércia *especial* da Administração Pública no *leading case* sobre o assunto da convalidação do ato nulo é meramente accidental, podendo-se, tranqüilamente afirmar sua pertinência para casos semelhantes de razoável transcurso de tempo *in albis*, independentemente da existência de decisões judiciais de referência aos fatos em causa.

⁶¹ Está-se a referir ao projeto de lei enviado pelo Executivo ao Congresso Nacional, mediante a Mensagem nº 1.002, de 22 de outubro de 1996, que *regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*, em que foram partícipes de sua elaboração: Caio Tácito (coordenação); Odete Medauar; Maria Sílvia Zanella di Pietro; Inocêncio Mártires Coelho; Diogo de Figueiredo Moreira Neto; Almiro do Couto e Silva; José Carlos Barbosa Moreira; Adilson de Abreu Dallari; José Joaquim Calmon de Passos; Paulo Eduardo Garrido Modesto; e Carmem Lúcia Antunes Rocha. “Art. 2º. *A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade e interesse público.* Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) n) interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, *vedada aplicação retroativa de nova interpretação*”. “Art.54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários *decai em cinco anos*, contados da data em que foram praticados, *salvo comprovada má-fé*. §1º. No caso de *efeitos patrimoniais continuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento*”.

⁶² Trata-se da Súmula nº 105, com o seguinte teor: “A modificação da jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz do critério interpretativo anterior”.

⁶³ Refere-se à Decisão plenária nº 819/96, tomada no dia 12 de dezembro de 1996, referente ao Processo nº TC-007.925/96-4, onde se externou uma resposta de caráter normativo, entendendo-se que a *MP nº 1.522/96 e o Decreto nº 2.027/96, que a acompanha, somente se aplicam aos casos de servidores aposentados, reservistas ou reformados, que tenham empossado no novo cargo após o trânsito em julgado da decisão do STF no recurso extraordinário nº 163.204-6, de abril de 1996*. Resguardaram-se, pois, as situações de fato já consolidadas sob o império da interpretação anterior.

⁶⁴ CAVALCANTI, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1964. p. 51-62: especialmente p. 56, § 2º.

⁶⁵ HAURIU, apud SILVA, op. cit., p. 56).

O processo de ocupação e de desenvolvimento da Amazônia

A implementação de políticas públicas e seus efeitos sobre o meio ambiente

JOSÉ MATIAS PEREIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. A visão do ambiente macroeconômico. 2. Formulação e implementação de políticas públicas no Brasil. Ambiente institucional e constitucional. 3. Estudo de casos: os Projetos Integrados de Colonização e o Programa de Incentivos Fiscais para a Amazônia. 4. Políticas públicas e o desempenho dos projetos incentivados na Amazônia. 5. Conclusão.

1. Introdução. A visão do ambiente macroeconômico

Observadas sob determinados aspectos, as tendências globais indicam que existem distorções relacionadas ao desenvolvimento e ao meio ambiente no presente que irão se agravar no futuro. Isso pode ser mensurado pelo crescimento da população mundial, pela sobrecarga dos sistemas de destinação final de resíduos, pelo mau uso dos recursos naturais, com a conseqüente poluição do ar, das águas e dos solos, com reflexos negativos nos sistemas de circulação atmosférica e mudança de clima.

Percebe-se, assim, que o declínio ambiental e econômico está se acelerando e pode ser quantificado pela parcela significativa da humanidade que não consegue sequer suprir suas necessidades básicas. E, apesar dessas indicações, o modelo de crescimento econômico mundial, no qual o Brasil está inserido, pouco se preocupa com o uso mais eficiente dos recursos, que o levaria a se orientar para um processo de desenvolvimento sustentável.

Esse modelo de crescimento econômico distorcido (que vem sendo implementado nas últimas décadas) necessita ser repensado, tendo em vista as provas empíricas que alguns países

José Matias Pereira é economista e advogado. Ex-Técnico de Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Professor do Departamento de Administração da Universidade de Brasília – UnB.

do Hemisfério Norte fornecem, no sentido de que estão ingressando numa fase de *crescimento não-econômico* em decorrência da utilização de políticas econômicas agressivas, que se impõem com um efeito devastador em relação ao meio ambiente.

A necessidade de uma melhor compatibilização entre os investimentos produtivos que geram empregos, renda e divisas, e que são orientados sem restrições, sob a argumentação de que não podem ser adiados em função da qualidade ambiental, fica, assim, cada vez mais evidente e demonstra que é preciso estes serem revisados. É sobre esses antecedentes e as alternativas de mudança do modelo de desenvolvimento atual (considerando-se o seu baixo grau de sustentabilidade, em que as economias estão sendo projetadas para prazos cada vez menores) que se tratará a seguir.

A depressão que se abateu sobre a economia norte-americana em 1929 (e que durou quase toda a década seguinte), provocando efeitos perversos sobre a economia mundial, criou as condições básicas para que viesse à tona a teoria de John Maynard Keynes, que permitiu a compreensão da política fiscal de equilíbrio, que teria como conseqüência uma revisão geral de todas as ciências econômicas, na qual se assentam as regras da política fiscal contemporânea.

Delineadas inicialmente na “Teoria da Moeda”, de 1930, a qual sustentava que a depressão resulta de que as inversões não aplicam o volume total das poupanças, as teorias de Keynes foram desenvolvidas na “Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”, de 1936. Contrariando a maioria dos estudiosos que o antecederam, Keynes sustentou que não havia antagonismo entre consumo e investimentos. Visto que o produto nacional bruto divide-se numa parte que é consumida e noutra que é poupada e alimenta os investimentos, rompe-se o equilíbrio econômico se os empresários não investem tudo quanto é economizado (provocando, assim, uma interrupção do pleno emprego dos fatores de produção se o consumo não se estender àquela parte que foi economizada). Em síntese, o fluxo do consumo deve receber sempre uma quantidade de recursos, sob pena de reduzir-se a renda nacional e o pleno emprego.

Assim, defendeu Keynes o entendimento de que o fomento dos investimentos aumentaria a demanda agregada e proporcionaria pleno

emprego, ou seja, que esses investimentos significam crescimento e maior capacidade produtiva no futuro. Nesse sentido, sedimentou a convicção de que isso é benéfico, considerando que o crescimento nos faz mais ricos e, dessa forma, diminui nossas angústias e incertezas sobre o futuro, estimula-nos a consumir e a investir mais, aumenta a confiança, a demanda total e o emprego.

Faz-se necessário reconhecer a importância da contribuição da teoria keynesiana, desenvolvida durante a década de 30, orientada para explicar e resolver o problema das depressões, da teoria monetarista, da década de 60, como proposta de solução para o problema inflacionário, da teoria do lado da oferta, da década de 80, voltada para resolver os problemas econômicos por intermédio de cortes nos impostos, bem como dos esforços desenvolvidos pelos economistas, na fase atual, sobre a eficácia da política econômica e o interesse renovado pelo crescimento.

O que se torna necessário questionar, porém, é a forma de comportamento dos mercados atuais, a sua estrutura de produção e de exportação, baseada na produção primária dos recursos naturais, incluindo, nessas, os processos de transformações mínimas. É a ausência de planos de desenvolvimento sustentável (onde se presume um crescimento limpo e equitativo) que levem em consideração a necessidade de se contabilizar o consumo de recursos naturais, a degradação ambiental e a perda de características dos ecossistemas (denominadas custos de externalidades). Por isso, faz-se necessário que os custos das “externalidades” sejam quantificados (dentro das limitações econômicas possíveis) e contabilizados nos custos dos negócios, em decorrência das agressões causadas pelos agentes econômicos ao meio ambiente (pelos diversos tipos de resíduos poluentes que esses empreendimentos tendem a liberar).

Diante da convicção de que os investimentos produtivos, que criam empregos e estimulam as exportações, possuem prioridades irrestritas (inclusive sobre os efeitos que tendem a causar no meio ambiente), o mundo não tem conhecido outra solução que não seja a *defesa de mais crescimento econômico*. Surge, porém, nesse contexto, uma preocupante indagação: quais os limites ambientais e sociais do *crescimento econômico*? Os custos marginais, derivados dos sacrifícios ambientais e sociais, poderiam ser maiores que o valor em termos

de vantagens e benefícios com a produção. Na verdade, começa a ficar evidente para a humanidade que essas perdas estariam conduzindo-nos para um *crescimento não-econômico*.

À existência de indícios convincentes, conforme observado anteriormente, de que alguns países do mundo desenvolvido começam a atravessar esse limiar, ingressando, portanto, numa fase de *crescimento antieconômico*, a nova pergunta que surge é se existem alternativas para resolver-se o problema da pobreza que não sejam por meio do crescimento econômico.

Em tese, a resposta seria afirmativa caso fosse possível promover-se uma redistribuição da riqueza, um efetivo controle populacional e um aumento da produtividade dos recursos naturais. Levando-se em consideração as dificuldades políticas relacionadas aos dois primeiros fatores (e que terão de ser enfrentadas globalmente nas próximas décadas), crê-se que o progresso econômico da humanidade estará, nas próximas décadas, na dependência do aumento da produtividade dos recursos naturais, que terá de ser feito num contexto de uma economia estável, dentro de um ambiente de desenvolvimento econômico limpo e equitativo, que faz parte da natureza do desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, pode-se afirmar que o modelo de crescimento econômico em vigência no mundo, que prioriza as variáveis macroeconômicas, no curto prazo, estimulando a produção e as exportações sem garantir a proteção ambiental, está provocando impactos negativos irreversíveis sobre o meio ambiente, tanto nos centros urbanos como nas áreas rurais, notadamente nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

A tendência de que os investimentos se concentrem nas áreas mais ricas e as regiões mais pobres fiquem abandonadas é cada vez mais evidente. A criação de mercados para populações com padrões de consumo sofisticados tende a demandar mais recursos naturais, que por sua vez provocam mais poluição ambiental. Isso pode ser comprovado quando se verifica a polarização e a distância entre os países ricos e os países pobres. Com um Produto Interno Bruto (PIB) mundial de US\$ 23 trilhões em 1993, US\$ 18 trilhões correspondem aos países desenvolvidos e os restantes US\$ 5 trilhões são produzidos nos países em desenvolvimento, muito embora estes últimos tenham quase 80% (oitenta por cento) da população da terra.

O desafio, portanto, é alterar essa realidade.

O enfrentamento do problema passa pela forma como vem sendo orientada a política ambiental, tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento. Os enfoques de política ambiental devem responder aos problemas de sobrevivência e de qualidade de vida, dando prioridade a mudanças que se traduzam em geração de emprego e de exportações, e que permitam reservar excedentes locais para um desenvolvimento mais equilibrado.

E, para que nessas políticas econômicas sejam incorporados os cálculos de custos e benefícios ambientais, é importante que países como o Brasil (que muito tem a perder, caso se perpetue o atual modelo) invistam, de maneira efetiva, na consolidação de um sistema, envolvendo o governo, o setor privado, bem como as instituições de pesquisa e ensino do País, com vistas a alterar a base de produção econômica e, por conseqüência, o atual modelo de ocupação e de desenvolvimento da Amazônia.

2. Formulação e implementação de políticas públicas no Brasil. Ambiente institucional e constitucional

É importante registrar que as políticas públicas (idealizadas como o nexó entre o pensamento e a ação) estão diretamente relacionadas com as questões de liberdade e igualdade, controle democrático do Estado em ação e com a distribuição de renda e das riquezas. Isso tem que ver com o direito à satisfação de necessidades básicas, como emprego, educação, moradia, saúde, terra, meio ambiente, entre outras.

Deve-se registrar que a formação do Estado brasileiro tem, na sua base de constituição de políticas públicas, características institucionais de autoritarismo e elitismo. Isso tem-se revelado indesejável para a sociedade como um todo. Nesse sentido, a evolução do processo democrático tem permitido que a sociedade comece a exigir seus direitos substantivos, o que irá permitir ao país alcançar um sistema institucional mais democrático e justo, notadamente no que se refere à necessidade de transformações estruturais que venham a diminuir as desigualdades e as injustiças na distribuição de riquezas, de rendas e de poder.

Feitas essas considerações, torna-se necessário destacar, em relação ao estudo das políticas públicas no Brasil, que as mesmas podem ser subdivididas nas seguintes fases:

a) Formação de Assuntos Públicos e de

Políticas Públicas, que deve ser entendida como a fase em que as questões públicas surgem e formam correntes de opinião ao seu redor. Isso contribui para a formação da agenda política, composta de questões que merecem políticas definidas;

b) Formulação de Políticas Públicas, que se refere ao processo de elaboração de políticas no Executivo, no Legislativo e em outras instituições públicas, sob os pontos-de-vista da racionalidade econômica, da racionalidade político-sistêmica ou da formulação responsável;

c) Processo Decisório, que está interligada com a anterior, porém com delimitações próprias, em que atuam os grupos de pressão, exercendo influência sobre os decisores, em qualquer das instâncias mencionadas;

d) Implementação das Políticas, que se refere ao processo de execução das políticas resultantes dos processos de formulação e decisão em políticas públicas, inter-relacionando as políticas, os programas, as administrações públicas e os grupos sociais envolvidos ou que sofrem a ação governamental ou os problemas sociais;

e) Avaliação de Políticas. Nessa fase, consideram-se quais os padrões distributivos das políticas resultantes, isto é, quem recebe o quê, quando e como, e que diferença fez com relação à situação anterior à implementação. Analisam-se os efeitos pretendidos e as consequências indesejáveis, bem como quais os impactos mais gerais na sociedade, na economia e na política.

Constata-se, assim, que existem diferentes formas de entrada de assuntos na formação da agenda pública. A primeira forma de entrada de questões políticas dá-se pela resposta a crises, de cunho imediatista, com vistas a minimizar os efeitos de intempéries, secas, poluição ambiental, entre outros. São ações de caráter paliativo, que têm como componentes apenas os aspectos administrativo-financeiros.

A segunda forma é por intermédio do processo político, em que os grupos interessados, em contato com autoridades como legisladores, ministros, governadores, prefeitos e secretários (de Estados ou municipais), tomam a iniciativa de levantar questões nas quais podem visualizar algum ganho político pela “resolução” satisfatória de algum problema ligado à sua pasta ou aos grupos ou segmentos sociais que o apoiaram na eleição ou na nomeação. Essa entrada toma forma mais definida à

medida que os problemas se agravam e requerem algum tipo de “solução”.

A terceira forma de entrada dos assuntos públicos na agenda política refere-se à série de eventos sequenciados no Executivo, Legislativo ou no Judiciário. Esse é um processo lento que tende a envolver a atividade de pesquisa na identificação e definição dos problemas econômicos e sociais, com a participação de vários grupos.

A quarta forma refere-se à antecipação dos problemas e conflitos latentes no âmbito dos assuntos públicos. Essa maneira faz com que as políticas públicas tornem-se pró-ativas, ou seja, antecipatórias na resolução de questões essenciais para a sociedade.

É importante observar que políticas governamentais estão envolvidas com a racionalidade e com a diferença (efeitos) que elas provocam na sociedade. Nesse sentido, temos os seguintes modelos: o da racionalidade econômica, para o qual a racionalidade das políticas públicas e a da economia de mercado são iguais; o da racionalidade político-sistêmica, em que os atores, no jogo do poder do processo de formulação, interagem e chegam a um acordo político que permite, além do exercício do pluralismo, o funcionamento do sistema político sem mudanças básicas; e o modelo da formulação responsável de políticas públicas, que busca, nas justificativas morais, os critérios para o processo de sua formulação.

Nesse sentido, “política”, no caso do modelo de formulação responsável das políticas públicas, deve ser entendida como um processo que envolve e privilegia a questão moral. A primeira tarefa do estudo de políticas públicas é resgatar a razão da visão instrumental e conceituá-la como algo que leva à compreensão dos problemas sociais, e, dessa forma, permitir que os analistas tenham a visão desses problemas e formulem políticas públicas com base nos valores de igualdade, liberdade, solidariedade e democracia, entendida esta como responsabilidade comunitária.

Assim, pode-se afirmar que as instituições responsáveis pela formulação de políticas permanecem abertas à discussão e à deliberação públicas, ao contrário dos modelos anteriores, em que as preferências são apresentadas por grupos de pressão e esquemas burocráticos em torno de políticas específicas. A compreensão das distinções entre os modelos analisados faz-se necessária para o entendimento das questões que serão apresentadas a seguir, que dizem

respeito ao processo de ocupação e desenvolvimento da Amazônia.

Constata-se que, nas formações sociais liberal-democrático-capitalistas, o processo decisório é produto do livre jogo de influências e de poder entre grupos de pressão organizados, que defendem interesses individuais declarados publicamente. Quanto maior o alcance da pressão sobre os decisores, mais provável é que a decisão seja favorável ao grupo que a exerce. Em formações sociais socialistas de planejamento centralizado, como ainda é o caso de alguns países socialistas, o processo decisório é realizado pela elite do Estado, também parte integrante do sistema político-partidário, que filtra e estabelece o interesse público.

O caso brasileiro, no entanto, não se adapta a nenhum desses dois casos clássicos. Nesse sentido, é oportuno citar Luiz Pedone (*Formulação, implementação e avaliação de políticas públicas*. Funcep, 1986), que observa:

“Na verdade o processo decisório brasileiro, em especial o do período do regime militar instalado no país após 1964, reflete a centralização decisória em altos escalões governamentais. Assim, conselhos e órgãos deliberativos coletivos são arenas decisórias. Para chegar a estas arenas decisórias é preciso percorrer um longo caminho de confrontação e negociação entre grupos, num sistema organizado, modificado, controlado e arbitrado pelo Estado”.

O Estado brasileiro, após 1964, orientou-se para a promoção do desenvolvimento e a acumulação capitalista, a modernização das instituições econômico-financeiras e a industrialização. Esse processo decisório, no sistema político brasileiro, envolve diferentes segmentos da elite empresarial, nacional e estrangeira, a alta tecnoburocracia estatal e alguns segmentos da sociedade cooptados. Essa constante interação é marcada ora por avanços de alguns desses setores, ora por outros, segundo a presença mais forte do grupo hegemônico do momento. Na verdade, em poucas ocasiões de formulação e decisão em políticas, a sociedade é chamada a participar de decisões que, em última análise, vão afetá-la.

Nas questões que dizem respeito ao processo de ocupação e desenvolvimento da Amazônia (notadamente no período autoritário implantado no país após 1964), as decisões, no âmbito da esfera do Estado, propiciaram o surgimento de políticas públicas definidas com base em

critérios e normas desconhecidas pela maioria da sociedade, direcionadas para atender interesses imediatos e modificadas ao sabor das conveniências dos grupos influentes por elas beneficiados. É sobre essa forma de formular e implementar políticas públicas que se tratará a seguir, com estudos de casos que dizem respeito aos esforços feitos pelo Estado, notadamente a partir do começo da década de 70, para conduzir e disciplinar o assentamento de camponeses na região, e, posteriormente, ao programa de incentivos fiscais para a Amazônia, voltado para a implementação de grandes empreendimentos agropecuários ou agroindustriais na Amazônia Legal.

3. Estudo de casos: os Projetos Integrados de Colonização e o Programa de Incentivos Fiscais para a Amazônia

É por intermédio da implementação do Programa de Integração Nacional (PIN) que o Estado brasileiro dá início aos esforços no sentido de conduzir e disciplinar o assentamento de camponeses na Amazônia. Esse programa se propunha a fixar, na Amazônia, parte do excedente populacional do Nordeste, usando terras devolutas da região recém-transferidas ao governo federal. Em 1970, foram criados três Projetos Integrados de Colonização (PIC) em áreas cortadas pelas rodovias Transamazônica e Cuiabá-Santarém.

As ações do INCRA, nessa fase, também se fizeram presentes em outros Projetos Integrados de Colonização, na sua maioria em Rondônia. As reconhecidas dificuldades apresentadas pelos projetos da Transamazônica e o novo entusiasmo oficial pela concepção da grande empresa incentivada fizeram com que fosse diminuindo o interesse pela colonização-modelo. Entretanto, fatores de expulsão (decorrentes do processo de modernização da agricultura do Sul do País) e a disponibilidade de terras em partes da Amazônia Legal deram origem a fluxos crescentes de migrantes para áreas de fronteiras. Com isso, o governo foi forçado a continuar atuando na colonização, agora com o objetivo de atenuar os problemas gerados com uma crescente imigração espontânea, oriundas da Região Sul do Brasil.

Uma parcela significativa desses fluxos migratórios se direcionou para a região, notadamente para Rondônia, onde o controle governamental sobre as terras era quase total, o que permitia continuar assentando migrantes

em projetos de colonização pública ou de assentamento rápido.

Conforme se constata nos dados dos relatórios do INCRA, o então Território e atualmente Estado de Rondônia foi a unidade da Federação com maior concentração de projetos de colonização e de assentamento rápido. Em 1986, eles ocupavam 80% da área total dos projetos de colonização e 88,1% da área dos projetos de assentamento rápido da área em exame. Em seguida vem Mato Grosso, com 14,8% da área total da colonização e com 11,4% da área com projetos de assentamento rápido. Os outros Estados da região tiveram participação pouco significativa.

O Projeto Integrado de Colonização de Ouro Preto, por exemplo, criado em áreas de pólos férteis de Rondônia, foi um projeto-modelo. Com 512.585ha, estava previsto o assentamento de 5.162 famílias em lotes de 100ha (em média), a metade dos quais poderia ser explorada, devendo o resto ficar como reserva florestal. Criou-se infra-estrutura básica, estabeleceram-se esquemas de assistência técnica e fundou-se cooperativa. Os assentamentos seriam efetuados com ampla assistência, orientação e acompanhamento

Ao mesmo tempo em que outros projetos começaram a ser implantados, teve início um processo de corrida por terra, por parte de novas levas de migrantes, atraídos pela veiculação de notícias sobre a disponibilidade de terras férteis em Rondônia. Com isso, tornou-se impossível implantar os projetos de colonização da forma como foram concebidos inicialmente. O estágio seguinte foi, em decorrência da impossibilidade de atendimento da demanda por terras na região, de invasões de áreas fora dos projetos de colonização oficiais, o que forçou o INCRA a criar projetos de assentamento rápido, objetivando regularizar as ocupações. A assistência aos migrantes, que mesmo nos projetos oficiais foi se tornando precária, nos projetos de assentamento rápido era inexistente. Tem-se, assim, uma rápida visão das razões que permitiram a ocupação descontrolada naquela área, com efeitos perversos sobre o meio ambiente da região, especialmente no que se refere à devastação florestal e à exaustão do solo.

Pode-se afirmar que o Estado de Rondônia ainda se apresenta como área de frente de subsistência, beneficiado pela melhoria das condições de escoamento da produção, com a implantação, no Estado, de esquema de compra da produção. Por outro lado, com o esgotamento

da disponibilidade de terras mais acessíveis no Centro-Oeste, aquele Estado vem-se tornando, também, área de expansão de frentes comerciais. Essas alterações no perfil de Rondônia estão modificando a estrutura fundiária razoavelmente igualitária ali implementada pela política de distribuição de terras públicas. Outro vetor que vem agravando a situação ambiental em Rondônia é representado pela exploração de garimpo.

Numa perspectiva geopolítica, a questão da segurança, em relação à Amazônia, sempre foi colocada em primeiro plano pelo regime militar que se instalou no País após 1964, tendo como pano de fundo o imenso vazio existente, a atrair a atenção e a cobiça de alguns países desenvolvidos pelas riquezas que abrigava. A colonização ocorrida na década de 70 foi vista como um instrumento fundamental dessa ação na Região. Havendo excedentes populacionais em outras áreas do País, notadamente no Nordeste e no Sul, a colonização apresentou-se como saída política para a solução desse problema.

Nesse sentido, deve-se registrar que o processo de ocupação exigia a execução de ações de desbravamento na Amazônia, processo esse que seria realizado pela construção de rodovias, sendo as mais importantes a Transamazônica e a Perimetral Norte. Não se pode desconsiderar que esse programa era de interesse das grandes empresas construtoras do País, reconhecidamente um segmento influente no âmbito do poder instalado em Brasília.

Ao mesmo tempo em que essas ações eram desenvolvidas, têm início, também, nesse período, fortes pressões de grupos influentes nacionais, interessados na captação de incentivos fiscais (decorrentes da especulação de terras, que veio a substituir a especulação financeira, com a quebra da bolsa de valores em 1971). Isso provocou uma forte valorização das terras, elevando o interesse pelo programa de incentivos fiscais da Amazônia, e cresceu muito a aprovação, por esse programa, de grandes projetos agropecuários ou agroindustriais. Fica, assim, explicado o afastamento, por parte do governo, do processo de colonização pública, em meados da década de 70, passando, dessa forma, a orientar os seus esforços de ocupação da Amazônia com base na implementação de grandes empreendimentos agropecuários ou agroindustriais. No começo da década de 80, a colonização (que ainda se apresentava como uma alternativa de ocupação de certas áreas da região) tinha deixado de ser

considerada importante na estratégia do governo no processo de ocupação da Amazônia.

Registre-se que o sistema de incentivos fiscais estabelecido pelo Decreto-Lei nº 1.376/74 objetiva direcionar investimentos às regiões e setores incentivados, mediante o abatimento de até 25% do Imposto de Renda devido por empresas do País para aplicação em empreendimentos nessas regiões ou setores. Essas aplicações podem ser feitas por meio de um fundo de investimento (projetos comuns) ou diretamente em projetos próprios. Para poderem aplicar em projetos próprios, as pessoas jurídicas ou grupos de empresas coligadas devem deter, isolada ou conjuntamente, pelo menos 51% do capital votante da sociedade titular do projeto beneficiário do incentivo. No caso da Amazônia, a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM é a responsável pela administração dos incentivos, e o Banco da Amazônia – BASA é o operador do Fundo de Investimentos da Amazônia – FINAM. A área beneficiada pelos incentivos fiscais do FINAM abrange toda a região acima do paralelo 13, definida como Amazônia Legal.

Assumem, assim, os incentivos fiscais o papel principal nessa nova investida, com vistas a atenderem os interesses especulativos dos grupos econômicos com forte influência junto ao poder central. Ressalte-se que o programa de incentivos fiscais orientados para a região teve como objetivo declarado o de incorporar a Amazônia à economia nacional. Assim, os incentivos fiscais funcionaram como indutor do processo acelerado e indesejável de ocupação de terras da Amazônia Legal.

A partir da constatação dos enormes problemas gerados por esses grandes investimentos orientados para a Amazônia Legal, começa o governo a ter a percepção de que não era essa a solução para que a região se transformasse em uma significativa fonte de produtos agropecuários. Isso arrefece o entusiasmo oficial e leva a uma redução sensível do ritmo de aprovação de novos projetos para a região. O grande Projeto Jari (concebido pelo empresário norte-americano Daniel Ludwig), que acabou sendo transferido para um consórcio de empresários nacionais, graças à ajuda oficial, pode ser destacado como o melhor exemplo dessa realidade. Assim, entra em decadência o programa de incentivos fiscais para os empreendimentos agropecuários e agroindustriais na Amazônia.

O programa de incentivos foi sendo desa-

celerado gradativamente, e, embora de forma muito incipiente, essa forma de ocupação e desenvolvimento da Amazônia foi sendo questionada dentro do próprio governo, por setores específicos da sociedade e por organizações não-governamentais, notadamente devido aos danos causados ao meio ambiente da região. Registre-se que o sistema permanece ativado, com restrições, e esses tipos de projetos, a partir de pressões políticas, eventualmente ainda recebem incentivos fiscais.

4. Políticas públicas e o desempenho dos projetos incentivados na Amazônia

Pode-se constatar que a valorização de terras e a captação de recursos livres predominavam na decisão de grupos empresariais no sentido de apresentarem projetos à Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM, na qual a preocupação com o retorno dos investimentos não aparecia como uma questão relevante. Na verdade, o programa de incentivos fiscais provocou, conforme observado anteriormente, uma enorme expansão de frentes especulativas na Amazônia.

A esse respeito, é oportuno citar Charles Curt Mueller (em *Políticas Governamentais e a Expansão Recente da Agropecuária no Centro-Oeste*):

“Um dos efeitos negativos do programa de incentivos fiscais da Amazônia Legal foi o forte impulso que deu à expansão de frentes especulativas. A valorização de terras e a captação de recursos livres predominavam na decisão de grupos empresariais de apresentar projetos à Sudam, tendo os retornos produtivos dos investimentos importância secundária. Assim, a despeito das dificuldades que muitos desses projetos foram apresentando, a demanda por terras causada por eles permaneceu elevada e surgiram ou se ampliaram conflitos nas áreas da Amazônia em que frentes especulativas se superpunham a frentes de subsistência (a área do GETAT, por exemplo).”

Deve-se observar também que, em grande parte, esses projetos incentivados não foram concluídos. O fraco desempenho dos projetos implantados na região caracteriza a política de incentivos fiscais mais como um instrumento de doação de recurso do que de desenvolvimento. Isso pode ser verificado nos relatórios

da SUDAM e confirmado no trabalho de autoria de José G. Gasques e Clando Yokomizo – “Avaliação dos incentivos fiscais da Amazônia”, em *Agricultura e políticas públicas*, no qual foram desenvolvidos esforços no sentido de avaliarem-se os incentivos fiscais na Amazônia, no período de 1967 a 1985, e que, entre outros aspectos, constatou o seguinte:

a) No período compreendido pela avaliação, constatou-se que existiam 947 projetos incentivados pelo FINAM, sendo que, desse total, 621 eram agropecuários e agroindustriais e 326 nos demais setores. Dos projetos aprovados, apenas 166 foram considerados implantados (sendo 94 agropecuários e agroindustriais e 72 industriais e de serviços básicos). Os restantes estavam em implantação. Preocupou-se a referida avaliação com os projetos agropecuários ou agroindustriais. Foi canalizado, por intermédio do FINAM, nesse período, um montante superior a US\$ 500 milhões; destes, 71% foram para projetos em implantação, 25% para os implantados e 4% para projetos cancelados. Os Estados do Pará e Mato Grosso concentravam 71,3% dos projetos.

b) Como resultado da avaliação, verifica-se, entre outras conclusões, que os principais benefícios dos incentivos fiscais na Amazônia foram a criação de alguma infra-estrutura regional e geração de conhecimentos, que poderão ser internalizados pela economia da região. Os projetos incentivados pouco contribuíram para aumentar o produto regional. Sua produção e venda, naquela ocasião, representavam 15,7% do que fora previsto. Mesmo os projetos com 15 ou 16 anos de implantação têm sido extremamente ineficientes. Em 94 projetos agropecuários e agroindustriais implantados, apenas 3 têm apresentado alguma rentabilidade. Os demais não apresentam receitas. A concentração de benefícios a empresários que fizeram dos incentivos fiscais um negócio especulativo e instrumento para garantir a posse da terra e a frequência de mudanças de controle acionário mostram haver um comércio de projetos incentivados. Isso vem ocorrendo mesmo entre os projetos novos; os incentivos fiscais pouco têm contribuído para a fixação da população regional e há forte concentração de projetos com incentivos fiscais e da iniciativa privada em área de floresta semi-úmida e na hiléia amazônica. Está ocorrendo, a uma taxa de substituição elevada, a retirada de formações florestais ricas em madeira e fauna por projetos de baixos níveis de produtividade e tecnologia.

c) Em síntese, conclui a avaliação alertando que, pelas evidências apresentadas, não há argumento que justifique a permanência dos incentivos fiscais na forma como têm sido utilizados. Os recursos devem ser preservados como instrumentos de desenvolvimento regional, porém o sistema de opções deveria ser extinto. Os projetos de recursos próprios poderiam ser mantidos com condicionantes. Nesse sentido, propõem os seus autores que os recursos deveriam ser aplicados em prioridades claramente definidas, maximizando a contribuição para o desenvolvimento econômico e social e não degradando o meio ambiente. Há estudos a esse respeito, que poderão contribuir para definições dessa natureza.

Assim, o modelo de ocupação e desenvolvimento da Amazônia (que se encontra esgotado), iniciado com os projetos integrados de colonização, posteriormente transferidos para o sistema de incentivos fiscais, propiciou o surgimento de enormes distorções, traduzidas pelos prejuízos econômicos, sociais e ambientais (na sua maioria irreparáveis) na Amazônia. Os efeitos dessas distorções indicam a necessidade de serem repensadas as políticas públicas orientadas, no futuro, para a região.

Na verdade, constata-se que os projetos incentivados da Amazônia Legal mostraram-se mais aptos a propiciar a concentração fundiária e de renda, o desperdício e o desvio de recursos e os conflitos de terras do que produção, renda, impostos e empregos. Propiciaram, também, notadamente, impactos indesejáveis ao meio ambiente, especialmente pelo desmatamento descontrolado que fomentaram.

Esse fenômeno descrito vem sendo constatado, há algum tempo, por especialistas na área (vide C. C. Mueller, 1983). Nesse contexto, torna-se necessário que sua avaliação não se restrinja aos aspectos da racionalidade do processo de decisão de políticas públicas. Ele vai mais além, e entra no âmbito da dimensão do poder.

Nesse sentido, é oportuno destacar a constatação de Mueller (1990), ao se referir à gênese da estratégia amazônica, instituída a partir do início da década de 70 pelo regime militar, da qual a política de incentivos fiscais foi peça fundamental:

“Merece ênfase o complexo de forças que se armou em torno dela. Cumpre, também, destacar sua eficiência na manutenção das características básicas da política, a despeito de seu evidente

fracasso e das mudanças políticas pelas quais o Brasil passou mais recentemente. Conforme ressaltado, no entorno da política de incentivos fiscais formou-se uma poderosa coalização de setores: dentro da “corte”, ela inclui organismos regionais do tipo da Sudam e do Banco da Amazônia, cujo poder – para não dizer sobrevivência – respalda-se na política; em setores “externos” influentes participam organizações do tipo da Associação de Empresários da Amazônia (sediada em São Paulo), bem como *lobbies* regionais e dos estados da região.”

Essa aglutinação de forças conseguiu, com extrema competência, criar uma espécie de “dogma” no sentido da necessidade de se manter o esquema de incentivos fiscais no País a qualquer preço. Isso tem sido possível com o engajamento de setores políticos influentes da região, com assento no Congresso Nacional, de grupos empresariais influentes (na sua maioria sediados em São Paulo) e dos veículos de comunicação da região, que incutiram na consciência da sociedade regional que eventuais mudanças teriam como objetivo enfraquecer o processo de desenvolvimento da Amazônia. Assim, as propostas de reformulação de incentivos fiscais acabam esbarrando nesses obstáculos, que se apresentam quase intransponíveis.

5. Conclusão

Não se apresenta como uma tarefa fácil, portanto, intervir e propor modificações nas atuais políticas públicas orientadas para estimular o processo de ocupação e desenvolvimento da Amazônia. Pelo contrário, as políticas de terras públicas tiveram um efeito bastante diverso do concebido na sua versão original, e a política de incentivos fiscais provocou especulação fundiária e não desenvolvimento agropecuário ou agroindustrial. Constata-se que foram despendidos enormes recursos para atingir resultados não-satisfatórios para a região e a sociedade. Esses desvios permitiram a transferência de recursos e patrimônio a indivíduos e grupos influentes, com efeitos poucos significativos sobre o desenvolvimento econômico e social da maior parcela da população da área.

Essas políticas públicas, conforme observado anteriormente, formuladas a partir de estratégias agrícolas e de desenvolvimento regional específicas e implementadas, administradas e modificadas no contexto do processo decisó-

rio, não contaram apenas com a atuação das organizações governamentais responsáveis pelas estratégias e políticas. A participação de grupos influentes que interagem com o regime na defesa de seus interesses foi decisiva para deformar, provocar inércia e tornar irracionais essas políticas.

Verifica-se que algumas dessas políticas, por pressões internas, especialmente em decorrência das crises econômicas e fiscais do País, enfraqueceram ou mesmo desapareceram. Outras, por sua vez, permanecem em vigor, respaldadas pelas estruturas de apoio organizadas, com sustentação em grupos influentes, que se localizam nos poderes Legislativo e Executivo, bem como no meio empresarial.

Partindo-se desse entendimento, passa-se a ter uma visão clara de como se estrutura o sistema de políticas públicas que orientaram, e, em boa parte, ainda orientam (por intermédio da inércia ou da irracionalidade do governo), o processo de ocupação e desenvolvimento da região. Isso permite inferir que propostas de alterações do modelo atual devem, necessariamente, levar em consideração a dimensão do poder existente no sistema atual. Isso evitará a criação de falsas expectativas, que tenderão a ser frustradas no futuro, no que diz respeito à ocupação e ao desenvolvimento da Amazônia.

Torna-se necessário, portanto, diante dessa realidade, tecer alguns comentários e sugerir algumas medidas para o enfrentamento dos problemas assinalados.

a) A definição de políticas públicas para a ocupação e desenvolvimento da Amazônia passa necessariamente pela redefinição do papel do Estado e de seus organismos envolvidos nessa tarefa, notadamente a SUDAM, o BASA, a SUFRAMA, o IBAMA, o INPA, o INCRA, a EMBRAPA e as universidades da região.

b) A agenda de discussão de políticas públicas deve incluir, de forma explícita (com participação da sociedade e das organizações não-governamentais), as questões relacionadas às políticas ambientais – leis e decisões – formuladas para solucionar os conflitos explícitos ou latentes que envolvem o modelo de ocupação e desenvolvimento da região. Busca-se, assim, permitir que sejam alcançadas as metas almejadas em comum, considerando-se que a política ambiental lida com valores e interesses intensamente opostos, e que só podem ser alcançados pela coletividade como um todo.

c) Nas avaliações feitas sobre os incentivos fiscais na Amazônia, constata-se que a maior parte dos danos ambientais causados à região é extremamente difícil de ser enfrentada pelo sistema político, considerando-se que os impactos negativos, em geral, ou são diluídos pela imensidão da área ou aparecem anos após ter ocorrido a devastação ou a ação poluidora. Por isso, torna-se recomendável a introdução de critérios mais rígidos nos procedimentos de análise, acompanhamento e avaliação dos projetos a serem implantados ou em fase de implantação na Amazônia Legal, com ou sem incentivos fiscais, especialmente os que se referem à exploração de madeiras, minérios, pesca e agropecuária.

d) É importante também se desdogmatizarem os argumentos utilizados pelos grupos de sustentação política que defendem os “interesses” da região, de forma a neutralizarem-se ou reduzirem-se as suas ações no encaminhamento das formulações de políticas públicas relacionadas à ocupação e ao desenvolvimento da região (com vistas a abandonarem o enfoque imediatista), na qual são secundados pelos grupos empresariais influentes, que estão voltados para a obtenção de vantagens especulativas e lucros. É necessário ressaltar que ambos os segmentos (político e empresarial) são julgados por seu desempenho ao lidarem com problemas imediatos; isso leva à consolidação de uma tendência no sentido de que se tomem medidas que apresentem resultado imediato, e que, na sua maioria, vão de encontro aos interesses ambientais, econômicos e sociais da região e do país.

e) Outra questão importante, no processo de ocupação e desenvolvimento da Amazônia, e que por decorrência reflete-se nos problemas ambientais da área (reconhecidamente difíceis de serem avaliados), é a necessidade de que sejam adotadas ações concretas no campo fundiário, entre elas a redistribuição de terras, com vistas a atenuarem-se ou evitarem-se os conflitos em algumas áreas críticas, como é o caso do Mato Grosso e do sul do Pará. Deve-se examinar, ainda, a possibilidade da criação de territórios federais nas grandes áreas vazias e razoavelmente preservadas, como é o caso da Hiléia Amazonense e das áreas de fronteiras ao norte da região. As distorções geradas no processo de ocupação da Amazônia já demonstraram que o problema ambiental da região é preocupante e exige que o governo assuma uma postura pró-ativa, que os empresários não visem

apenas à especulação e ao lucro e que as instituições de pesquisas e ensino se envolvam de forma concreta, em sintonia com as organizações não-governamentais que atuam na área, buscando alternativas científicas, tecnológicas, econômicas, educacionais, culturais e ambientais que garantam a ocupação e o desenvolvimento sustentável para a região.

f) Assim, fica claro que a questão da ocupação e desenvolvimento da Amazônia, conforme retratado no capítulo inicial deste trabalho, passa pela formulação responsável de políticas públicas. Dessa forma, a solução do processo de ocupação e desenvolvimento daquela região terá de contar com a participação efetiva da sociedade, que deverá ser mobilizada e envolvida nessa tarefa árdua, com vistas a questionar se as políticas públicas de ocupação e desenvolvimento implementadas na Amazônia são defensáveis e se os critérios adotados até então, na formulação dessas políticas, são aceitos e considerados desejáveis. O importante, nesse sentido, é agregar, no encaminhamento dessa questão, variáveis éticas e dimensões de responsabilidade na formulação de políticas públicas para a Amazônia.

g) A adoção de medidas ambientais corretas, em sintonia com o conceito de desenvolvimento sustentável e com a Agenda 21 (documento aprovado durante a Conferência para o Meio Ambiente e Desenvolvimento – ECO-92, realizada no Rio de Janeiro, estabelecendo um plano internacional de ações a serem desenvolvidas pelos países signatários em todas as áreas relacionadas com o desenvolvimento sustentável do Planeta), indica que a maioria dos países desenvolvidos começam a perceber que é mais importante prevenir os efeitos perversos de uma atividade econômica no começo, quando é planejada, do que depois de aparecerem os prejuízos. Mas uma conscientização da necessidade dessa postura indica maior entendimento e preocupação moral do que a anterior atitude, generalizada, que se concentrava somente no crescimento econômico, especialmente para geração de empregos e produção de bens e serviços.

É nesse sentido (considerando-se a importância e a complexidade da questão ambiental) que o Brasil deverá, necessariamente, encaminhar-se. Não deve ser desconsiderado, nesse contexto, que o crescimento econômico que beneficie a maioria do povo é vital para a proteção do ambiente, e isso somente será possível com a busca de um equilíbrio entre

atividade econômica e uma proteção ao meio ambiente na Amazônia. Esse é o desafio que se apresenta para a sociedade brasileira no presente e que terá de ser resolvido por meio do encaminhamento adequado na formulação e implementação de políticas públicas para orientar, no futuro próximo, o processo de ocupação e de desenvolvimento da Amazônia.

Bibliografia

- CARDOSO, F. H. *Autoritarismo e democratização*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1975.
- DELGADO, G. C. , GASQUES, J. G., VILLA VERDE, C. M. *Agricultura e políticas públicas*. Brasília : IPEA, 1990. (Série IPEA, 127).
- PEDONE, L. *Formulação, implementação e avaliação de políticas públicas*. Brasília : FUNCEP, 1986.
- MARDEN, P. G., DENNIS G., HUDGSON, TERRY L., McCOY. *Population in the Global Arena : actors values, policies, and futures*. New York : Holt, Rinehart and Winston, 1982.
- MARTINE, G. População e meio ambiente : a complexidade das interações e a diversidade de níveis. *Planejamento e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro, n. 7, p. 5-25, jun. 1992.
- PEREIRA, J. Matias. *Formas de ocupação da Amazônia : desenvolvimento e desigualdades regionais das mesorregiões de Manaus – Hiléia Amazonense*. Manaus : Sarem, 1983.
- . *Alternativas para ocupação e desenvolvimento : estudo de caso : o Estado do Amazonas*. Manaus : Ed. Imprensa Manaus, 1981.
- . *Desenvolvimento e desigualdades na Amazônia*. Belém : Basa, 1986.
- . *Introdução crítica à economia da Amazônia*. Belém : Basa, 1988.
- MUELLER, C. C. Políticas governamentais e a expansão recente da agropecuária no Centro-Oeste. *Planejamento e Políticas Públicas*. Rio de Janeiro, p. 45-73, jun. 1990.
- . Formulação de políticas agrícolas. *Revista de Economia Política*, v. 2, n. 1, p. 122, jan./mar.1982.
- . O Estado e a expansão da fronteira agropecuária na Amazônia brasileira. *Estudos Econômicos*, v. 13, n. 3, p. 657-79, set./dez. 1993.
- SEITZ, J. L. *A política do desenvolvimento*. Rio de Janeiro : Zahar, 1991.
- SCHMIDHEINY, S. *Mudando o rumo*. Rio de Janeiro : FGV, 1992.
- SCHUBERT, H. Planejando a ocupação sustentável do Território Nacional : o exemplo da Amazônia. *Planejamento e políticas públicas*, Rio de Janeiro : p. 27-56, jun. 1992.

O direito como instrumento catalisador do desenvolvimento das relações econômicas entre a França e o Brasil

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO

1. Direito e desenvolvimento. 2. A influência do direito francês no Brasil. 3. O desconhecimento do direito brasileiro na França. 4. O Acordo Franco-Brasileiro de Promoção e Proteção Recíproca dos Investimentos. 5. Sugestões complementares e conclusões.

1. Direito e desenvolvimento

Nos seus aspectos mais modernos, vinculados à globalização da economia e à colaboração pluridisciplinar no campo das ciências sociais, o direito adquiriu novos aspectos que, por sua vez, ensejaram especializações próprias, de acordo com as finalidades almejadas. Assim, aos poucos, destacam-se novos ramos do direito, entre os quais o direito econômico, o direito do desenvolvimento e, mais recentemente, o direito da engenharia financeira, com as respectivas vertentes nacionais e internacionais.¹

É, pois, absolutamente correto vislumbrar na ciência jurídica não mais um quadro normativo estático, que regula as relações jurídicas, mas sim um verdadeiro instrumento dinâmico que transforma a realidade. Enquanto, no passado, o legislador costumava acompanhar os fatos, deixar que as práticas fossem sedimentadas para, em seguida, se necessário, nelas intervir, dando-lhes a necessária normatização, atualmente o direito, muitas vezes, precede os fatos e cria o contexto dentro do qual

¹ WALD, Arnaldo. Direito do Desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, v. 383, p. 7-18; WALD, Arnaldo, MORAES, Luiza Rangel de, WALD, Alexandre de Mendonça. *O Direito de parceria*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. p. 22; BERTREL, J. P., JEANTIN, M. *Droit de l'ingénierie financière*. Paris : Litec, 1990.

Arnoldo Wald é Advogado em São Paulo, Professor Catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Presidente do Grupo Brasileiro da Association Henri Capitant para a Cultura Jurídica Francesa.

a vida econômica passará a se desenvolver. Não se trata mais, simplesmente, de estabelecer normas de conduta e de composição de conflitos para situações atuais, mas, também, de estimular, incentivar e prever relações jurídicas ainda inexistentes ou pouco relevantes. Evita-se, assim, a chamada “revolta dos fatos contra o direito”², dando-se, ao mesmo tempo, uma nova dimensão às normas jurídicas. Ao lado do tempo de vigência das regras de direito e do espaço em que vigoram, analisa-se, atualmente, o ritmo da evolução jurídica e sua compatibilidade com as transformações sofridas pela sociedade, numa fase na qual a evolução tecnológica e as mudanças decorrentes ocorrem na velocidade das progressões geométricas. É o que denominamos o direito em terceira dimensão.

Reconhece-se, já há longo tempo, que o que fica das grandes revoluções é a legislação delas decorrente³, mas, na segunda metade do século XX, verificamos que numerosas revoluções estão sendo feitas, pacificamente, pelo direito, como ocorre com a criação dos grandes blocos econômicos do nosso tempo: a União Européia, o NAFTA e o MERCOSUL. Mesmo no plano interno, pretende-se utilizar a legislação com finalidades pedagógicas e incentivadoras, oferecendo, assim, o legislador, novos quadros para a economia e, até, uma nova escala de valores. Foi o que aconteceu, em certo sentido, com algumas das disposições programáticas da Constituição de 1988, com a legislação brasileira referente às sociedades anônimas e ao mercado de capitais e com as disposições que, na maioria dos países, pretendem restabelecer o domínio da ética nas relações comerciais, reconhecendo que a função básica do direito consiste em submeter a economia às regras morais.

Justifica-se, assim, dentro de um programa mais amplo, verificar qual o papel que o direito,

² Gaston Morin escreveu a esse respeito livro cujo título se tornou clássico; *La révolte des faits contre le code*. Paris : Sirey, 1945. A matéria foi objeto de numerosas obras, especialmente na década de 1950, destacando-se, entre outras, as de Georges Ripert e René Savatier.

³ Escreve a esse respeito Georges Ripert:

“La pensée des philosophes du XVIIIe siècle aurait été vaine si de robustes praticiens, constituants et législateurs, n’avaient refait l’État et rédigé des codes. L’oeuvre du juriste est la seule qui demeure quand le tumulte des révolutions est apaisé”. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946. p. 342.

a doutrina e a prática jurídicas podem exercer na reaproximação dos povos, especialmente no caso da França e do Brasil, quando existem ingredientes fecundos e de relativamente fácil manejo para alcançar tal finalidade, na medida em que já há uma ampla tradição histórica, mais do que centenária, de vinculação cultural entre os dois países no setor.

Na realidade, a área jurídica se encontra na linha divisória entre a economia e a cultura, abrangendo ambas e nelas repercutindo. Deve-se, todavia, considerar que, de fato, embora em dimensões distintas, as relações entre os países, no plano cultural e econômico, têm, entre si, uma certa vinculação. Durante algum tempo, as relações entre a França e o Brasil perderam uma parte de sua substância no campo da economia, mantendo, todavia, o seu relacionamento cultural, mas, em seguida, a relativa redução das atividades negociais entre os dois países acabou tendo, também, repercussões indiretas nos seus vínculos culturais.

A importância de utilizar o direito como catalisador das relações econômicas se justifica tanto mais no momento em que se reconhece a necessidade de mudança de algumas estruturas da sociedade, que exigem uma profunda reformulação do direito. Já tivemos o ensejo de assinalar a importância crescente, no mundo inteiro, mas especificamente no Brasil e na França, das diversas formas de parcerias e de *joint venture*, de tal modo que a própria língua francesa consagrou a palavra *partenariat*, que, no passado, não costumava constar do *Petit Larousse*. Atualmente, reconhece-se que se evolui para o que Alain Peyrefitte denomina “a sociedade de confiança”⁴, enquanto Francis Fukuyama, após ter falado no fim da história, a ressuscita para um mundo no qual deverá prevalecer esta mesma confiança, como virtude social e instrumento de criação da prosperidade.⁵ Ora, no mundo da confiança, do respeito à palavra dada e à boa-fé, do equilíbrio nas relações entre as partes, da constante adaptação equitativa dos contratos às novas circunstâncias em que vivemos, o direito tem, evidentemente, um importante papel a exercer na aproximação e convivência dos povos e dos negócios internacionais.

⁴ PEYREFITTE, Alain. *La société de confiance*. Paris : Editions Odile Jacob, 1995.

⁵ FUKUYAMA, Francis. *Trust : the social virtues & the creation of prosperity*. New York : The Free Press, 1995.

2. A influência do direito francês no Brasil

Não se deve cogitar do futuro sem uma visão histórica e uma análise das influências exercidas no passado e que repercutem no presente. Quando se cogita, pois, das relações jurídicas entre a França e o Brasil, cabe destacar, desde logo, a imensa influência exercida pelo direito francês sobre a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileiras e, ao mesmo tempo, ao contrário, a relativa ausência de dados acessíveis sobre a nossa legislação que estejam disponíveis tanto para os empresários como para os advogados e juristas franceses.

Durante muitos anos, o modelo jurídico francês exerceu uma influência preponderante sobre o direito brasileiro, especialmente no campo do direito privado. Embora o nosso direito tivesse as suas originalidades e peculiaridades e tivesse sofrido a influência de outros países, como Portugal, pela nossa tradição, a Alemanha, em direito civil, a Itália, em direito penal e processual, e os Estados Unidos, no direito constitucional, não há dúvida que a presença preponderante foi, durante muito tempo, e podemos dizer que continua sendo até hoje, a dos juristas franceses.

Na realidade, essa influência se exerceu basicamente sob dois aspectos. De um lado, adotamos as idéias liberais e os conceitos da Revolução Francesa que acabaram sendo consolidados não só na Declaração dos Direitos do Homem, mas também no Código Napoleão e na moral cristã que nos foram transmitidos pelas legislações européias lideradas pela França. Em segundo lugar, a técnica de interpretação do direito, que permitiu a sobrevivência do Código Napoleão por quase dois séculos, a admissão de premissas como a racionalidade e o aspecto eqüitativo da lei, a dogmática sedimentada pelos grandes tratadistas e o profundo senso social altamente criativo dos juizes, do Ministério Público e dos advogados e doutrinadores franceses impregnaram o direito brasileiro.

Acresce que até, muitas vezes, legislações e doutrinas de outros países foram divulgadas no Brasil pelos autores franceses, como ocorreu em relação ao Código Civil Alemão, que entrou em vigor em 1-1-1900 (o BGB), que é geralmente citado, nos tribunais brasileiros, na sua tradução francesa com comentários de juristas como Saleilles e outros, em publicação oficial editada em Paris.

Na realidade, o Brasil, como o Estado de

Louisiana, apresenta, no plano jurídico, uma forma de *cross fertilization* entre influências européias e norte-americanas, que se fazem sentir com densidade nos tribunais superiores, cujos acórdãos refletem, muitas vezes, a doutrina e a jurisprudência de países estrangeiros.⁶ Já tivemos, assim, o ensejo de dizer que, em certo sentido, o jurista e o advogado brasileiros faziam estudos de direito comparado, por necessidade e quase inconscientemente, do mesmo modo que M. Jourdain, na peça de Molière, fala em prosa e verso sem sabê-lo.⁷

Acresce que a influência do direito estrangeiro e especialmente do direito francês é de tal ordem que, em determinados casos, os tribunais fazem com que as suas teses prevaleçam mesmo quando a solução escrita do direito brasileiro é diferente, como tem sido salientado em debates do Supremo Tribunal Federal e conforme crítica feita pela doutrina.⁸

Embora tenhamos, na maioria das nossas obras jurídicas, numerosas referências ao direito estrangeiro, ainda falta, todavia, no Brasil, o estudo sistemático do direito comparado. Não obstante ser lecionado eventualmente em algumas faculdades, nas cadeiras de mestrado e doutorado, não existem, em nosso país, entidades que sistematizem tais ensinamentos, como os institutos e sociedades de direito comparado, que se desenvolveram na França e no resto do mundo, tendo ampliado consideravelmente a sua presença e as suas atividades nos últimos anos.

Cabe, outrossim, salientar que o intercâmbio recente entre juristas, magistrados, advogados e estudiosos do direito em geral dos dois países tem sido relativamente pouco intenso e dependente de esforços individuais, que não mais contam com os suficientes apoios públicos ou privados, ao contrário do que acontecia no passado. Tal fato se explica, mas não se justifica, tanto por interesses políticos dos dois países que, até recentemente, não privilegiaram as suas relações mútuas e recíprocas, como também pelo fato esdrúxulo de não se

⁶ DAVID, René. *Traité Élémentaire de Droit Comparé*. p. 243.

⁷ WALD, Arnaldo. *Circulation du modèle juridique français*. Paris : Litec, 1994. p. 127 : Brésil. Journées Franco-Italiennes de l'Association Henri Capitant, 1993.

⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. 43, § 4.699, p. 147-148 e julgamento da ADIn nº 493, pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais*, v. 690, p. 176.

considerar o direito, para fins burocráticos, nem como ciência, nem como arte, e tampouco como atividade negocial. Houve, no caso, condenável retrocesso, que se deve corrigir, de ambos os lados, recuperando-se o tempo perdido.

Finalmente, o sentido que se deve dar à cultura jurídica francesa não é mais o mesmo que tinha, para o Brasil, no fim do século passado. No momento em que todas as legislações estão procurando novos caminhos e se pretende construir uma legislação do futuro, que permita a harmonização de direito, quiçá a sua uniformização, o valor que tem e deve ter a difusão do direito francês não significa a imposição de suas técnicas e soluções a outros países, mas constitui uma base para o estabelecimento de uma verdadeira parceria entre juristas do velho e do novo mundo, para permitir a circulação e o aprimoramento dos modelos, aos quais aludia o professor Rodolfo Sacco.⁹

3. O desconhecimento do direito brasileiro na França

Se o direito francês é conhecido, citado e comentado no Brasil, ao contrário, devemos reconhecer a existência do mais completo desconhecimento do direito brasileiro na França, onde até a legislação dos países africanos é muito mais divulgada do que a nossa.

Embora se reconheça, na França, a importância econômica e cultural do Brasil, que tem merecido um certo número de estudos fora do campo jurídico (especialmente em sociologia), o direito brasileiro praticamente é muito pouco conhecido, tanto nas faculdades como nos pretórios, e a sua presença é inclusive reduzida nos próprios centros de direito comparado.¹⁰

Avalia-se em cerca de uma dezena os livros jurídicos dos autores brasileiros ou referentes ao direito brasileiro publicados na França, não ultrapassando uma centena os artigos e relatórios apresentados nos congressos, dos quais cerca de trinta têm decorrido dos trabalhos do Grupo Brasileiro da Association

⁹ SACCO, Rodolfo. *Rapport de synthèse*. p. 13-14, nota 7.

¹⁰ Basta dizer que o último trabalho sério e sistemático de análise do direito brasileiro feito pela doutrina francesa data dos trabalhos de René David, na década de 1950, quando publicou o seu tratado de direito comparado e deu um curso que abrangeu o estudo do direito do nosso país.

Henri Capitant que, há quarenta anos, tem divulgado a nossa legislação no exterior, particularmente para os juristas de língua francesa. Entre tais relatórios, destacam-se os de Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de desembargadores e professores das várias faculdades do país e de diversos advogados. Embora alguns juristas brasileiros tenham ensinado nas faculdades francesas, a nossa bibliografia jurídica em francês continua sendo muito restrita, dificultando, assim, o acesso de advogados estrangeiros ao nosso direito. Não se trata aliás de um fenômeno especificamente francês, pois o mesmo se repete em outros países, como os Estados Unidos e a Inglaterra, tornando-se mais agudo ainda em relação a nações que, embora tenham grandes investimentos no Brasil, têm formações culturais distintas das nossas, como a Alemanha e o Japão.

Trata-se de área de atividade na qual um trabalho sério pode ser realizado, com relativamente poucos recursos e mediante uma parceria entre a área pública (Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça) e a iniciativa privada, mobilizando-se as universidades, as entidades profissionais de advogados (Ordem, Institutos, Associações), as Confederações e Federações do Comércio e da Indústria, as Câmaras de Comércio e Associações Comerciais e as editoras de livros jurídicos. Basta dizer que, no momento, as dificuldades burocráticas estão impedindo de fato a realização de convênios interuniversitários entre o Brasil e a França e que o movimento de bolsistas na área jurídica é praticamente inexistente, quando se trata de instrumentos fecundos de aproximação entre as novas gerações de ambos os países. Por muito tempo, as restrições ao funcionamento de professores estrangeiros no Brasil e a falta de verbas universitárias para este fim fizeram, aliás, com que se interrompesse o movimento salutar de *cross fertilization*, que trouxe ao Brasil professores do nível de Fernand Braudel¹¹, Charles Morazé, Georges Dumas, Jacques Lambert, Claude Lévi-Strauss, Pierre Monbeig e tantos outros, dificultando, outrossim, de acordo com o princípio da reciprocidade, a presença de mestres brasileiros nas faculdades

¹¹ O eminente geógrafo Fernand Braudel considerou que a sua experiência ficou muito enriquecida com a sua viagem ao Brasil em 1935, tendo chegado a afirmar: "C'est au Brésil que je suis devenu intelligent". (Ap. DAIX, Pierre. *Braudel*. Paris : Flammarion, 1995. p. 109).

francesas, embora tais convites tenham sido e estejam sendo mantidos, necessitando todavia de maior continuidade, organização e sistematização.

No particular, dentro da idéia da criação de comissões especiais para as relações com determinados países, faria sentido que também houvesse subcomissões especialmente encarregadas de tratar da colaboração entre universidades e organizações profissionais dos dois países em setores específicos, como é o caso do direito.

Há, aliás, nesse campo, uma resistência corporativa e burocrática do lado brasileiro que é inexplicável. Basta lembrar que, há cerca de vinte anos, o *Barreau* de Paris acertou, em princípio, com a nossa OAB um acordo que permitiria a advocacia reciprocamente de advogados franceses no Brasil e de advogados brasileiros na França. Esse acordo, que foi objeto de um protocolo, pareceu-nos altamente honroso para a advocacia brasileira, mas, após a aprovação, em tese, do Conselho Federal da OAB, foi bloqueado pelo Ministério da Educação, impedindo assim uma maior colaboração entre os advogados dos dois países. A França e especialmente o *Barreau* de Paris foram mais generosos, superando o princípio da reciprocidade, para admitir, em determinados casos, a inscrição de advogados brasileiros, por entenderem que tinham notório saber jurídico, o que não seria permitido, na hipótese inversa, às Seções da OAB no Brasil. Mas, no particular, a tradição francesa reconhece a autonomia do *Barreau* que “est maître chez soi”.

No momento em que acabamos de fazer uma reforma constitucional para superar um protecionismo ultrapassado e integrar o país no mundo da globalização, seria hora de, sem excessiva generalização e com os resguardos necessários, extrairmos todas as conseqüências, na legislação ordinária e no campo regulamentar, da decisão constitucional, do mesmo modo que, quando, no passado, decidiu-se equiparar os brasileiros naturalizados aos natos, ressaltadas as exceções constitucionais, foi revista a legislação ordinária para este fim.

Na realidade, trata-se de complementar a abertura econômica do país pela abertura jurídica, a abertura *de direito* pela abertura *de fato*, ensejando um novo tipo de relacionamento entre os dois países, que pressupõe um maior conhecimento mútuo do direito e da legislação vigente em cada um deles.

Ao lado dos princípios e idéias gerais já referidas, há alguns instrumentos jurídicos que merecem uma atenção especial, dentro dos limites nos quais criam novas garantias para o capital estrangeiro, mas podem depender, em parte, de complementação legislativa ou de ratificação pelo Congresso Nacional.

Um desses instrumentos é o acordo entre o Brasil e a França referente à promoção e proteção recíproca de investimentos que, em seguida, analisaremos de modo sumário.

4. O Acordo Franco-Brasileiro de Promoção e Proteção Recíproca dos Investimentos

O acordo franco-brasileiro, firmado em 21-3-1995, que sucedeu a outros assinados pelo Brasil, em termos diferentes, com os Estados Unidos e é contemporâneo de convenções análogas firmadas com a Inglaterra e a Suíça, representa, pela sua existência e pelo seu conteúdo, uma mudança de posição do Brasil em relação ao investidor estrangeiro.

Pode-se dizer, até, que esses vários tratados firmados nos últimos anos são a demonstração de ter o país superado o clima de desconfiança em relação ao capital estrangeiro, que existia desde a Carta de 1937, desaparecendo uma espécie de muro de Berlim, que dava um tratamento discriminado ao capital estrangeiro, sendo substituído por um crédito de confiança, que deflui do próprio título do acordo quando se refere à “promoção e proteção recíproca dos investimentos estrangeiros” (e não à proteção do Brasil contra os investimentos estrangeiros).

Por outro lado, além do seu caráter simbólico, o acordo dá garantias reais contra os riscos políticos, inclusive no caso de desapropriação, e estabelece uma sistemática um tanto complicada, mas, de qualquer modo, relevante em relação à arbitragem.

Cabe salientar que o mencionado acordo foi seguido de troca de correspondência de caráter interpretativo, em relação ao seu art. 4.º, na qual ambos os Estados prometeram fazer o melhor esforço no sentido de aplicar, nos seus respectivos países, no tocante às licitações referentes aos contratos de fornecimento de bens e serviços, não a simples cláusula da nação mais favorecida, que constava do acordo, mas de assegurar a concessão às pessoas jurídicas e físicas com nacionalidade do outro país do mesmo tratamento assegurado aos seus nacionais.

Cabe, inicialmente, examinar se o mencionado acordo já está em vigor ou se depende de ratificação do Congresso Nacional, nos precisos termos do art. 49, I, da Constituição Federal.

Entendemos, salvo melhor juízo, que não se trata, no caso, de acordo internacional que acarrete “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I, da Constituição), razão pela qual não haveria, em tese, necessidade de ratificação pelo Congresso por não haver ônus em relação ao país, entendido o mesmo como sendo exclusiva ou principalmente de caráter patrimonial, atendendo-se à terminologia utilizada pelo legislador constituinte. Por outro lado, considerando-se que algumas cláusulas do acordo impõem mudanças legislativas, a sua ratificação teria a vantagem de ensejar, de modo inequívoco, a modificação legislativa decorrente, que não poderia decorrer de simples ato do Executivo. Assim, o acordo, se não ratificado, deveria ser encarado como simples obrigação assumida pelo Poder Executivo de propor modificações legislativas, no sentido de integrar, na ordem jurídica interna, as regras dele decorrentes.

De qualquer modo, considerando-se que o pior, no caso, é a insegurança jurídica, impõe-se a definição adequada dos termos nos quais o acordo deverá ser interpretado alternativamente:

- a) como vigente em todos os seus termos, desde a sua assinatura;
- b) como pendente de condição suspensiva, que seria a ratificação do Congresso Nacional;
- c) como compromisso do Poder Executivo no sentido de propor ao Congresso as medidas legislativas que decorrem do acordo.

Cabe ao Ministério das Relações Exteriores e, eventualmente, à Advocacia Geral da União decidir a esse respeito. Assim, conforme o caso, o acordo deverá ser remetido ao Congresso Nacional para que seja ratificado ou o Poder Executivo tomará as providências para baixar medidas provisórias ou encaminhar projetos de leis ao Congresso Nacional, para que o acordo não fique sendo letra morta.

Por outro lado, o acordo, como os demais assinados com outros países, exige, para que se mantenha a coerência da ordem jurídica, outras providências, tanto no tocante à arbitragem como à eventual indenização nas desapropriações.

Para que o sistema jurídico mantenha a sua racionalidade e coerência e se evitem tanto os privilégios dos nacionais, em relação aos estrangeiros, quanto os destes em relação àqueles, o Brasil precisa, com urgência, ratificar as demais convenções internacionais referentes à arbitragem e transformar em lei o projeto já aprovado no Congresso Nacional referente à arbitragem interna. Caso contrário, o direito de utilizar a arbitragem, previsto no acordo, transformar-se-á em privilégio descabido somente aplicável em alguns casos e discrepando do sistema legislativo como um todo.

Ora, é evidente tratar-se de norma geral, pois, considerando a demora do julgamento final das ações judiciais, tanto na França quanto no Brasil, impõe-se que as divergências, tanto comerciais quanto administrativas, possam ser dirimidas mais rapidamente por árbitros, encontrando-se, outrossim, quando o devedor é uma pessoa jurídica de direito público, meios hábeis de execução imediata do débito acrescido dos juros de mercado, como está aliás previsto no acordo franco-brasileiro.

O problema se agrava no Brasil, tanto em virtude do anacrônico e injusto sistema de pagamentos dos débitos públicos por precatórios, como em virtude da importante defasagem, que ainda existe, entre os juros do mercado e os juros legais, representando, muitas vezes, os primeiros o dobro dos segundos.

As novas normas constitucionais e o acordo franco-brasileiro impõem também uma revisão de uma série de normas legislativas e administrativas para excluir a discriminação em relação ao capital estrangeiro, que ainda encontramos na legislação sobre licitação e concessões e em inúmeros outros diplomas legais e regulamentares.

Embora se tenha entendido acertadamente que a reforma constitucional é auto-executável, não exigindo que houvesse, no plano infraconstitucional, novos diplomas para operar as modificações legislativas ou regulamentares de modo explícito e importando a Reforma Constitucional, por si só, na revogação ou derrogação dos textos que são com ela incompatíveis, parece-nos que cabe ao Poder Executivo consolidar as alterações decorrentes a fim de evitar dúvidas e ambigüidades e restabelecer, na matéria, a mais completa segurança jurídica.

5. Sugestões complementares e conclusões

Se existem importantes empresas francesas no Brasil e há até a presença eventual de algumas companhias brasileiras na França, com intenso movimento comercial entre os dois países, são poucas as *joint ventures* existentes entre grupos franceses e brasileiros e é nelas que, em geral, opera-se o milagre da multiplicação dos pães, juntando-se o capital financeiro e o social, o *know-how* e a mão-de-obra especializada, a presença de acionistas e de empresários tanto do velho como do novo mundo.

Algumas medidas podem incentivar a criação desse tipo de *joint venture* além dos acordos de acionistas que, no direito brasileiro, têm dado bons frutos, estabelecendo um equilíbrio entre os interesses em conflito. Poder-se-ia cogitar, por exemplo, de empresas binacionais franco-brasileiras, do mesmo modo que foram criadas as binacionais argentino-brasileiras, com um estatuto próprio que se inspiraria do exemplo já citado e do acordo franco-brasileiro.

No mercado de capitais, várias medidas poderiam ser tomadas para intensificar as relações entre as Bolsas de Paris e de São Paulo, tanto no tocante aos valores mobiliários quanto em relação às operações de mercadoria e de futuro. No momento no qual, na Europa, há luta para ocupar um melhor lugar no *ranking* das praças financeiras, destacando-se a de Paris, acordos de cooperação com a América do Sul – e em particular o MERCOSUL – poderiam permitir o lançamento e a negociação de ações, opções e contratos brasileiros na França e conseqüentemente na Europa e de valores europeus nas bolsas brasileiras, seguindo-se o exemplo dos acordos já existentes entre o Brasil e a Argentina, que permitiram o lançamento, em nosso país, das ações da empresa YPF (*Yacimientos Petroliferos Fiscales*)

Ainda dentro dessa linha, caberia reconhecer a caducidade das nossas disposições legais que impediam o lançamento, no mercado brasileiro, de ações sem direito de voto por parte de empresas sediadas no país, mas cujo controle pertencesse a empresas estrangeiras. Trata-se de disposição que, há longo tempo, já considerávamos superada¹² e que certamente deixou de vigorar após a recente reforma constitu-

¹² WALD, Arnaldo. *Estudos e pareceres de Direito Comercial*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972. p. 111-119: Emissão de ações preferenciais por empresa estrangeira sediada no Brasil.

cional, tendo efeitos absolutamente absurdos. Basta dizer que, como se afirma na imprensa, se uma empresa como a EDF – *Electricité de France* viesse a assumir o controle da LIGHT, por ocasião de sua privatização, não mais seria lícita a emissão de novas ações preferenciais sem voto da mencionada sociedade brasileira. No campo das concessões, nas quais se conta com o capital estrangeiro, a interpretação que mantém restrições à emissão de ações sem direito de voto por empresas controladas por estrangeiros trará as maiores dificuldades para que se alcancem as metas do projeto governamental.¹³

Outros projetos e idéias hão de se desenvolver mediante um contato contínuo e fértil entre estudiosos, comerciantes, industriais e diplomatas dos dois países, pois estamos incontestavelmente na era da “incerteza” (de Galbraith) ou da “descontinuidade” (de Drucker), na qual impera a necessidade de criatividade, flexibilização¹⁴ e colaboração construtiva entre os povos. Se o pós-capitalismo se caracteriza pela importância crescente dada não mais aos equipamentos, nem mesmo aos recursos financeiros e à força de trabalho, mas ao saber,¹⁵ aos recursos humanos, ao *management* e ao chamado *capital humano ou social* das empresas, há um trabalho de cooperação e de parceria que há de ser feito, no mais alto nível, mas com espírito democrático e aberto.

¹³ A respeito da importância do capital estrangeiro na política governamental de concessões para o desenvolvimento da infra-estrutura, consulte-se CARDOSO, Fernando Henrique. *Mãos à obra* : Brasil-Proposta de Governo. Brasília : 1994. p. 12.

¹⁴ CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit*. 7. ed. Paris : LGDJ, 1992. *passim*.

¹⁵ DRUCKER, Peter F. *Post-capitalistic society*. New York : Harper Business, p. 19 e 181.

Da impossibilidade jurídica de exploração da atividade de capitalização por entes estatais

ELAINE DE ALMEIDA PASSOS LOUREIRO E PETER DE PAULA PIRES

Projeto de Lei Complementar regulamentando o artigo 192, inciso II, da Constituição, apresentado para permitir funcionamento de sociedade de capitalização controlada por pessoa jurídica de direito público, empresa pública ou sociedade de economia mista. Impossibilidade diante da ordem constitucional, que consagra a livre iniciativa para a exploração direta de atividade lucrativa, somente sendo permitida a atuação estatal nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição e para, a teor do artigo 173, caput, atender a imperativo de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme devidamente definidos em lei complementar.

O presente trabalho corresponde a resposta à consulta feita pelo Senhor Hélio Portocarrero, Diretor da SUSEP, para análise jurídica do Projeto de Lei Complementar nº 112, de 1996, do Sr. Ildemar Kussler, Deputado do PSDB-RO, o qual dispõe sobre concessão de autorização para funcionamento das sociedades de capitalização controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica de direito público, empresa pública ou sociedade de economia mista, pelo que se pretende afastar a proibição que se pensou constar unicamente da Resolução CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados) nº 15-91, artigo 13.

A ordem constitucional vigente, instaurada em 5 de outubro de 1988, tem por fundamento, entre outros, os valores da livre iniciativa, conforme consagrado no artigo 1º, inciso IV, da *Lex Mater*. O artigo 173 deste diploma, seguindo a orientação principiológica traçada no artigo 1º, expressa vedação aos entes políticos e às pessoas por eles instituídas ou mantidas, no sentido de que os mesmos não devem

Elaine de Almeida Passos Loureiro e Peter de Paula Pires são Procuradores da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

explorar diretamente a atividade econômica, a não ser para atender imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei complementar, previamente instituída.

Com efeito, enquanto aos particulares cabe primordialmente a exploração direta de atividade econômica, ao Estado cabe a prestação de serviços públicos. Vale lembrar que

“a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o outro, (b) traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de direito público, isto é, numa ‘unidade normativa’”¹.

Faz-se mister uma breve digressão acerca do significado da expressão “atividade econômica em sentido estrito”. Como ensina Eros Roberto Grau,

“pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa”.

Assevera ainda o autor que

“‘domínio econômico’ é precisamente o campo da atividade econômica em sentido estrito, área alheia à esfera pública, de titularidade (domínio) do setor privado. Relembre-se que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica (em sentido estrito) está para o setor privado”².

O texto em análise deve ser observado sob o prisma do disposto pelo artigo 173, *caput*, da Constituição em vigor, que determina que o Estado só explorará a atividade econômica quando a mesma for considerada necessária para a manutenção dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse público, devendo tais expressões ser definidas em lei.

A própria Constituição, em seu artigo 174,

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 350.

² *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 144 e 162.

define a forma de atuação do Estado em relação à atividade econômica, como agente normativo, regulador, fiscalizador, incentivador e planejador. Portanto, da justaposição dos dois dispositivos, conclui-se que somente a título de exceção é permitido ao Estado explorar diretamente a atividade econômica. A mais autorizada doutrina, em uníssono, repudia a exploração econômica pelo Estado quando em desacordo com a ordem constitucional vigente:

“O objeto da sociedade de economia mista tanto pode ser um serviço público ou de utilidade pública como uma atividade econômica empresarial. Quando for serviço público ou de utilidade pública, sua liberdade operacional é ampla e irrestrita; quando for atividade econômica, fica limitada aos preceitos constitucionais da subsidiariedade e da não-competitividade com a iniciativa privada, sujeitando-se às normas aplicáveis às empresas congêneres particulares e ao regime tributário comum, pois é dever do Estado dar preferência, estímulo e apoio à iniciativa privada para o desempenho da atividade econômica (CF, art. 173 e §§). Entretanto, a realidade vem demonstrando que as empresas estatais estão sendo criadas com desrespeito aos mandamentos constitucionais, invadindo a área reservada ao empresariado particular e fazendo-lhe aberta concorrência desleal. Urge que se ponha um parapeito a essa conduta inconstitucional e prejudicial à economia privada”.³

“Qualquer ‘exploração direta de atividade econômica pelo Estado’ é inconstitucional, salvo se for o caso de prestação de serviço público para a qual a unidade política seja constitucionalmente competente, ou para o desempenho de atividade definida em lei como necessária a imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

“Acresce que as exigências constitucionais que podem caracterizar a excepcionalidade da atividade empresarial do Estado – segurança nacional e interesse coletivo – não devem apenas estar invocadas como efetivamente existirem. Não há discricionariedade legislativa para

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 333.

inventar hipóteses de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, mas, tão-somente, para identificá-las quando de fato existam.

“O Poder Judiciário, por sua vez, tem plena sindicância sobre a materialidade dessas condições, agora mais que nas Cartas anteriores, em face da linguagem restrita do art. 173, que faz a intervenção econômica não só dependente de lei específica como a configura como uma exceção.

“A rigorosa aplicação desse dispositivo obriga a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a reverem, um por um, os fundamentos jurídicos de suas respectivas empresas estatais e, por certo, encontrarão muitas delas concorrendo inconstitucionalmente em atividades econômicas reservadas ao setor privado”⁴.

Vale ressaltar que a norma do art. 173 é princípio geral da atividade econômica, conforme se verifica no Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira da Constituição, dentro do qual se insere, sendo aplicável, portanto, a todas as situações que correspondam à referida atividade. Além disso, trata-se indubitavelmente de norma proibitiva relativamente à exploração direta pelo Estado de atividade lucrativa, que faz valer seus efeitos independentemente de qualquer integração infraconstitucional. Nesse sentido, vale recordar a lição do saudoso Meirelles Teixeira, doutrinando que

“ainda de acordo com a doutrina clássica norte-americana, preceitos constitucionais existem auto-aplicáveis pela sua própria natureza, e, quanto a estes, nenhuma dúvida poderá existir para o intérprete, nem necessidade, portanto, daquele cuidadoso exame do texto constitucional a que, via de regra, dever-se-á proceder em cada caso, segundo os princípios já expostos. (...)”

“Relativamente às proibições e vedações constitucionais (‘prohibitory provisions’, ‘prohibitive and restrictive provisions’, ‘prohibitions’, na linguagem dos autores da linguagem americana), eis como o grande Rui Ihes justificava o

caráter auto-executório:

“É que a norma proibitiva encerra em si mesma quanto se há mister, para que desde logo se torne obrigatória a proibição, embora a sanção contra o ato, que a violar, ainda não esteja definida. Se uma constituição proíbe formalmente determinados atos, a prática de qualquer deles transgredir, *ipso facto*, o preceito constitucional; porquanto a interdição, como interdição, na medida traçada pelos seus termos, é cabal quanto à obrigação, que, juridicamente, estabelece *erga omnes*, de ser respeitada’. (...)”

“É evidente que as proibições ou vedações constitucionais, consistindo tão-somente em obstar-se certa prática ou procedimento, não necessitam de autoridade, órgão, normas ou processos especiais para adquirirem vigência, isto é, para se tornarem efetivas, respeitadas. Todo dispositivo constitucional que vede, que proíba alguma coisa é, pois, auto-aplicável, independentemente, portanto, de lei complementar que o regule”⁵.

O ramo de capitalização é uma atividade tipicamente econômica, conforme reconhece a própria Constituição, ao inseri-la no artigo 192, inciso II, sob o capítulo que trata do Sistema Financeiro Nacional, devendo ser analisada, sistematicamente, à luz do disposto no art. 173. Dessa forma, a exploração de tal atividade, ao contrário do pretendido pelo projeto em exame, está constitucionalmente destinada à iniciativa privada, somente sendo facultada a intervenção do Estado, diretamente ou por meio de pessoas por ele instituídas ou mantidas, quando houver prévia lei específica caracterizando devidamente a capitalização como essencial à segurança nacional ou ao interesse coletivo, na linha exposta nos itens anteriores deste parecer.

Sob o prisma constitucional, portanto, o texto em análise fica prejudicado, uma vez observado que se destina a criar permissivo para que pessoas jurídicas instituídas ou mantidas pelo poder público possam explorar a capitalização, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 261-67, a nosso ver recepcionado como Lei Complementar para os efeitos do disposto no artigo 192, inciso II, da Constituição, que

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 368.

⁵ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1991. p. 309-310.

dispõe, *in verbis*:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

(*omissis*)

II- autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador” (redação na forma da Emenda Constitucional nº 13-96).

Foi mencionado o fato de a norma proibitiva ter sido inserida em uma Resolução do CNSP e houve questionamento acerca da necessidade da edição de lei complementar para revogá-la. Parece-nos demonstrado que a proibição decorre de norma constitucional, tendo o CNSP se limitado a reproduzir a vedação de forma mais explícita. Como já indicado, a revogação do artigo 13, da Resolução CNSP nº 15-91 é inócua, pois permanecerá intangível a limitação feita pela Constituição em vigor.

Logo, o Projeto de Lei Complementar ora apresentado para análise não é meio hábil para autorizar pessoa jurídica de direito público, sociedade de economia mista ou empresa pública a operarem no mercado de capitalização.

Bibliografia

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 : interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1991.

A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

SUMÁRIO

1. O cânone hermenêutico da autonomia do objeto. 2. A questão da autonomia do objeto no âmbito das ciências do espírito. 3. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes. 4. Conclusão.

1. O cânone hermenêutico da autonomia do objeto

A análise fenomenológica do conhecimento, levada a efeito, entre outros, por Johannes Hessen e Manuel García Morente¹, cujos ensinamentos aqui reproduzimos, propõe-se a *descrever* o evento cognitivo tal como ele se apresenta em sua estrutura geral, abstraídos quaisquer vínculos com a realidade, a historicidade e a existencialidade, desprezando, inclusive, a discussão em torno da possibilidade do conhecimento.

Graças a essa espécie de *redução eidética*² – que intenta colocar entre parênteses o objeto *conhecimento* para poder captar-lhe a essência do modo como ela se manifesta na experiência cognitiva – é possível afirmar-se que aquilo a que chamamos *conhecimento* apresenta-se como um fenômeno de natureza relacional, mais precisamente como uma relação dupla ou uma correlação ontognosiológica, na qual se encontram frente à frente o *sujeito* e o *objeto* do conhecimento.

¹ *Teoria do conhecimento*. 7. ed. Coimbra : A. Amado, 1976; *Lecciones preliminares de filosofía*. 6. ed. Buenos Aires : Losada, 1957.

² FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Madrid : Alianza, 1986. p. 901-902 : *Eidético; redução eidética*.

No âmbito dessa relação, embora complementarmente imbricados, o sujeito e o objeto possuem funções distintas e inconfundíveis, pois, enquanto ao sujeito pensante ou sujeito cognoscente compete apreender o objeto – o que ele faz *saindo* de sua esfera e *ingressando* na esfera própria do objeto – a este corresponde a função de ser conhecido ou apreendido pelo sujeito, ao qual *transfere* as suas propriedades.

Como, por outro lado, aquelas propriedades não são aprendidas diretamente pelo sujeito, mas captadas *por meio* da imagem ou do pensamento que nele se forma acerca do objeto, pode-se dizer que, sob esse ponto de vista, “o conhecimento do objeto não é igual ao objeto do conhecimento”³.

Tendo em vista que, nessa relação ontognosiológica, seus elementos constitutivos se implicam e se exigem reciprocamente, mesmo preservada a sua necessária autonomia, é possível afirmar-se que eles só são o que são enquanto o são um para o outro. Mais precisamente – nas palavras de García Morente – “lo que el objeto es, no lo es en sí y por sí, sino en tanto en cuanto es objeto de un sujeto. Lo que el sujeto es, tampoco lo es como un ser absoluto, en sí y por sí, sino en tanto en cuanto es sujeto destinado a conocer un objeto”⁴.

No mesmo sentido, respeitada, obviamente, a diferença radical que singulariza, em tudo o mais, a teoria marxista do conhecimento, Henri Lefebvre assinala que, em termos filosóficos, o sujeito e o objeto atuam e reagem continuamente, em perpétua *interação*, e que essa interação é de natureza *dialética* porque, no âmbito do processo gnosiológico, embora sejam opostos, aqueles elementos são partes de um mesmo todo, tal como se *integram* numa discussão ou num diálogo os seus diversos participantes.⁵

Em razão dessa necessária correlação, que os torna inseparáveis, podemos dizer que, até no plano conceitual, sujeito e objeto são congenitamente complementares e interdependentes, tal como o são outros pares de conceitos correlatos, do tipo *direita/esquerda*, *acima/abaixo*, que se implicam e se exigem reciprocamente no momento mesmo em que são formulados.

Apesar dessa similitude, no entanto, uma diferença essencial particulariza a relação ontognosiológica em face das outras relações conceituais que lhe são afins. É que, no âmbito da relação subjetivo-objetiva, sendo *intrínsecas* ou *inerentes* aos seus elementos constitutivos, as posições e/ou funções correspondentes ao sujeito e ao objeto são, também, mutuamente *inconvertíveis*.

O mesmo, porém, não se verifica nas relações desempenhadas por aqueles outros pares de conceitos correlatos, cujas funções, sendo-lhes externas e contingentes, podem ser trocadas mutuamente, desde que, para tanto, invertamos as posições atribuídas aos elementos da relação.

Com efeito, se permutarmos as posições que dois objetos ocupam no espaço, deslocando-os da direita para a esquerda ou de cima para baixo, essa alteração implicará a troca das funções que eles desempenhavam anteriormente. A esquerda se converterá em direita quando a direita se converter em esquerda; o que estava abaixo passará para cima quando o que se encontrava em cima se deslocar para baixo.

Isso ocorre, precisamente, porque, não sendo da essência de tais objetos assumir ou sinalizar posições no espaço, podemos jogar com eles ou deslocá-los de um ponto para outro, sem que esse jogo ou esse deslocamento desnature tais objetos ou inviabilize as suas relações mútuas.

No âmbito da relação ontognosiológica, no entanto, isso não pode ocorrer, porque ao sujeito incumbe, necessária e exclusivamente, a tarefa de *conhecer*, ao mesmo tempo em que ao objeto, também de forma necessária e exclusiva, está afeta a função de *ser conhecido*.

Noutras palavras, como o sujeito é sempre o sujeito e o objeto é sempre o objeto – *e um só é o que é enquanto o é para o outro* –, qualquer mudança nas suas posições relativas, mesmo que se tratasse de uma alteração simplesmente imaginária, implicaria a eliminação do próprio conhecimento.

Assim, ainda quando nos ensimesmamos e nos fazemos *objeto* das nossas reflexões, mesmo nessa particularíssima relação ontognosiológica, não se confundem o *eu* pensante e o *eu* pensado, permanecendo irredutíveis e necessariamente separados, o primeiro enquanto *sujeito*, o segundo enquanto *objeto* do conhecimento. É que o dualismo sujeito-objeto, convém insistir à exaustão, pertence à essência do conhecimento, funcionando como

³ GARAUDY, Roger. *Para conhecer o pensamento de Hegel*. Porto Alegre : L & PM, 1983. p. 47.

⁴ MORENTE, op. cit., p. 273.

⁵ *Lógica formal, lógica dialética*. Madrid : Siglo XXI de España, 1970. p.55-101.

verdadeira condição de possibilidade de todo evento cognitivo.

Tendo em conta, por outro lado, que, apesar da autonomia e da irredutibilidade dos elementos da relação ontogeniológica, o sujeito é sempre *determinado* pelo objeto – mais precisamente, pela *imagem* do objeto que se forma em sua consciência cognoscente –, em razão dessa *prevalência* do elemento objetivo, costuma-se definir o fenômeno do conhecimento como uma *determinação do sujeito pelo objeto*.

Por isso, também se afirma que, no processo gnosiológico, o sujeito se conduz *receptivamente* em face do objeto, muito embora essa receptividade não signifique nem passividade nem subordinação do sujeito perante o objeto. Isso porque, ao fim e ao cabo, o conhecimento constitui uma *atividade* espontaneamente desenvolvida pelo sujeito, uma *tarefa* que ele desempenha para apreender o objeto, vale dizer, para dominar cognitivamente a realidade.

Noutras palavras, é saindo de sua esfera e *trabalhando* o objeto que o sujeito *constrói* o conhecimento e o traduz em linguagem. Nessa perspectiva, portanto, afigura-se equívoco falarmos em passividade do sujeito, como se, no processo do conhecimento, ele permanecesse contemplativo ou inerte diante do objeto, apenas registrando sinais recebidos de fora da sua consciência.

Afinal de contas, sem a *criação* do objeto, ainda que apenas enquanto *objeto do conhecimento* – objeto que não é um *ser em si e por si*, mas uma entidade puramente *lógica*, que o sujeito *põe* diante de si *para ser conhecido* –, não surge o fenômeno ou o evento a que chamamos conhecimento. Também sob esse ponto de vista, portanto, pode-se dizer que o sujeito é o senhor do conhecimento.⁶

A despeito de preservar, por essa forma, a sua autonomia e atuar com espontaneidade no âmbito da relação cognitiva, impõe-se salientar que, mesmo assim, desde o início e definitivamente, o sujeito é determinado pelo objeto, pela simples razão de que o conhecimento, sempre e necessariamente, é o conhecimento *do* objeto, de algo externo e alheio, que está *fora* do sujeito, que se lhe *opõe* e para ele permanece um *outro*, mesmo depois de ser *apreendido* pela consciência.

⁶ Sobre a importância do *fator subjetivo* no processo do conhecimento, ver SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo : Martins Fontes, 1987. Cap. 1, p. 65-98: A relação cognitiva, o processo do conhecimento, a verdade.

Em razão disso, o objeto *transcende* o sujeito, em face do qual se mantém autônomo e independente, assertiva que é válida para qualquer objeto do conhecimento, inclusive para os objetos ditos *ideais*, que nem pelo fato de serem puros entes de razão perdem aquela transcendência epistemológica em face do sujeito que lhes dá existência.

Destarte, a *autonomia* do objeto perante o sujeito cognoscente é um dado *a priori* ou, como salientado anteriormente, verdadeira *condição de possibilidade* do conhecimento, que se nos apresenta como a apreensão das propriedades do objeto pelo sujeito, descrição fenomenológica essa que é válida tanto para o conhecimento que se obtém entre as *ciências naturais*, quanto no âmbito das chamadas *ciências humanas* ou *ciências do espírito*.

2. A questão da autonomia do objeto no âmbito das ciências do espírito

Entre as ciências naturais, rigorosamente, como todos sabemos, a questão da autonomia do objeto sequer se coloca, pela evidência de que, nesse terreno, o sujeito do conhecimento não pode *criar* nem *consumir* o objeto das suas investigações.

Externos, estranhos, de todo alheios ao cientista, os fenômenos naturais não se prestam a *contaminações subjetivas*, menos por virtude do sujeito que pela impropriedade do objeto.

Desencantada pelo esclarecimento (*Aufklärung*) – como diriam Adorno e Horkheimer⁷ –, a natureza há muito vem sendo estudada com a objetividade e o distanciamento necessários à racionalidade do seu conhecimento, o que torna dispensáveis, até certo ponto, quaisquer preocupações com a chamada *neutralidade científica* dos pesquisadores, apesar das respeitáveis opiniões em contrário daqueles que, vez por outra, põem-se a denunciar os pecados ideológicos dos cientistas *alienados*, que se recusam aos engajamentos políticos *exigidos* pelas circunstâncias.⁸

⁷ *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro : Zahar, 1986. p. 19.

⁸ Roberto Lyra Filho, por exemplo, denuncia o *mito* da neutralidade científica, porque, a seu ver, sequer as ciências exatas ou naturais escapam do vínculo entre a atividade científica e a práxis social; mas tem o cuidado de esclarecer que essa postura crítica não significa sua inscrição entre os bitolados defensores de uma *ciência proletária*, tal como a esboçou a teoria stalinista. (*Desordem e processo*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1986. p. 271).

No âmbito da cultura, no entanto, porque os estudiosos trabalham com *formas significativas*, com a conduta e as criações do homem, numa palavra, com realidades que não se *explicam*, antes se *compreendem*⁹, aquelas preocupações de objetividade sempre se fizeram presentes, notadamente porque, nessa região ôntica, toda descoberta de sentido envolve ou exige, necessariamente, uma *atribuição* de sentido.

Por isso, também, e diversamente do que ocorre no âmbito das ciências naturais, no domínio das ciências do espírito são imprecisos os limites entre sujeito e objeto, em que pese a necessidade epistemológica de que os dois pólos da relação ontognosiológica se mantenham separados e independentes, como condição de possibilidade do evento cognitivo.

Nesse terreno – obviamente com algum exagero –, talvez se pudesse dizer que a regra é a indefinição daqueles limites epistemológicos, pela convicção generalizada, embora acrítica, de que, sem a participação criadora do sujeito, restará comprometida ou pelo menos empobrecida a apreensão do objeto.

Daí o prestígio daqueles que, em nome da liberdade de interpretação – e a pretexto de estarem a condenar métodos e critérios que, aprioristicamente, eles mesmos desqualificam como impróprios ou inadequados para compreensão das *coisas do espírito* –, propugnam pela abolição de quaisquer parâmetros de controle, que, afinal, permitiriam separar o joio do trigo, estremar o falso conhecimento do conhecimento verdadeiro.

Nesse clima, em que praticamente tudo é permitido, em que se admite até mesmo a possibilidade de uma *desordem fecunda*¹⁰, soa descabida, para não dizer disparatada, a idéia de se trabalhar com *critérios de verdade*, porque o sujeito cognoscente não precisa assumir compromissos com a racionalidade do afazer hermenêutico, nem está obrigado a prestar contas do resultado do seu labor interpretativo.

⁹ Sobre a diferença entre esses atos gnosiológicos, na linha de Dilthey, ver FERRATER MORA, op. cit., p. 545-548 e 1102-1104: Compreensão e explicação.

¹⁰ Umberto Eco utiliza-se da expressão *desordem* em sentido positivo, como deixa entrever o adjetivo com que a qualifica, ao mesmo tempo em que repudia a desordem desprovida de positividade, aquela desordem cega e incurável, que representa a derrota de toda possibilidade ordenadora. *Obra aberta*. São Paulo : Perspectiva, 1991. p. 23.

Apesar ou a despeito desse panorama de *licença epistemológica*, não foram poucos os que se preocuparam com a necessidade de sinalizar os caminhos da atividade hermenêutica, em busca da objetividade e da controlabilidade do trabalho interpretativo, movimento que encontrou adeptos importantes tanto no âmbito das ciências do espírito, em geral, quanto nos domínios da hermenêutica jurídica, em particular. Neste terreno, aliás, aquela necessidade se mostrou ainda mais premente, porque, afora os que defendiam a liberdade de *interpretação*, surgiram também os pregadores da livre *criação* do direito.¹¹

Nesse contexto, deve-se a Emilio Betti a melhor formulação do que ele sugeriu fosse denominado o cânone da *autonomia* hermenêutica ou da *imanência* do critério hermenêutico, uma regra epistemológica que, sem desprezar o momento ou o fator subjetivo da interpretação, pudesse impedir que os críticos da objetividade mergulhassem a hermenêutica num pântano de relatividade.¹²

Consoante esse paradigma – segundo o qual *sensus non est inferendus, sed efferendus* –, cumpre ao intérprete procurar extrair o significado *inerente* às formas representativas, ao invés de tentar atribuir-lhes, *ab extra* e de modo arbitrário ou sub-reptício, sentidos outros, que lhes são estranhos e nem de longe coincidem com aquilo que imaginaram os autores daquelas objetivações do espírito.¹³

Essa é a lição que se recolhe na monumental *Teoria Generale della Interpretazione*, sob fórmula que Emilio Betti considera uma versão moderna e mais incisiva do velho cânone da *mens dicentis*:

“In verità, se le forme rappresentative che costituiscono l’oggetto dell’interpretazione, sono essenzialmente oggettivazioni di una spiritualità che vi si è calata, è chiaro che esse

¹¹ KANTOROWICZ, Hermann. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires : Losada, 1949. p. 323-371: A luta pela Ciência do Direito

¹² PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa : Edições 70, 1986. p. 56 e 64-65.

¹³ A propósito, embora feita em contexto um tanto diverso, registre-se esta instigante *chamada* de Umberto Eco: “entre a intenção do autor e o propósito do intérprete, existe a *intenção do texto*”. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo : Martins Fontes, 1993.

debbono essere intese secondo quello spirito che in esse si è oggettivato, secondo quel pensiero que in esse si è reso riconoscibile, non già secondo uno spirito e un pensiero diversi, e neppure secondo un significato che alla nuda forma può venire attribuito, quando se faccia astrazione dalla funzione rappresentativa cui essa serve rispetto a quello spirito e aquel pensiero”. (...)

“Contro ogni arbitrio soggettivo, il canone in parola impone di rispettare l’oggetto nel suo peculiare modo di essere, ed esige che sia misurato col suo stesso metro.”¹⁴

3. A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes

Aplicado ao plano específico da hermenêutica jurídica, o cânone da autonomia do objeto impediria que os aplicadores do direito atribuissem às normas sentido estranho, alheio ou diverso daquele que nelas se contém, pois, se o fizessem, estariam a criar, ainda que por via interpretativa, preceitos outros, de todo distintos daqueles que deveriam simplesmente interpretar.¹⁵

Como essa postura hermenêutica implicaria eliminar o dualismo sujeito-objeto e, consequentemente, o próprio conhecimento enquanto correlação ontognosiológica, não se afigura excessivo dizermos que – pelo menos de um ponto de vista estritamente epistemológico – a norma criada pelo intérprete *substituiria* a norma objeto da interpretação e o juiz que a editasse *materia* o legislador.

Do ponto de vista jurídico-político, ademais, essa criatividade constituiria ofensa ao princípio da separação dos poderes, segundo o qual, no Estado de Direito, a *criação* da lei ou de normas com força de lei, como expressão da vontade geral, é atividade própria dos órgãos de representação política, a tanto legitimados em

eleições livres e periódicas. Aos demais poderes, executivo e legislativo, respectivamente, mas sempre *sub lege*, cabe gerir a coisa pública e resolver as contendas entre os cidadãos ou entre estes e o Estado.

Desrespeitada a separação dos poderes, cujas funções se distinguem, precisamente, *em face da lei*, tem-se por comprometida, objetivamente, a legitimidade de qualquer sistema político, pelo menos segundo os padrões dos redatores da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em cujo texto foi inserido o célebre artigo 16 – “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*” – com o objetivo de recusar, *ideologicamente*, a dignidade de Estado *constitucional* às comunidades políticas que não observassem aquele dogma.

Densificando esse princípio – uma *forma que virou substância* no processo de construção/aprimoramento do Estado de Direito –, Montesquieu chegou a dizer que não existiria liberdade política onde se misturassem as funções *próprias* de cada órgão da soberania estatal:

“La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d’esprit qui provient de l’opinion que chacun a de sa sûreté; et, pour qu’on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu’un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.

“Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n’y a point de liberté, parcequ’on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse de lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.

“Il n’y a point encore de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutive. Si elle étoit jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens seroit arbitraire; car le juge seroit législateur. Si elle étoit jointe à la puissance exécutive, le juge pourroit avoir la force d’un oppresseur.

“Tout seroit perdu se le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire les lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et

¹⁴ *Teoria generale della interpretazione*. Milano : Giuffrè, 1990. v. 1, p. 305-306; *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1975. p. 32-33.

¹⁵ *Interpretação constitucional*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1997. p. 39.

celui de juger les crimes ou les différends des particuliers”.¹⁶

Diante desse dogma, que, no essencial, jamais encontrou opositores de monta, pelo menos nas sociedades democráticas, como explicarmos o fato de que a criação judicial do direito sempre encontrou adeptos de grande respeitabilidade, em todos os quadrantes do mundo jurídico? Como enfrentar essa realidade, principalmente nos dias atuais, em que o chamado *ativismo judicial*, com o apoio de expressivos setores da opinião pública, vem minando as resistências dos seus últimos adversários?

A propósito dessas e de muitas outras indagações formuláveis em torno do tema, acreditamos existirem algumas colocações básicas que poderiam contribuir para *racionalizar* aquele debate ou, pelo menos, reduzir-lhe a emotividade.

Por outras palavras, acreditamos que esse objetivo poderia ser alcançado se lográssemos *desideologizar*¹⁷ ou, pelo menos, *despolitizar* a polêmica em torno da criação judicial do direito. Nessa direção, seria saudável, por exemplo, rejeitarmos a postura *fundamentalista* dos que não admitem sequer discutir o assunto, dominados pela *crença* de que o ativismo judicial é de todo incompatível com o regime democrático, no qual quem não tem votos não tem *legitimidade* para emitir comandos com força de lei.¹⁸

Essa tese, de consistência aparente, poderia ser enfrentada com o argumento de que os juízes, embora não possuam legitimidade de *origem* para produzir normas jurídicas¹⁹, de

¹⁶ *Oeuvres complètes de Montesquieu*. Paris : Chez Lefèvre, 1859. p. 189-191: De l'esprit des lois.

¹⁷ A discussão da proposta será bloqueada, de plano, se lhe opusermos o argumento de que é formulada de uma perspectiva igualmente *ideológica*, pois não existe lugar não-ideológico nas sociedades políticas (RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. 3. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1988); mas poderá mostrar-se fecunda se lhe atribuirmos, pelo menos, uma função *heurística*. (VILLORO, Luis. *El concepto de ideología y otros ensayos*. México, 1985).

¹⁸ Cf., sobre essa questão, os estudos específicos constantes da obra coletiva *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra : Coimbra Ed., 1995.

¹⁹ Entre tais normas não se compreendem, evidentemente, as *normas individuais*, de Kelsen, as *normas de decisão*, de Ehrlich, nem tampouco as *normas do caso*, de Fickentscher.

certa maneira têm-na *adquirida* com a aprovação social do seu comportamento.²⁰

Aceito esse ponto de partida, e admitidas algumas conclusões formuladas anteriormente, consideramos que seria possível discutir com *serenidade* o problema da criação judicial do direito à luz das seguintes proposições:

1. aquilo a que chamamos conhecimento é o fenômeno que consiste na apreensão do objeto pelo sujeito, não do objeto propriamente dito, *em si e por si* – porque transcende, necessariamente, o sujeito –, mas do objeto enquanto *objeto do conhecimento*;

2. o objeto do conhecimento, portanto, é uma *criação* do sujeito, que nele põe ou supõe determinadas condições para que possa ser percebido, como, por exemplo, formas de *espaço e tempo*, que não pertencem às coisas em si mesmas, mas apenas enquanto são *coisas para o sujeito*;

3. nessa perspectiva, não tem sentido cogitar-se de um conhecimento das coisas *em si mesmas*, mas apenas de um conhecimento de *fenômenos*, isto é, de coisas já recobertas por aquelas formas, que são condições de possibilidade de todo conhecimento;²¹

4. em virtude da função *constitutiva e transformadora*, que o sujeito desempenha *por direito próprio* no âmbito da relação ontognosiológica, o conhecimento do objeto – de qualquer objeto – não é igual ao objeto do conhecimento;

5. o conhecimento dos objetos culturais também não coincide com o objeto desse conhecimento, conclusão que se impõe, digamos, com maior segurança na medida em que tais objetos, sendo realidades *significativas* ou objetivações do *espírito*, exigem maior criatividade do sujeito para se revelarem em toda a sua plenitude;

²⁰ PRIETO SANCHÍS, Luís. *Ideologia e interpretação jurídica*. Madrid : Tecnos, 1993. p.117.

²¹ Essa afirmativa, assim como a primeira proposição, situa-se no âmbito do idealismo transcendental, pois a teoria materialista do conhecimento rejeita esse conformismo epistemológico e postula a possibilidade de conhecermos a *realidade*, a unidade do fenômeno e da essência. Daí, por exemplo, as palavras de Karel Kosik, fazendo eco aos ensinamentos do *pai fundador*: “o esforço direto para descobrir a estrutura da coisa e ‘a coisa em si’ constitui, desde tempos imemoriais, e constituirá sempre, tarefa precípua da filosofia”. *Dialética do concreto*. 4. ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1976. p. 12-13.

6. como o direito participa do mundo da cultura, o conhecimento das normas jurídicas está submetido a todas as *vicissitudes* que singularizam o processo gnosiológico das *coisas do espírito*, o que se constitui um motivo adicional para não se exigir *mais objetividade* aos sujeitos da interpretação;

7. a criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente;

8. a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha *naturalmente* no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado *à margem da lei*;

9. toda compreensão depende da *pré-compreensão* do intérprete, a qual funciona, para a primeira, como condição de possibilidade do seu desenvolvimento;

10. a compreensão de qualquer preceito jurídico depende da pré-compreensão do intérprete sobre a *coisa* ou o *referente* fundamental a que chamamos *Direito*, e que o *legislador* procura nos comunicar por meio dos enunciados normativos²²;

11. toda norma só vigora *na* interpretação que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito;

12. o legislador não é o autor material da lei, por virtude de cuja autoridade ela foi promulgada, mas aquele por cuja autoridade ela continua em vigor²³;

13. o silêncio desse legislador ideal, que pode desautorizar qualquer interpretação do direito, mas se abstém de fazê-lo, confere legitimidade à compreensão normativa de juízes e tribunais;

14. a vontade do legislador não é um ato voluntário, completamente produzido no momento em que dá origem à lei, mas uma energia que a regenera de modo contínuo, como se estivesse a produzi-la numa gestação infinita²⁴;

15. a interpretação jurídica não consiste em *pensar de novo* o que já foi pensado, mas em saber *pensar até ao fim* aquilo que já começou a ser pensado por outro;²⁵

16. o sentido jurídico, sendo *externo* às normas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente;

17. sem o trabalho de mediação e de concretização, que se impõe ao intérprete-aplicador do direito, este não realiza o ideal de justiça que consiste em dar a cada um *o que é seu*;

18. à luz do conhecimento histórico, pode-se dizer que a experiência do absolutismo e a desconfiança nos *magistrados do rei* foram as causas determinantes da *dogmatização* ou do *endurecimento* do princípio da separação dos poderes;

19. a consolidação do Estado de Direito, em cujo âmbito tem-se mostrado eficaz o sistema de freios e contrapesos, afigura-se como razão suficiente para a aposentadoria daquela camisa-de-força.

Ao fim e ao cabo, se essas pílulas de *tranqüilizante epistemológico* não forem suficientes para acalmar os adversários da criação judicial do direito, mesmo assim eles poderão ficar sossegados, pois, se algum poder ainda se faz temido e, por isso, deve ser controlado, esse é o poder do monarca despótico, que assustava Montesquieu, e não o do juiz democrático, que desfrutava da confiança de Hamilton.

4. Conclusão

Adotada essa postura aberta – avançada talvez fosse o termo mais apropriado para defini-la –, impõe-se reconhecer, à guisa de conclusão, que o paradigma da separação dos poderes, pelo menos em sua configuração inicial, há muito tempo entrou em crise e isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram Locke e Montesquieu, os seus geniais formuladores.

Superada essa fase da sua evolução histórica – fase dialeticamente *absorvida* e *conservada* (*Aufhebung*) pelas etapas seguintes, que dela dependem para o seu próprio desenvolvimento –, cumpre repensar o paradigma da

²² MACHADO, J. Baptista. *Introdução do direito e ao discurso legitimador*. Coimbra : Almedina, 1989. p. 205-218; nosso Constituição : conceito, objeto e elementos. *Revista de Informação Legislativa*. n. 116, p. 5-20, out./dez.1992.

²³ HOBBS, Thomas. *Léviathan*. Paris : Sirey, 1971. p. 283-284.

²⁴ RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do direito*. Coimbra : A. Amado, 1961. v. 1, p. 275.

²⁵ *Ibidem*, p. 274.

separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada.

Noutras palavras, impõe-se *reinterpretar* o velho dogma para adaptá-lo às exigências do moderno Estado de Direito, que, sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela

atuação *política* do Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, mais e mais comprometidas com o *alargamento da cidadania* e a *realização dos direitos fundamentais*²⁶.

À luz dessas reflexões, se não estivermos equivocados, é possível afirmar-se que a sobrevivência da separação dos poderes, enquanto *princípio*, dependerá de sua adequação às mudanças impostas pela *práxis* constitucional.

²⁶ Entre outros, CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1942. p. 339-354; DJORDJEVIC, J. et al. *O papel do Executivo no Estado moderno*. Belo Horizonte : Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1959; BURDEAU, Georges. *O Poder Executivo na França*. Belo Horizonte, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961; PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra : Coimbra Ed., 1989; CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre : S. A. Fabris, 1993; BRITO, José de Sousa et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra : Coimbra Ed., 1995; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1996; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1997; HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S. A. Fabris. (no prelo).

A Fazenda Pública e a antecipação da tutela

ANGELA CRISTINA PELICOLI

SUMÁRIO

1. Introdução. 1.1. O princípio do duplo grau de jurisdição. 1.2. A inexecutibilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. 1.3. A inviabilidade da aplicação do art. 100 da CF frente ao instituto da antecipação da tutela. 1.3.1. A medida cautelar dita "satisfativa" contra a Fazenda Pública e a sua inviabilidade perante a expedição do precatório. 2. Conclusões.

1. Introdução

A Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que introduziu, no Código de Processo Civil, em seu art. 273, a antecipação da tutela, trouxe à luz uma significativa modificação no processo de conhecimento.

Ocorre que não podemos crer que a antecipação da tutela tenha como apanágio a solução de todos os problemas que o Judiciário enfrenta, atualmente, em função das críticas que vem sofrendo pela demora na prestação jurisdicional. Essa problemática sempre existiu, e não é só em nosso País que isso ocorre, tanto que a antecipação da tutela adveio do direito italiano que, também, sentia a necessidade de modificações em seu sistema processual civil para uma maior rapidez na solução dos conflitos de interesses encaminhados ao Judiciário.

Não obstante a antecipação da tutela ser instituto que deverá amenizar essa situação se for aplicado com a cautela e precaução dos nossos juízes, dentro dos limites especificados pela lei, verificamos que não poderá ser aplicado em determinadas situações, como, por exemplo, quando a Fazenda Pública for ré no processo em que seja requerida a antecipação da tutela.

Isso porque haveria a infringência ao disposto nos arts. 475, II, e 588, II e III, do Código de Processo Civil, e aos arts. 100 e 165, § 5º, da Constituição Federal.

Além do aspecto do tipo de ação em que cabe a antecipação da tutela, verificamos que a mesma não pode ser concedida pelo juiz contra a Fazenda Pública, por possuir procedimento judicial completamente diverso dos procedimentos aplicados nas ações contra particulares. Ratifica tal fato a aplicação, em favor da Fazenda Pública, do princípio do duplo grau de jurisdição necessário, da inexecutibilidade da sentença sem que esta seja confirmada pelo órgão superior e do procedimento de pagamento de referidas ações, mediante os precatórios.

Analisaremos, agora, essas situações diferenciadas e seus aspectos favoráveis à tese do incabimento da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública.

1.1. O princípio do duplo grau de jurisdição

A primeira questão que devemos versar é acerca da infringência ao princípio do duplo grau de jurisdição necessário, ensejador do recurso *ex officio*, no caso de concessão da tutela antecipada contra as pessoas de direito público.

Para que a questão fique esclarecida, necessário conceituar o duplo grau de jurisdição. O mestre Moacyr Amaral Santos¹ realiza essa tarefa como ninguém, quando define que

“o princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado na Revolução Francesa, consiste em admitir-se, como regra, o conhecimento e decisão das causas por dois órgãos jurisdicionais sucessivamente, o segundo de grau hierarquicamente superior ao primeiro.”

Continua o mestre:

“A possibilidade do reexame recomenda ao juiz inferior maior cuidado na elaboração da sentença e o estímulo ao aprimoramento de suas aptidões funcionais, como título para sua ascensão nos quadros da magistratura. O órgão de grau superior, pela sua experiência, acha-se mais habilitado para reexaminar a causa e apreciar a sentença anterior, a qual, por sua vez, funciona como elemento e freio à nova decisão que se vier a proferir.”

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Processo Civil*. 15. ed. Saraiva, 1995. v. 3, p. 83-84.

O art. 475 do Código de Processo Civil faz uma ressalva ao duplo grau de jurisdição, determinando que:

“*Está sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - que anular o casamento; II - proferida contra União, o Estado e o Município; III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida; não o fazendo, poderá o presidente do tribunal avocá-los.*” (grifo nosso)

Nesse contexto, o duplo grau de jurisdição é direito inerente da parte, que poderá, voluntariamente ou não, recorrer ao órgão hierarquicamente superior para que seja reformada a sentença proferida pelo juiz *a quo*. Ocorre que, no caso em que uma das partes é a Fazenda Pública federal, estadual e municipal, esse direito passa a ser um dever, qual seja, o da recorribilidade das sentenças de ofício, em virtude de que a sentença, nesse caso, não transita em julgado até a sua revisão pelo órgão superior. É o que consagra a jurisprudência, *ipsis litteris*:

“(…) a decisão monocrática proferida contra a Fazenda Pública só terá eficácia e poderá produzir os efeitos da *res judicata* depois de reexaminada a causa pelo tribunal competente de segundo grau. Estando incluída no princípio obrigatório do duplo grau de jurisdição, a sentença que, acolhendo arguição prescricional de execução de dívida ativa, proclama extinto o processo sem julgamento do mérito deve ser remetida ao tribunal de justiça para efeito de reexame obrigatório – inclusão do reexame necessário na atuação”².

A Fazenda Pública possui algumas garantias constitucionais e processuais para que seja assegurado o interesse público, que são a base do princípio da igualdade, e, como ensina Seabra Fagundes³, o legislador,

² TJPR. 3ª Cível, 1ª Câmara Cível. Decisão unânime. Ap. cível nº 37225. Relator: Desembargador Oto Sponholz. *JUIZ*, n. 7, jan./mar. 1997.

³ FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *RT*, n. 253, p.3.

“ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens –, situações idênticas e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoad-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades.”

O tratamento concedido à Fazenda Pública é desigual no processo civil, pois deve preservar o interesse e os bens públicos, não violando, como muitos afirmam, o princípio da igualdade, vez que, como define João Mangabeira⁴, o princípio da igualdade consiste na

“igualdade em considerar desigualmente condições desiguais de modo a abrandar, tanto quanto possível, pelo direito, as diferenças sociais e por ele promover a harmonia social, pelo equilíbrio dos interesses e da sorte de classes.”

São asseguradas algumas garantias à Fazenda Pública em razão de diferenças intrínsecas entre ela e os particulares, para o melhor desempenho de sua função, sendo que uma dessas garantias é o princípio do duplo grau de jurisdição necessário, ou recurso de ofício.

Acresça-se a isso que as sentenças em recurso de ofício não poderão ser reformadas *in pejus* contra a Fazenda Pública, justamente em função do interesse público e para não infringir o disposto nos arts. 475, II, e 512⁵, ambos do diploma processual.

As decisões dos tribunais refletem o suso mencionado:

“Processual civil, reexame necessário ou remessa oficial. Limites. CPC, arts. 475, II, e 512. Aplicação. I - O reexame necessário, previsto no art. 475 do CPC, não pode ser feito em prejuízo da entidade de direito público dele beneficiária. II - Aumentar, de ofício, o percentual da verba advocatícia, em desfavor da parte beneficiária do reexame necessário, implica ofensa ao princípio que veda a *reformatio in pejus*. III - Caracterização, no caso, de violação dos artigos 475, II, e 512 do CPC e de dissídios pre-

⁴ MANGABEIRA, João. Em torno da Constituição, p. 261. In: CRETILLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992. v. 1, p. 179.

⁵ “Art. 512. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.

torianos. IV - Recurso Especial conhecido e provido”⁶.

“Processual civil. Ação cautelar. Honorários. Cabimento. Violação ao princípio da *non reformatio in pejus*. Súmula nº 45 do STJ. I - Consoante jurisprudência predominante nesta corte, ‘são devidos honorários de advogado em ação cautelar contenciosa, pelo sucumbente’ (Resp. ns. 30096/MG, 20407/RJ, 12554/MG). II - O instituto de remessa *ex officio* consulta precipuamente o interesse do estado ou da pessoa jurídica de direito público interno, quando sucumbente, para que a lide seja reavaliada por um colegiado e expurgadas imprecisões ou excessos danosos ao interesse público. III - Fere a proibição de *reformatio in pejus* a decisão que, na remessa de ofício, agrava a condenação impingida a autarquia federal, sabendo-se que o duplo grau de jurisdição só a ela aproveita. IV - Se a parte vencedora no primeiro grau de jurisdição deixou de recorrer, conclui-se que se conformou, *in totum*, com o julgamento, não se lhe podendo beneficiar mediante um recurso cujo interesse a tutelar não é o seu. V - Súmula de nº 45-STJ. VI - Recurso provido, por unanimidade”⁷.

Demonstrado está que a Fazenda Pública é tratada desigualmente frente aos particulares, para a resguarda do interesse público.

No que concerne à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, não poderia ser diferente. Senão, vejamos.

O ato judicial que concede ou denega a antecipação da tutela é decisão interlocutória, conforme determina o art. 162 do CPC⁸, vez que, embora seus efeitos antecipem a senten-

⁶ STJ. 2ª turma. Decisão unânime. Resp. nº 14093-SP. Relator: Ministro Antonio de Pádua Ribeiro. *DJ*, p. 16522, 18 nov. 1991.

⁷ Idem. Resp. nº 34296-SP. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. *DJ*, p. 12866, 28 jun. 1993.

⁸ Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidental.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.”

ça, o processo não termina; há a resolução de questão incidental, continuando o processo até a prolação da sentença, no momento próprio.

Portanto, incompatível a antecipação da tutela com o princípio do duplo grau de jurisdição necessário, especificado pelo art. 475, II, do diploma processual, posto que, com a concessão da antecipação da tutela, esta antecipará os efeitos da sentença, ou seja, a determinação executiva ou mandamental do pedido à parte requerente será concedida mediante decisão do Poder Judiciário antes do momento próprio, que seria a sentença. Assim, a antecipação da tutela será resolvida por meio de uma decisão interlocutória, que poderá sim ser agravada, mas não surtirá qualquer efeito, isso porque, se a sentença, que é o mais, não surte efeitos quando prolatada contra a Fazenda Pública enquanto não confirmada pelo órgão superior, não pode uma simples decisão interlocutória assim fazê-lo⁹.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em decisões recentes de 6-5-96, nas Suspensões de Liminares nºs 100950014926, 100950015071, 100950015063, 100950015048 e 100950015014, tendo como relator o Des. Antonio José Miguel Feu Rosa¹⁰, decidiu que:

“A natureza jurídica da antecipação da tutela é de decisão de mérito provisoriamente exequível, colidindo com o art. 475 do Código de Processo Civil, que determina o reexame necessário das decisões proferidas contra as pessoas de direito público”.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina¹¹, no mesmo diapasão, entendeu ser concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão de concessão de antecipação de tutela, pelas seguintes razões de direito, *in verbis*:

“Analisando-se o presente recurso, mesmo que perfunctoriamente, resta evidenciada a ilegalidade na antecipação de tutela contra pessoa de direito público, alvo do despacho aqui detonado, sob

pena ultrapassar-se a proteção legal elencada no art. 475, II, do CPC. É sabido que mesmo as sentenças proferidas contra a União, Estado e Município estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, produzindo efeito somente após confirmação do órgão judiciário hierarquicamente superior, não cabendo, portanto, promover tal efeito em julgamento provisório, sujeito a revogação, através do instituto jurídico da tutela antecipada. Ademais, percebe-se que o digno Togado, ao prolatar o despacho objurgado, ultrapassou os limites estabelecidos em lei, imprimindo-lhe caráter de execução de sentença. Nesse sentido é o entendimento do insigne Antonio Raphael Silva Salvador, na obra *Da Ação Monitoria e da Tutela Jurisdicional Antecipada*, p. 56, Ed. Malheiros, 1995: ‘Entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor de autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil.’ Assim, diante das razões expostas, confiro efeito suspensivo ao agravo.”

No caso da antecipação da tutela ser concedida, juntamente com a sentença, caberá, também aqui, evidentemente, a regra do art. 475, II, do Código Processual Civil, não podendo ser efetivada, na prática, a antecipação da tutela pelas mesmas razões, vez que o recurso de ofício, existindo ou não recurso voluntário da Fazenda Pública, terá efeito devolutivo e suspensivo, conforme a regra do recurso de apelação (art. 520, CPC)¹².

1.2. A inexecutibilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública

A execução contra a Fazenda Pública é regulada em conformidade com o disposto no art. 730 do Código de Processo Civil, que dispõe:

“Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo le-

¹² “Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo.”

⁹ CONTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. *RT*, v. 84, n. 718, p. 20, ago. 1995.

¹⁰ *JUIS* n. 8, jan./mar. 1997.

¹¹ Agravo de Instrumento nº 96004297-0. Estado de Santa Catarina, Indústrias Novacki S/A e outra. Relator: Desembargador Trindade dos Santos. *DJ-SC*, 26 jun. 1996.

gal, observar-se-ão as seguintes regras: I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito”.

O aspecto fundamental para que o procedimento de execução contra a Fazenda Pública seja diverso daquele utilizado contra os particulares é o de que os bens públicos são, em regra, impenhoráveis e não sujeitos a oneração.

A impenhorabilidade e a sua não-oneração estão estritamente ligados, pois, como ensina o saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles¹³,

“desde que a Constituição da República retirou a possibilidade de penhora de bens da Fazenda Pública federal, estadual e municipal, retirou, também, a possibilidade de oneração de tais bens, uma vez que a execução de toda garantia real principia pela penhora, na ação executiva correspondente, para a subsequente satisfação da dívida, mediante praxeamento ou adjudicação do bem dado em garantia”.

E mais adiante assevera:

“A nosso ver, a proibição constitucional abrange todo e qualquer bem da Fazenda Pública, móveis, imóveis, rendas e direitos creditórios, isentando-os de penhora. Não importa, por igual, o fim a que se destine a garantia real. Desde que os bens públicos são insuscetíveis de penhora, consectário legal da execução para a satisfação do crédito objeto da garantia real, ressalta a impossibilidade de se constituir penhor ou hipoteca sobre os mesmos.”

Como vimos anteriormente, a antecipação da tutela é uma decisão interlocutória com efeito de decisão de mérito, pois antecipa o pedido da parte, que seria concedido somente ao final, com a sentença.

Nesse contexto, a decisão da antecipação da tutela, se concedida contra a Fazenda Pública, não poderá ser executável, posto que indispensável o trânsito em julgado da sentença¹⁴ para a realização da execução.

Não se aplica à Fazenda Pública a execução

provisória, pois, conforme reiteradas decisões jurisprudenciais¹⁵, ocorre a falta de decisão com força de *res judicata* e a execução contra a Fazenda Pública é sempre definitiva, a não ser que parte da sentença tenha transitado em julgado e a outra parte esteja pendente de recurso; neste caso, poderá haver a execução provisória daquela parte da sentença que já se converteu em título executivo judicial.

O art. 730 do Código Processual atende às particularidades de um processo executivo em que não possa haver penhora de bens, sobre os quais recaia atividade “juris-satisfativa” que lhe é própria¹⁶.

A antecipação de tutela prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, § 3º, determina que: “A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588”.

O art. 588, inc. II e III, trata da execução provisória quando define:

“A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios: I - corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor; II - não abrange os atos que importem alienação de domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro; III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior” (grifo nosso).

Como verificamos do texto do art. 273, § 3º, a execução provisória será utilizada na antecipação da tutela, “no que couber”, o que não é o caso da execução contra a Fazenda Pública, por não se adequar a esse sistema.

A execução provisória, portanto, é incom-

¹⁵ TJPR. 4ª Câmara Cível. Ap. Cível nº 67403. Relator: Desembargador Wilson Reback. 4 de março de 1996; Idem. 1ª Câmara Cível. Provimento do agravo. Agr. Instr. nº 68135. Relator: Desembargador Oto Sponholz. 15 de abril de 1996; TARGS. 9ª Câmara Cível. Negado provimento unânime. AGI nº 194015293. Relator: Desembargador Antonio Guilherme Tanger Jardim. 13 de setembro de 1994. *JUIS*, n. 7, jan./mar. 1997.

¹⁶ TJPR. 1º Grupo de Câmaras Cíveis. Concessão da ordem em definitivo. MS nº 67815. Relator: Desembargador Oto Sponholz. 15 de abril de 1996. *JUIS*, n. 7, jan./mar. 1997.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 18. ed. Malheiros, 1993. p. 451.

¹⁴ SANTOS, op. cit. p. 277.

patível com o disposto no art. 730 do Código de Processo Civil, vez que, como já decidiu o antigo Tribunal Regional Federal, sob a vigência da Constituição de 1967, em seu art. 117, que possuía a mesma redação do atual art. 100 da Constituição Federal,

“o art. 730 deverá ser interpretado em harmonia com o art. 117, da Constituição, que estabelece que a execução contra a Fazenda Pública, através de precatório, pressupõe, sempre, sentença condenatória passada em julgado. Destarte, dito artigo há de ser interpretado assim: a) os embargos ali mencionados devem ser tidos como contestação, com incidência da regra do art. 188 do CPC; b) se tais embargos não forem opostos, deverá o juiz proferir sentença, requisitando-se o pagamento, por intermédio do presidente do Tribunal, *após o trânsito em julgado da sentença, que estará sujeita, inclusive, ao duplo grau de jurisdição, se proferida contra a União, o Estado e o Município - CPC, art. 475, II*¹⁷ (grifo nosso).

O disposto no art. 730 do diploma processual civil, portanto, só tem aplicação no caso de execução contra a Fazenda Pública fundada em título judicial – sentença¹⁸, o que não é o caso da antecipação da tutela, como já comprovamos, vez que é uma decisão interlocutória.

1.3. A inviabilidade da aplicação do art. 100 da CF frente ao instituto da antecipação da tutela

O precatório tem origem na palavra *precatarius* e significa a

“carta expedida pelos juízes da execução de sentença, em que a Fazenda Pública for condenada a certo pagamento, ao presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, autorizem-se e se

expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras, especificadamente, contra a Fazenda Pública, para que esta pague”¹⁹.

O professor Milton Flaks²⁰ ensina que o precatório estava disciplinado nas Ordenações do Reino e, com a Proclamação da República, foi incorporado ao nosso ordenamento pelo Decreto nº 3.084/1898. E dispõe que,

“tal como disciplinado na legislação ordinária, até 1934 o precatório não garantia o pagamento ao credor da Fazenda Pública, visto que este ficava na dependência da boa vontade do Executivo, para efetivá-lo, e do Legislador, para abrir o crédito correspondente”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²¹ dá-nos conta que foi com a Constituição de 1934 que o precatório foi instituído como regra para garantia dos credores da Fazenda Pública.

Como já afirmado, os bens públicos não podem ser onerados; consequentemente, são impenhoráveis; a partir daí, a forma pela qual serão executadas as sentenças judiciais contra a Fazenda Pública sempre será mediante o procedimento especificado no art. 730 e 731 do Código de Processo Civil, qual seja, o pagamento por meio de requisição judicial, na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito. Isso tudo se julgados improcedentes os embargos interpostos pela Fazenda Pública, ou no caso de não serem propostos tais embargos.

A Constituição Federal, em seu art. 100, determina que :

“À exceção dos créditos de natureza alimentícia, *os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de*

¹⁷ TRF. 6ª Turma. Ac. Apel. 112.799-SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. 25 de junho de 1986. *RTFR*, n. 156, p. 189; Idem. Apel. 114.618 - PR. Relator: Ministro Carlos M. Velloso. 8 de setembro de 1986. *RTFR*, n. 147, p. 139. In: PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. 6. ed. Revista dos Tribunais, 1994. v. 3, p. 2899.

¹⁸ TRF. 4ª Turma, Ac. Rem. ex officio nº 114.423-SP. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. 5 de novembro de 1986. *RTFR*, n. 147, p.189. In: PAULA, op. cit.

¹⁹ SILVA, op. cit. v. 3, p. 416.

²⁰ FLAKS, Milton. *Precatório Judiciário na Constituição de 1988*. *RP*, n. 58, p. 85, apud voto do Juiz Nelson Gomes da Silva no MS nº 95.01.24093-2/DF - Pleno do TRF - 1ª Região. In: *A Constituição na visão dos Tribunais*. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete da Revista, Saraiva, 1997. v. 2, p. 728.

²¹ FERREIRA FILLHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Federal*, v. 2, p. 213. In: *A Constituição na visão dos Tribunais*, p. 728.

pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim” (grifo nosso).

Para expedição do precatório, é preciso o(s) nome(s) da(s) parte(s) e a quantia líquida e certa a ser paga, sendo também indispensável, para formação do processo do precatório, a cópia autenticada da sentença e do acórdão que a tenha confirmado, a certidão da conta da liquidação da sentença, se for o caso, e demais documentos que entenderem necessários, como, por exemplo, a cópia da homologação do cálculo.

Firma-se, assim, que indispensável a sentença judiciária, ou seja, a sentença transitada em julgado, para a consecução do precatório. E, como a antecipação da tutela concedida, liminarmente ou durante o transcurso do processo, será realizada mediante decisão interlocutória, assim não poderá ser processada a expedição do precatório, por faltar-lhe requisito essencial, qual seja, a sentença transitada em julgado. Dizer-se que a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública deverá ser cumprida num prazo exíguo de horas é contrário à sistemática da execução contra as pessoas jurídicas de direito público, sendo tal decisão absolutamente inconstitucional.

As decisões jurisprudenciais ratificam essa situação quando determinam que

“o ordenamento jurídico constitucional em vigor dita, em seu artigo 100, o ponto elementar da matéria, sustentando-se no pressuposto *lege lata* da inviabilidade da execução provisória contra a Fazenda Pública, pois, para a expedição do precatório requisitório, essencial o trânsito em julgado da condenação do órgão do poder público”²².

A tradução lógica é a de que

“a execução contra a Fazenda Pública somente pode fundar-se em título judicial. O detentor de título extrajudicial deve propor ação de conhecimento para obtenção do título judicial e posterior execução”²³.

O Tribunal Regional Federal, em decisão

²² Agr. Instr. nº 68135, op. cit.

²³ TACivSP. Primeiro. 8ª Câmara. Ac. unânime. Reex. nec. 365.405. Relator: Juiz Raphael Salvador. 24 de fevereiro de 1987. RT, n. 619, p. 120; TFR. 4ª Turma. Ac. Ap. nº 118.965-GO. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. DJ, 27 ago. 1987; Adcoas, n. 118.148, 1988; Rem. ex officio nº 114.423-SP, op. cit.

recente, definiu que, no caso de execução contra a Fazenda Pública, por título extrajudicial, cabe o procedimento do artigo 730 do CPC, tendo no entanto que, “para compatilizar-se com a exigência constitucional, para pagamento via precatório (art. 100 da CF), desafia prolação de sentença”²⁴. Essa decisão é inovadora no sentido de que diz ser possível a execução contra a Fazenda Pública de título extrajudicial, mas traz à luz sempre a necessidade da prolação de sentença para converter o título extrajudicial em judicial, viabilizando, assim, o pagamento de dívida contra as pessoas jurídicas de direito público.

Até mesmo no que se refere aos créditos de natureza alimentar, existem reiteradas decisões dos Tribunais no sentido de que há a necessidade de expedição de precatórios²⁵.

O próprio Supremo Tribunal Federal já tem decidido, inúmeras vezes, que nem os créditos de natureza alimentícia, referidos no art. 100 da CF, estão isentos de serem objeto de precatórios, por entender, na figura de seu ilustre Ministro Sydney Sanches, que

“os créditos de natureza alimentícia, ali referidos, também devem ser objeto de precatórios, para efeito de inclusão no orçamento das entidades (devedoras) de direito público, submetendo-se, porém, tais créditos a ordem cronológica específica, não à ordem geral dos demais créditos”²⁶.

²⁴ TRF. 1ª Região. 4ª Turma. Decisão. Ag. nº 96.01.02966-4/MG. Relator: Juíza Eliana Calmon. 6 de março de 1996. DJ-2, p. 21.922, 8 abr. 1996.

²⁵ Idem. 2ª Região. 2ª Turma. Decisão. Ac. nº 95.02.01701/RJ. Relator: Juiz Alberto Nogueira. 14 de junho de 1995. DJ-2, p. 56.020, 31 ago. 1995; STJ. 5ª Turma. Decisão por unanimidade. ROMS nº 2436-SP. Relator: Ministro Jesus Costa Lima. DJ, p. 10882, 9 de maio de 1994; STF. ADIn nº 675/DF; Idem. ADIn nº 47. Relator: Ministro Gallotti. 22 de outubro de 1992.

²⁶ STF. 1ª Turma. RE nº 1536641-SP. INSS e Sebastião Machado Bezerra. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ, p. 24918, 18 ago. 1995; no mesmo sentido, idem. RE nº 171452-SP. INSS e Martin Passoni Paiva. Relator: Ministro Sydney Sanches; idem. RE nº 169575-SP. INSS e Francisco Osmar Silva Carvalho. Relator: Ministro Sydney Sanches; idem. RE nº 165134-SP. INSS e Valdecirio Teles Veras. Relator: Ministro Sydney Sanches. JUIS, n. 8, abr./jun. 1997; idem. RE nº 168607-SP. INSS e Nelson Joaquim. Relator: Ministro Sepulveda Perence. DJ, p. 26047, 25 ago. 1995; idem. RE nº 173238-SP. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, p. 40407, 24 nov. 1995.

Assim, se os créditos de natureza alimentar sujeitam-se à ordem cronológica dos precatórios, e, para expedição deste, indispensável a sentença judiciária, que é o mais, não se pode permitir a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, que é realizada mediante decisão interlocutória, que é o menos.

Outro critério exigível para expedição do precatório é o de que o valor seja líquido e certo. Isso ocorre para que seja incluída no orçamento a verba necessária ao pagamento dos seus débitos, não sendo possível a fixação de critérios para obtenção de valores variáveis no futuro²⁷. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento (art. 100, § 2º, da CF).

Todas as receitas e despesas referentes ao Poder Público deverão obedecer às disposições estabelecidas por lei orçamentária (art. 165, § 5º, da CF).

O orçamento público é formado por vários princípios básicos, sendo que um deles configura exatamente a situação que estamos vislumbrando, ou seja, o princípio da universalidade em que “deverão ser incluídos no orçamento os aspectos do programa de cada órgão, principalmente aqueles que envolvam qualquer transação financeira”²⁸.

O princípio da universalidade apresenta três vantagens:

a) conhecer *a priori* todas as receitas e despesas do governo e dar prévia autorização para a respectiva arrecadação e realização; b) impedir ao Executivo a realização de qualquer operação de receita ou despesa sem prévia autorização parlamentar; c) conhecer o exato volume global das despesas projetadas pelo governo, a fim de autorizar a cobrança dos tributos estritamente necessários para atendê-las”²⁹.

²⁷ Idem. 2ª Turma. Ac. unânime. RE nº 117.825-SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho. 25 de novembro de 1988. *RTJ*, n. 128, p. 936; *STJ*. 1ª Turma. Ac. unânime. Rec. Esp. nº 1.376-SP. Relator: Ministro José Delgado. 22 de novembro de 1989. *JSTJ-TRFs*, n. 6, p. 183, *RT*, n. 652, p. 179; *TJMG*. 4ª Câmara. Ac. unânime. Agr. nº 20.433-4. Relator: Desembargador Capanema de Almeida. *DJMG*, 6 jun. 1989, *Adcoas*, n. 126.411, 1990.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. Malheiros, 1996. p. 676.

²⁹ SILVA, Sebastião de Sant’ Anna e. Os princípios orçamentários, p. 14, apud SILVA, José Afonso

Todas as despesas, incluídas as judiciais, contra a Fazenda Pública deverão estar consignadas em lei orçamentária anual; por isso que o prazo para apresentação da lista dos precatórios ao Presidente do Tribunal far-se-á até o dia 1º de julho, data em que serão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte (art. 100, § 1º, da CF).

As situações narradas comprovam de plano não ser possível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, por absoluta incompatibilidade entre o procedimento para a execução contra as pessoas de direito público e a expedição do precatório, que necessitam de uma sentença transitada em julgado, pois somente nela é que se terá a certeza do valor que deverá ser pago pela Administração Pública.

1.3.1. A medida cautelar dita “satisfativa” contra a Fazenda Pública e a sua inviabilidade perante a expedição do precatório

Antes de adentrarmos nessa questão, necessária uma explicação.

Como, no direito brasileiro, inexistia o instituto da antecipação da tutela, a medida cautelar era utilizada, por alguns, como meio para suprir tal deficiência, dando um caráter satisfativo inexistente a esta, que é somente asseguratória de um direito que será pleiteado em outra ação. Portanto, dava-se a algumas medidas cautelares, equivocadamente, caráter satisfativo, o que não pode acontecer, porque, se a medida cautelar for “satisfativa”, será descaracterizada a sua natureza jurídica, vez que a sua finalidade é a de proporcionar segurança para o resultado útil do processo principal, diferentemente da tutela antecipatória, que é a antecipação dos efeitos da sentença antes do momento próprio, que seria quando da prolação da sentença.

A jurisprudência já faz essa distinção em decisões recentes dos Tribunais. Senão, vejamos:

“Processo cautelar - Liminar - Antecipação da tutela. O processo cautelar não se presta para a antecipação da eficácia do provimento jurisdicional que será objeto da futura ação principal, vale dizer, o processo cautelar é inadequado para a antecipação da tutela. O processo cautelar tem por finalidade precípua assegurar

da. Orçamento-programa no Brasil, p. 147. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição*, v. 3, p. 144, publ. A Constituição na visão dos Tribunais, op. cit. p. 1177.

o resultado útil do processo principal, este que será de conhecimento ou de execução. O processo cautelar, portanto, não é substitutivo nem sucedâneo do processo de conhecimento ou do processo de execução. Estes realizam a pretensão material do demandante; aquele assegura a eficácia do seu resultado. Assim, o objetivo do processo cautelar, como a sua denominação o revela, é proporcionar cautela para o resultado do processo principal, cautela esta que não se confunde com a tutela. Agravo de instrumento desprovido”³⁰.

Outra situação que devemos levar em conta para a não-concessão de medida cautelar dita como “satisfativa” contra a Fazenda Pública, além da regra geral, é a de que a cautelar não tem força de antecipar a sentença, e, em sendo concedida a medida cautelar “satisfativa”, haverá a execução provisória em sede de liminar, o que não pode ocorrer quando a Fazenda Pública for ré no processo por inexistir sentença³¹, pois a liminar da cautelar, como sabemos, é decisão interlocutória.

Somado a esses argumentos, existe outro preponderante, qual seja, o de que é inviável a concessão dessa medida cautelar “satisfativa” contra a Fazenda Pública, sendo inaplicável o instituto ao regime do precatório, uma vez que as sentenças judiciais contra a Fazenda Pública estão sujeitas³² a esse regime, utilizando-se, nessa situação, as mesmas razões declinadas no item 1.3. de nosso trabalho.

2. Conclusões

Admitir-se a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, federal, estadual e municipal, seria mais uma vez deixá-la sujeita a perdas irreparáveis, descumprindo-se o princípio do duplo grau de jurisdição, o preceito de que não pode existir execução contra a Fazenda Pública sem título executivo, e, o mais grave, estar-se-ia admitindo que, mediante uma decisão interlocutória, concessiva de tutela antecipada, o autor de um processo de conhecimento infringisse o preceito do precatório estabelecido no art. 100 da CF e, conseqüentemente, a lei orçamentária anual, de iniciativa do Executivo, que deverá estabelecer todos os seus gastos com antecedência (art. 165, § 5º, da CF).

Esperamos ter restado indubitado que a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública é medida ilegal e abusiva por ferir princípios e preceitos estabelecidos na lei processual e na Carta Magna de 1988.

No mesmo diapasão, é incabível a concessão da referida medida cautelar “satisfativa” contra a Fazenda Pública, por não poder-se confundir processo cautelar com antecipação de tutela, posto que a tutela cautelar assegura um direito que será ou não reconhecido no processo principal, assegura a pretensão requerida pela parte, enquanto a antecipação da tutela, ou tutela antecipada, satisfaz de imediato os efeitos da sentença, não necessitando de um processo principal.

³⁰ TJPR. 1ª Câmara Cível. Decisão por unanimidade negando prov. agravo. Agr. Intr. nº 6983. Relator: Desembargador Pacheco Rocha. 1º de julho de 1996. *JUIS*, n. 8, abr./jun. 1997; no mesmo sentido: idem. Agr. Instr. nº 62887. Relator: Desembargador Pacheco Rocha. 5 de fevereiro de 1996. *JUIS*, n. 8, abr./jun. 1997.

³¹ “Agravo - ICMS - Revenda de automóveis - Substituição tributária - Credenciamento - Medida cautelar inominada - Restituição - Deferimento de liminar. A decisão do juiz singular, no caso, significa tutela jurisdicional satisfativa e definitiva, ou seja, execução provisória da sentença ainda não prolatada - Inviabilidade - Agravo provido. Decisão: unânime.” (Idem. 2ª Câmara Cível. Agr. Instr. nº 72372. Relator: Desembargador Angelo Zattar. 20 de maio de 1996. *JUIS*, n. 7, jan./mar. 1997.)

³² “Medida cautelar - Compensação - AIR com ICMS - inadmissibilidade - precatório - sujeição. (...) 4. a postulação da agravante ainda encontra óbice no sistema de pagamentos a que se sujeita a Fazenda Pública quanto a débitos reconhecidos em juízo, segundo prevê a Constituição Federal, *in*

verbis: ‘à exceção dos casos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judicial, far-se-ão exclusivamente em ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim’”. TJSP. 13ª Câmara Cível. Ac. unânime. Ag. 240.672-2/4. Irmãos Caio S/A Comercial e Algodoeira e Fazenda do Estado. Relator: Desembargador Correia Lima. 24 de maio de 1994.

***Droit de suite* ou direito de seqüência das obras intelectuais**

FÁBIO MARIA DE-MATTIA

SUMÁRIO

1. Importância do tema. 2. Conceito. 3. Natureza jurídica. 4. Abrangência, objeto ou obras sujeitas ao droit de suite. 5. Beneficiários. 6. Duração. 7. Porcentagem. 8. A gestão, a cobrança, a necessidade das sociedades de titulares.

1. Importância do tema

O direito de seqüência sobre as obras intelectuais é um tema de alta relevância porque *não é justo que o autor ou seus herdeiros fiquem compulsoriamente alheios quando da transferência de uma obra de arte, de um manuscrito, de direito sobre obra intelectual objeto de anterior cessão.*

Conforme informação de Ricardo Antequera Parilli, o instituto foi adotado em 30 a 40 países.

Os autores *vendem as obras de arte, por exemplo, por um preço baixo e não é justo, equânime que da valorização econômica da obra, do bem apenas os proprietários venham a se beneficiar.*

É justo que, após a transferência do direito, *mantenha-se ainda um vínculo entre o autor e a sua obra, porque este vínculo será o único remanescente de direito pecuniário a favorecer o autor ou seus herdeiros, sucessores, legatários ou instituições que sejam investidas de tal direito.*

Javier Gutierrez Vincén explica:

“Com isso, estas criações de intelecto humano promovem um valor tal que tem dado a um fenômeno conhecido como *plus-valia*, que, pelas *vendas sucessivas, transformaram a obra em objeto de especulações.*” (La gestión de los

Fábio Maria De-Mattia é Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – área de Direito Agrário –, Professor de Direito Civil e de Direito Agrário.

derechos de autor en las obras plásticas.
In: CONGRESO IBEROAMERICANO
DE PROPIEDAD INTELECTUAL, 1.
Anais... t. 1., p. 249-250).

Considero que o que se quer é dar ao autor o direito de participação nessa valorização, pois as obras intelectuais nada mais são do que a emanção da própria personalidade do seu criador. (*Estudos de Direito de Autor*. São Paulo : Saraiva, 1975. p. 91).

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima aponta que a:

“principal característica do direito de seqüência, para os países integrantes da Convenção de Berna, é a sua flexibilidade. Assim como a duração, os titulares e as obras que são protegidas *variam de textura de país para país, a porcentagem incidente também não é a mesma* nas legislações que o adotam” (*Droit de Suite*. São Paulo, 1994, p. 40).

A importância do instituto se revela por ter Hubert Roger-Vasselín apresentado tese na Universidade de Paris II, em 1975, sob o título: *Le droit de suite après la mort de l'artiste*, com 404 páginas.

Anteriormente, J. L. Duchemin, em 1948, escreveu obra sob o título *Le droit de suite des artistes*, com 322 páginas, publicado em Paris, por Thuillies, Recueil Sirey, Editions Ramgal.

Há trabalhos de Wilhelm Nordemann, Wladimir Duchemin, Robert Rie, Paul Katzenberger.

2. Conceito

Para Carlos Alberto Bittar, é:

“um reflexo patrimonial do direito autoral reconhecido ao criador de obra intelectual, que o vincula perenemente, sob essa participação, à circulação da obra no mercado de arte” (*Direito de Autor*. Rio de Janeiro : Forense, 1991. p. 54).

E acrescenta:

“Outrossim, na alienação de obra de arte ou de manuscrito, sendo originais, ou de direitos patrimoniais sobre obra intelectual, o autor tem direito, irrenunciável e inalienável, de participar na mais-valia que, em favor do vendedor, a eles advier, em cada nova alienação (art. 39), ressalvada a resultante de simples desvalorização da moeda, ou a limitação

do preço a valor inferior a cinco vezes o mínimo previsto (§ 2º).” (Ibidem, p. 53).

3. Natureza jurídica

Carlos Alberto Bittar, com propriedade, considera-o:

“direito de textura híbrida porque, tratado, entre nós, como direito pecuniário, possui duas características próprias do direito moral: a inalienabilidade e a irrenunciabilidade” (Ibidem, p. 54).

Tenho sustentado que:

“o direito de seqüência é um direito conexo ao direito de autor, conexo no sentido de ligado, dependente a ele porque da mesma natureza jurídica” (op. cit. p. 97).

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima se posiciona:

“O melhor argumento para definir o perfil jurídico da *fattispecie* em apreço é o mesmo utilizado para defender a natureza jurídica do direito de autor, isto é, como um direito *sui generis*.” (op. cit. p. 36)

Adoto a posição de direito de autor *sui generis*, direito de textura híbrida. Esta última classificação, “porque, tratado, entre nós, como direito pecuniário, possui, conforme foi dito linhas acima, caracteres próprios do direito moral: a inalienabilidade e a irrenunciabilidade”, como ensina Carlos Alberto Bittar (op.cit. p. 54).

José de Oliveira Ascensão enquadra-o como *direito patrimonial*:

“autoriza o autor a sacar um provento, não sem defendê-lo em aspectos pessoais”. (*Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra : Coimbra Ed. 1992. p. 349)

A Lei portuguesa o cuida no artigo 54, no capítulo da transmissão e oneração do conteúdo patrimonial do direito de autor.

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima, seguindo a posição de Carlos Alberto Bittar, afirma:

“é fácil concluir que, assim como o direito de autor é integrado por prerrogativas de ordem moral e patrimonial, o *droit de suite* também o é”. (p. 36)

A Convenção de Berna, artigo 14, prevê o instituto.

O caráter de direito moral de autor consiste no fato de a Lei nº 5.988, no artigo 39, determinar a inalienabilidade e irrenunciabilidade de tal direito, com o escopo de permitir tão-somente ao autor e seus sucessores o seu exercício.

É fácil compreender que o adquirente de uma obra de arte plástica, de um manuscrito ou de determinado direito de autor que permite sua reprodução, representação ou execução, se inexistisse a proibição legal, só negociaria com a renúncia de tal direito ou com a transferência do mesmo. Ex.: editor cessionário de direito de autor sobre obra literária, obra musical, peça teatral, adquirente de obra plástica, direito sobre negativo de fotografia, projeto arquitetônico, etc.

4. Objeto ou abrangência ou obras sujeitas ao *droit de suite*

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima aponta a existência de dois sistemas segundo a lição do autorizado Ricardo Antequera Parilli:

1º) com *alcance amplo*;

2º) com *alcance restrito*.

Como exemplos do *sistema restritivo*, temos as “orientações traçadas” pela Convenção de Berna, Alemanha, Bélgica e França.

A Convenção de Berna insere, no âmbito do direito de seqüência, somente as obras de arte originais e os manuscritos originais de escritores e compositores. Na versão da Revisão de Paris, a 24 de julho de 1971, o artigo 14 *ter* dispõe:

“1) Pelo que respeita às obras de arte originais e aos manuscritos originais de escritores e compositores, o autor – ou, após a sua morte, as pessoas ou instituições a que a legislação nacional der legitimidade para tal – goza de um direito inalienável de se beneficiar das operações de venda de que a obra for objeto depois da primeira cessão praticada pelo autor.

2) A proteção prevista na alínea supra só é exigível em cada país da União se a legislação nacional do autor admitir essa proteção e na medida em que o permita a legislação do país em que essa proteção é reclamada.

3) As modalidades e as taxas de percepção são determinadas por cada legislação nacional.”

Sobre a Lei Francesa, Henri Desbois ensina que as expressões “obras gráficas” e “plásticas” abrangem as obras literárias, musicais, pinturas, esculturas, trabalhos arquitetônicos e desenhos. Em seguida, o autor abre debate sobre os manuscritos de trabalhos musicais ou literários, quando conclui que os manuscritos podem ser incluídos na categoria das obras gráficas. (*Droit d' Auteur*, nº 303, p. 394)

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima, que indica o *sistema de amplo alcance*, como o nosso, aponta que diversas obras são tuteladas pelo direito de seqüência.

A Lei número 5.988, no artigo 39, dispõe:

“O autor que aliena obra de arte ou manuscrito, sendo originais ou direitos patrimoniais sobre obra intelectual, tem direito irrenunciável e inalienável a participar na mais-valia que a eles advier, em benefício do vendedor, quando novamente alienados.”

O CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral, nos limites de sua competência, procurou regulamentar o conteúdo do artigo 39, que era letra morta na novel lei.

Para tanto, o Presidente José Carlos Costa Netto, tendo presente processo gerado por consulta formulada por pessoa que se dizia beneficiária quanto ao *droit de suite* deixado pelo artista Emiliano Di Cavalcanti, decidiu constituir comissão para estudar a regulamentação do referido artigo 39.

A comissão foi constituída por Fábio Maria De-Mattia, conselheiro presidente, e pelos conselheiros Henri Mario Francis Jensen e Cláudio de Souza Amaral.

Essa comissão apresentou projetos de resolução que geraram as Resoluções números 22, de 9 de janeiro de 1981, e 27, de 9 de dezembro de 1981.

A primeira (Resolução CNDA nº 22), sob a denominação “Regulamenta o exercício do direito de seqüência”, previsto no art. 39 e parágrafos da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, e a segunda (Resolução CNDA nº 27), sob o título “Complementa as disposições da Resolução CNDA nº 22, de 9 de janeiro de 1981, sobre direito de seqüência”, indicam o conteúdo do que é o direito de seqüência, sendo a de número 27 datada de 9 de dezembro de 1981.

A Resolução nº 22 alcança obras de arte, manuscrito e os direitos patrimoniais sobre obra intelectual.

Diante da falta de possibilidade de aplicar diretamente o artigo 39, o CNDA, mediante resoluções, procurou apontar o conteúdo do instituto.

O art. 1º da Resolução CNDA nº 22, de 8-1-1981, dispõe:

“O autor que alienar obra de arte ou manuscrito, sendo originais, ou direitos patrimoniais sobre obra intelectual, tem direito a participar da mais-valia que a elas advier, em benefício do vendedor, quando novamente alienados.”

O parágrafo único dispõe:

“Para os efeitos da presente Resolução, entende-se por:

1) *Obras de arte* – as criações exteriorizadas sob a forma de:

a) pintura, desenho, escultura, gravura, litogravura, xilografia, pirogravura ou qualquer outro processo;

b) tapeçaria quando assinada e executada com base em desenho original;

c) plantas, esboços e maquetes arquitetônicos;

d) as manifestações de arte aplicada e quaisquer outras expressões artísticas protegidas no campo das artes plásticas.

2) *Manuscrito* – o original, do próprio punho, ou datilografado, com emendas manuscritas do autor, ou ainda as provas impressas do livro com corrigendas por ele feitas a mão.”

A Resolução nº 27, de 9 de dezembro de 1981, dispôs sobre as reproduções feitas e assinadas pelo autor:

“Nos termos do art. 9º da Lei nº 5.988/73, às reproduções feitas e assinadas pelo autor é assegurada a mesma proteção do original.”

“§ 1º - No caso das expressões de arte multiplicável, os efeitos desta Resolução aplicar-se-ão apenas sobre as cópias assinadas, numeradas ou codificadas e autenticadas pelo autor ou seus herdeiros.”

Lamentavelmente, o funcionamento do *droit de suite* foi impossibilitado pela revogação das Resoluções números 22 e 27 mediante a Resolução nº 49, de 25 de fevereiro de 1987, publicada no *Diário Oficial* da União, Seção I, página 3.178, caracterizando retrocesso em matéria que tem recebido, ultimamente, inte-

resse internacional na consolidação do instituto.

A Lei de Direito Autoral, no artigo 39, *caput*, inclui, na incidência do dispositivo, os *direitos patrimoniais sobre obra intelectual*.

Quanto aos manuscritos, além dos propriamente ditos, o *corpus mechanicum* datilografado, com pequenas anotações, é uma obra protegida. (De-Mattia, op. cit. p. 101).

E perguntou-se: se o criador da obra intelectual, sabendo da possibilidade de conseguir recursos por meio da feitura de vários originais, executar vários exemplares, seriam obras protegidas? Os autores têm entendido que sim.

Então, se os autores fazem dois, três ou quatro originais, entregam um para o editor e ficam com os outros dois ou três, a família, após sucessivas vendas desses originais, poderá ter direito a uma *plus-valia*.

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima demonstra que o *droit de suite*:

“não deve incidir somente quando a obra for objeto de venda e compra, mas em todas as alienações onde houver valorização da obra.”

Um problema prático que se propõe é se o direito de seqüência deveria incidir tão-somente nas vendas em leilões ou por *marchands*.

Jóse de Oliveira Ascensão aponta tal situação para as obras de arte e assevera:

“Nomeadamente, em relação às obras de arte, restringem freqüentemente às alienações em que intervém comerciante ou leiloeiro.” (p. 322).

Para este autor:

“Portanto, é só ao titular originário que cabe beneficiar do direito de seqüência.”

O Professor Antonio Chaves informa que, diferentemente da lei brasileira e da Convenção de Berna, a lei espanhola, no artigo 24 (Lei nº 22, de 11 de novembro de 1987), seguindo o exemplo dos textos equatoriano, chileno e peruano, não alude aos manuscritos dos escritores e compositores.

O direito de seqüência não alcança as artes aplicadas.

O *droit de suite* não alcança as *obras arquitetônicas* na observação de Ricardo Antequera Parilli.

Wladimir Duchemin, em trabalho intitulado *Suggestions en vue d'une amélioration de la protection des photographies dans la*

Communauté Européenne. RIDA, v. 105, p. 11, afirma:

“Mas em todos países que o instituíram (França, Bélgica, Itália, Alemanha Federal e Luxemburgo), excluíram a fotografia do campo de aplicação do direito de seqüência.”

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima demonstra que o *droit de suite*:

“não deve incidir somente quando a obra for objeto de venda e compra, mas em todas as alienações onde houver valorização da obra.” (op. cit. Trabalho apresentado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

5. Beneficiários

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima aponta existirem três sistemas (Ibidem, p. 39):

a) Aquele que beneficia somente os autores (adotado na Espanha – art. 24 da Lei nº 22, de 11 de novembro de 1987) (LIMA apud GUTIERREZ VINCÉN, p. 253).

b) Aquele em que são titulares os autores e seus sucessores – art. 39 combinado com o art. 42 e seus parágrafos da Lei nº 5.988/73 (De-Mattia, op. cit., p. 99). Com relação aos beneficiários, o instituto objetiva, primeiramente, garantir uma situação econômica para o autor da obra intelectual. No caso de sua inexistência, falta, deverá beneficiar os seus herdeiros ou legatários; ou seus sucessores.

c) Aquele em que são beneficiários os autores, seus sucessores e, caso o autor não tenha sucessores, a titularidade do direito de participação é transmitida para uma instituição.

A transferência da titularidade do direito de seqüência a uma instituição está prevista pela Convenção de Berna (art. 14 *ter*).

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima, na nota 28 de seu trabalho, refere-se a Paolo Greco e Paolo Vercellone, art. 150 da Lei italiana, ao determinar que, em não se instituindo sucessor, ou, caso já se tenha passado o período previsto em seu benefício, o *droit de suite* passará a beneficiar o *Ente Nazionale per l' assistenza per i pittori e gli scultori* – órgão que cuida da assistência e da previdência dos autores, pintores, cenógrafos, etc.

6. Duração

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima examina de maneira irretocável o tema da duração do *droit de suite* na página 40 de seu excelente estudo.

A duração do direito de participação varia de país para país.

Entretanto, seguindo-se a orientação unionista, o direito de seqüela deverá durar por toda a vida do autor e pelo lapso de tempo *post mortem* que a legislação de cada país fixar.

Entre nós, perdura durante toda a vida do autor (art. 42, *caput*); os filhos, os pais, ou o cônjuge gozarão *vitaliciamente* do direito de seqüência se lhes for transmitido por sucessão *mortis causa* (art. 42, § 1º); e os demais sucessores gozarão desse direito por um período de sessenta anos, a contar do primeiro dia de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor, (§ 2º do artigo 42).

7. Porcentagem

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima aponta que as legislações podem ser divididas, quanto ao percentual de incidência, em duas largas classes. A *primeira*, quanto à *exigência de mais-valia da obra*. A *segunda*, quanto à *variação da porcentagem*. Ou seja, optou-se por uma porcentagem sobre o valor da alienação, quanto ao nosso sistema (op. cit., p. 41).

Alguns sistemas prevêm a incidência do *droit de suite* sobre todas as vendas, independentemente do problema da *plus-valia*. Outros sistemas entendem que a incidência só deva se dar no caso de incidência da *plus-valia* (nosso estudo já citado, p. 104).

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima aponta, quanto à exigência da mais-valia ou não, a existência de dois grupos de legislações:

– um em que as porcentagens que correspondem ao autor só serão aplicadas se houver mais-valia (exemplo: o da lei brasileira – art. 39 da Lei 5.588/73).

A respeito do art. 39 da nossa Lei de Direito de Autor, ressalte-se que estipula 20% (vinte por cento) sobre o aumento do preço que deverá beneficiar o autor ou seus herdeiros. Essa porcentagem está fixada de maneira realista.

– outro em que, para a incidência do percentual em benefício do autor (ou a quem a lei der legitimidade para tal), não há necessidade de ocorrer a *plus-valia* (*verbi gratia*: o

sistema franco-belga). (LIMA, op. cit. p. 41).

Quanto a este segundo grupo, as modalidades podem ser:

a) *o percentual de incidência é fixo* (exemplo: o sistema alemão prevê uma porcentagem fixa de 5% sobre o valor total da transferência da obra);

b) *a porcentagem incidente é variável* (exemplo: o da lei belga, cujo percentual varia de 2 a 6%, dependendo do valor da venda).

O mesmo quanto ao sistema italiano: de 2 a 10%.

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima entende ser essa uma boa solução para os casos em que a obra seja alienada a título gratuito, depois da primeira cessão praticada pelo autor.

O importante é frisar que, para evitar que muitos Estados deixassem de subscrever a *Convenção de Berna* nas suas sucessivas revisões, entendeu-se que a Convenção não deveria ter interferência alguma na fixação da porcentagem. Isso caberá à legislação nacional, que, a seu bel-prazer, fixará aquilo que bem entender. Veja-se o art. 14 *ter*, nº 3:

“As modalidades e as taxas de

percepção são determinadas por cada legislação nacional.”

8. A gestão, a cobrança, a necessidade das sociedades de titulares

Na França, há duas sociedades organizadas para tal fim; na Alemanha e Bélgica, apenas uma.

No Brasil, o mesmo não ocorre; sem o que o instituto nunca funcionará. O estatuto da sociedade francesa pode ser aproveitado para tal fim.

Por ocasião das Resoluções 22 e 27, entreguei a artistas do Rio de Janeiro e de São Paulo – da ABAP – Associação Brasileira de Artistas Plásticos – cópia do referido estatuto.

É fundamental criar uma sociedade dos titulares de direitos e, no caso de *marchands* e leiloeiros, ficariam responsáveis para depositar o montante devido junto à sociedade.

Tem-se comprovado que, diante da dificuldade em efetuar a cobrança, algumas legislações estão circunscrevendo o instituto às alienações em leilões e por meio de *marchands*.

Propostas de alteração do Anteprojeto de nova Lei de Licitações

MARÇAL JUSTEN FILHO

A divulgação do Anteprojeto de Lei de Licitações foi acompanhada da abertura de prazo para sugestões dos interessados. Todos os que militam em atividades relacionadas com o tema têm propostas visando à melhoria do atual sistema. Mas aqueles que se dedicam ao estudo teórico da matéria têm o dever de colaborar com a iniciativa governamental. Esse o motivo da elaboração deste documento. As sugestões aqui apresentadas foram orientadas pela preocupação de eliminar os principais defeitos da Lei nº 8.666, mas sem adotar soluções já reprovadas pela experiência nacional.

A sugestão de maior impacto relaciona-se com o procedimento da licitação. Sugere-se a eliminação da dissociação entre as fases de habilitação e de julgamento das propostas. Documentos de habilitação e propostas seriam apresentados em um único invólucro. Haveria uma classificação provisória das propostas e somente se passaria à análise dos documentos de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar. Afinal, dar-se-ia a classificação definitiva. Com isso, estariam reduzidas as delongas, inclusive no tocante a recursos e demandas judiciais.

Outra sugestão relaciona-se com a edição de regulamentos próprios das entidades da Administração indireta. Propõe-se um sistema que permita o controle acerca das regras que serão adotadas, inclusive com ampliação da publicidade acerca do regulamento. No tocante às hipóteses de dispensa de licitação, o sistema seria mais flexível do que o atual, mas não tão indeterminado como previsto no Anteprojeto.

O terceiro ponto sensível da presente proposta reside na determinação da correção

de defeitos secundários ou irrelevantes, inclusive com juntada de novos documentos.

Enfim, há inúmeras modificações de menor relevância. No entanto, é fundamental ter em vista que grande parte dos problemas das licitações deriva de equívocos na elaboração do Edital. Não terá qualquer utilidade a “flexibilização” da Lei se os editais continuarem prevendo que “qualquer defeito ou contrariedade acarretará a desclassificação da proposta, sem direito a qualquer protesto por parte do licitante”.

Em suma, é necessário mudar a mentalidade no nível legislativo, mas também a propósito da aplicação de seus dispositivos.

Propostas de alteração do Anteprojeto

Art. 5º, § 4º - nova redação

“Os valores fixados para a União constituem os limites para a dispensa de licitação, a coleta de preços e a concorrência no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.”

Justificativa:

De modo genérico, o Anteprojeto sempre utiliza a fórmula “demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público”, o que evita dúvida acerca de situações específicas (fundações etc.). No entanto, a redação do Anteprojeto, nesse § 4º do art. 5º, restringiu-se a aludir a “empresas públicas e sociedades de economia mista”. Isso poderia propiciar dúvida acerca da vontade legislativa.

Art. 6º - nova redação

“É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, admitindo-se a dispensa em situações excepcionais, desde que previstas em lei.

“§ 1º A lei poderá dispensar de licitação as contratações realizadas por empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, desde que observados cumulativamente os seguintes requisitos:

“I - tratar-se de contratação relacionada com atividades desenvolvidas sob o permissivo do art. 173 e seu § 1º da Constituição Federal;

“II - tratar-se de contratação não relacionada

com bens ou investimentos destinados a figurar no ativo permanente da entidade pública, segundo as regras da Lei nº 6.404/76;

“III - submeter-se a contratação a procedimento disciplinado em regulamento, que assegure a seleção da melhor proposta possível, segundo o princípio da isonomia.

§ 2º Para os fins do parágrafo anterior, as entidades ali referidas deverão editar regulamentos com regras precisas e definidas acerca das cautelas a serem adotadas em contratações diretas, segundo o disposto no art. 48 e seu parágrafo único.”

Justificativa:

Não é constitucional, em face da regra explícita do art. 37, inc. XXI, a previsão de dispensa de licitação sem lei específica. Nem haveria cabimento de admitir que regulamento disciplinasse amplamente as hipóteses de dispensa, sob pena de delegação de competência legislativa (o que não se admite em nosso sistema constitucional). Por outro lado, há enorme risco em remeter, pura e simplesmente, à escolha das entidades da Administração indireta a disciplina do tema. Então, é necessário estabelecer alguma disciplina que permita o controle de toda a sociedade sobre a solução que será adotada.

Estabelece-se, por isso, que somente será admissível a dispensa de licitação ampliada para as entidades governamentais que atuam no âmbito da atividade econômica em sentido estrito. Ademais, isso somente se aplicaria às atividades propriamente operacionais, que não envolvessem imobilização de bens etc. Impõe-se o dever de respeitar princípios constitucionais básicos e de estabelecer-se procedimento, mesmo informal, de verificação da regularidade da operação. Por fim, remete-se à disciplina mais rigorosa proposta para adoção de regulamentos.

Substituição dos §§ 1º a 3º do art. 8º por um parágrafo único

“A escolha do tipo de licitação deverá ser justificada em face das peculiaridades da contratação, de modo motivado, podendo qualquer cidadão impugnar a escolha adotada, nos termos do art. 17, § 1º.”

Justificativa:

A seleção do tipo de licitação somente pode

ocorrer em face da situação concreta. É impossível adotar solução padronizada e abrangente, de modo apriorístico. Por outro lado, é necessário que a escolha seja motivada e sujeita a fiscalização, para evitar desvios.

Art. 10 - nova redação

“A alienação, cessão ou locação de bens da Administração Pública, bem como a concessão ou permissão de serviços públicos obedecerão a normas próprias estabelecidas em lei.

“Parágrafo único. Quando a alienação, cessão ou locação de bens for praticada por entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, serão aplicáveis as previsões do art. 6º e seus parágrafos.”

Justificativa:

Surge, novamente, a questão do regulamento. Para evitar inconstitucionalidade, assim como suprimir o risco de liberação limitada, propõe-se aplicação da mesma solução geral já sugerida anteriormente.

Art. 17 - nova redação para o § 4º e introdução de um § 5º

“§ 4º As limitações previstas nos parágrafos 1º e 2º deste artigo não se aplicarão quando o vício configurar nulidade absoluta e insanável, a qual deverá ser pronunciada de ofício ou provocação de qualquer pessoa, a qualquer tempo.

“§ 5º A conduta, inclusive omissiva, eivada de má-fé, praticada no curso da licitação por qualquer cidadão ou licitante acarretará sua responsabilização por perdas e danos, inclusive na hipótese de ausência de impugnação na primeira oportunidade possível.”

Justificativa:

A Administração está obrigada a pronunciar o vício insanável dos próprios atos. Portanto, a ausência de impugnação do particular não transforma ato defeituoso em válido. O que é possível é responsabilizar o licitante que deixou de apontar o defeito, reservando-se para fazê-lo somente quando derrotado. A má-fé do licitante deve ser punida, mas nunca às custas da transformação de ato nulo em válido. Por outro lado, a representação ao Ministério Público sempre poderá (deverá) ocorrer, e a previsão do dispositivo desempenha mera função intimidativa, para atemorizar os licitantes.

Art. 19 - nova redação

“A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado, exceto quando o vício puder ser sanado, o que deverá ser imediatamente realizado.”

Justificativa:

Uma das grandes inovações da Lei nº 8.666 foi restringir a faculdade de revogação de licitações e restringir, drasticamente, o que vulgarmente se denominava de “pedágio”. Tratava-se de prática altamente reprovável, consistente em subordinar a aprovação do procedimento a vantagens indevidas. Subordinando a revogação apenas à ocorrência de eventos posteriores ao início da licitação, ficava dificultada a realização desses desvios. O Anteprojeto propõe o retorno ao estado de coisas anterior, o que apenas pode trazer prejuízos ao interesse público. Daí a sugestão de manter-se o atual sistema.

Há outro acréscimo, consistente no dever de sanar vícios superáveis. Há casos em que o defeito não é suficiente para acarretar a nulidade da licitação. A solução, nessas hipóteses, é promover o saneamento dos defeitos.

Art. 26, inc. II - nova redação

“- serviço - atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, que não se configure como obra e que se aperfeiçoe em obrigação de fazer, compreendendo:”

Justificativa:

A definição contida no Anteprojeto para serviço é totalmente precária. Não se identifica “serviço” como obtenção de “utilidade”. Afinal, a obra e a compra também se constituem vias para obtenção de utilidades de interesse para a Administração. Depois, a utilidade da definição reside em distinguir os casos de serviço em face dos de obra e de compra. Sugere-se que o conceito de serviço seja encontrado por exclusão em face do de obra: será serviço aquilo que não se configure como obra. A definição

do inc. I sobre obra é suficiente para tanto. Por outro lado, a referência à obrigação de fazer permite distinguir a compra, que é uma obrigação de dar.

Art. 26, inc. II, al.
"d" -suprimir o dispositivo

Justificativa:

O Anteprojeto incorre em três defeitos técnicos. O primeiro é supor que "intermediação" se refere apenas à prestação de serviços de terceiros ou "atividades". Ora, todo comerciante é um intermediário. Realiza intermediação aquele que compra um produto para revendê-lo. O segundo é reservar o "serviço de intermediação" para "empresa". Apesar de todas as disputas jurídicas acerca do que seja uma "empresa", é inquestionável que pessoas que não se constituem "empresa" podem, perfeitamente, realizar serviços de intermediação. Assim, um representante comercial (pessoa física), sem qualquer estrutura empresarial, pode prestar serviço de intermediação. Por fim, não há cabimento em restringir os serviços de intermediação apenas para atividades prestadas por "pessoa jurídica". Ora, inúmeras pessoas físicas podem ser representadas por meio de intermediários. Logo, a melhor solução é suprimir de uma vez o dispositivo.

Art. 26, inc. IV - nova redação

"- contrato - todo e qualquer ajuste entre entidades da Administração Pública e particulares em que haja acordo de vontades para formação do vínculo e estipulação de obrigações."

Justificativa:

O Anteprojeto reiterou equívoco tradicional na legislação pátria. Trata-se de supor que todo contrato produz obrigações "recíprocas". Isso não é verdade. Assim, se a Administração promover uma doação, haverá contrato, mas não existirão obrigações recíprocas. Daí a sugestão de supressão do vocábulo "recíprocas", que consta do final do dispositivo.

Art. 48 - supressão da expressão "públicas" utilizada a propósito de "fundações"

Justificativa:

A legislação e a doutrina conseguiram superar o problema das "fundações públicas", que foi objeto de longas discussões no passado. Chega-se a reconhecer a possibilidade de

fundações privadas, mantidas com recursos públicos. Até a Constituição Federal proscreeu a expressão "fundação pública". No corpo do Anteprojeto, não há outras alusões a isso. No entanto, o art. 48 adotou a fórmula – supõe-se que por descuido.

Art. 48 - nova redação
para o parágrafo único

"Parágrafo único. A lei poderá autorizar as empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público a adotar normas próprias acerca de licitação e contratação, mediante regulamento, observadas obrigatoriamente as seguintes cautelas:

"I - o projeto de regulamento deverá ser objeto de publicação na imprensa comum, para conhecimento e sugestões de qualquer pessoa;

"II - após a publicação e a análise das sugestões, deverá ser promovida audiência pública para debates e informações, da qual poderá participar qualquer pessoa;

"III - o regulamento, após aprovado, deverá ser publicado na imprensa oficial e encontrar-se à disposição de qualquer pessoa;

"IV - qualquer pessoa poderá requerer à entidade que editou o regulamento, à autoridade superior da Administração direta ou ao Tribunal de Contas a revisão das regras nele contidas, apontando defeitos ou inconveniências."

Art. 53 - nova redação - corrigir
a referência ao art. 64

Justificativa:

Na redação do Anteprojeto, há referência ao art. 63, o que não apresenta maior sentido. Supõe-se que a intenção era aludir ao art. 64, que trata de parcelamento do objeto licitado.

Art. 57, § 1º - nova redação

"O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, no prazo de noventa dias, atendidas as peculiaridades locais, observadas as seguintes condições:"

Justificativa:

Sugere-se a fixação de prazo para edição do regulamento para o sistema de registro de preços. É que esse instrumento é extremamente útil e chega a ser indispensável para alguns setores da Administração Pública. No entanto,

a União nunca o regulamentou, nem mesmo à época do Decreto-Lei nº 2.300. Isso conduziu o TCU ao entendimento da não auto-aplicabilidade do dispositivo. O estabelecimento do prazo destina-se a evitar que essa situação permaneça com idêntico perfil.

Art. 64, parágrafo único - nova redação como § 1º e acréscimo de § 2º

“§ 1º O parcelamento de que trata este artigo ensejará a dispensa de licitação por valor apenas quando o somatório das parcelas não ultrapassar o limite estabelecido no inciso I do art. 68.

“§ 2º Não se caracterizará como parcelamento a pluralidade de contratações de objeto similar, desde que não previsível de antemão e derivada de circunstâncias ocorridas sucessivamente no tempo.”

Justificativa:

Em primeiro lugar, a redação contida no Anteprojeto é obscura e dificulta o entendimento, em virtude de adotar negações cumulativas. Como existem três negações, é possível eliminar duas e manter uma só. Sugere-se a introdução de um parágrafo segundo para solucionar problemas práticos muito relevantes da atividade administrativa, relacionados com a necessidade superveniente de realizar contratação similar a outra.

Art. 67 - nova redação

“O prazo mínimo, contado da data da primeira publicação até a do recebimento das propostas, será fixado pela Administração em função das peculiaridades do contrato, mediante decisão motivada e sob as penas da lei, após consulta a órgão de classe.

“Parágrafo único. Nos casos de contratações mais simples, o prazo não será inferior a cinco dias e, no de contratações mais complexas, não será menor do que trinta dias.”

Justificativa:

A tentativa de estabelecer o tabelamento dos prazos será sempre destinada ao insucesso. Essa solução é sempre formalista e destituída de razoabilidade. É muito melhor que a Administração estabeleça o prazo, de acordo com as circunstâncias. Sugere-se, também, a prévia consulta a órgão de classe, acerca da conveniência do prazo mínimo. Por fim, estabelece-se regra geral acerca de prazos mínimos, para evitar despropósitos.

Art. 68, inc. III - nova redação

“- nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens e serviços necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa;”

Justificativa:

O Anteprojeto adotou redação menos clara e precisa, acerca do conteúdo das situações que autorizariam a contratação direta, em situações emergenciais. Daí o interesse de estabelecer, na esteira da atual legislação, disciplina mais minuciosa.

Art. 68, inc. IV - suprimir sua existência

Justificativa:

A previsão do inc. IV é bastante problemática. Em princípio, a situação já estaria contida no inc. III. É que a doutrina costuma identificar os conceitos de caso fortuito e de força maior. É quase impossível estabelecer distinções. No entanto, o caso fortuito poderia produzir a contratação direta quando se configurasse uma situação *emergencial*. Logo, não há necessidade alguma da regra do inc. IV, cuja existência produzirá, tão-somente, dúvidas e discussões.

Art. 68, inc. V - nova redação

“- quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, a juízo do Presidente da República, após ouvido o Conselho de Defesa Nacional;”

Justificativa:

Uma das conquistas do processo de redemocratização nacional foi a redução da discricionariedade atribuída ao Executivo sob fundamento de “interesse da segurança nacional”. Até é possível que tenha havido algum exagero na antipatia despertada pela expressão “segurança nacional”. Isso tudo não justifica, porém, o renascimento de poderes autoritários, exercitados unilateralmente pelo Presidente da República. A segurança nacional tem de ser tutelada, mas dentro de um sistema democrático. Daí a sugestão de que as contratações que ponham em risco essa segurança nacional sejam decididas pelo Presidente, mas após ouvido o órgão previsto constitucionalmente para funcionar como garantia de preservação das instituições democráticas.

Art. 68, inc. IX - nova redação

“IX - para aquisição de bens produzidos ou serviços prestados pela Administração, desde que o preço contratado seja o menor do mercado, assegurada a licitação em caso de empate;”

Justificativa:

A indisponibilidade do interesse público impede que a Administração realize contratos que não sejam os mais vantajosos. Não há fundamento constitucional para desembolso superior ao necessário para uma certa contratação. Nem mesmo seria possível justificar essa decisão por conta de o desembolso ser realizado em benefício de outra entidade administrativa. Por outro lado, o art. 173 da CF/88 *obriga* o Estado a competir em absoluta igualdade de condições com os particulares, quando intervir no domínio econômico na modalidade de exercício direto de atividade econômica em sentido estrito.

O Anteprojeto pretende não apenas manter regra da Lei nº 8.666 que já era inconstitucional. Quer ampliar ilimitadamente a permissão de contratação direta. Vai-se além, inclusive, da previsão do Decreto-Lei nº 2.300. Isso é inconstitucional, ofende o interesse público e retrata, exclusivamente, o interesse corporativo de evitar competição com agentes econômicos mais eficientes.

Daí a solução proposta, em que a possibilidade de contratação direta com outro ente integrante da Administração seja admitida, mas observado o princípio do menor preço. Frise-se, porém, que o ideal seria a supressão de regra dessa ordem. Quando muito, seria o caso de manter a regra constante do inc. XVI do art. 25 da atual Lei nº 8.666.

Art. 68, inc. XV - modificar redação

“- quando, observado o parágrafo único do art. 94, persistir a situação de as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente inexequíveis ou superiores ao limite fixado no edital ou praticado no mercado, desde que a contratação se faça nas condições originais previstas no edital e pelo menor preço de mercado.”

Justificativa:

A Administração deverá desclassificar todas as propostas quando o preço for superior ao de mercado (respeitada a previsão do art. 94, parágrafo único), haja ou não previsão de limite

máximo no edital. Segundo o Anteprojeto, porém, a contratação direta apenas poderia ocorrer se o edital contivesse regra acerca de limite máximo de propostas. Ou seja, no silêncio do edital, a Administração teria de promover nova licitação. Sugere-se redação que permita à Administração, constatando preços mais vantajosos no mercado, promover não apenas a desclassificação, mas a contratação efetiva com dispensa de licitação.

Art. 68, inc. XVI - modificar redação

“- na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação na licitação que originou o contrato e mantidas as condições ofertadas pelo adjudicatário original;”

Justificativa:

O Anteprojeto enfoca questão extremamente relevante, atinente às consequências do inadimplemento do licitante selecionado como vencedor. Porém, estabelece solução indefensável. Trata-se de assegurar a contratação de outro licitante, segundo a ordem de classificação, mas em condições totalmente indefinidas. Tal como está redigido o Anteprojeto, supõe-se que seria possível contratar o segundo classificado em condições distintas da proposta que apresentou, desde que os preços fossem de mercado. Produz-se, inclusive, uma contradição com a regra do art. 109, § 2º, que determina que a recusa do adjudicatário em assinar o contrato autoriza contratação do segundo classificado, mas para executar a proposta vencedora. Ora, se a recusa do adjudicatário em assinar o contrato caracteriza inadimplemento, qual regra deveria ser aplicada: a do art. 109, § 2º, ou a do art. 68, inc. XVI? Depois, a solução proposta no inc. XVI, com a redação do Anteprojeto, é extremamente perigosa. Pode dar margem a inúmeras manobras, destinadas a manter a aparência de moralidade, mas realmente visando a objetivos muito distintos. Portanto, a única alternativa adequada é remeter o segundo classificado a executar a proposta selecionada como vencedora.

Art. 68, inc. XIX - suprimir sua existência

Justificativa:

A hipótese do inc. XIX já está prevista no inc. V. Não se pode estabelecer distinção entre

segurança nacional e segurança patrimonial. Aliás, isso demonstra tendência à ampliação de conceitos relacionados com a “segurança” do Estado, sempre acarretando a redução da qualidade democrática do exercício do poder.

Art. 70, inc. II - nova redação

“- ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, e, quando for o caso, documento probatório da eleição de seus administradores;”

Justificativa:

A redação do Anteprojeto é, em termos técnicos, muito inferior à atual. Apenas para evidenciar, utiliza o vocábulo “alterações” relativamente aos “atos constitutivos”. Mas não há referência a alterações relativamente a estatuto ou contrato social. Ora, tecnicamente, poderia interpretar-se que “ato constitutivo” relaciona-se a sociedades civis; estatuto tem pertinência com sociedade anônima; contrato social é o documento apropriado para outras sociedades comerciais (e civis com forma comercial). Mas, é óbvio que as alterações do estatuto ou contrato social deverão ser apresentadas também.

Por outro lado, o Anteprojeto introduz exigência incompatível com a estrutura do direito societário brasileiro. Trata-se da previsão de que o objeto social seja compatível com o objeto da licitação. Essa regra demonstra desconhecimento das teorias adotadas pelo Direito Civil e Comercial acerca de objeto social e de personalidade jurídica. Em termos simples, deve-se esclarecer que não se adota entre nós nem a teoria do *ultra vires* nem a da especialidade. Essas duas teorias pretendem limitar a atuação válida das pessoas jurídicas aos limites de seu objeto social. No Brasil, a personalidade jurídica atribuída às pessoas jurídicas é ilimitada, o que significa que elas podem atuar mesmo fora ou além de seu objeto social, sem qualquer vício. A definição do objeto social tem uma única e específica importância: determinar a responsabilidade pessoal dos administradores, em face dos sócios, por atos que extravasem os limites dos poderes recebidos.

Poderia contrapor-se que, atuando fora de seu objeto social, a pessoa jurídica não teria qualificação ou experiência suficiente. Mas essa é outra questão, a ser apurada no item atinente à qualificação técnica. Se uma empresa atua há muito tempo fora de seu objeto, possuindo

grande experiência e atestados suficientes para participar da licitação, seria um contra-senso impedir seu acesso sob o simples e *formalista* argumento de que o objeto social não é compatível com o objeto licitado.

Art. 70 - introdução de parágrafo único

“As licitantes estrangeiras que não funcionem no País deverão indicar representante legal no Brasil, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente.”

Justificativa:

Trata-se apenas de reposicionamento de dispositivo. A regra é perfeitamente pertinente, mas constou, no Anteprojeto, como parágrafo 5º do art. 73, que dispõe sobre qualificação econômico-financeira. Mas sua natureza se relaciona com a capacitação jurídica.

Art. 71, inc. II - suprimir, reenumerando os incisos subsequentes

Justificativa:

A licitação passou a ser uma espécie de instrumento indireto de cobrança de tributos. Até se pode imaginar que, dentro de determinada órbita federativa, haja algum sentido em verificar a regularidade fiscal. Mas não há sentido em a União subordinar a participação em licitação a que o sujeito esteja cadastrado frente a Estados, Distrito Federal ou Municípios. Não se vislumbra qual a necessidade ou benefício que seria extraível dessa exigência.

Art. 71, inc. III - nova redação

“- prova da regularidade de recolhimento dos tributos federais;”

Justificativa:

Trata-se da mesma questão apontada relativamente ao inc. II, até porque produz-se uma situação sem qualquer lógica ou possibilidade de solução. O Anteprojeto pretende a certidão da regularidade fiscal relativamente ao ente federativo frente ao qual o licitante mantém sua sede. Suponha-se, porém, que o licitante se encontre em situação de irregularidade em face de outro ente federativo. Isso é extremamente provável, em licitações de maior porte. Resta saber qual a solução a adotar. Se a regularidade fiscal frente a outros entes federativos é indis-

pensável, então qualquer dívida deverá acarretar a inabilitação. Se, porém, é possível contratar alguém que tenha dívidas frente a outros entes federativos, então não há qualquer razoabilidade em manter a exigência nos termos previstos no Anteprojeto.

Art. 72, inc. II - nova redação

“ - indicação das instalações, do aparelhamento, do pessoal técnico e da titularidade de tecnologia ou de autorização adequados para o cumprimento do contrato, tendo em vista as exigências mínimas e indispensáveis, previstas no edital;”

Justificativa:

A sugestão destina-se a esclarecer que a indicação deverá atender à previsão do edital, que estará autorizado a introduzir exigências mínimas acerca das condições subjetivas para execução do contrato.

Art. 72, § 1º, al. “b” - nova redação

“capacitação técnico-operacional da empresa: por meio de certidões ou atestados de obras ou serviços, que demonstrem compatibilidade com a especificação do objeto da licitação e com a complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, sendo admitido o somatório de até cinco certidões ou atestados e vedada a limitação de tempo ou de época ou, ainda, quanto a locais específicos, ou quaisquer outras exigências não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.”

Justificativa:

Trata-se apenas de tornar mais clara a redação e evitar interpretações esdrúxulas, que têm ocorrido com grande frequência na atividade prática. O problema fundamental da redação do Anteprojeto é a expressão “limitadas essas a cinco”, a propósito de certidões e atestados. Tal como redigido o Anteprojeto, seria possível a Administração afirmar que estaria autorizada a exigência de experiência *cinco vezes* superior à complexidade do objeto licitado. Ou seja, seriam exigidas cinco certidões de obras ou serviços equivalentes ao licitado. Isso infringe claramente o espírito do dispositivo, que pretende autorizar o somatório de até cinco certidões que, no conjunto, sejam equivalentes ao objeto licitado. Daí a sugestão de nova redação, visando a tornar menos problemática a interpretação do dispositivo.

Art. 72 - introduzir um § 6º

“No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre a análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.”

Justificativa:

O Anteprojeto eliminou a autorização para exigência de metodologia de execução. Essa omissão é até surpreendente, eis que a regra era já tradicional no direito positivo, sendo largamente utilizada pela Administração, com resultados muito positivos. Se a motivação da supressão foi a ampliação da utilização de licitação de melhor técnica e de técnica e preço, isso demonstra o profundo equívoco na redação da Lei. A metodologia de execução não tem qualquer relação com licitação de tipo de técnica. Trata-se, exclusivamente, de verificar se a proposta corresponde à necessidade da Administração, sem que se atribua uma maior valoração em face da questão técnica. Por isso, sugere-se a manutenção da atual sistemática, ainda que o dispositivo possa reputar-se mal colocado.

Art. 74 - nova redação

“Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original ou em publicação na imprensa oficial, por qualquer processo de cópia autenticada em cartório competente ou por servidor da Administração, e, quando se tratar de licitante estrangeira, deverá ser autenticada em seus respectivos consulados e, se for o caso, traduzida por tradutor juramentado.”

Justificativa:

O Anteprojeto pretende dispensar a possibilidade de tradução de documentos estrangeiros, o que é totalmente incompatível com a sistemática jurídica secular do Brasil. Observe-se que a ausência de tradução produziria efeitos extremamente maléficis, inclusive para fins de controle. A única exceção seria licitante oriundo de país onde a língua oficial seja o português.

Art. 74 - introduzir um § 3º

“As licitantes estrangeiras deverão com-

provar, tanto quanto possível e na medida das regras jurídicas a que se subordinam, o atendimento às exigências de habilitação, mediante a apresentação de documentos equivalentes, os quais deverão comprovar inclusive o preenchimento dos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira.”

Justificativa:

O Anteprojeto deixou de prever regra acerca da situação dos licitantes estrangeiros em face dos requisitos de habilitação. Isso poderia criar impasses, especialmente diante de questões técnicas e econômico-financeiras. Daí a necessidade de introduzir disciplina específica, seguindo a orientação prevalente frente ao Direito atual.

Art. 78 - corrigir defeito de remissão

“Ao requerer inscrição no cadastro, ou atualização deste, o interessado fornecerá a documentação necessária à satisfação das exigências dos arts. 70 a 73, cujas cópias farão parte de processo administrativo próprio.”

Justificativa:

No Anteprojeto, consta referência aos arts. 73 e 76, o que parece ser óbvio equívoco.

Art. 80 - introduzir um § 1º

“O registro cadastral deverá estar permanentemente aberto aos interessados.”

Justificativa:

O Anteprojeto não previu essa regra, o que dá oportunidade a desvios conhecidos no passado. Era conhecida a prática de estabelecer períodos, mais ou menos exíguos, para o cadastramento. Aqueles que não fizessem o cadastro naquela oportunidade teriam de aguardar o ano seguinte. Desse modo, os cadastrados produziam uma espécie de cartel disfarçado. Essa questão é extremamente grave, pois o Anteprojeto suprimiu a possibilidade de não-cadastrados participarem de licitações na modalidade da coleta de preços.

Art. 80 - introduzir um § 2º

“Deverá ser regulamentado o procedimento para cadastramento, inclusive com previsão de prazos máximos para decisão da autoridade competente acerca dos pedidos dos interessados.”

Justificativa:

Em face da sistemática de coleta de preços adotada pelo Anteprojeto, é imprescindível determinar regras acerca do procedimento para o cadastramento. Se não houver prazos-limite, surgirá o risco de a Administração permanecer inerte durante longo tempo, impedindo o particular de participar de coletas de preço. Isso o obrigaria a recorrer ao Poder Judiciário, com todas as derivações daí decorrentes.

Art. 80 - introduzir um § 3º

“O prazo de validade do certificado de registro cadastral será de, no máximo, um ano, o que não dispensa o inscrito no cadastro de promover todas as atualizações pertinentes e necessárias em função de exigências legais.”

Justificativa:

Em princípio, até se poderá imaginar que o registro cadastral deverá estar permanentemente atualizado. Porém, o próprio Anteprojeto alude a prazo de validade do registro cadastral.

Art. 82, inc. XI, al. “d” - nova redação

“exigência de seguros, nos casos de antecipação parcial de pagamento em favor do contratado, a qual poderá ocorrer nas hipóteses de contratações de grande vulto, desde que o custo do seguro não seja repassado para a Administração.”

Justificativa:

O Anteprojeto repetiu dispositivo da Lei nº 8.666, cuja interpretação tem sido objeto de grande controvérsia. Deve-se lembrar que, na redação aprovada pelo Congresso Nacional, o projeto que originou a Lei nº 8.666 previa a possibilidade de pagamentos antecipados ao contratado – tal como se passa em todos os países do mundo, em contratos de grande valor. Houve, porém, veto presidencial a esses dispositivos e remanesceu a previsão em um inciso acerca de “seguros”, que não tinha muito sentido. Daí a sugestão para autorizar-se previsão do edital acerca de pagamento antecipado. Explica-se o motivo: é que os contratos de grande vulto exigem inversões muito elevadas. Se não houver antecipação de pagamento por parte do Poder Público, o particular terá de recorrer ao sistema financeiro, encarecendo o custo de sua proposta. Logo, acabará vencedor o licitante titular de grande poder

econômico. O Estado arcará com o custo, como sempre, dessas circunstâncias. Por isso, é usual, no direito comparado, a previsão de antecipação de pagamento ao contratado, para ampliar o universo de licitantes e reduzir os custos do Estado.

Art. 82, inc. XIV - nova redação

“ - as condições, prazos e limites para suprimento de defeitos nos documentos e propostas apresentados pelos licitantes, assim como outras indicações específicas ou peculiares à licitação.”

Justificativa:

A sugestão se orienta a permitir o suprimento de defeitos meramente formais ou de dimensão secundária. Aliás, essa prática já se vem difundindo na atividade administrativa. Inúmeros editais contêm critérios de correção de propostas, inclusive em questões muito relevantes. Com a adoção de regra explícita acerca da matéria, seria possível a generalização da solução.

Art. 83 e seus parágrafos - suprimir

Justificativa:

O art. 83 e seus parágrafos são uma mera repetição literal do art. 17. Assim, e considerando o disposto nesse como norma geral, não há necessidade de sua reiteração.

Art. 85, incisos - nova redação:

“I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação e as propostas;

“II - verificação da conformidade e compatibilidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados pela Administração ou por órgão oficial competente ou ainda com os constantes de registro de preços, quando houver, promovendo-se a correção dos defeitos supríveis e a desclassificação das propostas insanáveis ou incompatíveis;

“III - julgamento e classificação provisória das propostas;

“IV - verificação da conformidade e compatibilidade da documentação relativa à habilitação apresentada pelo licitante classificado provisoriamente como vencedor, promovendo-se a correção dos defeitos supríveis, com

a eliminação do licitante que tenha incorrido em vício insanável ou não seja titular dos requisitos exigidos, hipótese em que se passará à verificação da documentação do licitante classificado provisoriamente em segundo lugar e assim, sucessivamente, até a apuração de licitante que preencha os requisitos necessários à habilitação;

“V - julgamento e classificação definitiva das propostas;

“VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.”

Justificativa:

Sugere-se a eliminação da distinção entre as fases de habilitação e de julgamento das propostas, unificando-se a análise em uma única oportunidade, ainda que com etapas logicamente distintas. Isso evitará a necessidade de grandes delongas com exame de documentos de licitantes cuja proposta não será aceita. Serão examinados os documentos apenas do licitante cuja proposta se exterioriza como vantajosa e conforme com o interesse público. Haverá enorme redução dos trabalhos da Comissão e evitar-se-ão as delongas com os recursos cabíveis contra o julgamento da fase de habilitação. Observe-se que essa sistemática é adotada por inúmeros organismos internacionais e já vem sendo praticada, em algumas oportunidades, entre nós.

Art. 85, § 3º - nova redação

“Incumbe à comissão ou à autoridade superior, de ofício ou mediante requerimento dos interessados, promover as diligências necessárias a esclarecer ou complementar a instrução do processo, nos termos previstos no edital, admitindo-se a inclusão posterior de documentos ou informações, desde que comprovada sua existência à época da apresentação da proposta, e possibilitando-se a correção de erros ou defeitos irrelevantes, que não afetem a essência da competição.”

Justificativa:

A sugestão se relaciona com a intenção de reduzir o formalismo do procedimento licitatório. Destina-se a evitar que defeitos irrelevantes ou esquecimento quanto ao cumprimento de certas exigências secundárias acarrete a desclassificação de propostas muito vantajosas. Também é oportuno insistir que, nas licitações de grande complexidade, é inevitável a previsão

de regras dessa ordem, o que vem ocorrendo na vida prática. O primeiro grande obstáculo para aplicação dessa regra é o princípio da moralidade. Por isso, a sugestão é tornar obrigatória a correção dos defeitos, evitando remeter à discricionariedade da Comissão a escolha acerca dessa solução. Outra questão se relaciona com a vedação a modificações substanciais nas propostas, para evitar ofensa ao princípio da competitividade.

Art. 85, § 4º - suprimir

Justificativa:

O dispositivo apenas faz sentido em vista da distinção entre fase de habilitação e de julgamento de propostas.

Art. 85, § 6º - nova redação

“A desclassificação das propostas ou inabilitação do licitante poderá ocorrer a qualquer tempo, desde que fundada em fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.”

Justificativa:

A sugestão destina-se a adequar a questão à estrutura proposta para o procedimento de licitação.

Art. 86, *caput*, e §§ 1º e 2º - suprimir, com reclassificação dos demais parágrafos

Justificativa:

Os dispositivos apontados são mera repetição do art. 18.

Art. 86, § 5º - suprimir

Justificativa:

A sugestão destina-se a adequar a questão à estrutura proposta para o procedimento de licitação.

Art. 87, §§ 1º a 4º - suprimir

Justificativa:

Os dispositivos apontados são mera repetição do art. 8º.

Art. 87, § 5º - nova redação

“É vedada a utilização de outros tipos de licitação que não os previstos nesta Lei e não se admitirá, sequer, a combinação de critérios

de julgamento em desacordo com as regras legais.”

Justificativa:

Trata-se de adequar a redação do parágrafo, em caso de supressão dos que o antecediam.

Art. 88, nova redação para os incs. I e II e acréscimo de um inc. III

“I - serão avaliadas e classificadas as propostas técnicas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto lícitado, definidos no edital, sendo desclassificadas aquelas que não atingirem a pontuação técnica mínima, ressalvados os defeitos supríveis;

“II - em seguida, proceder-se-á ao exame das propostas de preço, sendo desclassificadas as inexecutáveis ou desconformes com o edital, ressalvados os defeitos supríveis, considerando-se vencedora, provisoriamente, a proposta de melhor técnica;

“III - após, passar-se-á ao exame dos documentos de habilitação do licitante cuja proposta foi classificada provisoriamente como vencedora, aplicando-se, no que couber, a disciplina contida nos incs. IV e V do art. 85.”

Justificativa:

Adequa-se o procedimento previsto no Anteprojeto à supressão das fases autônomas de habilitação e julgamento.

Art. 88, parágrafo único, nova redação para as als. “a” e “b” e introdução de uma al. “c”

“a) uma vez classificadas provisoriamente as propostas técnicas, proceder-se-á à análise das propostas de preço e à sua classificação provisória, passando-se à negociação do valor com a proponente tecnicamente melhor classificada, tendo como limite de aceitação a proposta de menor preço;

“b) no caso de impasse na negociação de que trata a alínea anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com as demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo;

“c) após, passar-se-á ao exame dos documentos de habilitação do licitante cuja proposta foi classificada provisoriamente como vencedora, aplicando-se, no que couber, a disciplina contida nos incs. IV e V do art. 85.”

Justificativa:

Aplica-se a justificativa exposta a propósito da alteração dos incs. do mesmo art. 88. Observe-se que a complexidade do procedimento poderá inviabilizar sua utilização. Aliás, destaque-se que a Administração nunca utilizou a licitação de “melhor técnica”, prevista na Lei nº 8.666 com procedimento similar ao constante desse Anteprojeto para a licitação de “técnica e preço”. O motivo residiu na dificuldade de autorizar essa “negociação”, que parece incompatível com o princípio da objetividade.

Art. 89 - nova redação e supressão do parágrafo único

“A autoridade administrativa deverá justificar, nas etapas anteriores à elaboração do edital, o tipo de licitação escolhido, devendo promover a correção de sua escolha, quando evidenciado o equívoco.”

Justificativa:

O Anteprojeto adotou solução extremamente formalista, pretendendo impor à Administração a escolha de um tipo determinado de licitação para determinadas hipóteses. É impossível estabelecer escolha antecipada do tipo de licitação mais adequado. Somente em face das circunstâncias concretas é que a Administração Pública poderá escolher a solução mais conveniente. Tal como redigido o dispositivo, haveria inúmeros problemas para a Administração, similarmente ao que se passa em face da Lei nº 8.666. É que o atual diploma adotou solução equivalente, estabelecendo a regra da adoção obrigatória da licitação de menor preço. A inconveniência é a mesma, ainda que a solução seja diversa.

Art. 92 e seus §§ - suprimir

Justificativa:

A redação é idêntica à do art. 19. A previsão do § 3º do art. 92 pode ser inferida por interpretação sistemática.

Art. 94 - introdução de um § 2º, transformando-se o único em § 1º:

“Defeitos irrelevantes, que não se relacionem com a essência do objeto licitado, ou contidos dentro de percentuais delimitados no edital poderão ser corrigidos, de ofício ou a requerimento das partes, desde que não sejam

tão grosseiros que evidenciem ausência de conhecimento necessário à execução do futuro contrato.”

Justificativa:

A regra sugerida se relaciona com o objetivo de reduzir o formalismo na disciplina da licitação. Aplica-se, inclusive, o princípio do repúdio ao erro grosseiro, muito utilizado no direito processual nas hipóteses de correção de defeitos formais.

Art. 98 e seu parágrafo único - suprimir

Justificativa:

Trata-se de reiteração do disposto no art. 21.

Art. 99, *caput*, incisos e parágrafo único - suprimir

Justificativa:

Trata-se de reiteração do disposto no art. 22.

Art. 100, nova redação para o § 2º e supressão do § 3º

“A garantia a que se refere o parágrafo anterior será de até quinze por cento do valor do contrato, exceto no caso do § 2º do art. 74, que será integral, sujeita sempre à atualização do valor.”

Justificativa:

O § 3º prevê duas regras, em que se amplia o valor da garantia. A ampliação é negativa, em face da redução da competitividade. Em contratos de grande vulto, a dimensão da garantia a ser prestada pode inviabilizar a participação. Observe-se, ademais, que o custo da garantia será sempre incorporado à proposta do licitante. Vale dizer, quem arcará com o custo dessa garantia será sempre o Poder Público. Portanto, muito mais razoável seria o Estado promover, diretamente, o seguro correspondente aos riscos assumidos. Qualquer outra alternativa resultará em que somente participarão licitantes de maior poder econômico, que repassarão o custo da garantia para o Estado. Daí a sugestão de que se mantenham apenas os limites previstos no § 2º do Anteprojeto, o que já representa elevação bastante sensível em relação à disciplina atual.

Por outro lado, parece ter ocorrido equívoco na remissão contida no Anteprojeto. A indicação deve ser ao § 2º do art. 74.

Art. 109, § 3º - nova redação

“Decorrido o prazo previsto no edital para validade das propostas, sem convocação para a contratação, ficam as licitantes liberadas dos compromissos assumidos.”

Justificativa:

O Anteprojeto ampliou o prazo de validade das propostas, fixando-o em 90 dias. Ainda assim, a solução é problemática, pois há hipóteses onde esse prazo é insuficiente para conclusão do procedimento licitatório. Aliás, já na vigência da Lei nº 8.666, a maioria da doutrina entendeu que essa regra era supletiva, sendo inviável estabelecer um prazo padronizado, aplicável a todas as hipóteses.

Art. 110, inc. II, al. “d” - corrigir o vocábulo “álea”, indevidamente grafado como “área”

Art. 110, § 3º - nova redação

“No caso de supressão de obras, bens ou serviços, a Administração deverá arcar com os prejuízos sofridos pelo contratado, desde que regularmente comprovados.”

Justificativa:

O Anteprojeto pretendeu reduzir ainda mais os deveres da Administração em face de redução do objeto contratado. Segundo a regra literal prevista no Anteprojeto, os custos de transporte de materiais, por exemplo, não seriam indenizáveis, o que é absurdo. Enfim, tratava-se de regra incompatível com o sistema constitucional, que redundaria em demanda judicial, em que o Estado acabaria fatalmente derrotado. Logo e considerando que a Lei não é feita para beneficiar a Administração Pública, mas para distribuir justiça, não é admissível adotar regra tal como consta do Anteprojeto.

Art. 130, inc. II, nova redação para a al. “a”, supressão da al. “b” e renumeração das subsequentes

“julgamento definitivo das propostas, inclusive no tocante a habilitação ou inabilitação de licitante;”

Justificativa:

Visa-se adequar a sistemática de recursos à

proposta de nova estrutura procedimental para licitação.

Art. 130, §§ 1º e 2º - suprimir

Justificativa:

Trata-se de mera reiteração do que já constou nos arts. 17, § 2º, e 83.

Art. 130, § 4º - nova redação

“O recurso previsto na alínea “a” do inciso II deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva ao recurso em outras hipóteses.”

Justificativa:

A sugestão decorre da alteração da estrutura procedimental da licitação e aproveita para melhorar a redação do dispositivo.

Art. 130, § 9º - suprimir

Justificativa:

Trata-se de mera reiteração do disposto nos arts. 17, § 4º, e 83, § 4º.

Art. 130, § 2º - nova redação

“Na pré-qualificação, serão observadas as exigências previstas para concorrência, relativamente à convocação dos interessados e à análise da documentação, tendo o procedimento por objeto avaliar especificamente a idoneidade do licitante e, se for o caso e em momento posterior, a metodologia de execução proposta.”

Justificativa:

Uma vez mais, busca-se compatibilizar a sistemática do Anteprojeto à proposta de alteração do procedimento.

Art. 138, parágrafo único - suprimir

Justificativa:

Considerando a proposta de nova redação para o art. 48, bastaria a remissão contida no *caput* do art. 138 para impor a observância de procedimentos de publicidade.

O conteúdo do saneamento do processo em Portugal e no direito brasileiro anterior e vigente

EDUARDO TALAMINI

SUMÁRIO

I - Introdução. II - Panorama geral do “saneamento” nos três regimes comparados – A terminologia – Os contornos da fase saneadora. III - O saneamento do processo no direito português. III.1 - Mecanismos anteriores à criação do “despacho saneador”. III.2 - O “despacho saneador” português. IV - O saneamento do processo no direito brasileiro anterior a 1939. V - O “despacho saneador” no Código de Processo Civil brasileiro de 1939. VI - O conteúdo do saneamento no processo civil brasileiro atual. VII - A reforma de 1994. VIII - Consideração final.

I - Introdução

1. A existência de necessidades idênticas ou semelhantes em diversas sociedades e épocas faz com que em cada uma delas sejam estabelecidos instrumentos jurídicos com funções similares – sem que haja necessária relação de influência, de inspiração entre uns e outros. Então, e sob o ponto de vista da história e da comparação jurídica, em distintas épocas e locais, sempre haverá semelhantes institutos voltados para o mesmo fim, sem que um precise ter advindo do outro. Para que se possa constatar efetiva inter-relação entre esses institutos parecidos, mais do que a função de cada um (eventualmente igual diante da semelhança de necessidades), importa examinar sua estrutura. É da constatação de marcantes traços de homogeneidade quanto a esta que se poderá qualificar um instituto como derivado de outro. Essa advertência, aliás, tem sido reiteradamente destacada por J. Rogério Cruz e Tucci, em exposições acerca da história do processo. E é algo que se há de ter em mente não só

Eduardo Talamini é Advogado em Curitiba, Professor da Escola da Advocacia (OAB/PR-IAP), CA-EDI e IBEJ, Mestrando na Faculdade de Direito da USP.

NOTAS AO FINAL DO TEXTO.

quando se analisam os instrumentos jurídicos mais diretamente ligados às instituições político-econômico-sociais (tais como o casamento, a compra e venda, a propriedade). Igualmente no que tange a técnicas e princípios internos aos mecanismos jurídicos esse fenômeno é verificável.

É o que se dá com as chamadas técnicas do “saneamento do processo”. Podem ser localizados inúmeros expedientes, em sistemas processuais atuais ou de outros tempos, com maior ou menor similitude quanto à finalidade: a divisão do processo civil romano em duas fases (*in iure* e *in iudicio*); o poder que o pretor detinha de conceder ou denegar a *actio*; os pronunciamentos *praeparatoria iudicii* no processo medieval; a audiência preliminar austríaca (*die erste Tagsatzung*); o *summons for direction* no processo inglês; o *pre trial conference* (ou *pre trial procedure*) norte-americano; o “modelo de Stuttgart” alemão; o Código-tipo para a Ibero-América – e assim por diante. Em suma, não são poucos os sistemas processuais modernos que reservam uma fase às funções “saneadora em sentido estrito”, “esclarecedora”, “instrutória” e “abreviadora” do processo¹.

2. Não há como se afirmar que qualquer desses outros mecanismos constitua a origem do “despacho saneador” previsto no Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (nem do julgamento conforme o estado do processo, do Código de 1973). Trata-se de instituto criado diretamente pelo direito português. As estruturas e ligações históricas evidenciam a originalidade da criação portuguesa e a indicam como matriz do “saneamento” brasileiro – ainda que não se exclua alguma mediata interferência de outros institutos, tanto na formação do “despacho saneador” português quanto em suas derivações no processo brasileiro².

II - Panorama geral do “saneamento” nos três regimes comparados – A terminologia – Os contornos da fase saneadora

3. No Código de Processo Civil português e no brasileiro de 1939, a expressão “despacho saneador” é utilizada não apenas para designar a decisão que tem por saneado o processo ou a que determina suprimento de irregularidades. Mais do que isso, sob o título do “despacho saneador”, pode haver mesmo a extinção do processo (quanto aos motivos e limites para tanto – seja visto adiante). Enfim, “des-

pacho saneador”, naqueles dois diplomas, designa globalmente a atividade concentrada desenvolvida pelo juiz a fim de verificar, em dado momento, se o processo precisa ir adiante – e as conseqüências a serem adotadas conforme esse juízo seja positivo ou negativo.

Já o Código brasileiro de 1973 reservou o título “Do Saneamento do Processo” (Seção III, Capítulo V, Título VIII, Livro I) para disciplinar as providências que serão adotadas pelo juiz quando ainda não é o caso de se extinguir o processo (ou seja, quando o juízo acima mencionado é negativo) – proferindo-se então decisão interlocutória, que encaminha o feito adiante. Essa seção, na versão original do Código, também recebera a denominação “Do Despacho Saneador”. O título, contudo, foi substituído antes mesmo de o diploma entrar em vigor (Lei nº 5.925/73). Àquele leque maior de provimentos possíveis encartados antes sob a rubrica do “despacho saneador” o Código de 73 reservou o termo “julgamento conforme o estado do processo” (capítulo, no diploma, do qual o “saneamento” é uma das seções). Ainda, parte do que se faria por ocasião do “saneador” está disciplinada no capítulo imediatamente antecedente, o “Das Providências Preliminares”.

Daí que, para a comparação com o “despacho saneador” português e do direito brasileiro anterior, não se toma em conta apenas a seção “Do Saneamento do Processo” do Código de 73, mas sim a disciplina global do “julgamento conforme o estado do processo” e algum dos pontos constantes das “providências preliminares”. Aliás, e conquanto outras críticas possam ser feitas ao termo empregado em Portugal e no direito brasileiro anterior (v. a seguir), há, em certo sentido, mais acerto nele do que na terminologia atual do diploma processual civil brasileiro.

Fase “saneadora”, precisamente, não é apenas aquela prevista no art. 331 do Código brasileiro em vigor. No momento ali previsto, mais nada se *sanea*: só se *declara* saneado. Verdadeiros saneamento e ajuste do processo já começam a se dar com as providências preliminares (arts. 323 a 328), quando: ouve-se o autor sobre defesas materiais indiretas e processuais; determina-se o suprimento de irregularidades e nulidades sanáveis; eventualmente, mediante demanda incidental, amplia-se o objeto do processo para abranger declaração acerca de questão prejudicial; verifica-se se ocorreu o efeito principal da revelia. “Saneamento

em sentido estrito” (enquanto extirpação dos defeitos corrigíveis) está previsto precisamente na parte final do art. 227 e precede lógica e cronologicamente as providências previstas no capítulo do “julgamento conforme o estado do processo”.

De mais a mais, também as hipóteses previstas nos arts. 329 e 330 (extinção do processo, sem ou com julgamento do mérito) integram a atividade concentrada de saneamento em sentido amplo. De algum modo, podem ser tidas como a “contraface” da declaração de saneamento prevista no art. 331. Põem-se três caminhos para o julgador: ou, diante de defeitos insuperáveis, dá fim ao processo sem julgar o mérito; ou, não sendo assim, julga desde logo o mérito, posto que dispensável instrução probatória; ou, descartados os dois primeiros caminhos, tem por saneado o processo e encaminha a instrução probatória (não sem antes, diante da disciplina instaurada com a reforma do final de 1994, tentar conciliar as partes, se o direito admitir transação). Enfim, no exame da continuidade ou não do processo, o juízo negativo impõe a disciplina dos arts. 329 e 330; o positivo, a do art. 331 (ainda que com isso não se queira dizer que a prática dos atos previstos no art. 331 implique necessariamente o descarte das hipóteses de extinção de que trata o art. 329 – v. adiante).

Então, querer separar incisivamente “saneamento do processo” e “julgamento conforme o estado do processo”³ equivale, por exemplo e sob certo prisma, a pretender ver na sentença de procedência e na de improcedência dois “institutos distintos”: são coisas diversas, sem dúvida; mas compõem os dois caminhos de uma bifurcação, duas alternativas por ocasião de determinado juízo.

Indo avante, algo da tarefa imposta ao legislador no art. 331 do atual Código brasileiro – a fixação dos pontos controvertidos e o encaminhamento da instrução probatória – não está, no direito português, inserido propriamente na disciplina do “despacho saneador”, mas nos preceitos imediatamente seguintes. Trata-se da “organização da especificação e questionário”: ato que, conquanto praticado no bojo do próprio “saneador”, constitui “realidade autônoma” perante ele⁴.

Por fim, e desde a Lei n° 8.952, de 13-12-94, o “saneamento do processo” brasileiro inclui ainda audiência em que se tenta conciliação e discutem-se a fixação dos pontos controvertidos e as provas a serem produzidas. Nada ha-

via de similar no Código brasileiro de 39. O direito português igualmente prevê, mais ou menos nesse ponto do procedimento ordinário, uma audiência. Essa, diferentemente do que se passa no sistema brasileiro, precede o “saneador” com todos os seus desdobramentos (possibilidade de extinção; correção de vícios etc.). Além disso, possui fins em parte diversos dos visados pela nova audiência prevista no Brasil (tentativa de conciliação e debates sobre o mérito, quando de tal se possa conhecer diretamente, ou sobre exceções).

Em suma, a comparação entre os modelos de saneamento dos três sistemas envolve precipuamente as previsões relativamente concentradas em uma mesma fase dos respectivos procedimentos ordinários pelas quais, nessa ordem: (a) verifica-se a existência de vícios – suprindo-os se sanáveis, extinguindo o processo em caso negativo; (b) conhece-se diretamente do mérito, se isso já é possível; (c) ou, não sendo, resolvem-se as questões processuais pendentes, definem-se os pontos controvertidos e encaminha-se a instrução probatória.

Portanto, e mais do que ato isolado, o saneamento constitui verdadeira “fase”. E isso, nos três regimes: mesmo o “despacho saneador” português e o do Código brasileiro de 39 detêm essa característica: são, quando menos, atos complexos⁵. E, se acima foi criticada a terminologia do atual diploma brasileiro, essa é uma das ressalvas que se pode fazer à expressão “despacho saneador”: dá a indicação inadequada de ato único (além do que, na série de providimentos que podem compô-lo, os principais têm conteúdo decisório – e não de simples despacho).

III -O saneamento do processo no direito português

III-1. Mecanismos anteriores à criação do “despacho saneador”

4. As Ordenações Filipinas (Livro III, Título XX, §16) disciplinavam hipótese que poderia hoje, a grosso modo, ser aproximada à da arguição e apreciação das condições da ação e ao reconhecimento de sua carência pelo autor. Ainda, as mesmas Ordenações (Livro III, Título LXVI, § 9º) traziam a previsão de que, em caso de confissão do réu, o juiz preferiria desde logo decisão, não equiparável à sentença que é precedida de instrução completa. Tinha-se então um “preceito de *solvendo*” (que não

se confundia nem com a sentença definitiva nem com a interlocutória), dotado de eficácia executiva. A noção de confissão a que se referiam as Ordenações era igualável à atual de “reconhecimento do pedido”⁶.

Todavia – destaca reiteradamente a doutrina –⁷, não há como se pretender ver em tais hipóteses verdadeiros precedentes do “despacho saneador”, naquilo que esse mecanismo tem de especial. Primeiro, porque tratavam de situações específicas – e não da conferência genérica de poderes ao juiz para zelar pela regularidade do processo. Depois, e como consequência da primeira constatação, não se dava ao juiz a possibilidade de inspecionar *ex officio* a regularidade do processo.

5. Ainda antes da criação do “despacho saneador”, noticiam-se atos administrativos do Ministério da Justiça e da Procuradoria Régia portugueses advertindo os membros do ministério público de que deveriam procurar evitar as nulidades nos processos de que participassem, suprindo as sanáveis – sob pena de anotações na ficha funcional. Dessa providência administrativa teria surgido a prática de o órgão do ministério público, nos processos em que atuasse, buscar junto ao juiz e com a concordância dos advogados a realização de audiência posterior à fase postulatória, com o fim de localizar e eliminar nulidades⁸.

Mas, ainda nesse caso, e deixando-se de lado a abrangência concreta dessa prática, falta o elemento essencial do “saneador” e de seus desdobramentos no Brasil: a provocação para o exame dessas matérias era feita por sujeito do processo que não o juiz.

III.2 - O “despacho saneador” português⁹

6. A criação do instituto deu-se, de fato, por meio do Decreto nº 3, de 29-5-1907 (então com o nome de “despacho regulador do processo”). Tratava-se de dispositivo inserido na disciplina de processo sumário para as causas cíveis e comerciais de pequeno valor. Concediam-se poderes ao juiz para, por ocasião desse “despacho regulador”, conhecer e julgar matéria relativa às nulidades processuais.

Ainda em 1907 (30 de agosto), outro decreto estendeu tal previsão – praticamente repetindo-a – para o procedimento das ações de despejo de prédios urbanos e rústicos. Nos anos seguintes, houve sucessivas regulamentações de procedimentos das demandas atinentes a in-

quilinato, em que se manteve o “despacho regulador” (Decretos de 12-11-10; de 27-6-18 [nº 4.499]; de 19-4-19 [nº 5.411]). Posteriormente, o Decreto nº 12.353, de 22-9-26 (que veiculou a “reforma do processo ordinário”), estendeu os poderes do juiz ao exame, naquele momento, da legitimidade das partes, de sua apresentação em juízo e de outras questões prévias ou prejudiciais ao conhecimento do mérito – passando o ato a ser denominado “despacho saneador”. A partir de então, desenvolveu-se tendência jurisprudencial de ampliação das hipóteses de julgamento direto do mérito já na fase saneadora. Com o Decreto nº 18.552, de 3-7-30, passam a poder ser resolvidas no “saneador” todas as outras questões para cuja decisão o processo já reunisse elementos instrutórios suficientes. Depois, o Decreto nº 21.287, de 26-5-32, consolidou a legislação processual civil e comercial, mantendo as regras até então vigentes sobre o “despacho saneador”, e criou o instituto do “questionário”.

Por fim, o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto nº 29.637), em seu art. 514, veio a complementar o rol de atividades desenvolvidas pelo juiz por ocasião do “saneador”, dando-lhe basicamente a feição que possui hoje em Portugal. Autorizou-se o conhecimento direto do mérito (o que em alguns casos já era possível antes – quer por expressa previsão dos textos anteriores, quer por criação jurisprudencial). Previu-se audiência preparatória, a preceder o “saneador”, a qual se destinaria à busca da conciliação e – frustrada a tentativa ou incabível – à discussão das questões resolúveis por meio daquele pronunciamento. Ainda, introduziu-se a figura da “especificação”. (v. a seguir).

Em 1961, reformou-se o Código português (Decreto-Lei nº 44.129), com a disciplina atinente à fase de saneamento (que a doutrina portuguesa usa designar “fase de condensação”) estendendo-se do art. 508 ao 512. Ainda, o “questionário” e a “especificação” passaram a ocorrer formalmente também no “despacho saneador” (v. a seguir). Houve nova reforma no processo português em 1967, sem maior alteração da disciplina do “saneador”. Finalmente, também o Decreto nº 242 de 9-7-85 trouxe algumas mudanças, que, embora significativas, não chegaram a alterar a feição geral da fase de saneamento.

Elaborou-se anteprojeto de reforma do CPC, publicado ainda em 1988 pelo Ministério da Justiça, que traria algumas modificações para essa fase do procedimento, sem alterá-lo subs-

tancialmente. Esse anteprojeto acabou sendo deixado de lado. Em fevereiro de 1995, o Ministério da Justiça divulgou novo “Projecto de Revisão”, que não guarda relação com aquele publicado em 1988 e também traz algumas alterações em relação à disciplina vigente¹⁰.

7. O atual regime do “despacho saneador” pode ser descrito, em apertada síntese, nos seguintes termos.

7.1. Finalizada a fase postulatória (“os articulados”), caso pareça possível ao juiz conhecer diretamente do mérito, ele poderá designar audiência preparatória (art. 508, 1). Igual poder o magistrado terá se reputar necessária a discussão de exceções dilatórias ou peremptórias (art. 508, 3). Admitindo a causa transação, as partes serão intimadas para, sob pena de multa, participarem da audiência ou conferirem ao advogado poderes especiais para transigir (art. 508, 2).

Até 1985, a audiência, no caso do art. 508, 1, era obrigatória. Sua falta acarretava “nulidade não principal”, nos termos do art. 201, 1¹¹ – ou seja, algo equivalente à anulabilidade em nosso sistema (não é conheável de ofício, é sanável, convalidável, não argüível por quem a deu causa etc.). Apenas na hipótese do art. 508, 3, a designação de audiência era facultativa. O Decreto nº 242/85, porém, tornou sempre facultativa.

Tenta-se primeiro a conciliação (art. 509, 1). Não a obtendo, o juiz dirige os debates entre as partes (art. 509, 2). A falta de alguma ou ambas as partes devidamente intimadas não adia a audiência (art. 509, 3).

7.2. Depois da audiência (quando nela não se obtém conciliação) – ou, se não houve audiência, logo após a fase postulatória –, tem vez o “despacho saneador”, cujo objeto o exame (art. 510, 1):

(a - primeira parte) de exceções que levem à “absolvição de instância” (em outros termos: à extinção do processo pela falta dos pressupostos para admissibilidade de julgamento do mérito);

(a - segunda parte) das nulidades (“principais” e “secundárias” – o equivalente, a grosso modo, a nulidades absolutas e relativas);

(b) das “exceções peremptórias” (no que se incluem, além dos fatos impeditivos e extintivos do direito do autor¹², tal como hoje concebidos em nosso sistema, o “caso julgado”);

(c) direito do pedido, se a questão de mérito for só de direito e já puder ser decidida com “segurança” ou se o processo já possui elementos suficientes para “decisão conscienciosa”.

7.3. O exame das nulidades e das causas acarretadoras da “absolvição de instância” só pode deixar de se fazer no “saneador” se nesse momento faltarem elementos instrutórios suficientes para tanto – cabendo ao juiz fundamentar a decisão ou postergue tal tarefa (art. 510, 2). Também as exceções peremptórias serão sempre julgadas quando dispensável maior instrução probatória (art. 510, 3). Apenas o julgamento imediato do mérito não está expressamente imposto em termos cogentes. Mas, mesmo nessa hipótese, a doutrina destaca não se tratar de simples faculdade do juiz – e sim dever “inerente ao princípio geral da economia processual”¹³.

Entendia-se caber agravo da decisão que deixa para depois o julgamento das questões examináveis no “saneador”¹⁴. A reforma de 1985, contudo, estabeleceu expressamente que “não cabe recurso de ‘despacho saneador’ que, por falta de elementos, relegue para a sentença o reconhecimento das matérias que lhe cumpre conhecer nos termos das alíneas a) a c) do nº 1” do art. 510 (art. 510, 5).

7.4. Sendo conhecido diretamente o mérito ou julgada procedente exceção peremptória, “o despacho fica tendo, para todos os efeitos, o valor de uma sentença e como tal é designado” (art. 510, 4). O recurso cabível será então o de apelação (e não de agravo, como nas demais hipóteses, inclusive na de rejeição de exceções peremptórias).

7.5. Ainda não sendo o caso de encerramento do processo, o juiz selecionará os fatos que interessam para a solução da causa. Especificará os que reputa incontroversos e fará quesitos (“questionário”) daqueles que remanesçam controvertidos (art. 511, 1). Só ingressarão no questionário ou na especificação “fatos articulados” (art. 664 do CPC)¹⁵ e que interessem à solução da causa. Assim, para esses atos, assume extrema importância a distinção entre “matéria de fato” e “matéria de direito”¹⁶ e entre “fatos essenciais” e “irrelevantes”. Ainda, como tempero à limitação do questionário aos fatos articulados, estabelece-se a diferença entre “fatos fundamentais” e “instrumentais”. Esses, conquanto não alegados pelas partes, podem ser investigados pelo juiz (CPC, art. 264), na medida em que se prestam a indicar a ocorrên-

cia ou não daqueles.

7.6. O questionário não apenas se presta a limitar o âmbito da produção probatória, como ainda delimita “o poder jurisdicional do tribunal coletivo”, que julgará a causa¹⁷. O tribunal coletivo “não se pronunciará sobre os fatos” contidos na especificação, e a instrução probatória se baseará no questionário¹⁸.

“Especificação e questionário” constituem tema diverso daquele originariamente contido no “despacho saneador”. Daí a preocupação em se destacar tratar-se de “peças diferenciadas” ou “realidades autônomas”¹⁹. Mas não se nega que integram formalmente o mesmo ato do “despacho saneador”. Igualmente, é indiscutível que funcionalmente se enquadram na concepção ampla de saneamento (v. I e II, acima).

Nesse ponto do procedimento, é previsto prazo para “reclamações das partes” quanto à “especificação” e ao “questionário” (art. 511, 2 e 3). Da decisão dessas reclamações cabe recurso para a Relação (segundo grau de jurisdição); “da decisão desta não há recurso” (art. 511, 4). É sob esse aspecto que tem relevância o destaque de que o “despacho saneador” e a “especificação e questionário” são peças autônomas: da especificação e questionário só se pode recorrer tendo havido prévia reclamação; mas “a reação contra o saneador não está condicionada à reclamação”²⁰.

8. Das várias questões debatidas na doutrina e jurisprudência acerca do “saneador”, três podem ser rapidamente indicadas, para fins de comparação.

8.1. A primeira diz respeito à eficácia preclusiva do “saneador” quanto às nulidades e às causas que levariam à “absolvição da instância”, quando não encerra o processo. Trata-se de saber, na terminologia empregada pelos processualistas portugueses, se há “caso julgado formal”.

A respeito do tema, há duas correntes bem definidas. Para alguns, a declaração da ausência de defeitos processuais – ainda que genérica –, se irrecorrida ou depois de decidido o recurso, faria “caso julgado”. Não se poderiam mais suscitar tais matérias nem ser conhecidas de ofício. O segundo entendimento²¹ é o de que só as questões concretamente apreciadas pelo “saneador” ficariam acobertadas pelo “caso julgado formal”. Para embasar tal posição, invoca-se a aplicação analógica do dispositivo que regula a eficácia do “despacho” que decide a questão da incompetência absoluta: só há caso

julgado em relação às questões concretas de competência nele apreciadas. Essa norma seria extensível às demais matérias conhecíveis de ofício.

Ocorre que, no que tange à legitimidade das partes, o Supremo Tribunal de Justiça reputou inaplicável por analogia a regra sobre a incompetência absoluta – por reputá-la norma de natureza especial. Em consequência, editou-se assento pelo qual:

“É definitiva a declaração em termos genéricos, no ‘despacho saneador’, transitado relativamente à legitimidade, salvo a superveniência de fatos que nesta repercutam” (1-2-1963).

Em suma, afirmou-se a absoluta eficácia preclusiva do “saneador”, no que tange à questão da legitimidade – independentemente de quais tenham sido os chamados “fundamentos concretos”.

Mas, o assento do STJ disse respeito só à legitimidade. O assento, no direito português, tem eficácia vinculante. Vale como se lei fosse. Daí surge a dúvida. Para as demais questões de ordem pública, aplica-se por analogia o dispositivo sobre incompetência absoluta (que limita a preclusão às questões concretamente decididas) ou aplica-se analogicamente o assento (estendendo-se a preclusão a todos possíveis defeitos processuais que poderiam ter sido arguídos ou verificados de ofício)? Para a doutrina que preconizava a posição menos rígida sobre a preclusão, deve ser aplicado por analogia não esse assento, mas sim o preceito legal atinente à incompetência absoluta²². Ainda, Castro Mendes, procurando mitigar o alcance do assento, ressalta que apenas a decisão “genérica” é abrangida pelo regime previsto naquele ato do STJ – não a implícita²³.

8.2. Outra questão de interesse para fins de comparação diz respeito à eficácia preclusiva da especificação e do questionário dos fatos relevantes. Já nesse caso, o posicionamento majoritário é extremamente flexível.

Primeiro, considera-se possível a alteração da especificação e do questionário em virtude de episódios supervenientes (ex.: declaração de falsidade de documento; anulação de confissão; alegações das partes sobre fatos novos...). Além disso, independentemente de tais incidentes, admite-se que o presidente do colegiado que proferirá a sentença final amplie o questionário, incluindo novos quesitos que considere necessários à solução da causa. Mais ain-

da: até de ofício, a Relação (órgão de segundo grau) pode anular a sentença e determinar retorno dos autos para a ampliação do questionário (e conseqüente nova produção de provas). Por fim, o próprio Supremo Tribunal de Justiça, julgando o recurso de revista (que só tem por objeto o exame da correta aplicação do direito), pode mandar baixar o processo ao segundo grau, para que se amplie a decisão acerca dos fatos (com a conseqüente alteração da especificação e do questionário e eventual produção probatória) – isso para que o Supremo possa então ter “base suficiente para a correta decisão do direito”²⁴.

O STJ veio a editar assento (de nº 14), em 2-10-94, pelo qual

“... a especificação, tenha ou não havido reclamações, tenha ou não havido impugnação do despacho que as decidiu, pode sempre ser alterada, mesmo na ausência de causas supervenientes, até ao trânsito em julgado da decisão final do litígio”.

8.3. Por fim, pode ser mencionada discussão acerca da possibilidade de julgamento parcial de mérito – com o restante ficando para a sentença. O art. 510, ao tratar do “despacho saneador”, previu apenas a hipótese de julgamento direto do pedido (nº 2) – sem menção à possibilidade de julgamento parcial do mérito nessa fase. Todavia, o art. 508, ao disciplinar a audiência preparatória, estabeleceu que ela ocorreria quando o juiz visse a chance de conhecer diretamente “do pedido ou de algum dos pedidos principais, ou do pedido reconvenicional” (nº 2). Ou seja, indicou expressamente a hipótese de julgamento parcial do mérito.

Daí que parte minoritária da doutrina nega a possibilidade de julgamento parcial do mérito. Isso quebraria a exigência de “unidade” do julgamento (no “saneador”, quem decide é o juiz isoladamente; na decisão final, é o colegiado – tribunal coletivo)²⁵.

Prevalece, porém, em doutrina e jurisprudência, a admissão desse julgamento parcial de mérito – tanto por força de sua expressa previsão no art. 508, como em atenção à finalidade do “saneador”, que é a de enxugar o máximo possível a matéria a ser conhecida ao final²⁶. Mesmo nesse caso, de julgamento parcial de mérito, o recurso cabível é apelação²⁷.

IV - O saneamento do processo no direito brasileiro anterior a 1939²⁸

9. No que tange à verificação de nulidades,

o Regulamento 737 previa a possibilidade de o juiz eliminar as nulidades *acusadas pelas partes*. Relativamente à extinção do processo, a Consolidação Ribas repetiu (nos arts. 251, § 3º, *in fine*, e 363) as duas normas constantes das Ordenações Filipinas, acima mencionadas.

Entre os códigos processuais civis estaduais (pós-Constituição Federal de 1891), alguns traziam a previsão de, havendo a confissão do réu (vale dizer, o atual “reconhecimento do pedido”), ocorrer julgamento “no estado em que se achar o processo” (art. 271 do código de Pernambuco; semelhante norma havia nos códigos do Rio Grande do Sul e São Paulo). Vários desses diplomas repetiram basicamente a previsão de eliminação de nulidades *noticiadas pela parte* (SP, RS, DF, MG, PE, BA, ES, RJ, SC).

Permanecia afastado o exame *ex officio* de vícios processuais pelo julgador.

Já para o Estado do Mato Grosso, em 1928, elaborou-se anteprojeto (jamais convertido em lei) que foi o primeiro a reproduzir o modelo português de “despacho saneador” (com direta e confessa inspiração no Decreto português nº 12.353/26 e na doutrina de J. A. dos Reis). Ainda outra tentativa frustrada de consagração do “despacho saneador” no direito positivo brasileiro deu-se com o anteprojeto de 1934 (de autoria de Pereira Braga e Filadelfo Azevedo), relativo à Justiça Federal.

Por fim, o Decreto-Lei nº 960, de 17-12-38 (sobre cobrança de dívida pública), em seu art. 19, além de providências saneadoras propriamente ditas, do exame dos pressupostos processuais e condições da ação e da preparação da instrução probatória da causa, previu a hipótese de julgamento de mérito no caso de falta ou intempestividade da defesa.

V - O “despacho saneador” no Código de Processo Civil brasileiro de 1939

10. O Código de 39 veio a estabelecer o “despacho saneador” como instituto geral no âmbito do “processo ordinário” (Decreto-Lei nº 1.608/39 – posteriormente, o Decreto-Lei nº 4.565/42 especificou melhor as funções do juiz por ocasião do “saneador”²⁹).

Assim, nos art. 293 a 296, previu-se caber aos juízes, encerrada a fase postulatória no procedimento ordinário:

(a) ordenar o processo: (a.1) dando oportu-

nidade de ouvida do autor, quando houvesse defesa material indireta (art. 294, II); (a.2) verificando se havia nulidades e suprindo as sanáveis (art. 294, IV);

(b) verificar a presença dos pressupostos processuais e condições da ação, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, se fosse o caso (“absolvição da instância” – art. 294, I, III e IV – v. a seguir);

(c) preparar a instrução probatória: (c.1) ordenando a realização de perícias (art. 294, V); (c.2) designando a audiência e determinando a produção de prova oral (art. 296, I e II).

Diferentemente do direito português e dos antecedentes no próprio direito brasileiro (Decreto-Lei nº 960 – v. acima), excluía-se, em princípio, a possibilidade de conhecer-se diretamente do mérito nesse momento. Consagrava-se a indispensabilidade da audiência, ainda que não houvesse provas a produzir (mas, acerca do tema, ver adiante).

Não havia expressa menção ao exame de “pressupostos processuais”. Eram considerados compreendidos não só no inciso I (de onde se extraía expressa menção à legitimidade *ad processum* e a representação), como também no inciso IV do art. 294 (interpretado como se dissesse respeito a defeitos processuais de toda espécie).

De qualquer modo, discutia-se acerca da possibilidade de verificação de alguns dos pressupostos por ocasião do “saneador”. Assim, por exemplo, Liebman, dando por “conforme ao direito brasileiro” lição de Chiovenda sobre o direito italiano, afastava a possibilidade de apreciação do tema da litispendência nessa fase do processo: por força do art. 182, II, seu exame ficaria condicionado à interposição da respectiva exceção instrumental, processada em autos apartados, sem que o “despacho saneador” pudesse nisso interferir³⁰. Já Galeno Lacerda destacava a natureza de ordem pública da questão que, como tal, poderia ser conhecida de ofício e a qualquer tempo pelo juiz: assim, e não interposta a exceção pela parte, o juiz poderia examiná-la no “despacho saneador”³¹.

11. A grande inovação decorrente da adoção do “despacho saneado” – e que consiste em aspecto essencial do instituto, tanto no Brasil como em Portugal – foi a reserva de um momento em que o juiz tem o poder de, *ex officio*, examinar e, se possível, eliminar possíveis vícios processuais. Antes do Código de 39, só mediante provocação do interessado isso

podia ser feito. Daí que, antes de existir o “despacho saneador”, o interessado aguardava para só apontar a nulidade (absoluta ou relativa: não se falava em preclusão em relação a nenhuma das duas) quando lhe aprouvesse, eventualmente já no recurso contra a sentença que lhe fora desfavorável³². Todas as matérias que não estivessem na esfera de disponibilidade da parte, a partir do Código de 39, passaram a poder ser conhecidas de ofício, nessa nova fase do processo.

A positivação da fase saneadora refletiu não tanto a conscientização acerca do caráter público da relação processual e da função do juiz (que já antes disso, mesmo no Brasil, vinha sendo destacado), como a preocupação de traduzir em resultados concretos essa nova percepção do processo. Mais ainda, destinou-se a propiciar economia processual – quer com o juiz encerrando o processo que não deveria ir para frente, quer eliminando a discussão de questões processuais.

12. O Código de 39 não trazia exigência expressa e genérica de motivação. O art. 280, II, estabelecia apenas a necessidade de fundamentação da sentença. Em outros específicos casos, existia ainda a exigência de motivação (art. 117: deferimento de provas; art. 118: avaliação da prova; art. 119: declaração de suspeição) – mas não na disciplina do “despacho saneador”. De qualquer modo, não era incomum apontar-se a necessidade de o juiz embasar sua decisão, mesmo quando não encerrasse o processo. Tal se imporia como “imperativo técnico” ou decorrência do sistema e dos princípios gerais³³.

13. O “despacho saneador” poderia assumir a forma de decisão interlocutória, decisão terminativa (não julgava o mérito, sendo, nesse caso, a ação renovável: hipóteses indicadas em, 10, *b*, acima) ou decisão definitiva (a ação não seria renovável: quando do acolhimento de questões prejudiciais ao mérito ou do exame do próprio mérito – para aqueles que o concebiam nessa fase do processo – v. a seguir)³⁴.

14. Havia exigência expressa de julgamento positivo sobre condições da ação (art. 294, I e III) e pressupostos processuais (art. 294, I e IV): “o juiz... decidirá...; examinará...; pronunciará...; mandará...” , etc.

Por isso, chegava-se a sustentar que, acerca desses assuntos, o juiz não era autorizado a julgar de ofício em outros momentos³⁵. Ignorava-se, assim, aspecto quase que óbvio: eventu-

almente esses assuntos, especialmente as condições da ação, também dependeriam de instrução probatória – como destacava Galeno Lacerda³⁶. Outros, cientes dessa circunstância, mas convictos da impossibilidade de a matéria ser deixada para a sentença final (salvo quando se confundisse com o próprio mérito), sugeriam instrução específica tendo por objeto as questões preliminares (inclusive, e se necessário, com audiência), dentro da própria fase saneadora. Nesses termos, manifestou-se Liebman – com ele concordando Frederico Marques, ainda que destacando que não se procedia desse modo na prática. Essa posição foi fundamentadamente criticada por G. Lacerda³⁷.

14.1. Da exigência de pronunciamento explícito, partiu-se para a tese da “decisão implícita”: só ficaria excluída a rejeição da alegação não expressamente examinada caso se pudesse depreender, direta ou indiretamente, do teor do despacho que a matéria seria apreciada na sentença (diante de alguma indicação de que era inadequada sua apreciação naquele momento). Foi dessa noção, correta ou não, de imprescindibilidade do exame das preliminares no “saneador” que se originou a Súmula 424 do Supremo: “Transita em julgado o ‘despacho saneador’ de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença”. Afirmava-se a preclusão da apreciação posterior, se o interessado não houvesse feito uso do agravo no auto do processo (expressamente previsto como recurso cabível – art. 851, IV).

Mendonça Lima, escrevendo já sob a égide do Código de 73, mas referindo-se ao que se passava ao tempo do diploma anterior, traçou o seguinte quadro da preclusão das questões apreciáveis no “despacho saneador”: se não argüidas ou se não verificadas de ofício, não mais caberia levantá-las; se argüidas, poderia o juiz expressamente retardar sua apreciação na sentença³⁸. Mendonça Lima não tratou da hipótese em que, argüida matéria a ser examinada no “saneador”, o juiz se omitia. Mas, também nesses casos, nos termos da Súmula 424, haveria preclusão, se não tivesse ocorrido ressalva (direta ou indireta) de que a questão seria apreciada na sentença.

Seguindo as linhas gerais da concepção dominante, ainda que a mitigando em alguns pontos, Frederico Marques afirmava que: (a) ficaria precluso o exame dos pressupostos processuais, tendo sido ou não decidida a matéria

no “saneador”; (b) excetuariam-se dessa preclusão: incompetência absoluta, nulidade da citação, impedimento, litispendência e coisa julgada; (c) quanto às condições da ação, só ficaria precluso o exame das questões decididas³⁹.

14.2. Conquanto em minoria, eram extremamente autorizadas as vozes que se pronunciavam em sentido diverso, afastando-se da tendência excessivamente “preclusionista”.

Assim, Amaral Santos admitia a reapreciação da matéria referente às condições da ação, quer na decisão final, quer em segunda instância, sem necessidade formal de agravo no auto do processo. Igualmente Galeno Lacerda afastava a preclusão relativamente a todas as questões alheias à esfera de disponibilidade da parte – desde que a decisão não tivesse sido terminativa do processo (quando então se “esgota a jurisdição”). E, nessa esfera de indisponibilidade incluía, entre outras matérias, as condições da ação, os pressupostos processuais e as nulidades “absolutas” e “relativas” (que se contraporiam às “anulabilidades”). Nessas hipóteses, não se conceberia “decisão implícita”. Todavia, quando a matéria dissesse respeito exclusivamente ao interesse da parte, não só o “saneador” teria eficácia preclusiva como acerca delas poderia ocorrer “decisão implícita”. Ainda, Bueno Vidigal, em suas aulas de 1959 para os alunos do quarto ano da Faculdade do Largo São Francisco, transcritas e publicadas pelo C. A. XI de Agosto, negou a existência de qualquer eficácia preclusiva no “despacho saneador”, citando inclusive voto do Ministro Filadelfo de Azevedo, constante da RT nº 160/308. Inexistiria preceito proibindo o juiz de reapreciar, no curso do processo, as questões já decididas. O art. 289 (de teor semelhante ao atual art. 471, *caput*) apenas proibiria o reexame, em outro processo, de “lide” (no sentido de “mérito”) já decidida⁴⁰.

14.3. Seja como for, Liebman retratava o entendimento dominante ao afirmar que o “despacho saneador... tem sempre o efeito de decisão preclusiva, explícita ou pelo menos implícita, das questões indicadas pela lei”⁴¹.

15. Discutia-se, ainda, acerca da possibilidade de julgamento de mérito por ocasião do “saneador”. Já se viu que isso não foi previsto em termos expressos na disciplina do instituto.

Tomem-se em conta as atuais hipóteses de julgamento de mérito (CPC/73, art. 269).

15.1. Quanto à homologação de atos de disposição das partes, não havia dúvidas de que

pudesse ocorrer por ocasião do “saneador”. Isso não por expressa previsão na disciplina do instituto, mas com base no estabelecido relativamente à “cessação de instância”: nos arts. 206 e 207, indicavam-se a “transação” e “desistência” (como renúncia ao direito em que se funda a ação) como hipóteses de encerramento do processo por ato da parte. Ainda, no art. 55, havia a menção à “confissão”, no sentido de reconhecimento do pedido (pois o regime que se lhe previa era diverso do estabelecido no art. 118 para a “confissão” enquanto ato probatório)⁴². O juiz haveria de chancelar tais atos a qualquer tempo, inclusive no “saneador”.

15.2. Já relativamente à prescrição e à decadência, existia maior controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Liebman, considerando-as integrantes do mérito e descartando qualquer exame desse no “saneador” (v. a seguir), afastava sua apreciação em tal fase. No mesmo sentido parece ser o pensamento de Buzaid⁴³. Prevalencia o entendimento oposto, de que, como preliminares de mérito, seria possível apreciá-las no “saneador”⁴⁴.

15.3. Note-se que, quando parte da doutrina e jurisprudência afirmava admitir julgamento de mérito no “despacho saneador”, muitas vezes tinha em vista a tão-só possibilidade de exame de condições da ação, na suposição de que tais matérias (ou, quando menos, a possibilidade jurídica e a legitimidade) integrariam o mérito – concepção essa que foi expressamente afastada pelo Código de 73: art. 267, VI. Assim, Galeno Lacerda reputava como sendo de mérito, conquanto atinentes à relação processual, a possibilidade jurídica e a legitimidade – sendo possível julgamento “de mérito” acerca delas quando do “saneador”. Lacerda, contudo, concebia ainda, em outras hipóteses, o julgamento do mérito nessa fase (v. a seguir). M. Lima tratava a legitimidade como questão “prejudicial” ao mérito. Liebman, pelo contrário, destacava que as condições da ação só podiam ser julgadas no “saneador” precisamente por não integrarem o mérito⁴⁵.

15.4. Todavia, o conhecimento direto do mérito na fase de saneamento, tal como o autorizado pelo “julgamento antecipado da lide” do Código ora vigente, era descartado majoritariamente por doutrina e jurisprudência⁴⁶.

Segundo Liebman, o mérito não poderia ser decidido sem audiência de instrução e julgamento. Suprimir a audiência equivaleria a suprimir a oralidade. Só dispositivo legal expres-

so, inexistente no Código de 39, autorizaria resposta no sentido contrário – tal como no direito português, em que, além de haver lei nesse sentido, o julgamento do mérito no “saneador” é precedido de discussão escrita mais ampla e audiência preparatória. Igualmente Frederico Marques e Buzaid rejeitavam a possibilidade de decisão sobre o mérito no “saneador”⁴⁷.

Galeno Lacerda, discordando desse entendimento, ponderava serem três as finalidades da audiência: produção de provas, discussão e julgamento. Em relação a nenhuma das três a audiência seria essencial: nem toda prova em audiência se produz; as partes podem renunciar ao debate; o juiz pode proferir a sentença depois de encerrada a sessão. A oralidade, no sistema brasileiro, teria assim caráter relativo. A seguir, Lacerda lembrava que “jurisprudência de tomo” vinha admitindo a decisão de preliminares de mérito no “saneador”. Mas a distinção entre “mérito propriamente dito” e “preliminar de mérito” seria imprópria: haveria, isso sim, hierarquia quanto ao caráter prejudicial entre as várias questões de mérito. Daí que, por constituírem “questões prejudiciais”, deveriam ser apreciados no “saneador” os fatos “extintivos” (Lacerda incluía entre eles, além dos assim hoje reputados, a coisa julgada), os “impeditivos” (indicava aqui as condições da ação) e os “suspensivos” (citava, entre outras hipóteses, o direito de retenção, o benefício da execução). A condição para exame de tais matérias no “saneador” resumir-se-ia exclusivamente à desnecessidade de produção probatória. Já quanto ao fato “constitutivo do pedido”, só poderia ser conhecido “por ocasião” do “saneador” se, além de dispensável a produção probatória, os interessados aquiescessem com a supressão da audiência. Mas, ainda nesse último caso, Lacerda ressaltava as hipóteses de confissão expressa e integral “do pedido” (*sic*) e de não-contestação da ação executiva, quando então estaria autorizado o julgamento imediato do pedido independentemente de consulta. De qualquer modo, a apreciação de todos esses temas, com exceção das condições da ação, dar-se-ia apenas “por ocasião do saneador”, mas não “no saneador”. Vidigal também pronunciou-se favoravelmente ao julgamento de mérito no “saneador”, vez que o Código não adotara, em seu entender, “o sistema da oralidade em sua pureza”⁴⁸.

Entretanto, reitera-se: ressaltado o caso da “preliminar de mérito”, não prevalecia o entendimento favorável ao julgamento do pedido quando do “saneador”.

VI - O conteúdo do saneamento no processo civil brasileiro atual

16. O Código de 73 adicionou às hipóteses previstas no diploma anterior a possibilidade de, em tal momento, o juiz já conhecer do mérito da causa – não só quando houver revelia (como era no Decreto-Lei nº 960/38), como também se os elementos constantes dos autos já lhe permitirem a formação de convencimento.

Essa inovação deu-se, mais uma vez e assumidamente, por influência do direito português⁴⁹. A previsão do inciso I do art. 330 tem teor bastante semelhante ao do dispositivo do diploma português que autoriza o julgamento do mérito por ocasião do “saneador”.

17. Examinem-se sumariamente essa e as demais hipóteses de julgamento imediato do mérito nessa fase do processo.

17.1. Questão unicamente de direito – a que se refere o art. 330, I, para autorizar o julgamento “antecipado da lide” – não existe. Sempre haverá fato subjacente ao direito. A única exceção que normalmente se aponta está no exame direto de constitucionalidade. Mas, mesmo nesse caso, pode haver maior ou menor carga de questão fática a se verificar (pense-se, por exemplo, na arguição de inconstitucionalidade por defeito formal – quando é possível haver investigação de fatos atinentes ao procedimento de que resultou o ato). Então, questão unicamente de direito é aquela em que os aspectos fáticos direta ou indiretamente relevantes são incontrovertidos, pacíficos e o juiz não verifica nenhum aspecto que objetivamente o leve a duvidar de sua veracidade a ponto de precisar determinar provas de ofício – resumindo-se a discussão entre as partes às decorrências jurídicas de tais fatos.

Já a outra hipótese constante do inciso I do art. 330 (quando, a questão de mérito “sendo de direito e fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”), diz respeito aos casos em que a prova já trazida para os autos (que, em regra, até esse momento, será apenas a documental) já é suficiente para o julgamento do mérito. Obviamente, havendo só a necessidade de perícia – embora esse meio probatório não se “produza em audiência” necessariamente –, do mesmo modo descaberá o “julgamento antecipado”.

Assim, os dois casos constantes do inciso I (e, como se verá a seguir, também o do inciso

II) recaem em uma mesma hipótese: desnecessidade de produção de novas provas. Por isso, não é de todo apropriado o nome “julgamento antecipado” – como também não o é a expressão “julgamento conforme o estado do processo”. Transmitem a falsa impressão de que o ato decisório estaria ocorrendo antes de seu momento oportuno, “abortando a caminhada em direção à sentença final”⁵⁰. Não é o que se dá: decide-se porque não há mais o que ser feito; porque tudo o que era necessário para a formação da convicção do julgador já está nos autos.

17.2. A outra hipótese em que se autoriza o julgamento direto do mérito (art. 330, II) concerne à revelia em que se produza seu efeito principal (previsto no art. 319). É decorrência direta do regime estabelecido para a revelia, a partir do Código de 73 – com a regra geral da presunção de veracidade dos fatos afirmados contra o revel. Então, não é mais do que especificação da diretriz genérica estabelecida no inciso I do art. 330: julga-se nesse momento vez que não existem questões de fato controvertidas.

Bem por isso, a norma do inciso II do art. 330 está diretamente relacionada com a “providência preliminar” do art. 324 do CPC, pela qual, tendo havido revelia, cumpre ao juiz verificar a ocorrência do seu efeito principal. Em caso negativo, possibilitará ao autor a produção de provas⁵¹.

Afinal, nem sempre à revelia corresponde a produção de seu *efeito* principal. A ausência de contestação do réu validamente citado não gerará essa eficácia: (I) se litisconsorte passivo contestar e a defesa dele servir para o revel; (II) se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; (III) se a inicial não estiver acompanhada de instrumento “substancial” (art. 320). Ainda, além das expressamente previstas no art. 320 do CPC, há outras hipóteses sistematicamente extraíveis em que não opera o efeito principal da revelia: assim, por exemplo, art. 9º, II, c/c art. 302, parágrafo único; art. 52, parágrafo único; art. 129.

Em todos esses casos, só se autorizará julgamento imediato do mérito se, a despeito da não-ocorrência do efeito da revelia, o caso concreto se enquadrar na hipótese genérica do inciso I do art. 330. Também não ficará afastada, obviamente, eventual extinção do processo nos termos do art. 329 (desde que o motivo que a enseje seja conhecível de ofício).

Além disso, não se pode esquecer que a revelia tem por efeito a *presunção relativa* dos fatos afirmados pelo autor. A consideração de fatos notórios, máximas da experiência, juízos de probabilidade podem derrubar essa presunção. Por isso, tem-se reconhecido que “nem mesmo a revelia impede a atividade probatória do juiz”⁵².

Mas a revelia, mesmo quando não se caracteriza uma das exceções à ocorrência de seu efeito principal, não impõe necessariamente julgamento de mérito a favor do autor, se: (a) dos fatos narrados na inicial não resultam as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor; (b) os fatos alegados são manifestamente falsos ou impossíveis (repita-se: a presunção do art. 319 é relativa); (c) há matérias, contrárias ao autor, que o juiz pode conhecer de ofício (pressupostos processuais e condições da ação e, quanto ao mérito, as objeções: decadência, prescrição de direitos indisponíveis, pagamento etc.). Nesse último caso, tais matérias tanto podem estar de plano evidenciadas nos autos, quanto delas pode haver algum marcante elemento indicativo – justificando-se então até providência probatória de ofício.

E – eis o que interessa para o presente texto – o julgamento de mérito contrário ao autor pode eventualmente até se dar na fase do julgamento conforme o estado do processo, nos termos do art. 329, c/c art. 269, IV (prescrição quanto a direitos indisponíveis e decadência em qualquer caso), ou do art. 330, I. As hipóteses indicadas em *a* e *b*, imediatamente acima, enquadram-se exatamente no disposto no inciso I do art. 330. E o mesmo pode se dar no que tange ao mencionado em *c*, acima, quando desnecessária produção probatória.

Além disso, mesmo quando se produz o efeito principal da revelia, o revel pode comparecer tardiamente ao processo, recebendo-o na situação em que se encontra e passando a ser intimado de seus atos. E, desde que ingresse no processo antes de proferida a sentença, poderá apresentar as defesas processuais e materiais que o juiz conhecerá de ofício e fazer prova quanto a elas, bem como contrapor prova àquela produzida pelo autor. Portanto, e também nessa hipótese, eventualmente ficará afastado o julgamento imediato do mérito.

17.3. Em suma, o pressuposto geral e inafastável nas três hipóteses autorizadoras do julgamento antecipado é a desnecessidade da produção de qualquer outra prova.

18. Precisamente por isso, há vasta jurisprudência dos tribunais de segundo grau declarando nula sentença proferida em “julgamento antecipado”, por considerar que ainda havia a necessidade de produção de provas. Desse modo, não há que se falar em “discricionariedade” do julgador quanto a julgar ou não antecipadamente. Seu “livre convencimento” não serve de obstáculo ao reexame, pelo segundo grau, dessa opção. Só poderá conhecer diretamente do mérito, nessa fase, se objetivamente estiverem presentes todos os elementos instrutórios necessários.

Mas, dessa constatação, nem sempre se extrai sua outra face. Se é objetivamente verificável a impossibilidade do “julgamento antecipado” (com a cassação da sentença proferida quando havia necessidade ainda de provas), também há de sê-lo o inverso – ou seja, quando, embora já não seja necessária qualquer prova, deixa-se de conhecer diretamente do mérito nessa fase do processo⁵³. Evidentemente, em termos práticos, talvez nem sempre os litigantes consigam ou queiram valer-se do controle recursal: o resultado do agravo de instrumento contra a decisão que determinou proferir provas pode vir a ocorrer só depois de finalizada a fase probatória; a parte pode não querer insistir no “julgamento antecipado”, temendo que o resultado lhe desfavoreça etc. De qualquer modo, não se pode ignorar o aspecto ora destacado.

19. Também o art. 329, ao tratar “da extinção do processo” nessa fase do procedimento, prevê hipóteses em que tal ocorrerá “com julgamento de mérito” (art. 269, II a V). Nesses casos, todavia, não se tratou de especial inovação (v. item V, acima).

A exemplo do que já ocorria sob a égide do Código de 39, os atos de disposição das partes (art. 269, II, III e V), independentemente de quando ocorrem, hão de ser imediatamente examinados e, se perfeitos, chancelados. O Código atual expressamente previu que a homologação se dará por meio de sentença (e, portanto, apelável) “de mérito”. Questão que escapa do objeto desse trabalho é examinar se a autoridade da coisa julgada acobertará esse pronunciamento.

Já a previsão de extinção com base na prescrição e decadência há de ser considerada em harmonia com o regime geral do “julgamento conforme o estado do processo” – cuja tônica está na função (dever-poder) de o juiz decidir

nesse momento tudo o que, com base nos elementos instrutórios já carreados, seja possível. Como a prescrição e a decadência são matérias geralmente conhecíveis de plano, o art. 329 indicou-as sem qualquer ressalva (não houvesse o preceito, se enquadrariam, na generalidade dos casos, na hipótese do art. 330, I, primeira parte). Mas, ainda que raro, pode ser necessária investigação probatória para determinar-se, por exemplo, quando efetivamente se deu o termo inicial do prazo prescricional ou decadencial. Nesse caso, e por óbvio, afasta-se a extinção com amparo no art. 269, IV.

20. É possível “extinção parcial” do processo, com ou sem julgamento de mérito? Mais do que resposta positiva ou negativa, a solução do problema passa pela consideração acerca de qual seria a natureza da decisão, sua recorribilidade, eficácia e autoridade (coisa julgada, preclusão).

20.1. Moniz de Aragão afirma genericamente que seria possível “extinção parcial”, tanto por força de causas previstas no art. 267, quanto no art. 269 (exemplifica com a prescrição de parte do crédito). Caberia recurso de agravo⁵⁴. Não aborda o problema da autoridade dessa decisão – problemática, sobretudo, quando por motivo de mérito.

Para Frederico Marques, quando houver “processo cumulativo” e o juiz declarar inadmissível (questão preliminar) algum(ns) dos “litígios” (*sic*), não se encerra nenhum processo. Invoca o art. 317 como argumento: o previsto para a reconvenção se aplica às demais cumulações. Assim, tal decisão não será sentença. O recurso cabível é o de agravo. Agora, no “processo cumulativo”, o juiz não pode decidir antecipadamente um ou algum(ns) dos “litígios”, deixando os demais para a sentença a ser proferida no final. Inclui nessa negativa até a hipótese de “extinção parcial” por decadência ou prescrição: se isso fosse admissível, eventual apelação suspenderia o processo e “seria absurdo” entender-se que, nesse caso, o recurso cabível é o agravo de instrumento. Tal situação, segundo Marques, contrariaria o princípio da economia processual, em que se inspira o art. 330⁵⁵.

Pontes de Miranda parece não admitir o julgamento imediato parcial do mérito⁵⁶. Também nesse sentido, há pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (RTJ nº 119/1235, RTJ nº 75/274 – nesse segundo, consigna-se ser “preferível” o julgamento não-fracionado).

Calmon de Passos vai além na rejeição de julgamento parcial do mérito. Seria inadmissível até mesmo decisão que repelisse por completo a arguição de prescrição. Nenhum exame fracionado de mérito seria possível nessa fase do processo – o que aconteceria caso se rejeitasse a alegação de prescrição, sem que se prosseguisse no exame direto do pedido. Quanto a isso, para o processualista baiano, o atual diploma permitiria menos do que o anterior: no antigo “saneador”, eram examináveis todas as preliminares (mesmo de mérito); no sistema atual, “só se autoriza o julgamento antecipado de mérito ou a extinção sem julgamento do mérito; não o exame de todas as preliminares”⁵⁷.

20.2. O afirmado por Calmon de Passos não parece correto. Não bastasse a expressa previsão da possibilidade de rejeição da prescrição ou decadência nessa fase (art. 331, parte inicial, *c/c* art. 329, *c/c* art. 269, IV), não se põe, em tal caso, nenhum dos óbices que se indicam ao provimento parcial do mérito nessa fase (quanto à eficácia do recurso e quanto à autoridade da decisão).

Quanto à “extinção parcial” sem julgamento de mérito – como se viu –, não são postos maiores óbices à sua admissibilidade.

Ora, isso é o que basta para não se poder invocar a letra da lei como argumento contrário ao julgamento imediato parcial de mérito, em qualquer caso, no “saneador”. Afinal, se a “extinção parcial” sem julgar mérito é possível, embora o art. 329 não a preveja expressamente (referindo-se apenas ao processo como um todo), o exame direto de parte do mérito, nessa fase, também há de sê-lo, a despeito de o art. 330 não explicitar essa possibilidade. Nesse ponto, é de se aproveitar a doutrina portuguesa a respeito do tema: o objetivo da fase saneadora é precisamente diminuir a matéria objeto da cognição do juiz, na continuidade do processo, estritamente àquilo que ainda não se está em condições de decidir (v. acima – III.2). Aliás, no Brasil nem mesmo existe o problema apontado por Anselmo de Castro, para o processo português, de se diferenciarem os órgãos que julgariam o mérito (v. III.2): o mesmo órgão que conduz o processo profere a sentença.

Aspectos atinentes à eficácia, recorribilidade e autoridade não atrapalham tal conclusão.

A eficácia da decisão parcial de mérito no curso do processo ficará condicionada à da

sentença final: até lá é possível o exame de questões de ordem pública pertinentes inclusive a essa parte do objeto do processo.

Não há que se falar, desde logo, em coisa julgada do provimento relativo a parte do mérito. Afinal, a decisão não será sentença: o restante do processo prosseguirá. Vale aqui o mesmo raciocínio pelo qual a decisão extintiva parcial sem julgamento de mérito não é sentença (vede, acima, as lições de F. Marques e M. de Aragão). Haverá apenas preclusão – e, ainda assim, limitada (v. adiante): não mais será possível reexame do tema (salvo em recurso), a não ser que tenha sido desconsiderada questão conhecível de ofício. Depois, com a sentença, desde que não abalada a anterior decisão parcial do mérito, advirá a coisa julgada: nesse caso, o comando da sentença automaticamente incorpora o anterior *decisum* parcial sobre o mérito.

Quanto à recorribilidade da *decisão* parcial do mérito, caberá agravo – que não tem, automaticamente, efeito suspensivo. Não se põe, então, o óbice apontado por F. Marques, de que seria contrariada a economia processual, na medida em que a parte ainda não decidida do processo permaneceria suspensa enquanto pendesse “apelação” (*sic*) referente à parcela decidida⁵⁸. Afinal, repita-se, a solução ora apontada quanto ao problema recursal é exatamente a mesma que concebe o próprio Marques quando trata da recorribilidade da decisão que “extingue parcialmente” o processo sem julgar o mérito: em *ambos* os casos, não será sentença – mas sim decisão interlocutória (o conteúdo de mérito é irrelevante nos termos do art. 162 do CPC). Note-se, de outra parte, que a falta de eficácia suspensiva do recurso de agravo tampouco significa a possibilidade de imediata execução da decisão. Como se expôs, sua eficácia fica condicionada à da sentença final. Agora, o que não se descarta é que, nesse momento, conceda-se antecipação de tutela, se presentes os requisitos (lembre-se que um deles – o da grande plausibilidade do direito – já estará mais do que satisfeito): daí sim, e dentro dos limites desse instituto, vai-se poder falar em eficácia imediata.

21. A extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de pressupostos processuais e condições da ação (art. 267, IV, V e VI), ou com o seu julgamento, mediante a chancela de atos de disposição (269, II, III e V) ou pelo acolhimento de prescrição de direitos in-

disponíveis ou decadência (art. 269, IV), pode-se dar a qualquer tempo, antes ou depois da fase de “julgamento conforme o estado do processo”. Tirando a hipótese dos atos de disposição (que as próprias partes deverão de noticiar ao juiz), nas demais haverá exame *ex officio* (art. 267, § 3º, e art. 295, IV, c/c art. 219, § 5º, *a contrario sensu*).

O mesmo se diga quanto à verificação de nulidades. O juiz exerce constante atividade saneadora. As nulidades absolutas o juiz examinará de ofício e a qualquer tempo. Mas mesmo as relativas, desde que alegadas na primeira oportunidade pela parte interessada, serão logo apreciadas pelo juiz – que não ficará limitado a tratar delas apenas na fase de saneamento ou na sentença.

Há, reitere-se, *saneamento constante* do processo. Eis aspecto essencial no sistema do Código de 73. Trata-se de concepção que não prevalecia na vigência do Código de 39, embora preconizada por autorizada doutrina. Considerava-se geralmente o “despacho saneador” como o momento oportuno e único para o exame da regularidade do processo, excetuando-se, quando muito, a possibilidade de expressa indicação de que o tema seria tratado na sentença final (v. item 5, acima). Tal peculiaridade, de certo modo, muda o perfil da fase saneadora: essa é, no atual Código, a ocasião especialmente reservada para a atividade de verificação da validade formal do processo – mas não o único momento em que se autoriza essa atividade. Enfim, a fase saneadora, diferentemente do que se entendia sob a égide do diploma anterior, *não* é uma ilha de poderes do juiz dentro de um mar de dispositividade.

22. Mas a ampla concessão de poderes ao juiz tem sua contrapartida: a exigência de “diálogo com as partes”.

É por isso que, constatando o próprio juiz a eventual existência de vícios processuais atinentes a matéria de ordem pública ou “objeções materiais” (defesas materiais indiretas examináveis de ofício), antes de decidir acerca delas, deverá propiciar o exercício do contraditório. Assim, parecendo-lhe ausente pressuposto processual ou condição da ação ou existente alguma objeção material, caberá ouvir o autor. Trata-se do “dever de diálogo” do juiz para com as partes, modernamente ressaltado como o próprio contraditório em sua dimensão mais plena: não se justifica que as partes sejam surpreendidas por decisões de ofício acerca de

matéria sobre as quais, até então, não haviam desenvolvido alegações⁵⁹. Isso vale para qualquer momento do processo, inclusive para sua fase saneadora. Portanto, também nessas hipóteses – e não só nos casos dos arts. 326 e 327 (em que se cogita de matéria alegada pelo réu) – o juiz abrirá vista do processo para o autor. É certo que, não se subsumindo exatamente às hipóteses dos arts. 326 e 327, o prazo para o autor falar não será automaticamente aquele de dez dias. O juiz fixará o termo para a manifestação e, no seu silêncio, valerá o prazo geral de cinco dias (CPC, art. 185).

23. Aliás, outra hipótese de ouvida do autor, depois da contestação, haverá quando o réu juntar documentos com a contestação (art. 398 – prazo de cinco dias).

De outra parte, e também por força do art. 398, se o autor, nas manifestações de que tratam os arts. 326 e 327, traz novos documentos, ouve-se igualmente o réu.

Há o perigo, “teoricamente”, de haver uma “seqüência dialética indefinida”, em virtude de sucessivas juntadas de documentos. Esse risco foi destacado, já no início da vigência do Código de 73, por Malachini – que apontava como forma de evitá-lo a rigorosa observância dos momentos próprios para a produção de prova documental (a inicial e a contestação). Depois desses atos, só poderiam ser trazidos novos documentos aos autos nas hipóteses taxativas do art. 397, ou seja, para realização de contra-prova ou prova de fatos novos⁶⁰. Ocorre que, a despeito de a posição doutrinária restritiva à juntada tardia de prova documental ter sido a dominante de início (como então notava Malachini), não foi esse o entendimento que prevaleceu concretamente. Estabeleceu-se de forma marcante a tendência jurisprudencial de não-preclusão em virtude da falta de juntada aos autos da prova documental no momento oportuno. Inclusive, passou a se ter por “indispensável” – cuja ausência não-suprida acarretaria o indeferimento da inicial (arts. 283 e 284) – apenas o documento “substancial” – ou seja, aquele que a própria lei prevê como essencial à forma do ato, a ponto de integrar-lhe a própria substância. Os outros vêm podendo ser apresentados depois, no curso do processo⁶¹. Ademais, também “teoricamente”, não fica afastada a hipótese de infinitas e sucessivas ouvidas das partes mesmo que só admitida a juntada tardia de documentos nos limites estritos do art. 397: em tese, poderia haver reiteradas “contraprovas” de parte a parte. Seja como for, a

prática desses mais de vinte anos evidenciou não ser comum a ocorrência dessa “seqüência dialética indefinida” – de modo que o suposto risco acaba por não justificar a rejeição da “tendência não preclusiva” quanto aos documentos (de resto, amparada nas normas do livre convencimento e dos poderes probatórios – arts. 130 e 131). Mas, ainda assim, se, em situações-limite e absolutamente excepcionais, surgir tal círculo vicioso, daí então o juiz haverá de fazer cessá-lo. E tal providência, nessa hipótese remota, não se dará tanto com base nas regras atinentes ao momento de produção da prova documental, mas por força do preceito que impõe ao juiz o dever de zelar pela rápida solução do processo (art. 125, II). Haverá de se ponderar concretamente dois valores igualmente relevantes em abstrato – a pesquisa da verdade e a exigência de celeridade – para definir o que prevalecerá.

24. Discute-se, ainda, se o silêncio do autor, quando intimado para se manifestar sobre defesa indireta, acarretaria efeito semelhante ao da revelia, vale dizer, a presunção dos fatos afirmados pelo réu. Prevalece o entendimento de que não⁶². Até certo ponto, essa resposta negativa parece acertada: é inviável o estabelecimento dessa conseqüência desfavorável na falta de expressa cominação.

Mas o silêncio do autor pode funcionar como fato indicativo, subsídio para a formação do convencimento do juiz. É a consideração da conduta das partes no processo como elemento probatório. Na Itália, há expressa previsão legal (CPC, art. 116, segunda parte). O Código brasileiro não explicita essa regra, mas ela é extraível do seu art. 131 (que, aliás, tem teor semelhante ao da primeira parte do art. 116 do diploma italiano)⁶³. Assim, e na medida em que se relativiza o efeito principal da revelia (v. acima), aproximam-se as conseqüências em um e outro caso. A diferença básica está em que a revelia é presunção legal; a falta de réplica, presunção “comum” (que, ainda mais do que aquela estabelecida no art. 319, muito depende das circunstâncias concretas). Ambas, de qualquer forma, são presunções relativas. A isso, some-se a previsão de que “não dependem de prova os fatos admitidos, no processo, como incontroversos” (art. 334, III) – no que se enquadra a hipótese em exame. Seja como for, mesmo sob essa ótica, não fica excluído o “princípio da livre e fundamentada apreciação das provas pelo juiz” (como concluiu o STF em relação a outra das hipóteses previstas no art.

334 – RTJ 99/144). Em conclusão: o silêncio do autor, quando lhe é dada a oportunidade de replicar a defesa material indireta, pode funcionar como subsídio para a conclusão acerca da veracidade dos fatos que embasam tal defesa⁶⁴ – se o contrário não for extraível dos autos ou notório (nos moldes acima apontados para o efeito da revelia). Mas, enquanto elemento indicativo autorizador de presunção, há de ser invocado pelo julgador só depois que esgotados meios mais diretos e idôneos para a formação do convencimento sobre os fatos da causa.

25. Além disso, antes de cogitar da extinção do processo, tem de ser verificado se não é sanável o defeito existente. Por isso, obviamente, a imposição do art. 227, parte final, precede a da extinção (sem ou com julgamento de mérito). E isso vale igualmente para o “julgamento antecipado”, que também é antecedido pelo exame da presença dos pressupostos de admissibilidade para pronunciamento sobre o mérito. Assim, “verificando a existência de irregularidades ou nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando prazo nunca superior a trinta dias”.

Cabe rápido exame da natureza desse prazo e das consequências do descumprimento das medidas que nele deveriam ser tomadas.

No que tange ao autor, a falta de instrumento de mandado para o advogado, não suprida nos termos do art. 37, parágrafo único, acarreta a inexistência do(s) ato(s) praticado(s) pelo profissional. Sendo a própria inicial o ato que se praticou sem procuração (o mais provável nesse momento do procedimento), reflexamente faltará pressuposto da própria existência do processo: a demanda. Nas hipóteses de que trata o art. 13 do CPC⁶⁵, em caso de inércia do autor, haverá “a nulidade do processo” (art. 13, I) – vale dizer, a extinção do processo por falta de pressuposto para seu regular desenvolvimento⁶⁶. Também o parágrafo único do art. 47 traz regra expressa sobre o tema: extingue-se o processo quando não for promovida a citação de litisconsorte necessário no prazo assinalado. Já os casos sem disciplina específica, em que o prosseguimento do processo dependa da regularização do defeito, serão regidos diretamente pelo art. 267, III, e §1º: intima-se o autor por meio do advogado; não se procedendo à regularização no prazo ali mencionado (trinta dias – que não se confunde com o prazo que o juiz dará para regularizar a situação, eventualmente menor), a própria parte autora

será intimada para suprir a falta em 48 horas, sob pena de extinção do processo.

Ao réu, sua inércia, na hipótese de que trata o art. 13 (corrigir defeito na representação e capacidade), importará em revelia (art. 13, II). A inexistência de mandado para seu advogado, se não suprida nos termos do art. 37, parágrafo único, acarretará a inexistência do ato praticado sem procuração (sendo a própria contestação, haverá revelia).

A providência a se tomar, para a regularização do processo, pode ainda incumbir ao próprio órgão judicial (ex.: verifica-se incompetência absoluta, com a necessidade de remessa dos autos ao juízo competente). Daí, então, não há prazo próprio, preclusivo. A demora no cumprimento da providência deverá trazer consequências administrativas, e não processuais.

26. Moniz de Aragão descarta a “tese de que o juiz deve necessariamente pronunciar-se” sobre condições da ação e pressupostos processuais, por ocasião do saneamento. A seguir, contudo, destaca que, “se o tema... já estiver maduro”, o magistrado tem o dever de examiná-lo – e indica decisões nesse sentido (RT 548/89 e 507/147)⁶⁷. Vale aqui o já exposto acima, ao se tratar da função que desempenha o juiz ao definir se julga ou não imediatamente o mérito da causa na fase saneadora. Não há discricionariedade: cabe ao juiz examiná-las, se presentes os elementos instrutórios para tanto.

Adiante, vai-se tentar definir o conjunto de consequências dessa constatação.

27. Antes, tem de se tratar de problema relacionado com tais decorrências: a eficácia preclusiva da decisão que declara saneado o processo.

O próprio Moniz de Aragão, examinando as diferenças da disciplina de saneamento do processo no Código de 73 em relação ao de 39, ressalta a inexigência de pronunciamento expresso acerca das condições da ação e pressupostos processuais, senão quando o juiz considere ser o caso de extinção do processo. Ademais, pressupostos processuais e condições da ação são apreciáveis de ofício e em qualquer grau de jurisdição (CPC, art. 267, § 3º). Daí que é impossível adotarem-se os mesmos padrões de interpretação empregados sob a égide do Código anterior⁶⁸.

Mas se há, por um lado, a constatação da inviabilidade de simplesmente se adotarem os padrões então majoritariamente aceitos, não se chega, por outro, a fácil conclusão sobre qual o

exato regime preclusivo da decisão de saneamento no sistema atual, no que concerne às questões de ordem pública. Faz prova dessa dificuldade a imensa quantidade de opiniões autorizadas sobre o tema. Confirmam-se algumas delas, apresentadas, dentro do possível, na ordem decrescente da extensão de preclusão que reputam advir da decisão declaratória de saneamento.

27.1. Segundo Barbosa Moreira, o proferimento do “despacho saneador” significa que, independentemente de expressa menção, foram descartadas as hipóteses de extinção do processo com ou sem julgamento do mérito e de julgamento imediato do pedido. Em decorrência, tal decisão, se não agravada, tem eficácia preclusiva não só quanto aos temas expressamente abordados, mas quanto aos que, conhecidos de ofício ou tendo sido suscitados, não foram decididos. E não há nisso nenhuma “decisão implícita”, mas a tão-só impossibilidade de apreciação posterior (ao que parece, Barbosa Moreira não concebe aí “preclusão consumativa”, mas “por fase do processo”). Excluídas dessa preclusão ficam apenas a possibilidade de deferimento de prova antes indeferida (por força do art. 130) e outras questões para as quais haja autorização de resolução posterior (ex.: art. 113, *caput*, e parte final do parágrafo único do art. 245)⁶⁹.

Lauria Tucci consigna que, havendo decisão expressa e não interposto agravo, não se pode redecidir. Em outra passagem, dá a entender que mesmo as questões não decididas expressamente não poderiam mais ser analisadas depois da declaração de saneamento⁷⁰.

Para Calmon de Passos, havendo expressa decisão sobre o tema e não interposto o agravo, opera-se preclusão tanto para o juiz de primeiro grau quanto para o tribunal. Mas, “quando o juiz declara saneado o feito, sem resolver questões, porque não provocado a decidir em face de controvérsias das partes”, não haverá preclusão apenas para o segundo grau. Contudo, e a seguir, apresenta uma série tal de ressalvas e exceções que praticamente dizimam a regra geral proposta. Assim: em face dos pressupostos de existência do processo, não se há de falar em preclusão; a incompetência absoluta, se não suscitada nem expressamente abordada no “saneador”, não fica acobertada por preclusão, em virtude de regra exceptuadora contida no art. 113, § 1º; atos praticados no processo por pessoa sem capacidade postulató-

ria ou por advogado sem procuração, posto que inexistentes, também não são atingidos por qualquer eficácia preclusiva; idem quanto à inépcia da inicial por falta de pedido ou causa de pedir e à intervenção do Ministério Público; a litispendência e a coisa julgada só ficam atingidas pela preclusão quando a decisão aborda-as expressamente – e por aí afora. Quanto às condições da ação, expressamente as enquadra na sua formulação geral acerca da preclusão⁷¹.

Frederico Marques, por sua vez, diz que há preclusão quando, suscitada ou não a questão pela parte, sobre ela explicitamente decidir o juiz e não se agravar. O mesmo se dá se, embora expressamente suscitada a matéria pela parte, o juiz não a abordar, mas der por saneado o processo, e a parte não agravar: tratar-se-ia de decisão implícita. Por outro lado, para Marques não há preclusão quando, mesmo sendo a falta do pressuposto processual ou condição da ação anterior ao saneamento, não é apontada pela parte nem pelo juiz⁷².

Malachini, conquanto antes condene o “automatismo preclusionista” da antiga doutrina (expressão de Galeno Lacerda a que se reporta), afirma concordar integralmente com o entendimento de F. Marques, que – já se viu – acolhe a tese da “decisão implícita”, ainda que lhe dê extensão menor. De outra parte, adere, basicamente nos mesmos termos, à tese da decisão implícita no que tange à prescrição (em qualquer caso) e à decadência: havendo requerimento do réu a respeito, se o juiz silencia, há rejeição implícita – cabendo o agravo para que se afaste a preclusão⁷³.

Segundo Bermudes, quando “o juiz simplesmente ignora a existência de questões processuais pendentes e, sem nada declarar quanto a elas ou quanto à regularidade do processo,” prepara a instrução probatória, não há decisão implícita – não se podendo falar em preclusão. Quando o juiz expressamente decide essas questões, haveria “preclusão só para a parte”, caso não agravasse. Dá a entender que isso também ocorreria quando, embora sem apreciar expressamente as questões processuais, o juiz declarasse saneado o processo e a parte não interpuesse embargos de declaração nem agravo. A seguir, contudo, destaca que essa preclusão não se estende nem ao juiz nem ao tribunal, que, independentemente de recurso e por força do art. 267, § 3º, podem rever a decisão⁷⁴.

Manoel Caetano Ferreira Filho considera que, quanto às questões não abordadas na decisão, não haveria nenhuma preclusão. Não

existe decisão implícita. Tampouco o saneamento, em face do art. 267, § 3º, pode ainda ser considerado a única ocasião em que o juiz tem para decidir sobre pressupostos processuais e condições da ação. Já as decisões expressamente decididas, não interposto o agravo, não poderiam ser redecididas pelo juiz de primeiro grau. A autorização para decidir a qualquer tempo não se poderia confundir com permissão para redecidir – vedada, salvo expressa autorização legal, pelo art. 471, *caput*. Mas a regra do art. 267, § 3º, serviria ainda para possibilitar ao tribunal (inclusive os superiores) examinar a matéria, mesmo de ofício, por ocasião de julgamento de recurso sobre outro tema da causa: nesse caso, não estaria havendo reexame, mas verificação inédita em novo grau de jurisdição⁷⁵.

Porém, parece prevalecer vertente mais fletível.

Moniz de Aragão escreve que, se já era discutível a extensão que se deu ao efeito preclusivo do “saneador” no Código de 39, no novo diploma nem há o que se discutir. Não só fica descartada a preclusão pela via implícita, como pode o juiz rever seu anterior juízo positivo acerca da presença dos pressupostos processuais e condições da ação, caso entenda haver-se equivocado no primeiro exame. Cita ainda decisão do Supremo, pela qual: “não há preclusão para o juiz” quanto à matéria (RTJ 101/901). O juiz não fica na dependência do agravo para reexaminar o tema⁷⁶.

Também para Cruz e Tucci, o juiz pode reapreciar as questões cognoscíveis de ofício, independentemente de agravo. Apresenta apinhado da doutrina e decisões retratando os vários entendimentos acerca do tema e procura destacar a tendência jurisprudencial no sentido da negativa da preclusão⁷⁷.

Negando o caráter preclusivo da decisão declaratória de saneamento, mesmo que expressa acerca das condições da ação e pressupostos processuais, podem ainda ser mencionados: Ovídio Baptista da Silva, Greco Filho e L. R. Wambier⁷⁸. Ainda, no Simpósio de Curitiba em 1975, concluiu-se que não preclui a decisão que deixa de declarar extinto o processo (concl. XV, RT 482/271). Em termos mais amplos, no VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, foi aprovada a proposição de que, mesmo havendo decisão explícita, no que tange às condições da ação, não há preclusão (concl. 9). Por fim, sejam vistas também as notas 11, ao art. 331, e 55, ao art. 267, no *CPC* de Negrão – que

indicam diversas decisões também nesse sentido.

27.2. Conclui-se esse ponto do texto nos seguintes termos.

De uma parte, há de se rejeitar a tese da decisão implícita. Em nenhuma hipótese, questão não-examinada pela decisão declaratória de saneamento (ou por qualquer outra) pode-se considerar implicitamente rejeitada. A idéia de decisão implícita é incompatível com a garantia constitucional de fundamentação das decisões (art. 93, IX). Se é absolutamente nula a decisão que não traz suas razões, o que dizer da rejeição de tema sem qualquer apreciação? E o argumento de Barbosa Moreira (de que não se trataria de decisão implícita, mas apenas estaria vencida a possibilidade de exame do tema) em nada atenua o problema. Não importa o nome que se dê ao fenômeno. Interessa é que, a valer a tese, ter-se-á a rejeição de alegação da parte sem sua efetiva apreciação. Ora, a nulidade absoluta da decisão não-fundamentada não se convalida pela falta de recurso. Igualmente, a falta de agravo não legitimaria a suposta automática rejeição da questão não-examinada na decisão de saneamento.

Além disso, também parece acertado afirmar que a questão sobre os pressupostos da decisão de mérito (pressupostos processuais e condições da ação), ainda que expressamente examinada, pode tornar a ser decidida, inclusive no mesmo grau de jurisdição e independentemente de recurso. Não se pode extrair do art. 267, § 3º, regra que autorizaria apenas a decisão de ofício a qualquer tempo e em qualquer grau, mas não a redecisão. Compare-se esse dispositivo com o do art. 130 (autorizador da produção de provas de ofício) – que jurisprudência e doutrina (inclusive autores que negam a possibilidade de redecisão das condições da ação e pressupostos processuais – v. a seguir) entendem permitir ao juiz que decida novamente acerca de prova antes indeferida. Também esse dispositivo não faz menção expressa à autorização de nova decisão sobre o tema, sem que se deixe de extrair-lhe tal sentido. Tanto nessa hipótese como na dos pressupostos processuais e condições da ação, está-se diante de matéria que diz respeito à própria atividade jurisdicional – justificando-se igual tratamento.

O que se disse até aqui vale para todas as questões processuais usualmente denominadas “de ordem pública” (os pressupostos de ad-

missibilidade para o julgamento do mérito – “pressupostos processuais” e “condições da ação” – e as nulidades absolutas).

Já quanto às questões processuais atinentes ao “interesse da parte”, não se põe em dúvida que a decisão que expressamente as descarta, se irrecorrida, tem plena eficácia preclusiva. Na hipótese em que apenas se declara saneado o processo, sem apreciação das questões de interesse da parte (ou ainda quando nem mesmo há tal declaração), pode-se estabelecer discussão semelhante à acima noticiada. E, pelo que já se expôs, há de se negar eficácia preclusiva também nesse caso. Isso apesar de, então, não se poder invocar o art. 267, § 3º. O problema é outro. Reitere-se que a idéia de “decisão implícita” é inconciliável com a imposição constitucional de fundamentação das decisões (art. 93, IX). Daí que, ainda que houvesse nesse caso “decisão”, seria absolutamente nula por falta de fundamentação – nulidade essa que pode ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição (art. 245, parágrafo único, do CPC, c/c art. 93, IX, da CF)⁷⁹. Portanto, a questão de interesse da parte não apreciada na decisão de saneamento poderá ser decidida depois, mesmo não tendo havido recurso.

28. Agora, a negação da eficácia preclusiva em relação aos pressupostos de admissibilidade para o julgamento de mérito – por reconhecer-se que a matéria deve ser decidida (e reexaminada) a qualquer tempo – não significa que não exista a imposição de que, sempre que possível, essas matérias sejam decididas já na fase saneadora. Reafirme-se o que acima se expôs: examinar, ou não, essas questões no “julgamento conforme o estado do processo” não se submete ao mero talante do juiz. Havendo elementos para a matéria ser decidida, cumpre-lhe apreciá-la já na fase saneadora. Ausentes, não pode decidir nesse instante. Adiante se retorna ao tema (itens 7 e 8).

29. Quando vigorava o Código de 39, bastava o protesto genérico por produção de provas, na inicial e na contestação. O Código de 73 pretendeu alterar esse regime, dando-lhe maior rigidez. Em termos taxativos, estabeleceu-se que a petição inicial e a contestação seriam os momentos oportunos para a proposição da prova (art. 282, VI, e 300). Os meios probatórios haveriam de estar indicados com precisão já na inicial. Na prática, continuou havendo apenas o protesto genérico na fase postulatória (admitido inclusive pelo STF – RTJ

106/157, RT 580/260). Assim, e antes da declaração de saneamento, tornou-se costume o “despacho de especificação de provas”. É criação da vida forense. Não há sua previsão no Código. E a solução da praxe demonstrou oferecer maior mobilidade e racionalidade ao processo. Depois da fase postulatória, as partes têm melhores condições de saber o que é preciso provar, o que não está incontroverso – e assim por diante.

Da admissão do protesto genérico têm-se extraído algumas decorrências. Assim, mesmo para quem não requereu nem genericamente provas na inicial ou contestação, admite-se que as requeira depois, por ocasião do “despacho de especificação”. Quem já as especificou na inicial não precisa tornar a fazê-lo depois (senão estaria sendo subvertido todo o procedimento fixado em lei: abrandá-lo é concebível; criar sistema que prejudique aquele que cumpre a letra da lei não). Em suma, nota-se atenuação da preclusão em campo probatório⁸⁰.

30. Por fim, resta examinar a relação entre deferimento e indeferimento de provas e preclusão. O juiz pode deferir a prova antes indeferida: as normas dos arts. 130 e 131 possibilitam ao juiz, a qualquer tempo antes de julgar, determinar o desenvolvimento de instrução probatória para que possa formar adequadamente seu convencimento; mas não pode indeferir a prova antes deferida – o que afrontaria a segurança jurídica, que deve prevalecer no curso do processo⁸¹.

VII - A reforma de 1994

31. A reforma processual de dezembro de 1994 inovou substancialmente o regime da fase de saneamento do processo ao incluir audiência em seu bojo (Lei nº 8.952/94).

A audiência de saneamento no processo civil brasileiro (art. 331) difere da preparatória portuguesa, bem como da vasta maioria dos modelos adotados em outros sistemas – não só daqueles que prevêem tal ato já na fase inicial do processo, como dos que o estabelecem depois da fase postulatória⁸². Isso porque a audiência brasileira *sucede* ao exame da possibilidade da extinção do processo e do “julgamento antecipado”. Quanto a isso, o texto legal é claro: “Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes...” (art. 331, *caput*, parte inicial)⁸³.

Ademais – e em inter-relação com esse

primeiro aspecto –, o seu fim essencial é a tentativa de conciliação. Apenas secundariamente ela tem o escopo saneador e preparador da instrução. Melhor dizendo: aproveita-se da audiência, que se teve de realizar com o fito de buscar a conciliação, para discussão da matéria atinente ao saneamento (a de ordem pública e a de interesse das partes, não exaurida antes).

Tanto é assim que, não sendo possível nenhuma transação em face do objeto do processo, a audiência não ocorrerá. Isso está estabelecido – ainda que não em termos de todo precisos – no texto legal. Na conversão do projeto em lei, excluiu-se o que constava no final do § 2º: “Proceder-se-á da mesma forma se a lide versar sobre direitos indisponíveis”. Assim, só terá vez a audiência prevista no art. 331 quando o objeto do processo, no todo ou em parte, for passível de transação. Repita-se, em termos precisos: (a) cabe a audiência não só quando a causa envolve direitos “disponíveis” – o que significaria um âmbito mais restrito⁸⁴, (b) mas, sendo causa que não tolere transação quanto a nenhum aspecto seu, não haverá audiência⁸⁵. O “Esboço de Anteprojeto” de nova reforma tornará ainda mais clara a norma. Consigna na proposta de nova redação para o *caput*: “Se... a causa versar sobre direitos que admitam transação”. E cria-se o § 3º: “Caso o direito em litígio não admita transação, o juiz procederá desde logo ao saneamento do processo na forma do parágrafo anterior”.

32. Nos casos em que cabe a audiência, se essa não for designada, ingressando-se diretamente na fase probatória, ter-se-á: nulidade quanto à falta de tentativa de conciliação; anulabilidade quanto à ausência de discussão oral para a fixação de pontos controvertidos e determinação dos meios probatórios (defeito esse convalidável, se não argüido)⁸⁶. Afinal, essa última função da audiência é secundária e condicionada à primeira. Mas, mesmo a nulidade pela falta da tentativa de conciliação há de ter suas decorrências adequadamente delimitadas. Não argüida a anulabilidade decorrente da falta dos debates e constatada a nulidade pela falta de tentativa de conciliação, não se anulará tudo o que já se fez até o momento no processo (por exemplo, prova pericial em curso): apenas se fará a audiência para tentar a conciliação. Ainda, se o defeito constata-se quando já se está por realizar a audiência de instrução e julgamento, não se designará audiência específica de tentativa de conciliação: a própria

audiência de instrução e julgamento já terá etapa destinada a satisfazer essa finalidade. Ademais, realizada a audiência de instrução e julgamento – e nela tendo existido a tentativa de conciliação –, não há mais como se invocar o defeito decorrente da falta da audiência prevista no art. 331.

33. Da parte inicial do art. 331 (“Se não se verificar qualquer das hipóteses das seções precedentes..., o juiz designará audiência...”) decorre ainda outra questão relevante. Em princípio, parece haver o pressuposto de ter sido negativo o juízo acerca da extinção do processo com ou sem julgamento de mérito. Diante disso, qual a eficácia preclusiva dessa decisão que designa audiência e, conseqüentemente, não extingue o processo⁸⁷?

Em primeiro lugar, a solução exige que se conjugue essa parte do artigo com o contido no § 2º (“decidirá as questões processuais pendentes”). Certamente esse dispositivo não está apenas a referir-se às questões surgidas entre a designação da audiência e a própria audiência. Ou seja, há, nesse § 2º, a expressa autorização para a decisão, pelo menos, das questões processuais não-decididas. E note-se que inclusive a própria definição acerca da possibilidade ou não de julgamento antecipado é *questão processual* (tanto que – e não se discute – é *error in procedendo* o indevido julgamento antecipado): daí que, mesmo se realizando audiência preliminar, ainda não fica afastado o julgamento imediato do mérito. Ademais, e pelo que já se expôs, não há como se conceber preclusão nesse caso, vez que não há “decisão implícita”. Além disso, as questões de ordem pública podem ser revistas mesmo que a decisão designadora da audiência as tenha enfrentado expressamente (v. VI, nº 27.2, acima).

34. As conseqüências da falta das partes e (ou) seus procuradores à audiência também variam conforme as duas finalidades distintas do ato.

34.1. Considere-se, antes, o escopo da tentativa de conciliação. Na falta da parte e de procurador habilitado a transigir, considera-se frustrada a tentativa conciliatória. Não decorre disso nenhuma sanção – ainda que se pudesse pensar em alguma, com base em *expressa previsão legal*, se a parte simplesmente faltasse ao ato sem peticionar antes indicando que, por não querer nenhum acordo, não compareceria (arcar com as despesas pela audiência inútil, multa – como ocorre no direito português

[v. III.2, acima], agravamento de honorários em eventual sucumbência ao final etc.). Mas *nunca* tal hipotética sanção poderia ser aquela de que, de uma leitura apressada do § 2º do art. 277 (que trata do procedimento sumário), extrair-se-ia: a presunção de veracidade de fatos afirmados pela outra parte. A valer essa concepção, haveria a distorção das finalidades dos mecanismos estabelecidos no processo: a consagração da ficção.

Faltando à audiência o advogado, mas presente a parte, é possível a tentativa de conciliação. Trata-se de ato a ser desempenhado pela própria parte – e não por seu advogado (sendo assim, é irrelevante para tanto a regra do art. 36). Tanto é ato pessoal da parte que a delegação de poderes para sua prática – como a de todos os demais vinculados diretamente à parte – exige específica menção no instrumento de mandato. A parte tem o direito de ser assistida pelo seu advogado quando da busca da autocomposição. A ausência deste, porém, não obsta o ato. Havendo prévia intimação e executado motivo de força maior, ter-se-á que ou a parte dispensou a presença de seu patrono ou ele indevidamente faltou para com seu cliente (o que se resolverá no âmbito direto da responsabilidade profissional).

34.2. No que tange à *discussão* para fixação dos pontos controvertidos e definição das provas, têm de ser analisadas as conseqüências da ausência do advogado. A falta da parte é irrelevante. Essa sim é atividade cuja prática exige capacidade postulatória. A previsão do debate acerca da delimitação da atividade instrutória consiste em chance a mais que se dá, para as partes, de buscar influir no convencimento do juiz acerca desse tema. E, do ângulo do juiz, é oportunidade que se lhe confere para melhor se esclarecer. O *requerimento* de produção de provas já terá ocorrido em momento anterior (v. acima, item 6). Daí que a ausência do advogado não pode gerar conseqüência preclusiva quanto à faculdade de produzir provas – antes já pleiteadas. O juiz até poderá indeferir a produção da prova requerida por quem não compareceu, mas não em virtude da pura e simples ausência e, sim, como em qualquer outro caso e fundamentadamente, porquanto a considere desnecessária (e, nessa hipótese, talvez até o procurador da parte, ao faltar à audiência, perca boa chance de convencer o juiz do contrário).

34.3. Enfim, ao se tratar das conseqüências que decorrem da ausência da parte e (ou) seu

patrono à audiência preliminar, há de se evitar a supervalorização do meio diante do fim. Erra quem vê nesse novo momento destinado à tentativa de conciliação mero instrumento de “desafogo” do Judiciário. Só a partir de tal perspectiva conseqüências como a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo adversário (no caso do art. 277, § 2º) ou perda do direito de produzir provas (como têm decidido alguns magistrados de primeiro grau, no que tange ao art. 331) seriam proporcionais e adequadas: afinal, por meio dessas sanções, também se chegaria à “diminuição de serviço”, mediante a dispensa da dilação probatória. Todavia, tentar a conciliação é só maneira de chegar a *solução que mais se aproxime da pacificação social*. Se isso gera mais rápida eliminação de processos, tanto melhor. Mas não deixa de ser fator secundário. E decisão fundada em presunção ou ficção – como a que se daria caso se concebesse a presunção de veracidade dos fatos aduzidos contra o ausente; ou a perda do direito de produzir provas, a despeito de já antes pleiteadas –, além de provavelmente não significar correta atuação da vontade da lei, está bem longe de por si só pacificar socialmente.

34.4. Por outro lado, tendo havido intimações regulares e inexistindo qualquer motivo de força maior, a ausência de alguma das partes e (ou) de seus advogados não obstará a realização da audiência – com as conseqüências e limitações acima indicadas. Não é de se descartar, por exemplo, que, de todos os envolvidos, compareça apenas o advogado de uma das partes. Então, mesmo nesse caso, o juiz fará a audiência, debatendo as matérias indicadas no art. 331, § 2º, com esse único protagonista que se propôs a participar da sessão.

Se faltantes ambas as partes e seus procuradores, não se designará nova data: proceder-se-á diretamente ao que determina o § 2º do art. 331⁸⁸. Contudo, e mesmo nesses casos, haverá sempre a possibilidade de o juiz, a qualquer momento, chamar as partes para tentar conciliá-las (art. 125, IV). Todavia, então não se estará mais diante do ato de que trata o art. 331.

35. A nova redação do art. 331 deixou claro que, na decisão declaratória de saneamento do processo, só se designará audiência de instrução e julgamento “se necessário”⁸⁹. Não se descarta que, mesmo não sendo o caso de “julgamento antecipado”, a instrução do processo não inclua provas orais (ou que essas já se tenham produzido antecipadamente). Nessa hipótese, não requerendo as partes esclarecimen-

tos orais do perito, nem os reputando necessários o juiz (arts. 435 e 452, I), não terá vez a audiência de instrução e julgamento. É bem verdade que, em tal caso, só se saberá da desnecessidade dessa segunda audiência quando, entregue o laudo (assim como eventuais pareceres dos assistentes), nenhum dos sujeitos principais do processo sentir a necessidade de esclarecimentos. Mas são imagináveis outras hipóteses em que, mesmo havendo ainda a necessidade de produção de prova depois da fase saneadora, de antemão, ter-se-á certeza de que não se precisará da audiência de instrução e julgamento (por exemplo, quando for deferida unicamente inspeção judicial). Seja como for, vale aqui ressalva (que já se depreenderia de outras noções expostas acima): ainda que inicialmente tivesse reputado dispensável audiência instrutória, surgindo a necessidade de qualquer esclarecimento pericial ou prova oral, o juiz poderá designá-la.

36. Ainda, o novo art. 331 reiterou o caráter cogente da determinação de desenvolvimento das atividades de saneamento: o juiz *fixará* os pontos controvertidos; *examinará* as questões processuais pendentes.

37. Quanto à eficácia preclusiva da parte da decisão que fixa os pontos controvertidos, vale o dito antes acerca de decisão que defere ou indefere prova (v. VI, nº 30), eis que a fixação de que ora se cuida é o antecedente lógico do deferimento de uma prova. Assim, se o juiz reputou irrelevante determinado ponto, dispensando atividade probatória que se lhe referisse, pode voltar atrás e, tendo-o por relevante, determinar as medidas instrutórias antes indeferidas ou nem mesmo cogitadas – isso, repita-se, por força dos arts. 130 e 131 do CPC. O oposto não lhe é dado: havendo tomado um ponto por relevante e controvertido, convencendo-se depois do contrário, não poderá restringir a atividade de instrução probatória antes deferida.

VIII - Consideração final

38. Diversas conclusões acerca do atual regime saneador brasileiro – que tomaram em conta os outros dois modelos examinados – já se apresentaram no curso do texto e não serão aqui repetidas. Cabe apenas observação final acerca de tema nuclear para definir a exata função da fase saneadora: a relação entre a obrigatoriedade do saneamento do processo e sua eficácia preclusiva.

Arruda Alvim compara o “saneador” de 1939 com o “saneamento” de 1973. Lembra que no “saneador” o juiz decidia acerca dos pressupostos processuais e condições da ação, “tudo com preclusão”. Com a eliminação da eficácia preclusiva do saneamento no Código de 73, “hoje está diminuída a importância do instituto”⁹⁰. Também Calmon de Passos conigna que, “ou se admite a preclusão, ou o saneamento do processo perde toda sua significação e operacionalidade”⁹¹. Barbosa Moreira inclui entre as condições para o funcionamento eficaz da fase saneadora sua “real utilização” – apontando “a sensível inclinação para relegar para a sentença final o exame de questões que, de acordo com o sistema da lei, não devem sobreviver”. Menciona o Código português, incisivo na necessidade de julgamento de tais questões por ocasião do “saneador”, salvo impossibilidade (v. acima, III.2). Chega a sugerir a responsabilização, de algum modo, do juiz relapso (disciplinar; civil: arcar com as custas do processo etc.). Fala, também, do uso da preclusão para evitar protraimentos, mas destaca não se dever utilizar tal mecanismo com excessivo rigor⁹².

Dessa última consideração de Barbosa Moreira, parte-se para a conclusão. Tem de ser reforçada a obrigatoriedade de o juiz desempenhar as atividades previstas para a fase saneadora do processo, salvo absoluta impossibilidade diante da falta de elementos instrutórios. Como decorrência, há de se afirmar a controlabilidade da conduta do juiz nesse momento do processo. Lembre-se que, em Portugal, de há muito a lei conigna expressamente o caráter cogente da imposição das tarefas saneadoras. Todavia, a reforma empreendida em 1985 veio a eliminar o cabimento de recurso para o controle dessa atividade (v. III.2). Ora, isso é dar com uma mão e tirar com a outra: dizer-se que o juiz está *obrigado*, mas não conceder instrumentos para verificação do cumprimento desse *dever*, é inócuo.

Mas o realce desse caráter cogente não autoriza o retorno à concepção reinante sob a égide do Código de 39, com a consagração do “preclusionismo” combatido por Galeno Lacerda.

Impõe-se a utilização racional da fase saneadora. E, para tanto, não se pode perder de vista sua destinação: a de filtrar, depurar, enxugar o processo – sem que se possa falar em nenhuma violação a garantias das partes. Há de se decidir, nesse momento, tudo o que já

pode ser decidido – em outros termos, tudo o que, se deixado para depois, estará sendo decidido *tardamente*. A isso tem de se conjugar a natureza pública de diversas das matérias objeto da atividade saneadora: essa mesma natureza, que propiciou historicamente a criação do “despacho saneador” e seus desdobramentos, desautoriza severo regime de preclusão. De qualquer modo, tais preocupações com as garantias das partes e o correto desempenho da função jurisdicional – em nada desprezíveis – são perfeitamente satisfeitas com a constatação de que: (a) não há “discrecionalidade” quanto ao exame das questões e à prática dos atos reservados para essa fase do procedimento (presentes os elementos necessários, há de julgar imediatamente o mérito, há de apreciar as questões processuais pendentes, há de definir os pontos controversos e provas necessárias...); (b) em conseqüência, é sempre controlável a conduta do juiz (para definir se devia ou não julgar antecipadamente; se devia ou não apreciar nesse momento as questões processuais etc.); (c) contudo, da imposição da prática de tais atos, sempre que possível, não se pode extrair eficácia preclusiva automática do saneamento do processo: as medidas destinadas a fazer com que o juiz decida o que há de decidir nesse momento não de ser outras que não a preclusão – sob pena de se estabelecer um contra-senso, uma sanção que vá contra o próprio fim visado pela norma cuja eficácia ela visa a preservar.

Bibliografia

- ABÍLIO NETO. *CPC anotado*. 5. ed. Lisboa : Petrony, 1983.
- ALVIM, J. Manoel de Arruda. Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasileño. *Revista de Processo*, n. 38, 1985.
- ARAGÃO, Egas D. Moniz. Julgamento conforme o estado do processo. *Revista de Processo*, n. 5, 1977.
- . *Exegese do CPC*. Rio de Janeiro : Aide, [198-] v. 4, t. 1.
- BARBI, C. Agrícola. *Comentários ao CPC*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, 1992.
- BEDAQUE, J. R. dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo : RT, 1994.
- BRISEÑO SIERRA. Los anteproyectos del Código de Procedimientos Civiles y ley orgánica del poder judicial del Estado de México. *Revista de Processo*, n. 3, 1976.
- BRITO, W. F. de, SOARES, F. Luso, MESQUITA, D. Romeira. *CPC atualizado e anotado*. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1981.
- . 9. ed. Coimbra : Almedina, 1994.
- BUZUID, A. *Estudos de direito*. São Paulo : Saraiva, 1972 : Do despacho saneador.
- . *Do agravo de petição no sistema do CPC*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1956.
- CASTRO, A. Anselmo de. *Direito Processual Civil Declaratório*. Coimbra : Almedina, 1982. v. 3.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. notas de E. T. Liebman. Tradução da 2. ed. italiana por G. Menegale; 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1965. v. 1-2.
- DINAMARCO, Cândido R. *A reforma do CPC*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- . *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no Direito Processual Civil*. Curitiba : Jurua, 1991.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*, 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- GRINOVER, Ada P. *Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1975.
- . *Os princípios constitucionais do processo e o CPC*. São Paulo : Bushatsky, 1975.
- GUIMARÃES, L. Machado. *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro : Ed. Jurídica e Universitária, 1969: Carência de ação
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Prólogo da 2. ed. de 1985, por Flávio Pâncaro da Silva. 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1990. *Fac-símile* da 1. ed. de 1953.
- LIEBMAN, E. T. *Problemi di processo civile*. Nápolis : Morano, 1962 : Il nuovo código de processo civil brasileiro.
- . Nápolis : Morano, 1962 : Istituti del Diritto Comune nel processo civile brasileiro.
- . *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. Notas de Ada P. Grinover. 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1976. Novamente sobre a legitimação das partes.
- . 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1976: O despacho saneador e a legitimação das partes.
- . 2. ed. São Paulo : Bushatsky, 1976: O despacho saneador e o julgamento do mérito.
- LIMA, Alcides Mendonça. As providências preliminares no Código de Processo Civil brasileiro de 1973. *Revista de Processo*, n. 1, 1976.

- . Do saneamento do processo. *Revista de Processo*, n. 60, 1990.
- MAGALHÃES, J. M. V. Barbosa de. *Estudos sobre o novo CPC*. Lisboa : Vitória, 1940. v. 1.
- MALACHINI, Edson R. Do julgamento conforme o estado do processo. *Revista de Processo*, n. 6, 1977.
- MARQUES, J. Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1972. v. 3.
- . *Manual de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1980.
- MENDES, J. de Castro. *Manual de processo civil*. Lisboa : Coimbra Ed., 1963.
- MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao CPC*. Atualização e notas por Sérgio Bermudes. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. v. 4.
- MOREIRA, J. C. Barbosa. *Temas de direito processual* : quarta série. São Paulo : Saraiva, 1989. Saneamento do processo e audiência preliminar.
- . *O novo processo civil brasileiro*. 18. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- NEGRÃO, Theotonio. *CPC e legislação processual em vigor*. 27. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- OLIVEIRA, C. Alberto A. de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, n. 71, 1993.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao CPC*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v. 3.
- . *Inovações no CPC*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- REIS, J. Alberto dos. *CPC anotado*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed. 1981. v. 3.
- RIGHI, Ivan O. Eficácia probatória do comportamento das partes. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 35, 1982.
- SANTOS, M. Amaral. *As condições da ação no despacho saneador*. São Paulo, [s.n.], 1946.
- SILVA, Ovídio B. da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre : Fabris, 1987. v. 1.
- SOARES, F. Luso. *Processo civil de declaração*. Coimbra : Almedina, 1985.
- SOUSA, M. Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da Revisão do Processo Civil : projecto. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, jul. 1995.
- TARZIA, Giuseppe. *O novo processo civil de cognição na Itália*. Conferência pronunciada, em 23/06/95, nas Jornadas de Direito Processual Civil, realizadas em Curitiba. Reprodução escrita, autorizada pelo autor e fornecida pelos organizadores.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento. *Revista dos tribunais*, n. 640, 1989.
- TUCCI, Rogério Lauria. *A reforma do CPC*. São Paulo : Saraiva, 1996 : A nova fase saneadora do processo civil brasileiro.
- . *Do julgamento conforme o estado do processo*. São Paulo : Bushatsky, 1975.
- VARELA, Antunes. BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio E. *Manual de processo civil*. 2. ed., Coimbra : Coimbra Ed. 1985.
- VIDIGAL, L. E. de Bueno. *Direito judiciário civil*. São Paulo. C. A. XI de Agosto, 1959. Transcrição das aulas para o 4º ano do curso de Direito.
- WAMBIER, L. Rodrigues. A nova audiência preliminar : art. 331 do CPC. *Revista de Processo*, n. 80, 1995.
- WAMBIER, L. Rodrigues. Despacho saneador irrecorrido : comentário de jurisprudência. *Revista do Processo*, n. 67, 1992.

Notas de rodapé

¹ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 3-7, e *Julgamento...*, p. 197-198; TUCCI, Lauria. *A nova fase...*, p. 348-352, e *Do julgamento*, p. 9-31; MIRANDA, Pontes de. *Comentários*, v. 4, p. 231; LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, p. 13-32 e 43-54; BUZAID, *Do despacho...*, p. 1-30; REIS, J. A. dos. *CPC*, p. 182; LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento...*, p. 99-101; VIDIGAL, *Direito judiciário*, p. 363-365; MOREIRA, Barbosa. *Saneamento...*, p. 120-129 (são dele as expressões entre aspas, acerca das várias funções – p. 132).

² LACERDA, Galeno. op. cit., p. 36; BUZAID, op. cit., p. 15; LIMA, Mendonça. *As providências...*, p. 27; TUCCI, *Do julgamento*, p. 14, e *A nova fase...*, p. 352; ARAGÃO, *Exegese*, p. 4; PASSOS, Calmon de. *Comentários*, v. 2, p. 459; LIEBMAN, op. cit., p. 98; VIDIGAL, op. cit., p. 365. São frequentes, na doutrina não luso-brasileira, as referências à peculiaridade do “despacho saneador” (e de seus desdobramentos), em contraste com outras técnicas funcionalmente similares. V., p. ex., LIEBMAN, *Istituti del diritto comune...*, p. 501-502; *Il nuovo código de processo civil brasiliano*, p. 486-487; BRISEÑO SIERRA, *Los anteproyectos...*, p. 65.

³ TUCCI, *A nova fase...*, p. 354-355.

⁴ Expressão constante de acórdão da Relação de Lisboa, de 3-4-68, citado por A. Varela e outros (*Manual*, p. 382, nota 1). Sobre seu sentido e correção, vede adiante.

⁵ ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 11 e 40-41; LIMA, *Do saneamento...*, p. 8; GRINOVER, *Direito processual*, p. 41-42.

⁶ ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 7-8, e *Julgamento...*, p. 198-200.

⁷ LACERDA, op. cit., p. 34; TUCCI, *Do julgamento*, p. 14-15. Ver as referências na nota 2, acima.

⁸ SILVA, Pâncaro da. Prólogo. In: LACERDA, op. cit., p. 6-11.

⁹ Sobre o tema, inclusive as indicações históricas: REIS, op. cit., p. 164-237; MAGALHÃES, Barbosa de. *Estudos*, p. 44-66; MENDES, Castro. *Manual*, p. 392-405; VARELA, Antunes. BEZERRA e NORA, *Manual*, p. 368-429; SOARES, Luso. *Processo civil*, p. 703-766; BRITO, SOARES, L. e MESQUITA, *CPC*, 2. ed. p. 320-327, e *CPC*, 9. ed. p. 343-349; DE CASTRO, Anselmo. *Direito processual*, p. 247-293; ABÍLIO NETO, *CPC*, p. 389-403; LACERDA, *Despacho*, p. 40-43; LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento...*, p. 100-102; ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 4; LIMA, *As providências...*, p. 27; TUCCI, *A nova fase...*, p. 352-353, e *Do julgamento*, p. 15-18; MOREIRA, op. cit., p. 112-113; SILVA, op. cit., p. 11-15; VIDIGAL, op. cit., p. 365-366.

¹⁰ SOUSA, Teixeira de. *Apreciação...*, esp. p. 394-402.

¹¹ REIS, op. cit., v. 3, p. 169. Cf. doutrina e jurisprudência nesse sentido em Brito, Soares e Mesquita (op. cit., p. 321-322).

¹² O Código consagrou o ponto de vista de seu principal autor, J. A. dos Reis, no sentido de excluir do “julgamento do mérito” o exame dos fatos que embasam as defesas materiais indiretas (REIS, op. cit., p. 189; MENDES, op. cit., p. 399-400).

¹³ VARELA, A. et al. op. cit., p. 386; no mesmo sentido, CASTRO, op. cit., p. 254.

¹⁴ A. NETO, op. cit., p. 391, nota 5.

¹⁵ Consagra-se “o princípio dispositivo em matéria de factos” (VARELA et al. op. cit., p. 401).

¹⁶ A. NETO, op. cit., p. 401-402, notas 45, 48 e 49.

¹⁷ REIS, op. cit., p. 205.

¹⁸ VARELA et al. op. cit., p. 400 e 402-403.

¹⁹ *Ibidem*, p. 381-382; MENDES, op. cit., p. 392.

²⁰ Cf. ac. da Relação, apud A. NETO, op. cit., p. 399, nota 21.

²¹ Sustentado por autorizada doutrina – inclusive a de J. A. dos Reis (op. cit., p. 199-200), que idealizou o “despacho saneador”.

²² VARELA et al. op. cit., p. 393-395.

²³ Op. cit., p. 398.

²⁴ VARELA et al. op. cit., p. 427-428; CASTRO, op. cit., v. 2, p. 282-293; e, antes, REIS, op. cit., p. 193.

²⁵ Nesse sentido, opinam Anselmo de Castro (op. cit., p. 259-262) e Luso Soares (op. cit., p. 727-729).

²⁶ Nesse sentido: REIS, op. cit., v. 3, p. 193; VARELA et al. op. cit., p. 384; v. ainda outras indicações, inclusive de jurisprudência, em BRITO, SOARES e MESQUITA, op. cit., p. 324, nota 5, e ABÍLIO NETO, op. cit., p. 391, nota 2.

²⁷ Cf. ac. da Relação apud A. NETO, op. cit., p. 394, nota 22.

²⁸ Sobre o contido nesse item, vede: LACERDA, op. cit., p. 34-38; ARAGÃO, *Julgamento...*, p.

199, e *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 8-10; LIMA, *As providências...*, p. 27; MOREIRA, op. cit., p. 114-115.

²⁹ Sobre esse Decreto-Lei de 1942, assim se pronunciou Liebman: “Em face do texto originário do art. 294, vários escritores e julgados entenderam que a ‘legitimidade das partes’, mencionada no nº 1 como questão a ser decidida no despacho saneador, fosse unicamente a legitimidade *ad processum*: a legitimidade *ad causam*, como questão incluída no mérito, deveria ser examinada na sentença...”. E mencionou, a seguir, diversos autores que assim se haviam pronunciado, inclusive ele mesmo (CHIOVENDA. *Instituições*, v. 1, p. 178, nota 11, e em O despacho saneador e a legitimação...). E prossegue: “Sobrevindo o decreto nº 4.565, de 1942, que incluiu, na matéria do despacho saneador, o requisito do interesse, todo o problema precisou ser examinado *ex-novo*, admitindo-se, então, que o despacho saneador deve decidir também sobre a legitimidade *ad causam*” (*O despacho saneador e o julgamento...*, p. 104, nota 7). VIDIGAL, op. cit., p. 353-354.

³⁰ CHIOVENDA, op. cit., p. 283, nota 4.

³¹ op. cit. p. 114-122. Lacerda noticiava, ainda, a admissão pela jurisprudência da “oponibilidade e o reconhecimento de ofício da coisa julgada e da incompetência absoluta a qualquer tempo” – não obstante a paralela previsão de exceções instrumentais (*Ibidem*, p. 121). Aliás, quanto à incompetência absoluta *ratione materiae*, havia expressa previsão legal nesse sentido (art. 182, §1º).

³² ARAGÃO, *Exegese* v. 4, t. 1, p. 13-14; LACERDA, p. 107; op. cit., LIMA, *Do saneamento...*, p. 11.

³³ Esses dois fundamentos são apresentados, respectivamente, por M. Lima (*As providências...*, p. 30) e LACERDA (op. cit., p. 173). Jurisprudência a respeito do tema é relatada por Buzaid (p. 35).

³⁴ Vede LIMA, *As providências...*, p. 31. Acerca da classificação dos provimentos no Código de 39, v. BUZAID, *Do agravo*, p. 128-129.

³⁵ ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t.1, p. 12-13 e 20, notícia essa corrente de entendimento.

³⁶ op. cit., p. 134.

³⁷ LIEBMAN, *Novamente...*, p. 151-153; MARQUES F., *Instituições*, v. 3, p. 225; LACERDA, op. cit., p. 131-139.

³⁸ *As providências...*, p. 31.

³⁹ op. cit., p. 227-228.

⁴⁰ SANTOS A. *As condições da ação*, p. 105 e 106; LACERDA, p. 153-178; VIDIGAL, op. cit., p. 369-371.

⁴¹ CHIOVENDA, *Instituições*, v. 1, p. 378, nota 6.

⁴² A esse respeito, vede ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 20.

⁴³ LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento...*, p. 134; Buzaid, op. cit., p. 36.

⁴⁴ ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 20; LIMA, *As providências...*, p. 30-31 – esse último dava por “quase pacífico” o entendimento doutrinário e jurisprudencial favorável ao trato dessas matérias no

saneador – op. cit., p. 31.

⁴⁵ LACERDA, op. cit., p. 82-89; LIMA, *As providências...*, p. 31; LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento...*, esp. p. 133. De considerarem-se as condições da ação mérito, ou não, dependia a definição do recurso adequado contra o “despacho saneador” que encerrasse o processo por carência de ação. Em se tratando de mérito – como pretendia Lacerda relativamente à possibilidade jurídica e à legitimidade –, caberia apelação (art. 820 - op. cit., p. 179-180). Caso contrário, agravo de petição seria o recurso cabível, por força do art. 846 (nesse sentido, BUZUID, *Do agravo*, p. 126-127 e 132).

⁴⁶ LIMA, *As providências...*, p. 31 – ao que esse autor se refere como exame do “mérito propriamente dito”). Amplo levantamento da jurisprudência sobre o tema é apresentado por BUZUID, ..., p. 36-37.

⁴⁷ LIEBMAN, *O despacho saneador e o julgamento...*, p. 105-112; MARQUES, op. cit., III, p. 229; BUZUID, *Do despacho...*, p. 36-38.

⁴⁸ LACERDA, op. cit., p. 140-152; VIDIGAL, op. cit., p. 371-372.

⁴⁹ Sejam vistas as palavras de Buzuid em pronunciamento na II Conferência Nacional da OAB, citadas por ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 14 e 28.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 16. V. também p. 15-17, 27 e 38. O autor vê autorização para verdadeiro “julgamento conforme o estado do processo” na parte final do § 2º do art. 265 (*Ibidem*, p. 17, nota 29, e *Julgamento...*, p. 201).

⁵¹ Sobre o tema, vede interessantes considerações de ARAGÃO, *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 35-38; MALACHINI, *Do julgamento...*, p. 97 e 105; GRINOVER, op. cit., p. 101-102.

⁵² BEDAQUE, *Poderes instrutórios*, p. 102, nota 237. Há inúmeras decisões afirmando o caráter relativo da presunção estabelecida pela art. 319 e a possibilidade de produção de provas de ofício (v. nota 6 ao dispositivo no *CPC*, de Negrão, p. 227).

⁵³ Para confirmar o quanto essa face da questão é ignorada, basta o exame das notas aos arts. 130 e 330 no *CPC* de Negrão: para uma imensa quantidade de decisões, examinando a ocorrência ou não do cerceamento por ocasião do julgamento antecipado, há uma única nota (com duas decisões – sendo uma do STJ – no sentido favorável e uma contrária) apreciando a possibilidade de controle para imposição do julgamento imediato (nota 1 ao art. 330).

⁵⁴ *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 25-26.

⁵⁵ *Manual*, v. 2, p. 155 e 161.

⁵⁶ op. cit. p. 229.

⁵⁷ op. cit., v. 3, p. 489-490. Mas, na p. 517, há afirmação parcialmente colidente com essas.

⁵⁸ E – *exclusivamente a título de argumentação* – pondere-se que, ainda que fosse o caso de apelação (e não é), essa não suspenderia todo o processo. A parte não abrangida pela decisão não se submeteria à eficácia suspensiva dessa suposta apelação.

Proceder-se-ia da mesma forma que se procede quando a apelação é parcial (carta de sentença etc.). Essa é a solução adotada em Portugal, onde cabe apelação com efeito suspensivo contra o “saneador” que decide parte do mérito (ABÍLIO NETO, op. cit., p. 397, nota 4).

⁵⁹ TARZIA, *O novo processo*, p. 6; DINAMARCO, *A instrumentalidade*, p. 132 e 249; OLIVEIRA, C. A. de. *O juiz...*, p. 35.

⁶⁰ op. cit., p. 81-83.

⁶¹ A nota 1 ao art. 397, no *CPC* de Negrão, permite clara constatação dessa tendência.

⁶² LIMA - *As providências...*, p. 37; MIRANDA, op. cit., p. 221; PASSOS, op. cit., p. 472. No sentido de que sim: GRECO FILHO, v. 2, *Direito processual*, p. 162.

⁶³ A esse respeito, confirmaram-se as lições de Ivan Righi (*Eficácia probatória...*, p. 69) e ARAGÃO (*Exegese*, v. 4, t. 1, p. 74-76 e 100).

⁶⁴ O próprio Calmon de Passos acaba por reconhecer essa circunstância (op. cit., p. 495).

⁶⁵ Note-se que não há conflito entre a regra do art. 13, quando trata de representação, e a do art. 37. A norma do art. 13 diz respeito às hipóteses gerais de mandato (ex.: a procuração de uma pessoa a outra para que promova em seu nome um processo [e para tanto constitua inclusive um advogado em seu nome]), de representação de incapazes (art. 8º) e de apresentação (art. 12).

⁶⁶ BARBI, *Comentários*, v. 1, p. 97, item 152.

⁶⁷ *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 13, nota 22.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 13 e 19.

⁶⁹ *O novo processo*, p. 62-63. O autor não esclarece se só o *caput* do art. 113 autoriza reexame – ou se também o § 3º do art. 267 (redigido em termos semelhantes ao art. 113) permite-o relativamente às matérias nele tratadas. Em caso positivo, a postura de Barbosa Moreira, em vez de preclusionista, estará muito mais próxima daqueles que adotam posicionamento flexível quanto ao tema – v. adiante. Em outro escrito (*Saneamento...*, p. 142, nota 40), refere-se ao contraste entre a parte inicial do art. 331 e o § 3º do art. 267 – sem contudo posicionar-se.

⁷⁰ *Do julgamento*, p. 162-163.

⁷¹ op. cit., p. 517-523, esp. 522-529.

⁷² *Manual*, v. 2, p. 153, 167 e 171.

⁷³ op. cit., p. 107-108.

⁷⁴ Atualização dos *Comentários* de Pontes de Miranda, p. 241-242.

⁷⁵ *A preclusão*, p. 104-115.

⁷⁶ *Exegese*, v. 4, t. 1, p. 20-21.

⁷⁷ *Sobre a eficácia...*, passim.

⁷⁸ O. B. da Silva, *Curso*, I, p. 163; GRECO FILHO, op. cit., p. 181; WAMBIER, L. R. *Despacho saneador irrecorrido*, p. 227-231.

⁷⁹ Note-se que algumas das situações em que por vezes se afirma haver “decisão implícita” não se confundem com a ora analisada. Assim, por exemplo, a sentença que julga improcedente o mandato de segurança importa automática revogação da liminar antes concedida, mesmo que nada diga a res-

peito. E isso não porque haja “decisão implícita” – mas sim diante de absoluta incompatibilidade lógica entre a manutenção da liminar, que pressupõe juízo de plausibilidade acerca do direito do impetrante, e a sentença de improcedência, que descarta por completo tal plausibilidade. Agora, veja-se que, mesmo em tal hipótese, terá sido observada a garantia da fundamentação das decisões: a razão pela qual a liminar não pode mais vigorar estará retratada na própria motivação da improcedência. Enfim, trata-se de algo em tudo diverso do que se examina no texto.

⁸⁰ LIMA, *Do saneamento...*, p. 11 e, principalmente, FERREIRA FILHO, op. cit., p. 88-89.

⁸¹ Endossando a primeira assertiva: Bermudes, Atualização aos *Comentários* de Pontes de Miranda, p. 242-243. No sentido da segunda: *Repro* 5/366 e 17/297. Nos termos integrais desse período: B. Moreira (*O novo processo*, p. 62-63) e M. Caetano Ferreira Filho (op. cit., p. 91-92). Para Calmon de Passos, em nenhum dos casos haveria preclusão, salvo quando já estabelecida situação incompatível com a redescisão (op. cit., p. 530). O Supremo, contudo, já se manifestou, reconhecendo que o deferimento da prova acarreta preclusão para o juiz (RTJ, n. 76, p. 305 e n. 95, p. 271).

⁸² Confrontem-se os vários modelos descritos por MOREIRA, *Saneamento...*, p. 120-129.

⁸³ Não se está afirmando, entretanto, nenhum caráter preclusivo da decisão que designa a audiên-

cia, nem a absoluta rigidez do procedimento. Confira-se o exposto adiante.

⁸⁴ Nesse sentido, entre outros: Bermudes (atualização dos *Comentários* de Pontes de Miranda, p. 237); TUCCI, *A nova fase...*, p. 360; WAMBIER, *A nova audiência...*, p. 34-35.

⁸⁵ Nesse sentido, entre outros: PASSOS, p. 113. Contra, admitindo-a sempre, v. por todos: DINAMARCO, *A reforma*, p. 124-125; TUCCI, *A nova fase...*, p. 362.

⁸⁶ Dinamarco (*A reforma*, p. 126-127) e Tucci (*A nova fase...*, p. 360): falam apenas genericamente em nulidade absoluta – sem a distinção ora empreendida quanto aos escopos da audiência.

⁸⁷ Há problema semelhante a esse no direito português. Lá, é prevista “audiência preparatória” quando parecer possível o julgamento imediato de mérito (*CPC português*, art. 508, v. I). Disso poderia extrair-se a conclusão de que, designada a audiência, o magistrado já decidiu possível o conhecimento direto do pedido? A lei dá expressa resposta negativa (art. 508, 4).

⁸⁸ Nesse sentido, expressamente a lei portuguesa no que tange à audiência preparatória – v. III.2, acima.

⁸⁹ Vede Bermudes, atualização aos *Comentários* de Pontes de Miranda, p. 243.

⁹⁰ *Princípios fundamentais...*, p. 96.

⁹¹ op. cit., p. 522.

⁹² *Saneamento...*, p. 138-139, 141-143.

Sanções administrativas ambientais

ALVARO LAZZARINI

SUMÁRIO

1. Considerações gerais. 2. Direito Ambiental e Poder de Polícia. 3. Polícia Administrativa Ambiental e Polícia Judiciária Ambiental. 4. Sanções administrativas ambientais. 5. Conclusão.

1. Considerações gerais

Há aspectos de Direito Administrativo que causam polêmicas sérias quanto à competência para o exercício do Poder de Polícia Ambiental, nos quatro modos de atuação a que se refere Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹, ou seja, a quem cabe a ordem de polícia, a quem cabe o consentimento de polícia, a quem cabe a fiscalização de polícia e a aplicação da sanção de polícia, aliás, conforme tive oportunidade de examinar em monografias que cuidam da Proteção do Meio Ambiente pela Polícia Militar², que diz respeito ao Direito Ecológico, e do Direito Administrativo e Prevenção de Incêndio³, bem como em O Corpo de Bombeiros e o Poder de Polícia⁴, essas duas últimas direcionadas ao Direito Urbanístico, embora o incêndio em uma floresta ou, então, em uma mata seja uma catástrofe ecológica e sua prevenção seja Poder de Polícia Ambiental.

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra de ed. cits., p. 340.

² LAZZARINI, Alvaro. Proteção do meio ambiente pela polícia militar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 29, n. 116, p.153-162, out./dez., 1992.

³ Idem. Direito Administrativo e prevenção de incêndio. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 186, p.114-132. out./dez. 1991.

⁴ LAZZARINI, Alvaro et al. O corpo de bombeiros e o poder de polícia. São Paulo : Imprensa Oficial do Estado, 1992. p. 13-23.

Alvaro Lazzarini é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor de Direito Administrativo da Academia de Polícia Militar do Barro Branco e da Escola Paulista da Magistratura e Sócio Colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Ao certo, *o implemento de medidas legais pelo Poder Público para a proteção ambiental do homem só se torna possível, administrativa, civil e penalmente, pelo regular exercício do Poder de Polícia, quer na preservação, quer na conservação do meio ambiente, aquela não admitindo o seu uso, com ausência de ação antrópica, esta, a conservação, admitindo o uso, com o manejo auto-sustentado*⁵.

2. Direito Ambiental e Poder de Polícia

A nossa Carta de 1988, no art. 23, III, VI e VII, estabelece ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”, protegendo, assim, o meio ambiente e combatendo a poluição em qualquer de suas formas, preservando as florestas, a fauna e a flora. No art. 24, I, estabelece a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre Direito Urbanístico, que diz respeito à denominada massa cinza, cabendo à União a competência limitada de estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º), o que não exclui a competência suplementar dos Estados (art. 24, § 2º), salvo se inexistir lei federal sobre normas gerais, hipótese em que os Estados exercerão a competência plena, para atender às suas peculiaridades (art. 24, § 3º), certo, contudo, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário (art. 24, § 4º).

A Constituição de 1988 dedica, outrossim, todo um *capítulo* ao meio ambiente (Capítulo VI do Título VIII, que trata da Ordem Social), consubstanciando, no seu art. 225, com 6 (seis) parágrafos e 7 (sete) incisos no seu § 1º. No cuidar sobre os princípios gerais da atividade econômica, no Capítulo I do Título VII, que trata *Da Ordem Econômica e Financeira*, o art. 170, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observará, entre outros, *o princípio de defesa do meio ambiente* (art. 170, VI).

⁵ MELE, João Leonardo. *Quadro sinóptico do Direito Ambiental no Brasil*, São Paulo, 1994. Trabalho inédito.

No Estado de São Paulo, a Constituição Estadual de 1989, cuida *Do Meio Ambiente, dos Recursos Naturais e do Saneamento*, no Capítulo IV do Título VI, que é o “Da Ordem Econômica”, arts. 191 a 216.

O Município rege-se por lei orgânica, que deve atender aos princípios estabelecidos na Constituição do respectivo Estado, por expressa exigência do art. 29, *caput*, da Constituição de 1988, e art. 144 da Constituição do Estado, competindo-lhe, nos termos do art. 30 daquela Carta Federal, legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II), promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII).

Dessa normatização constitucional, como assevera o ambientalista Vladimir Passos de Freitas⁶, surge, para as entidades federadas, a atribuição do *poder de legislar* e, como consequência direta, o de *fiscalizar*, sendo que *fiscalização*, como entendo, é um dos *modos de atuação do poder de polícia*, com a dupla utilidade de realizar a *prevenção* das infrações pela *observação* do comportamento dos administrados relativamente às *ordens* e aos *consentimentos de polícia*; em segundo lugar, prepara a *repressão* das infrações pela constatação formal dos atos infringentes, tudo conforme lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto a que voltarei logo mais.

Pode, pois, a denominada *Polícia Ambiental* ser executada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, certo que, como salienta Vladimir Passos de Freitas,

“este poder, que é, normalmente, exercido para limitar os direitos individuais, pode ser dirigido, também, contra as mesmas pessoas jurídicas de Direito Público. Entre elas não há hierarquia no nosso sistema federativo. Assim, desde que uma delas esteja *atuando nos limites de sua competência, firmada na Constituição Federal*, as outras deverão curvar-se e obedecer”⁷,

inclusive, na regularização fundiária nas áreas de interesse ambiental.

Lei, como a do município paulista de Santos,

⁶ FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo Ambiental*. Curitiba : Juruá, 1993. p. 71.

⁷ *Ibidem*, p. 73.

que, a pretexto de proibir a captura do *callichirus SP*, o conhecido *corrupto*, na orla marítima do município, determinou competir à Guarda Municipal a fiscalização do seu cumprimento⁸, é lei de duvidosa constitucionalidade no que concerne à competência municipal para subsistir medida da Polícia Florestal do Estado de São Paulo quanto à Guarda Municipal, atribuindo a esta atividade que lhe é vedada, pois a sua competência está prevista no art. 144, § 8º, da Constituição de 1988, sendo pacífica a doutrina e jurisprudência no sentido de que não cabe às guardas municipais os serviços de polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, de polícia judiciária e de apuração de infrações penais⁹, por ser guarda patrimonial¹⁰.

O exercício do *poder de polícia ambiental*, como adverte Paulo Affonso Leme Machado¹¹, “supõe a existência e a atuação de órgão público ambiental”, com competência para a prática do ato que o concretiza, isso acrescento, mesmo porque é nesse sentido que entendo a idéia sintetizada no princípio 10 da *Declaração do Rio de Janeiro (UNCED/92)*, que, com a adesão unânime dos membros da ONU, afirmou:

“O melhor modo de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, em nível relevante, de todos os cidadãos interessados. No plano nacional, cada indivíduo deve ter adequado

⁸ Lei nº 1.293, de 17 de dezembro de 1993, do Município de Santos, São Paulo, art. 1º, que alterou o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 850, de 19 de março de 1992, dando-lhe nova redação.

⁹ Acórdão unânime da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 27 de maio de 1993, na apelação criminal nº 140.786-3, de Cotia, relator Desembargador Dante Busana. *Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, São Paulo, v. 146, p. 304 - 308; idem acórdão unânime da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 03 de março de 1994, na apelação criminal nº 124.767-3/5, de Americana, relator Desembargador Cunha Bueno, ainda não constante de repertórios de jurisprudência; idem acórdão unânime da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação criminal nº 96.007-3/7, de Araras, relator Desembargador Weiss de Andrade, apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro : Forense, 1992, p. 3.426.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 79.

acesso às informações relativas ao meio ambiente, que estejam em poder das autoridades públicas, compreendidas as informações concernentes às substâncias e atividades perigosas existentes em suas comunidades, e ter possibilidade de participar no processo de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e encorajar a conscientização e participação do público, tornando as informações facilmente disponíveis. Deve ser assegurado acesso efetivo aos processos judiciais e administrativos, inclusive no concernente às *sanções e reparações*”.

A participação de todos os cidadãos interessados, em nível relevante, e o encorajamento pelo Brasil para essa participação, no entanto, não estão a dizer que todas pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, podem exercer *atividade de polícia ambiental*, como examinarei na *Teoria Geral do Poder de Polícia*, que logo abordarei.

Lembro, antes, que a cada restrição de direito individual (expressa ou implícita na norma legal) corresponde equivalente *Poder de Polícia Administrativa* à Administração Pública, para torná-la efetiva ou fazê-la obedecida¹².

Só órgão público competente para o ato pode exercer o *Poder de Polícia*, à vista não só das normas constitucionais, como infraconstitucionais e, também, infralegais, enfim, de um *extenso emaranhado de leis, decretos e resoluções*, o que Edis Milaré denominou “*textos básicos sobre o meio ambiente no Brasil, de acordo com a nova ordem constitucional e com as inovações introduzidas pelo ‘Programa Nossa Natureza’ e ‘Plano Brasil Novo’*”, textos esses que renderam 636 (seiscentos e trinta e seis) páginas do seu precioso livro *Legislação Ambiental no Brasil*, editado por Edições APMB, em São Paulo, no ano de 1991. Tal emaranhado está a indicar a urgente necessidade de uma *codificação*, se não total pelo menos parcial do denominado Direito Ambiental, ou, ainda, a sua *consolidação*, tudo para dar segurança jurídica, não só para os operadores do Direito, sejam juristas ou policiais, como, e principalmente, para o administrado, ou seja, o povo que tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 117.

Ao certo, nesta oportunidade, não irei interpretar e, tampouco, decifrar esse emaranhado que se denomina legislação ambiental no Brasil de hoje. Penso, no entanto, que a *Teoria Geral do Poder de Polícia* auxiliará a compreender a ação do Estado frente à problemática do meio ambiente, quer por parte dos órgãos públicos que constituem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), como por parte dos cidadãos interessados no magno problema do meio ambiente no Brasil, inclusive no que toca à efetivação da regularização fundiária.

Passo, assim, a examinar o *Poder de Polícia*, que é o poder que, como inicialmente visto, tem como modos de atuação, entre outros, a *fiscalização*, como também a *aplicação da sanção de polícia*, este último como objeto deste estudo.

3. Polícia Administrativa Ambiental e Polícia Judiciária Ambiental

Há, no *Poder de Polícia*, uma dicotomia que interessa à *preservação* e à *conservação do meio ambiente*. Esse poder administrativo, com efeito, concretiza-se em duas atividades, ou seja, a de polícia *administrativa* e a de polícia *judiciária*, ambas presentes na temática do Direito Ambiental. A dicotomia, no entanto, tem gerado confusão não só no espírito dos leigos, como também no do legislador, bem como disputas entre entes estatais, autárquicos, fundacionais e paraestatais e, ainda, entre órgãos policiais, que não se acomodam nos limites de suas competências institucionais e, assim, nos *limites do Poder de Polícia*, tudo em prejuízo do administrado que, quase sempre, acaba por sucumbir aos abusos de autoridade, por excesso de poder ou desvio de poder, como é comum na Administração Pública em geral, inclusive, no manejo do Direito Ambiental.

O *Poder de Polícia* é um *poder administrativo*, porque, conceitualmente, ele, que legítima o poder da polícia e a própria razão dela existir, é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como poder público e indelegável aos entes particulares, embora possa estar ligado àquela, tendente ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidente não só sobre elas, como também em seus bens e atividades.

Daí por que a polícia *administrativa* e a polícia *judiciária* são exteriorização de *atividade tipicamente administrativa*, malgrado a

última polícia ser qualificada de *judiciária*.

A polícia *administrativa* propriamente dita é preventiva, regida pelas normas e princípios de Direito Administrativo, enquanto a polícia *judiciária* é repressiva, exercendo atividades administrativas de *auxiliar da repressão criminal*. A polícia *judiciária*, necessário é insistir, não integra o Poder Judiciário, nem como órgão administrativo. Este Poder da Soberania Nacional, num *Estado Democrático de Direito*, detém o *monopólio da jurisdição* e, bem por isso, ele é que procede à *repressão criminal*, sendo auxiliado pelo órgão do Poder Executivo que, administrativamente, exerce a atividade de polícia *judiciária* e que, assim, deve observar as normas e princípios do Direito Processual Penal.

Em tema de *meio ambiente*, por exemplo, os *órgãos licenciadores*, como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e, ainda, os da Secretaria de Estado e Meio Ambiente, exercem típica atividade de polícia *administrativa*, dando o *consentimento de polícia* ou negando-o, fazendo, inclusive, a *fiscalização de polícia*, dando suas *ordens de polícia* e, falhando todo o mecanismo, verificada a infração às normas da legislação ambiental de regência, aplicando as *sanções administrativas de polícia ambiental*, nos limites de suas competências.

A *repressão administrativa* não se confunde com atividade de polícia *judiciária*, está voltada somente à apuração de ilícitos penais, inclusive, diante do Direito Ambiental, que não se confundem com polícia de segurança, setor da administrativa voltado à prevenção criminal.

O mesmo órgão, porém, pode ser eclético no exercício do *Poder de Polícia*, e dentro dos limites de sua competência constitucional ou infraconstitucional, porque age *preventiva* e *repressivamente*, ou seja, passa, necessária e automaticamente, da *atividade policial preventiva* para o exercício da *atividade policial repressiva*, dado que ocorreu o ilícito que não conseguiu evitar. Quando o ilícito for penal, ter-se-á, então, *atividade de polícia judiciária* consubstanciada na denominada *repressão imediata* por parte do órgão policial exercente da *atividade de polícia preventiva*.

Não é, aliás, o rótulo do órgão público que qualifica a atividade de polícia. O que a qualifica em polícia *administrativa* (preventiva) e polícia *judiciária* (repressiva) é, e sempre, a *atividade de polícia em si mesmo desenvolvida*.

Isso está a demonstrar que a *linha de diferenciação* entre o que seja polícia *administrativa* (preventiva) e polícia *judiciária* (repressiva) é bem precisa, porque será sempre a ocorrência ou não de um ilícito penal¹³, posição nossa colhida por Maria Zanella Di Pietro¹⁴.

Essa distinção é importante em termos de *competência administrativa* para os atos previstos na legislação ambiental em vigor, lembrando-se, a propósito, algo que os órgãos envolvidos no Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama esquecem e originam *conflitos de atribuições*, ou seja,

“A primeira condição de legalidade é a competência do agente. *Não há em Direito Administrativo, competência geral e universal*: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. *Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito*. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador”¹⁵.

A importância dessa distinção de polícia *administrativa* e de polícia *judiciária* acentua-se, igualmente, em termos de *competência jurisdicional*, pois o *controle jurisdicional do ato de polícia administrativa* é da competência do órgão jurisdicional a que caiba o processo e julgamento de causas da Fazenda Pública, enquanto o do *ato de polícia judiciária* é do órgão que detenha a competência criminal, tudo como dispuserem as leis de organização judiciária do Estado Federado ou do Distrito Federal, quando for o caso.

No Estado de São Paulo, por exemplo, sem adentrar na competência da Justiça Federal, *atos de polícia administrativa* praticados por policiais militares na proteção do meio ambiente são julgados pelos juízes de direito que detenham a competência do cível nas comarcas do interior, enquanto na de São Paulo e na que tenha a da Fazenda Pública a competência é das Varas da Fazenda Pública, com recurso para o Tribunal de Justiça do Estado, Primeira Seção Civil.

¹³ LAZZARINI, Alvaro et al. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. p. 37.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas, 1990. p. 90.

¹⁵ TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil* : conceito e remédios. Rio de Janeiro : DASP, 1959. p. 27.

Aliás, em relação à Polícia Militar do Estado de São Paulo, é necessário esclarecer que ela integra o *Sistema de Proteção e Desenvolvimento do Meio Ambiente*, mediante as suas unidades de policiamento florestal e de mananciais, incumbidas da *prevenção e repressão* das infrações cometidas contra o meio ambiente, sem prejuízo dos corpos de fiscalização dos demais órgãos especializados, tudo conforme a Constituição do Estado de São Paulo, no seu art. 195, parágrafo único, que interpretei, sistematicamente, no indicado trabalho sobre *A Proteção do Meio Ambiente pela Polícia Militar* (infra nota 2), concluindo, então, que

“a Polícia Militar, principalmente pelas suas unidades especializadas, pode fazer a *prevenção a repressão* das infrações florestais, *inclusive o respectivo inquérito*, salvo quando o fato ocorrer em terras da União ou tiver repercussão interestadual ou internacional, cabendo então o inquérito, e só ele, à Polícia Federal, que detém exclusividade na função”,

enquanto que

“a Polícia Civil poderá, concorrentemente com a Polícia Militar e ressalvada a competência da Polícia Florestal, efetuar o inquérito sobre as infrações penais florestais, *não lhe cabendo missões preventivas*, administrativas, por falta de previsão legal, em nível constitucional e infraconstitucional”.

Todos esses aspectos do Direito Administrativo e que envolvem o *Poder de Polícia* devem ser considerados por quem o detenha no âmbito do *Direito Ambiental*, pois, para considerar-se regular o seu exercício, ele há de ser “desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”, conforme cuida o art. 78, parágrafo único, da Lei federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, conhecida como *Código Tributário Nacional*, pois dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e instituiu normas gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, lembrando, a propósito, que o poder administrativo que examino, o *Poder de Polícia*, ainda hoje é referido uma única vez na Constituição da República, ou seja, em seu art. 145, II, ao tratar dos princípios gerais *Do Sistema Tributário Nacional* e prever

“taxas, em razão do exercício do poder de polícia”.

Regulando, assim, o ato de polícia administrativa, ele goza de atributos, que são o discricionarismo, a auto-executoriedade e a coercibilidade, próprios do Poder de Polícia.

A discricionariedade é o uso da liberdade legal de valoração da atividade policiada, sendo que esse atributo diz respeito, também, à *gradação das sanções administrativas aplicáveis aos infratores*. Lembro, porém, que o discricionarismo de que falo diz respeito à conveniência e oportunidade da prática do ato de polícia diante da atividade policiada, não se confundindo com *arbítrio*, com *arbitrariedade*.

O Poder de Polícia há de ser exercido dentro dos limites impostos pela lei, pela realidade e pela razoabilidade, sob pena de resvalar para a *arbitrariedade* a autoridade que não observe tais limites, com a conseqüência jurídica decorrente do seu abuso de autoridade, por excesso ou desvio de poder.

A auto-executoriedade do ato de polícia administrativa importa em ele produzir todos os seus efeitos de imediato, isto é, ser colocado em execução desde logo, independente de prévia autorização do Poder Judiciário, que só poderá ser chamado a intervir *a posteriori*. Lembro, novamente, que o Poder de Polícia objetiva conter excessos, a atividade anti-social, e, em tema do *meio-ambiente*, *preservar* ou *conservar* a denominada *massa verde* (florestas, matas, etc.) e a chamada *massa cinza* (meio urbano), dando proteção ao homem contra a degradação ambiental, razão pela qual não é possível condicionar atos de polícia, inclusive quanto às sanções administrativas, à prévia aprovação de qualquer outro órgão de poder estranho à Administração Pública.

No que se refere à *coercibilidade*, lembro que todo ato de polícia é imperativo, isto é, obrigatório ao seu destinatário, que, se resistir, ensejará, até mesmo, o emprego de força física para a remoção do obstáculo oposto ao seu cumprimento.

O ato de polícia, bem por isso, não é facultativo ao administrado, uma vez que há *coercibilidade estatal* para torná-lo efetivado. Essa coerção, como focalizado, dado o atributo da auto-executoriedade, independe de autorização judicial, porque é a própria Administração Pública que decide e toma as providências cabíveis para a realização do que se decidiu, pessoalmente, inclusive aplicando, dentro da

discricionariedade que lhe é inerente, as penalidades administrativas que a lei de regência expressamente indique para infrações administrativas ao Direito Ambiental.

4. Sanções administrativas ambientais

A propósito da *sanção de polícia ambiental*, tema deste estudo, devo esclarecer que me alinho com o publicista alemão Otto Mayer, separando a *pena de polícia* do *constrangimento de polícia*, que se caracteriza no obrigar outrem a fazer ou deixar de fazer o que era de seu desejo, subordinando-o compulsoriamente, de maneira pessoal, imediata e direta, ao interesse público. Por sua vez, a *pena de polícia*, limitada à esfera administrativa e prevista taxativamente na legislação de regência da atividade policiada, tem sentido de castigo, ainda que por imposição pecuniária, revelando-se como intervenção punitiva do Estado sobre as atividades e as propriedades particulares dos administrados, sendo aplicada, unilateral e imperativamente aos infratores¹⁶, por quem tenha competência legal para tanto.

Não se pode esquecer, nesta oportunidade, que, para o tema em exame,

“*sanção* significa o meio coercitivo, disposto pela própria lei, para que se imponha o seu mando, ou a sua ordenança. Assim, *sanção* e *coercibilidade* têm significados idênticos, tendentes ambos a assinalar as vantagens ou as penalidades decorrentes do *cumprimento* ou da *falta de cumprimento* do mando legal. Em princípio, toda norma legal traz a própria sanção, em virtude do que há sempre uma vantagem, ou uma pena ligada ao seu fiel cumprimento ou à sua transgressão. Por ela é que se torna efetiva a *coação*, asseguradora do direito, pela qual se convoca a proteção do poder público”¹⁷.

Sanção administrativa ambiental, portanto, é uma pena administrativa prevista expressamente em lei para ser imposta pela autoridade competente quando violada a norma de

¹⁶ LAZZARINI, Alvaro. O esforço legal no contexto do trânsito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n. 117, p.67-88, jan./mar. idem. *Unidade*, Porto Alegre, n. 16.

¹⁷ SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro : Forense, 1963. v. 6, p. 1.402-3 : verbete “Sanção”.

regência da situação ambiental policiada.

A *sanção administrativa ambiental*, assim, há de estar expressamente prevista na lei de regência, aplicando-se, analogicamente, o princípio da reserva legal do Direito Penal, consubstanciado na previsão de que não há pena sem prévia cominação legal, hoje com dignidade constitucional (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição de 1988). Não se pode aplicar, em consequência, sanção administrativa ambiental que não esteja catalogada na lei anterior à ocorrência do ilícito administrativo de natureza ambiental.

A *sanção administrativa ambiental* tem duplo objetivo, ou seja, ela tem por fim a *correção* do infrator, no que representa um verdadeiro castigo para que melhore a sua conduta de respeito às normas legais ambientais, como também um fim de *prevenção*, no sentido de servir de verdadeiro alerta a todos os outros, e ao próprio infrator, das consequências da infração ambiental.

Podemos classificar as *sanções administrativas* que concretizam a *tutela administrativa ambiental* em (a) *sanções pecuniárias*, como as multas aplicadas em razão da não-observância das normas de proteção ambiental; e (b) *sanções objetivas*, como as que envolvem bens e/ou serviços como apreensões, cancelamento do registro, cancelamento de matrícula de pescador profissional, interdição do barco, embargos de iniciativas particulares, etc.

A *sanção administrativa ambiental*, sendo punição, deve ser imposta por meio do devido procedimento legal. Tal procedimento, de natureza administrativa, obrigará a autoridade administrativa ambiental, em linhas gerais, a assegurar ao acusado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República e, no Estado de São Paulo e seus Municípios, art. 4º, combinado com o art. 144, da sua Constituição).

A acusação será formulada formalmente mediante *Auto de Infração Ambiental*, que será motivado com a narração circunstanciada da infração verificada e seu enquadramento na legislação ambiental, de tudo notificado o acusado para que possa produzir, no prazo legal, sua ampla defesa, contraditando a acusação – esta, sendo ato administrativo, tem o atributo da presunção de veracidade e de legitimidade (*princípio da veracidade e da legitimidade dos atos administrativos*), só podendo ser infirmada por prova cabal em sentido contrário a ser

produzida pelo acusado –, seguindo-se a fase probatória se pertinentemente requerida, sob pena de cerceamento de defesa, e, finalmente, a decisão final que a autoridade ambiental competente entenda de dar à hipótese examinada no procedimento administrativo ambiental, sempre com o recurso previsto em lei e que o caso comporte.

Se aplicada *sanção administrativa ambiental*, ela, necessariamente, deve vir motivada, lembrando-se que, no Estado de São Paulo, a sua Constituição obriga à motivação de todos os atos da Administração Pública, não só da estadual (art. 4º e 111), como também da de seus municípios, estes por força de seu art. 144.

Deve também ser salientado que, dada a autonomia das instâncias administrativa, civil e penal, não ocorrerá o *bis in idem* na hipótese de, apesar da ocorrência de apenação civil e criminal, sempre mais demorada a efetivar-se, ocorrer também a sanção administrativa ambiental, sempre mais célebre. O *bis in idem*, como sabido, é a repetição (*bis*) da punição sobre a mesma conduta faltosa (*in idem*), o que é vedado e torna nulo o ato sancionador repetitivo.

Em razão da aludida autonomia das instâncias, a autoridade ambiental competente não deverá aguardar a solução criminal ou civil, devendo, desde logo, aplicar a *sanção administrativa adequada* a todo infrator nas normas ambientais, observando-se que, também, dado o atributo da *auto-executoriedade do Poder de Polícia*, que está exercendo, a sanção independe de autorização do Poder Judiciário para efetivar-se. O Poder Judiciário só deve fazer controle posterior ao ato administrativo punitivo e, mesmo assim, se provocado pelo destinatário do ato.

Podemos, assim, catalogar as sanções administrativas ambientais previstas no nosso ordenamento jurídico ambiental.

Sanções administrativas ambientais são encontradas no Código Florestal (Lei Federal nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, com as alterações decorrentes das Leis Federais nºs. 7.803, de 18 de julho de 1989, e 7.875, de 13 de novembro de 1989). O seu artigo 20, parágrafo único, por exemplo, prevê que as empresas industriais serão apenas com multa equivalente a 10% (dez por cento) do valor comercial da matéria-prima florestal nativa consumida além da produção da qual participe, na hipótese de a empresa não cumprir o

comando do seu *caput*, ou seja, manter, dentro de um raio em que a exploração e o transporte da matéria-prima florestal sejam julgados econômicos, um serviço organizado que assegure o plantio de novas áreas, em terras próprias ou pertencentes a terceiros, cuja produção, sob a exploração racional, seja equivalente ao consumido para o seu estabelecimento.

Apreensão dos produtos e dos instrumentos utilizados na prática de infrações penais, determinadas no artigo 35 do Código Florestal, por ser de responsabilidade das autoridades administrativas a que alude o seu artigo 33, embora destinados à prova criminal, não deixa de ter, também, conotação de sanção administrativa.

A Lei de Proteção à Fauna, Lei Federal nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, em linhas gerais, não apresenta sanções administrativas, salvo a do *cancelamento do registro* de que trata o seu artigo 16, instituído para as pessoas físicas ou jurídicas que negociem com animais silvestres e seus produtos, incidindo a sanção, de ordem administrativa, na hipótese de a pessoa registrada não apresentar a declaração de estoques e valores sempre que exigida pela autoridade competente (artigo 17, *caput* e parágrafo único). A *apreensão dos produtos de caça e/ou pesca, bem como dos instrumentos utilizados em infrações penais*, inclusive a sua destinação, em se tratando de produtos perecíveis, com doação a instituições científicas, penais, hospitais e/ou casas de caridade mais próximas, sendo da responsabilidade de autoridades administrativas competentes, novamente comparece na legislação de regência como nítida sanção administrativa de polícia ambiental.

O Código de Pesca, Decreto-lei Federal nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, é o que melhor cuida das sanções administrativas. Ao tratar das embarcações pesqueiras, no seu artigo 6º, *caput* e parágrafo único, dispõe que toda embarcação, nacional ou estrangeira, que se dedique à pesca comercial, além do cumprimento das exigências das autoridades marítimas, deverá estar inscrita e autorizada pelo órgão público federal competente, sob pena administrativa de *interdição do barco* até a satisfação das exigências impostas pelas autoridades competentes.

O seu artigo 9º, *caput* e parágrafo único, exige que as embarcações estrangeiras, para realizar atividades pesqueiras nas águas brasileiras de que trata o artigo 4º, deverão estar autorizadas por ato administrativo do Ministro de Estado dos Negócios da Agricultura, podendo

o Poder Público, além de responsabilizar criminalmente o comandante, determinar administrativamente a *interdição da embarcação, seu equipamento e carga*.

Interdição do funcionamento do estabelecimento respectivo sem prejuízo da multa respectiva, igualmente, são sanções administrativas previstas no artigo 19, parágrafo único, do Código de Pesca. A hipótese é de infração ao determinado no *caput* do referido artigo, que exige que se obtenha prévia autorização do órgão público federal competente para exercer suas atividades no território nacional ou nas águas abrangidas pelo referido Código de Pesca, devendo estar devidamente inscrito e cumprir as obrigações de informações e demais exigências que forem estabelecidas.

O seu artigo 25 autoriza aplicar *sanções administrativas* ao armador que deixar de oferecer seguro contra acidentes de trabalho aos tripulantes das embarcações pesqueiras, bem como deixar de filiá-los a instituições de Previdência Social.

Cancelamento de matrícula de pescador profissional, como sanção administrativa, é encontrada no artigo 26, parágrafo único, quando for comprovado que o pescador não faça da pesca sua profissão habitual ou quando infringir as disposições do referido Código de Pesca e seus regulamentos, no exercício da pesca.

O Código de Pesca, ao contrário dos anteriores examinados, tem a peculiaridade de dedicar todo um capítulo, o Capítulo VII, às *multas*, como sanção administrativa, prevendo, no seu artigo 65, que todas as informações previstas no Código, sem prejuízo da ação penal correspondente, sujeitam os infratores ao pagamento de multa na mesma base das estabelecidas no capítulo anterior, o Capítulo VI, artigos 55 a 64.

Essas *multas* serão impostas por despacho da autoridade competente em processo administrativo (artigo 66), cujo rito está previsto nos artigos 67 a 69, havendo, também, a previsão da inscrição da multa não-paga nos prazos para cobrança em execução fiscal (artigo 70), bem como a destinação do arrecadado como “Recurso da Pesca” (artigo 72).

A Lei Federal nº 7.679, de 23 de novembro de 1988, que dispõe sobre proibição da pesca de espécies em período de reprodução e dá outras providências, nos artigos 4º e 5º, igual-

mente, prevê sanção administrativa de multa aos pescadores profissionais e aos pescadores amadores, bem como às empresas que exploram a pesca quando violarem suas normas proibitivas.

A criação das Estações Ecológicas e de Áreas de Proteção Ambiental estão disciplinadas pela Lei Federal nº 6.902, de 27 de abril de 1981. As Estações Ecológicas serão criadas pela União, Estados e Municípios em terras de seus domínios (artigo 2º). O seu artigo 7º elenca as proibições a serem observadas nas Estações Ecológicas, sujeitando o infrator à *apreensão do material proibido* e ao pagamento da indenização pelos danos causados (artigo 7º, § 3º), penalidades essas a serem aplicadas pela Administração da Estação Ecológica (artigo 7º, § 4º).

A Lei Federal nº 6.902, de 1981, no seu artigo 9º, também, precisa que, dentro dos princípios constitucionais que regem o exercício do direito de propriedade, o Poder Executivo deve estabelecer normas limitadoras ou proibitivas relativas a esse direito, competindo ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, ou órgão equivalente no âmbito estadual, em conjunto ou isoladamente, ou mediante convênio com outras entidades, fiscalizar e supervisionar as Áreas de Proteção Ambiental (artigo 9º, § 1º).

No caso de violação às normas de que cuida o referido artigo 9º, dispõe o seu § 2º que os infratores estão sujeitos às sanções de *embargo das iniciativas irregulares, à medida cautelar de apreensão do material e das máquinas utilizadas nessas atividades, à obrigação de reposição e reconstrução, tanto quanto possível, da situação anterior e à imposição de multas*.

Todas essas penalidades administrativas serão aplicadas por iniciativa do Instituto Brasileiro dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama, ou do órgão estadual correspondente, e constituirão, respectivamente, receita da União ou do Estado, quando se tratar de multa, certo que, quanto a esta última sanção administrativa, a de multa, aplicam-se as normas da legislação tributária e do processo administrativo fiscal que disciplinam a imposição e a cobrança das penalidades fiscais (artigo 9º, §§ 3º e 4º).

Dispondo sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação, além de dar outras providências, a Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, no seu artigo 14, é expressa em dizer que, *sem*

prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores às sanções administrativas previstas em seus incisos, isto é, à de multa simples ou diária (I), à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais (II), à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento (III) e à suspensão de sua atividade (IV).

O Regulamento da Lei Federal nº 6.902, de 27 de abril de 1981, que cuida da criação de Estações Ecológicas, Áreas de Proteção Ambiental e dá outras providências, e da Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente e dá outras providências, está consubstanciado no Decreto Federal nº 99.274, de 6 de junho de 1990, em cujo Título III encontram-se relacionadas as infrações ambientais e os valores das multas respectivas, definindo o seu artigo 33 que

“Constitui infração, para os efeitos deste Decreto, toda ação ou omissão que importe na inobservância de preceitos nele estabelecidos ou na desobediência às determinações de caráter normativo dos órgãos ou das autoridades administrativas competentes”.

Os seguintes artigos 34 a 39 cuidam especificamente da imposição das penas de multa, merecendo ser salientado que, quando as infrações forem causadas por menores ou incapazes, responderá pela multa quem for juridicamente responsável pelos mesmos (artigo 40) e, em qualquer caso, a imposição de penalidades pecuniárias, por infração à legislação ambiental pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, excluirá a exigência de multas federais, na mesma hipótese de incidência (artigo 41), com o que se proíbe o denominado *bis in idem*.

Em qualquer das hipóteses de aplicação da pena de multa, ele poderá ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, obrigarse à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental, certo que, cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em até noventa por cento (artigo 42, *caput* e parágrafo único).

5. Conclusão

Sanção administrativa ambiental é pena administrativa prevista em lei anterior que trate do meio ambiente e a ser imposta por autoridade pública competente ao violador da norma ambiental preexistente.

Na *sanção administrativa ambiental* se

concretiza o Poder de Polícia Ambiental, que, sem ela, ficaria inane, devendo ser aplicada em regular procedimento administrativo ambiental, assegurando-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, tudo independentemente de solução de processo criminal ou civil que a violação da norma ambiental possa ensejar.

Decisões vinculantes

IVAN LIRA DE CARVALHO

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Jurisprudência: Ciência do Direito ou conjunto de decisões?* 2.1. *O caso francês.* 3. *O Direito Sumular.* 4. *O stare decisis.* 5. *As decisões vinculantes e a independência dos juízes da inferior instância.* 5.1. *Respeitáveis argumentos contrários à súmula vinculante.* 6. *Razões pelas quais acredito na eficiência das decisões vinculantes.* 7. *Concluindo.*

1. Introdução

A busca da qualidade total nos meios de produção e na prestação dos serviços tem sido a tônica da sociedade contemporânea, tanto em nível privado como na seara estatal. Reflexos da globalização, dizem uns, que se intitulam neo-liberais. Procura de novos rumos para o socialismo, justificam outros, ainda alinhados a essa doutrina. O certo é que a rotulação de qualidade, boa ou má, não passa ao largo de típicas atividades do Estado, como é o caso da prestação da tutela jurisdicional. E, nesse particular, o quadro brasileiro é preocupante. Apesar da detecção de segmentos comprometidos com a elevação do nível da atividade do Judiciário, do ponto de vista da eficácia e da eficiência, ainda há muito terreno a ser percorrido.

Pretendendo estimular as discussões acerca de alguns dos mecanismos apontados como hábeis para enfrentar a situação embaraçosa na qual está mergulhada a Justiça nacional é que são tecidas as considerações seguintes.

2. Jurisprudência: Ciência do Direito ou conjunto de decisões?

Reservaram os romanos, para a designação do que é *ciência jurídica*, a expressão *juris-*

prudência. Tanto que Miguel Reale, na primeira parte do seu *Lições preliminares de Direito*¹, esclarecendo grafar sempre o vocábulo em destaque com maiúscula quando tiver ela essa acepção, anota que modernamente outra tem sido a utilização da palavra: a de simbolizar o conjunto de decisões judiciais convergentes e coincidentes. Obviamente, mesmo com a aplicação atual da expressão, não pode ela ser vulgarizada como sinônimo de um ou de poucos julgados isolados, em determinada direção. É mister a reiteração ponderável de julgados, inclinados para um mesmo rumo, para que se tenha firmada a jurisprudência, conforme explica Roberto Rosas²:

“A jurisprudência, assim considerada, é a reiteração de casos análogos passados para o rol dos fatos consumados, que somente podem ser revistos em virtude de motivos relevantes ou alterações das duas origens ou fontes emanadoras: a lei, a doutrina, etc. Somente neste ponto vislumbramos o entendimento da jurisprudência, já consolidada e incorporada aos repertórios jurisprudenciais, qual um código norteador das decisões a seguir”.

Ainda hoje, mesmo que com incidência um pouco mais rara do que a constatada até uma década atrás, permanece viva a discussão sobre ser ou não ser a jurisprudência uma *fonte* do Direito. Caio Mário da Silva Pereira³ enceta a polêmica, capeando-se em posição de extrema legalidade, ao aduzir que, se

“se tomar a expressão *fonte* em sentido técnico estrito, não se pode assim compreender a jurisprudência, porque, nos regimes de separação de poderes, ao Judiciário cabe aplicar contenciosamente a lei aos casos particulares, e, não competindo aos tribunais formular regras jurídicas, senão aplicá-las, a manifestação jurisprudencial não se pode qualificar como fonte criadora da norma de direito, porque não passa de um processo de aplicação da lei. A Corte de Justiça não elabora a regra, porém diz ou declara o direito, arrimada à disposição legislativa,

que é, por isso mesmo, a sua fonte. A função criadora da norma pertence ao Poder Legislativo. O Judiciário cinge-se a aplicá-la ou interpretá-la, ou a verificar e declarar a existência do costume, razão por que se recusa aos arestos e decisões o caráter gerador de direito”.

O renomado civilista apenas acata a jurisprudência como fonte *informativa* ou *intelectual* do Direito.

Em contraposição, Roberto Rosas lembra que

“Glück, Savigny, Wachter consideram a jurisprudência como fonte de direito. Pacchioni deu notável impulso a este grupo, comparando as várias decisões de determinados juízes, mas nesse único sentido, a uma orquestra com inúmeros instrumentos e intérpretes, mas todos executando com uma finalidade. Assim é a jurisprudência, de nada valem as posições isoladas dos magistrados. Os arestos reiterados formam a jurisprudência, tornando-se fonte de direito”⁴.

E diz ainda, em primeira pessoa, que

“este autor enquadra seu pensamento na teoria egológica, que considera o direito como conduta e a sentença como fato da experiência jurídica”.

Sem fazer profissão de fé cossiana, acho que, pela instrumentalidade que representa para o operador jurídico moderno, a jurisprudência é, inquestionavelmente, uma fonte do Direito. Assim afirmo sem receio de receber censura dos mais ortodoxos defensores da clássica divisão dos Poderes, preferindo ousar em busca de novos referenciais para a sobrevivência e a revitalização do Estado (aí incluindo, por óbvio, o ramo Judiciário).

2.1. O caso francês

Ocupou-se Recásens Siches, na sua *Lógica do Razoável*, de reproduzir estudo empreendido pelo famoso advogado francês Jean Cruet, em um livro intitulado *La vida del Derecho y la impotencia de las leyes*, publicado em 1908, acerca da ação inovadora da jurisprudência na França, no correr do primeiro século de vigência do Código Napoleônico (século XIX). Inaugura o seu ensaio destacando a perplexidade de, na França, onde imperava o fetichismo de se supor que a lei contém normas para

⁴ op. cit., p. 44.

¹ 2. ed. São Paulo : J. Bushatsky 1974. p. 70.

² Direito Sumular. *Revista Jurídica LEMI*. São Paulo, n. 148, p. 44, mar. 1980.

³ *Instituições de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v. 1, p. 41.

resolver todos os problemas, razão pela qual a atividade judicante sempre foi muito coartada, curiosamente ter sido a jurisprudência que primeiro deu resposta às exigências da evolução social. Assevera que uma lei não pode conservar indefinidamente o sentido e o alcance que tinha quando foi editada, se tudo vai mudando ao redor dela: os homens, as coisas, o juiz e o legislador mesmo, concluindo que uma nova disposição introduzida no direito legislado pode converter-se, em virtude dos efeitos que a jurisprudência lhe der, em uma fonte de rejuvenescimento para o conjunto do Direito.

Lembra Siches uma série de “inovações substanciais” impostas ao Direito francês a partir das criações jurisprudenciais, a saber:

a) Portalis, artífice do Código Civil de 1804, sustentava verdadeira ojeriza à idéia de que alguém, em vida, pudesse estipular, em prol de terceiro, a percepção de quantia, máxime se o evento futuro fosse a morte do estipulador. Sepultado assim, ao ver do “pai” do Código Napoleônico, o seguro de vida. Apesar dos arreganhos imperiais de Napoleão contra os juízes (acusados de desvirtuação do Código, pela ousadia de interpretá-lo), durante todo o século XIX o seguro de vida foi se convertendo em um contrato bastante acatado, findando o próprio legislador por oferecer regulação adequada ao instituto, tomando por modelo o conjunto de decisões judiciais sobre o tema;

b) muito antes da interferência parlamentar, a jurisprudência foi abundante em julgados de cunho trabalhista. Assim, derivam das decisões judiciais as leis que versam, por exemplo, sobre o direito à indenização por rescisão brusca ou intempestiva do contrato laboral; a impenhorabilidade de salários ou soldos pequenos; bem como a lei sobre os acidentes do trabalho;

c) o Código Civil Francês não previu o desenvolvimento rápido dos valores mobiliários. Daí prever apenas para os casos de alienação de valores imobiliários a necessidade de autorização do Conselho de Família, com a homologação judicial. A jurisprudência estendeu à alienação de valores mobiliários a necessidade de uma autorização partida do Conselho de Família;

d) antes da Lei de 1893, a mulher de um marinheiro desaparecido em um naufrágio estava fadada a uma eterna viuvez, pois não tinha respaldo legal para registrar o óbito do defunto, sendo, também por isso, proibida de

contrair novas núpcias, sob pena de incorrer em crime de bigamia;

e) sem a ação inovadora da jurisprudência, precursora de lei específica, um tio que desposasse uma sobrinha ou um cunhado que casasse com uma cunhada, sempre com autorização judicial, não podiam legitimar a prole, esta havida, *ad aeternum*, como incestuosa;

f) coube à sensibilidade da jurisprudência avançar contra a vedação do Código Civil, que proibia a investigação de paternidade contra os pais que protagonizavam os *falsos lares*, montando base para a definição dos direitos dos filhos concebidos fora do matrimônio;

g) veio também da jurisprudência o remédio que forçou a edição da Lei de 1889, demarcando responsabilidades para os pais ou tutores que conservavam os filhos ou tutelados na ignorância ou na imoralidade;

h) em matéria penal, apesar de estar o juiz afixado ao princípio da legalidade estrita, a interpretação da lei varia de acordo com a consciência ou a mentalidade do juiz. Assim, ainda que a greve fosse havida como crime, as autoridades judiciais e administrativas cederam à incontornável força dos sindicatos e assumiram uma postura de tolerância em relação às greves;

i) não havia na França nem jurisdição administrativa nem Direito Administrativo. O costume criou a primeira e a jurisprudência criou o segundo.

Visto, pois, que a jurisprudência atuou em um século na França, dando força ao Direito como um todo e, por via transversa, ao próprio Código Civil, que Napoleão temia fosse conspurcado pela atuação exegética dos juízes.

Saltando – e muito – no tempo, é bom ser lembrado episódio havido já na última década deste século (mais precisamente em outubro de 1991), que demonstra a força da jurisprudência francesa. Uma empresa de discotecas inventou uma grotesca brincadeira para brindar os jovens frequentadores dos seus clubes: *o lancer de nain*. Isso mesmo: o arremesso de anão! Consistia em transformar um homem de pequena estatura em projétil, a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de espetáculo. Relata Joaquim Barbosa Gomes⁵ que, movido pela repugnância que a

⁵ O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. *Boletim Jurídico TRAVELNET*, 20 jun. 1996, veiculado pela Internet, <<http://www.travelnet.com.br/jurídica>>.

iniciativa provocou,

“o prefeito de uma das cidades (Morsang-sur-Orge) interdito o espetáculo, fazendo valer a sua condição de guardião da ordem pública na órbita municipal. Do ponto de vista legal, o ato de interdição teve como fundamento o Código dos Municípios, norma de âmbito nacional (a França é um país unitário) que disciplina, de forma minuciosa, o exercício da ação administrativa estatal no plano municipal. Nos termos desse Código (art. 131), incumbe ao Prefeito, sob o controle administrativo do representante do poder central na respectiva circunscrição (Préfet), o exercício do poder de polícia no Município, podendo intervir em atividades ou limitar o exercício de direitos sempre que necessário à preservação da ordem pública. (...) Por outro lado, a decisão administrativa do Prefeito se inspirou em uma norma de cunho supranacional, o art. 3º da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. (...) Insatisfeita, a empresa interessada, em litisconsórcio ativo com o deficiente físico em causa, Sr. Wackenheim, ajuizou ação perante o Tribunal Administrativo de Versailles visando a anular o ato do prefeito”.

Diz ainda Barbosa Gomes que em primeira instância,

“os autores obtiveram êxito, já que a corte administrativa (na França, os órgãos jurisdicionais, mesmo em primeira instância, têm em regra a estrutura colegial) julgou procedente o ‘recours pour excès de pouvoir’ por eles ajuizado e anulou o ato do Prefeito, entendendo que o espetáculo objeto da interdição não tinha, por si só, o condão de perturbar a ‘boa ordem, a tranquilidade ou a salubridade públicas’. (...) Mas, ao examinar o caso em grau de recurso, em outubro de 1995, o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, reformou a decisão do Tribunal Administrativo de Versailles, declarando que ‘o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetá-

culo atentatório à dignidade da pessoa humana”.

Retratado, aí, um quadro moderno do prestígio desfrutado pela jurisprudência na França de hoje, inclusive delineando uma perfeita ligação entre o Código dos Municípios e a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

3. O Direito Sumular

Abordado, ainda que superficialmente, o que é jurisprudência e a importância que esta teve num determinado espaço (a França) em delimitada época (o século XIX), é bom que se visite, também aligeiramente, um fruto das decisões pretorianas, que chega a este final de milênio com força indiscutível: o Direito Sumular.

Mas, afinal, o que é Direito Sumular? Ouso dizer que é a elevação da jurisprudência esparsa, mediante o amalgamamento dos julgados, ao patamar de ramo da árvore do Direito. No dizer de José Pereira-Lira⁶, o Direito Sumular tem gênese nacional, que pode ser atribuída ao Ministro Victor Nunes Leal, que, em 1963,

“com os seus companheiros da Comissão de Jurisprudência, no Supremo Tribunal, ousou, com autoridade para isso, dentro dos cancelos, e fora deles, no Pretório Excelso, um corajoso passo à frente, promovendo a ‘criação’ da ‘Súmula’, de nítidas raízes brasileiras, sem cópia do *stare decisis* nem filiação a *the restatement of the Law*”.

Louvado no ornato vernacular “a lei propõe; a jurisprudência compõe”, Pereira-Lira recua no tempo para situar em 1937 o termo inicial da sua própria cruzada pela respeitabilidade da jurisprudência sumulada, dizendo que ali estava acontecendo

“a volta ao ‘empirismo jurídico’, informado nas mais puras fontes do positivismo, com a Escola Analítica de Jurisprudência, sob o comando de John Austin, aproveitando as conclusões do antiescolasticismo e as tendências anti-feudais e humanistas da chamada Escola da Culta Jurisprudência, e a formação tedesca da Escola da Jurisprudência de Interesses, para desembocar na Escola do

⁶ Prefácio ao livro de ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 4. ed. São Paulo : RT, 1989. p. 9.

Direito Livre, animada pelo espírito da livre investigação científica. (...) A Escola Realista Americana, indo além da Escola Sociológica Americana, principalmente com Oliver Wendell Holmes, gerou a convicção de que deve o jurista, antes de tudo, observar o comportamento dos juízes, dos Tribunais e dos cidadãos, para examinar a sua atividade no sentido do que fazem, e não do que deveriam fazer”⁷.

São essas as aligeiradas considerações sobre o que é o Direito Sumular, que vem ganhando prestígio a partir da segurança jurídica que oferece aos seus invocadores e a partir da complexidade do processo legislativo brasileiro. Tem como nascedouro as mais repetidas posições dos pretórios, que julgam as lides em derradeira instância.

4. O *stare decisis*

É inegável que o Judiciário enfrenta uma crise de credibilidade perante a sociedade brasileira, em face do retardamento com que entrega a prestação jurisdicional. As soluções aventadas para rebater o prefalado descrédito partem tanto da própria magistratura como das pessoas destinatárias do serviço institucional. Em uma e em outra searas, não são poucas as vozes que se alevantam pedindo a adoção, entre nós, do primado da força vinculante dos precedentes, de berço consuetudinário e anglo-saxão. Mas, afinal, que doutrina é essa, desejada como panacéia para solver os males (quase crônicos) do Judiciário lerdo?

Consiste o *stare decisis* no prestígio que os julgadores emprestam às decisões anteriores, para destas tomarem um princípio, que norteará o julgamento do caso concreto. É uma homenagem ao estudo que já foi desenvolvido quando analisado caso similar, poupando os novos juízes de uma discussão bizantina, que em regra levaria ao mesmo resultado já apurado outrora pelos tribunais. Explica Edward D. Re, docente da St. John's University, Nova Iorque, USA⁸, que a mencionada doutrina,

“cuja formulação é *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e

não se disturbe o que foi decidido), tem raízes na orientação do *common law* segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro. Na essência, esta orientação indica a probabilidade de que uma causa idêntica ou assemelhada que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira. (...) É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. (...) Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o Juiz, no sistema do *common law*, afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do Juiz para o desenvolvimento e evolução do direito”.

Lamentavelmente, defeitos de comunicação têm feito grassar, entre nós, a idéia – falsa – de que o *stare decisis*, posto que originário de Estados adotantes do *common law*, dispensa a utilização de leis, restando satisfeito única e exclusivamente com o manejo dos precedentes judiciais. Em verdade, é posto em prática todo um ritual de julgamento e de subsunção do caso concreto ao direito aplicado. Explica Edward D. Re⁹ que, manejando um precedente, é dever do jurista determinar a *autoridade* do precedente. Assim, deverá perquirir se ele é *vinculativo* ou meramente *persuasivo*. No primeiro caso, será aplicado e definirá o caso em julgamento. Se, pelo inverso, for somente *persuasivo*, desfia toda uma gama de outros elementos, que, em conjunto, definirão a aplicação e a extensão do precedente.

A mais severa crítica que se faz ao *stare decisis* é pertinente à suposta estagnação que a doutrina impõe à prestação da atividade jurisdicional. Eivam-na de estática ou comodista. Outros atacam a doutrina, apontando-a como

⁷ Ibidem, p. 8.

⁸ *Stare Decisis*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, v. 122, p. 56-57, 1994.

⁹ Ibidem, p. 58.

incrementadora de litígios, já que se constrói a partir das soluções emanadas para dirimir conflitos interpessoais. Estas últimas restrições são rebatidas por Allen, citado por Edward D. Re¹⁰, que, em *Law in the Making*, afirma:

“Nem constitui crítica inteiramente injusta afirmar que os precedentes tendem a fazer com que o desenvolvimento do direito dependa de acidentes do processo litigioso. Pontos importantes podem permanecer obscuros simplesmente porque ninguém se interessou em questioná-los. Um julgamento errôneo pode permanecer e adquirir autoridade imerecida, simplesmente porque a parte sucumbente deixa de recorrer – geralmente pela boa razão de que não pode mais arcar com os ônus do litígio”.

Quanto a ser o *stare decisis* paralisante da evolução do Direito, rebate Edward D. Re:

“A toda evidência a autoridade dos precedentes varia consideravelmente. Num extremo estão os precedentes tidos como vinculativos; noutro, aqueles que se consideram de todo inaplicáveis ao caso em exame. A doutrina do *stare decisis* conseqüentemente não exige obediência cega a decisões passadas. Ela permite que os Tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo. Antes de mais nada é necessário que o Tribunal determine se o princípio deduzido por meio do caso anterior é aplicável. Em seguida, deve decidir em que extensão o princípio será aplicado. Um Tribunal pode preferir estender um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo Justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o Tribunal estreitará ou restringirá o princípio, ou ainda aplicará precedente diverso. Por isso, é preciso assinalar que *stare decisis* não é apenas uma doutrina de estabilidade e uniformidade. Suas restrições e limitações inerentes, bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de decisões anteriores, tornam possível a necessária flexibilidade, indispensável para a mudança e o progresso”.

Máxime em Estados, como o nosso, de

organização tripartite, a adoção do *stare decisis* reclama moderação no prestígio e na valoração das fontes jurídicas que darão base aos julgamentos, evitando a exclusividade cega de qualquer delas.

5. As decisões vinculantes e a independência dos juízes da inferior instância

Na esteira do *stare decisis* (o trocadilho é proposital), tem tomado corpo, conforme alinhiei acima, a idéia de que a adoção da vinculação dos precedentes judiciais, incidentes verticalmente no edifício do Judiciário, da maior à menor instância, resolveria o afogamento imposto ao Poder, notadamente depois do registro do inesperado número de demandas, oriundas da descoberta da cidadania pelo povo brasileiro, após o advento da Constituição de 1988. A vigente Carta Política, se coberta de defeitos fosse, haveria de mostrar pelo menos um ponto positivo: lembrou ao homem brasileiro que ele existe e compõe o Estado, como Nação, não sendo apenas súdito do Rei, mas sócio deste. Pois bem! Descobrimo que pode reclamar do Estado pelas peraltices dos seus gerentes, o homem comum achou de bater às portas do Judiciário reclamando da insuportável e confusa carga tributária; dos desmandos administrativos, notadamente na área de pessoal; da incorreção dos cálculos dos proventos previdenciários etc. E, com frequência considerável, esse chamado aconteceu junto ao juízo singular, na inferior instância. Foi nesta que foram proferidas as primeiras decisões mandando o INSS igualar os ganhos dos rurículas aposentados aos dos trabalhadores da ativa (CF, art. 201, § 5º) e dela saíram as primeiras decisões liminares ordenando o desbloqueio dos cruzados retidos quando da edição do Plano Collor (1990), apenas por exemplos.

O alentado volume de ações aforadas em muito pouco tempo assoberbou de serviço o Poder Judiciário, que padece de sério, muito sério mesmo, estrangulamento. A situação é insuportável. Os magistrados reclamam, os advogados lamentam e o povo grita. Urge uma solução. E a que se apresenta como mais viável é a da força vinculante dos precedentes ou súmula vinculante.

O instituto que se comenta (a súmula vinculante) é capaz de despertar paixões e ódios, que balizam, em lados opostos, posições equidistantes e equilibradas, bem possíveis de

¹⁰ *Ibidem*, p. 60.

encontrar aí uma saída para o congestionamento das instâncias forenses, ainda que conjunturalmente.

Tentaremos alinhar aqui alguns argumentos contrários à adoção da súmula vinculante.

5.1. Respeitáveis argumentos contrários à súmula vinculante

Diz-se que os limites do exercício da função jurisdicional são a lei e a consciência jurídica, devendo esta última ser o norte do magistrado, que, no seu labor, deve extrair o sentido da lei, por meio da interpretação. Não deve o juiz, portanto, renunciar a essa atividade conciliatória da sua consciência jurídica com o objetivo da lei em nome da celeridade da prestação jurisdicional, pois esta não é o único nem o maior valor a ser considerado em matéria judicial. Afinal, o aforismo “justiça que tarda não é justiça” é evado de relativismo, pois é preferível que o jurisdicionado obtenha o proveito desejado, ainda que demorado.

É afirmado, outrossim, que, em um sistema tripartite de poderes como o nosso, configura ignomínia o Judiciário desprezar a produção legislativa para firmar-se em princípios por ele próprio construídos. A legitimidade da atividade judicante promana da vinculação do Poder Judiciário às leis e à Constituição. No instante em que o juiz estiver vinculado às normas elaboradas pelo seu próprio Poder, desaparecerá a sua legitimação democrática legal-representativa, restando fraturado o princípio da harmonia e da autonomia entre os poderes estatais, porque um estaria subtraindo a competência do outro, para enfeixá-la em poucas mãos (as da cúpula).

Para Urbano Ruiz, Presidente da Associação Juízes Para a Democracia, “a criação do efeito vinculante impediria que o juiz decidisse livremente”¹¹, no que é criticado por Antonio Celso Aguilar Cortez, também integrante dessa associação, que afirma:

“Dizer, por outro lado, que a proposta põe em risco a liberdade de decidir dos juízes é uma redução simplista da questão. Importante é observar que, normalmente, a evolução da jurisprudência, sua sintonização com a expectativa da sociedade, não acontece de cima para baixo, mas sim de baixo para cima.

¹¹ Justiça poderia evitar 90% dos processos. *Gazeta Mercantil*, 12 fev. 1997.

Muito mais do que os tribunais ‘inferiores’ ou ‘superiores’, os juízes de primeiro grau ‘sentem’ os problemas vivos no contato direto e pessoal com as partes e os advogados”¹².

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, também critica o rumo que se vem traçando para a solução do problema:

“Propõe-se a adoção de súmula vinculante na reforma do Judiciário, ressuscitando os Assentos das Casas de Suplicação, considerados inconstitucionais pelo STF desde a fundação da República. Como pontificava Ruy Barbosa – lembrado por Evandro Lins e Silva em artigo publicado no *Jornal do Brasil* de 16 de setembro –, na defesa (em 1895) do juiz de Direito do Rio Grande do Sul Alcides de Mendonça Lima, que, por considerá-la inconstitucional, negou aplicação a uma lei estadual que abolira características essenciais à instituição do júri e acabou processado em seu próprio Tribunal (que firmou posição contrária acerca do tema) por crime de prevaricação e condenado à pena de nove meses de suspensão, tal entendimento criava o *crime de hermenêutica*”¹³.

Também rebelde quanto à súmula vinculante, bradou o Desembargador João Alberto Medeiros Fernandes, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“O direito do cidadão de ver o seu caso concreto examinado pelo seu advogado e pelo seu juiz é inalienável, decorre de princípio constitucional, mas jamais de aplicações de decisões preconcebidas, também chamadas de *stare decisis*. (...) Criada a referida súmula de aplicação obrigatória, é possível fechar os escritórios de advocacia, as comarcas, calar a Ordem dos Advogados do Brasil e aposentar juízes, mas é certo que, antes, o cidadão morrerá de injustiça. A súmula vinculante é uma maneira de oprimir o povo porque ele não tem consultoria jurídica em Brasília, nem força econô-

¹² Súmulas dogmáticas e interesse público. *O Estado de São Paulo*. 17 fev. 1997.

¹³ Uma questão de incompatibilidade de gênios. AMAERJ : home page, (<http://www.nutecnet.com.br/amaerj>). 13 fev. 1997.

mica para contratar os maiores juristas do país, ao passo que o governo, os bancos e as multinacionais, pelos caminhos certos, estabelecerão a imutabilidade futura das decisões que lhes favoreçam”¹⁴.

Incontáveis outras abordagens, contrárias à súmula vinculante, poderiam ser colacionadas neste ensaio. Existem a mancheias, não raro brilhantemente defendidas. Mas os exemplos acima são significativos da recusa do instituto em apreciação.

6. Razões pelas quais acredito na eficiência das decisões vinculantes

Longe de mim ditar a última palavra sobre assunto tão polêmico. Longe de mim, também, a idéia de ficar omissos em face de questão tão crucial para todos os partícipes da cena jurídica. Daí a ousadia de listar alguns argumentos, derivados das observações que tenho empreendido sobre a matéria, visando unicamente estimular a busca de soluções para o caos em que está mergulhada a atividade jurisdicional.

Penso que o primeiro passo a ser empreendido por quem realmente deseja reverter o galopante necrosamento do Judiciário é despir-se de vaidades e de pruridos que, se afagam o ego, “afogam” a ação profissional e institucional (com perdão pelo trocadilho proposital). Basta a elevação do pensamento para os sítios do bem comum para que sejam esquecidos ciúmes e receios que são diminutos, se comparados ao tamanho da crise ora analisada.

Não acho que a adoção do precedente vinculante seja uma invasão tão periculosa assim aos domínios do Poder Legislativo. Nos Países do *Common Law*, conforme é sabido, o costume judicial dá a tônica da prestação jurisdicional e nem por isso o Poder Legislativo é diminuído. O exemplo da Inglaterra é irrespondível.

Mas, considerando que o modelo de tripartição dos poderes não conta ainda três séculos (o que é muito pouco, em termos de história da humanidade), haveria algum mal terrível que fosse essa divisão repensada? Lembro agora as palavras de Walter Ceneviva, convocando os operadores jurídicos para a reversão dos problemas enfrentados neste passar de milênio: “A curto prazo não há luz no fim do

túnel, mas as más conseqüências serão contornáveis se os operadores do direito compreenderem a conveniência da sua união para o enfrentamento das grandes teses. A tripartição dos poderes deve ser repensada. Estamos precisando de um novo Montesquieu no caminho de uma nova Ágora, na qual todos os cidadãos possam manifestar-se sobre os destinos da cidade. A Internet nos mostra que isso será tecnicamente possível em breve prazo”¹⁵.

Volvendo ao cerne do questionamento ora posto, reitero não temer pela minha independência de juiz em face da vinculação das decisões superiores sumuladas. O modelo defendido pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB é marcado pela moderação naturalmente esperada de um ente representativo do pensamento dos juizes do Brasil. Assim, acolhendo a posição do Deputado Jairo Carneiro, relator do substitutivo da reforma constitucional pertinente, defende a AMB que

“a edição da súmula vinculante somente será dada pelo voto de 3/5 dos membros do STF e Tribunais Superiores, *após reiteradas decisões* sobre a validade, a interpretação e eficácia de *normas ou matérias específicas e 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*, sujeitas, ainda, ao controle de constitucionalidade”,

conforme reporta Antonio Fernando Guimarães¹⁶. Visto está, portanto, que a necessidade da ocorrência de repetidas decisões sobre a validade, a interpretação e a eficácia de certas normas ou de matérias especificadas afasta por todo o “fantasma” da indébita invasão legislativa, dita perpetrável pelo Judiciário. Consolidar julgados reiteradamente discutidos pelo órgão ápice do Poder Judiciário não pode ser confundido com atividade legislativa anômala...

Outro ponto que foi bem acolhido pela AMB, por meio do seu Conselho Executivo e do seu Conselho de Representantes, diz respeito à alteração ou revisão das súmulas vinculantes.

¹⁵ Operadores do Direito. *Coluna Letras Jurídicas. Folha de São Paulo*. 7 dez. 1996.

¹⁶ A AMB e a súmula vinculante. *Jornal do Magistrado*. ano 7, n. 39, p. 12, dez. 1996.

¹⁴ A ditadura está chegando à Justiça. *Jornal do Comércio*. Porto Alegre, 31 out. 1996.

Pelo substitutivo Jairo Carneiro, será franqueada aos tribunais inferiores, ao Ministério Público da União ou dos Estados, à União, aos Estados ou ao Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e à Associação dos Magistrados Brasileiros a proposta de alteração ou de cancelamento da súmula editada.

Ainda conforme o substitutivo acima mencionado, a força vinculante da súmula está demonstrada pela possibilidade da oposição de reclamação, dirigida ao poder editante, quando a mesma não for aplicada por juízo inferior ou for desrespeitada por ente administrativo. Uma vez acatada a reclamação, será anulado o ato administrativo ou cassada a decisão judicial. Ainda que a reclamação não configure, em senso estrito, um recurso, decerto será um meio de veras hábil a inibir o poder público de procrastinar feitos judiciais ou providências administrativas em descompasso com a interpretação sumulada.

Por último, o mais polêmico dos temas: não adotando o juízo inferior o regramento passado pela súmula vinculante, estará o magistrado cometendo infração penal?

A elevada missão de distribuir justiça, ao instante em que o juiz é o próprio Estado, posto que integrante de um dos Poderes deste, não compadece ameaças ou ralhamentos prévios, ainda que editados no corpo da Constituição. Pela magnitude da atividade judicante e pela respeitabilidade que os juízes devem ostentar perante os jurisdicionados, acho perfeitamente desprezível a inserção, no texto legal, de ameaças de prisão ou de outras sanções negativas para os casos concretos de desatenção às súmulas vinculantes. Entretanto, não posso olvidar que o juiz, como servidor público *lato sensu* que é, está exposto ao cometimento de

crimes contra a administração pública, máxime o de prevaricação. Assim, quando um juiz de inferior instância recebe um julgado do tribunal que lhe é superior e deixa de a ele dar cumprimento ao argumento de que, por exemplo, “não concorda com a posição doutrinária desposada pela corte”, estará agindo criminosamente, imbuído por sentimento pessoal (CP, art. 319). Acho que quanto a isso não há dúvida.

De igual modo, tendo o Supremo Tribunal Federal sumulado um conjunto de decisões e ordenado que os juízos inferiores a eles rendam obediência, nada mais estará fazendo do que aquilo que faria, de forma fracionada, nos processos *a, b, c...* E por qual razão o magistrado da instância inferior cumpre uma decisão *isolada*, sem opor discussões, e terá receios de cumprir um *conjunto sumulado de decisões*? Será que a mentalidade da magistratura brasileira ainda está sediada na época em que a reforma de uma sentença consistia num aviltamento ao trabalho do juiz singular? E, se sabido que o juiz pode perfeitamente ser sujeito ativo do crime de prevaricação, previsto há mais de meio século no Código Penal, por que haveria de recusar a possibilidade de ser também sujeito ativo de semelhante prática delituosa em um novo diploma legal?

7. Concluindo

Na atual conjuntura experimentada pelo Poder Judiciário do Brasil, a edição da súmula vinculante constitui sério instrumento para imprimir maior velocidade e melhor racionalização na atividade jurisdicional, sem que isso macule a independência e a capacidade criativa dos juízes subordinados aos tribunais editores, principalmente se forem adotados mecanismos de revisão ágeis e democráticos.

A estabilidade no serviço público em face da proposta do governo "FHC" de "flexibilizá-la"

ERASTO VILLA-VERDE FILHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceituação. 3. A teleologia da estabilidade. 4. A estabilidade no direito comparado territorial. 5. A estabilidade no direito comparado temporal. 6. A estabilidade e os "empregados públicos". 7. A estabilidade é no "serviço", não no "cargo público". 8. O princípio do informalismo do processo administrativo. 9. Classificação dos servidores públicos quanto à garantia de permanência no serviço público. 10. Demissões em razão de excesso de pessoal. 11. Instrumentos de disciplina administrativa. 12. Conclusão.

1. Introdução

A partir da divulgação da vontade do atual Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, de apresentar proposta de emenda constitucional no sentido de "flexibilizar" a estabilidade no serviço público, o tema passou a ser objeto de discussão em âmbito nacional.

A polêmica já grassava pelo País afora quando veio a público a posição oficial do Governo Federal. O Ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, publicou, no jornal *Correio Braziliense*, em 26 de janeiro de 1995, página 13, sob o título *Flexibilidade sem medo*, artigo onde sustenta que "a estabilidade rígida e generalizada, prevista na Constituição de 1988, é um obstáculo fundamental à reforma do Estado e à consolidação do Plano Real", formulando, então, a controvertida proposta de alterar o instituto.

Na página 2 do suplemento semanal *Direito & Justiça* do mesmo jornal *Correio Braziliense*, no dia 6 de fevereiro de 1995, foi publicado artigo da lavra do editor Josemar Dantas, sob o título *Equívocos ameaçam a estabilidade*, em

Erasto Villa-Verde Filho é Advogado em Brasília, Procurador do Banco Central do Brasil e Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB.

que o articulista defende a estabilidade, chama de “pueris” os argumentos do Governo que lhe são contrários e argumenta que “só por meio dela será possível ao funcionalismo opor-se à prática de atos lesivos ao interesse público e ao assalto da corrupção”.

Foi apresentada então a Proposta de Emenda Constitucional nº 173/95, que modifica o Capítulo da Administração Pública. Segundo a professora Cármen Lúcia Antunes Rocha, a proposta “tem como fundamento uma visão weberiana e econômica do fenômeno estatal sobre o qual se cuida. Despolitiza e desjurifica o Estado, que não é reconhecido como ente político constituído pelo Direito e dinamizado segundo ele, e busca-se uma perigosa neutralização, inclusive ética, da Administração Pública”, conforme parecer aprovado pela Ordem dos Advogados do Brasil (*Revista da OAB*, a. 26, n. 62, p. 195).

Mais recentemente, Wellington Cabral Saraiva, também em artigo publicado no suplemento *Direito & Justiça do Correio Brasileiro* (maio, 1997. p. 6), afirma que “é lamentável má-fé ou perigosa ignorância rotular a estabilidade como a causa dos males (que não são poucos) do serviço público brasileiro”.

Diante desse intenso debate que se estabeleceu sobre o tema, o momento é propício ao estudo da estabilidade no serviço público, sendo essa a proposta do presente trabalho.

2. Conceituação

a) Estabilidade

O instituto da estabilidade no serviço público está insculpido no art. 41 da Constituição da República, que assim dispõe, *verbis*:

“Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.”

Não há significativas discrepâncias a respeito da definição de estabilidade, nem na doutrina, nem na jurisprudência, mesmo porque o conceito exsurge do próprio art. 41 da Constituição da República: *é a garantia constitucional que tem o servidor público concursado, ocupante de cargo efetivo e aprovado no estágio probatório, de não ser demitido salvo em virtude de sentença judicial irrecurável ou processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.*

b) Requisitos da estabilidade

A mesma observação é válida no que se refere aos requisitos da estabilidade, que também são estabelecidos pelo referido art. 41, não havendo nenhuma controvérsia sobre o assunto. São eles: *concurso público, cargo efetivo e estágio probatório*, conforme relação de Diógenes Gasparini (1993, p. 160).

c) Vitaliciedade

Em Direito Administrativo, é também quiescente a distinção entre *estabilidade* e *vitaliciedade*. Essa última não é atribuída aos servidores públicos civis, mas somente a alguns agentes públicos, a quem é conferida tal garantia em razão da necessidade de maior proteção do que a simples estabilidade para o desempenho de suas atribuições, como é o caso dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

As diferenças e semelhanças entre os institutos da *estabilidade* e da *vitaliciedade* foram muito bem arroladas por Pinto Ferreira (1990), na seguinte passagem:

“Deve-se também distinguir nitidamente entre estabilidade e vitaliciedade, da seguinte maneira: a) ambas são garantias constitucionais (CF de 1988, arts. 41 e 95, I); b) a estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público, enquanto a vitaliciedade é a garantia de permanência no serviço e no cargo público; c) a demissão do servidor público estável somente pode ocorrer por sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo (CF de 1988, art. 41), mas o servidor vitalício só pode ser demitido em virtude de sentença ju-

dicial transitada em julgado (CF de 1988, art. 95, I); d) a estabilidade é adquirida depois de um biênio de efetivo exercício para os servidores nomeados em virtude de concurso público (CF de 1988, art. 41), enquanto a vitaliciedade é adquirida pelos magistrados, no primeiro grau, após dois anos de exercício (CF de 1988, art. 95, I). Os agentes nomeados para os tribunais adquirem vitaliciedade desde a posse (LOMN, art. 22, I); e) a estabilidade não ampara o servidor público contra a extinção do cargo (Súmula 23 do STF), enquanto a extinção do cargo por servidor público não-estável admite a exoneração (RT, 36:465 e 86:543). Em se tratando de servidor público estável, extinto o cargo ele será posto em disponibilidade remunerada, até seu aproveitamento em outro cargo (CF de 1988, art. 41, § 3º; RTJ, 33:493). A vitaliciedade também não impede a extinção do cargo (Súmula 11 do STF).” (p. 420-421)

d) Efetividade

É necessário também distinguir *efetividade* de *estabilidade*. A respeito disso, há certa querela doutrinária: Hely Lopes Meirelles (1993, p. 382) afirma que a efetividade constitui pressuposto da estabilidade; enquanto Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 272), por sua vez, já não identifica a efetividade como requisito da estabilidade.

Assiste razão a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Com efeito, efetividade é característica da nomeação, pois pode haver, no serviço público, nomeação em comissão, em caráter vitalício, ou em caráter efetivo. Vê-se, portanto, que o funcionário aprovado em concurso público e nomeado para cargo de provimento efetivo passa, logo depois de empossado, a ter efetividade, sem ter estabilidade. Estabilidade, diferentemente, é o direito que adquire o servidor nomeado por concurso após dois anos de efetivo exercício.

Ademais, o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assegurou aos servidores públicos com cinco anos de exercício na data da promulgação da Constituição *estabilidade*, sem lhes assegurar *efetividade*, que só seria adquirida após o concurso público a que se refere o § 1º do referido dispositivo do ADCT, donde se conclui que esta não é necessariamente pressuposto daquela.

O Supremo Tribunal Federal, ainda na vi-

gência da Constituição anterior, já entendia que estabilidade não implica efetividade, como se pode deduzir do seguinte acórdão relatado pelo Ministro Antônio Neder:

“O art. 177, § 2º, da Constituição de 1967 conferiu apenas o direito à estabilidade no serviço público, e não no cargo que, por força da legislação ordinária, fosse ocupado pelo funcionário. A citada regra outorgou direito à estabilidade e não à promoção.” (apud Dallari, 1990, p. 89).

e) Estágio probatório

Sendo o *estágio probatório* um dos requisitos da estabilidade, além do concurso público e do cargo efetivo, é preciso definir o instituto e conhecer sua finalidade:

“Estágio probatório é o período de exercício do funcionário durante o qual é observada e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência etc.)” (Meirelles, 1993, p. 383).

Em essência, essa é também a definição adotada por Diógenes Gasparini (1993, p. 161).

O funcionário em estágio probatório – que, portanto, ainda não adquiriu estabilidade – pode ser *demitido* (mediante processo administrativo ou judicial em que seja apurada falta disciplinar capaz de ensejar pena de demissão) e também *exonerado* (sendo considerado incapaz para o exercício do cargo). A segunda hipótese, entretanto, não dispensa ato devidamente motivado e procedimento administrativo, ainda que simplificado, em que seja apurada a inaptidão do servidor, como acentua Hely Lopes Meirelles (1993, p. 383), respaldado na Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal:

“Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

Releva considerar também que o Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula nº 22, entende que “o estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo”.

f) Disponibilidade

Disponibilidade, direito assegurado ao servidor estável pelo citado § 3º do art. 41 da Cons-

tuição de 1988, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (1994):

“é a colocação do servidor titular de cargo em inatividade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. Este é um direito que a Constituição confere ao servidor público civil estável, caso seu cargo venha a ser extinto ou declarado desnecessário (§ 3º do art. 41) ou ainda quando, em virtude de reintegração de outrem, seja desalojado do cargo que ocupava sem ter um cargo de origem para regressar a ele (art. 43, § 2º, precitado)” (p. 139).

Importa ressaltar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que a remuneração do servidor em disponibilidade deve ser integral, declarando a inconstitucionalidade do Decreto nº 99.300/90, que fixava os vencimentos de servidores em disponibilidade proporcionalmente ao tempo de serviço, conforme acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 313/DF (RTJ, n. 137, p. 984).

3. A teleologia da estabilidade

Para explicar a estabilidade no serviço público do ponto de vista teleológico, i.é, perscrutando os fins a que se destina, é preciso retroceder no tempo, até os primórdios do instituto.

Marcelo Caetano (1977, p. 361) recorda que, nas velhas monarquias européias, não se distinguiram os órgãos da Administração e os da Justiça. Todos recebiam a sua autoridade do Soberano, o Rei, que em si concentrava a plenitude do Poder. Somente a partir do constitucionalismo liberal é que foi feita a distinção nítida entre os órgãos judiciários e administrativos, assegurando-se a independência dos juízes.

Segundo o ilustre juspublicista português, com o liberalismo, os órgãos administrativos ficaram muito ligados à política, e os seus agentes eram recrutados entre os indivíduos com serviços prestados ao partido que ocupava o governo e que usava as funções públicas como moeda de aquisição de apaniguados ou de pagamento de favores.

Resultado disso era a precariedade da situação dos funcionários, pois a modificação de governo podia pôr em causa a sua permanência nos cargos. Tal ligação da função pública à política chegou ao seu apogeu nos Estados

Unidos do século XIX, onde o partido vitorioso expulsava os adversários do serviço público, para assegurar vagas aos seus amigos e apaniguados. De acordo com Marcelo Caetano (1977), “era o *spoil system* – as funções públicas constituíam os despojos da batalha eleitoral que, por direito, pertenciam à facção vitoriosa” (p. 362).

Naquele período da história estadunidense, a função pública era considerada um emprego como outro qualquer. Em face da extrema flexibilidade social então existente, com muitas oportunidades de ocupação e iniciativa, que permitia aos cidadãos frequentemente mudarem de atividade, a função pública não constituía profissão nem implicava carreira.

Na Europa, todavia, a mentalidade era diferente. Nas monarquias absolutistas, conquanto, em regra, tudo girava em torno da vontade do soberano, havia certa “tradição de devoção à função pública e de estabilidade dos servidores nos cargos” (Ibidem.).

Essa tradição de certa forma perdurou nos novos regimes liberais, donde surgiu a aspiração de estabilidade daqueles que exerciam as funções públicas e a tendência para a profissionalização dos funcionários.

É nesse contexto histórico que se deve vislumbrar o surgimento da estabilidade, como narra Marcelo Caetano (1977):

“Efetivamente, à medida que se multiplicavam os serviços públicos, a experiência não tardou a demonstrar aos políticos que a máquina do Estado tinha de funcionar com regularidade e continuidade através das vicissitudes das vitórias partidárias e das mudanças governamentais” (p. 363).

Eis a razão de ser do instituto da estabilidade do servidor público, que passou a ser universalmente consagrado. Ninguém duvida da necessidade de conceder ao servidor certa garantia de permanência no serviço público. Mesmo quem defende a alteração da estabilidade reconhece que ela é necessária, seja para que o servidor permaneça alheio a perniciosas injunções políticas, seja para evitar solução de continuidade no serviço público:

“A estabilidade é necessária na medida em que defende o Estado e seus funcionários contra os poderosos e os corporativistas” (Pereira, B. 1995).

“Claro está que o Estado precisa contar com um quadro de servidores está-

veis, imunes aos humores e interesses dos políticos episódicos, levando-se em conta a necessária continuidade na execução dos serviços, planos administrativos, política econômica, moralidade e eficiência, que somente podem ser assegurados pela estabilidade da máquina burocrática” (Ramos, S.1995).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990) explica a finalidade do instituto em exame, na seguinte lição:

“O poder de demitir deve ser estritamente regulado, na medida em que se desejar a constituição de um corpo administrativo estável, isento, no máximo, de influências políticas. Do contrário, é de se temer a implantação do *spoils system*, a alternância dos partidos no poder significando o afastamento em massa de servidores para a admissão de outros que, filiados aos triunfantes, com eles partilhem dos despojos...” (p. 272).

Com base em tais fundamentos, não há negar que a estabilidade existe muito mais em benefício da sociedade e do Estado que em proveito do próprio servidor estável, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (1994):

“Tal regime, atributivo de proteções peculiares aos providos em cargo público, almeja, para benefício de uma ação impessoal do Estado – o que é uma garantia para todos os administrados –, ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão-só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público, embargando, dessarte, o perigo de que, por falta de segurança, os agentes administrativos possam ser manejados pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais, sectários ou político-partidários. *A estabilidade para os concursados, após dois anos de exercício, a reintegração (...), consistem em benefícios outorgados aos servidores, mas não para regalo destes, e sim para propiciar, em favor do interesse público e dos administrados, uma atuação impessoal do Poder Público*” (p. 142 – destacou-se).

Em suma, teleologicamente considerada, a estabilidade é a garantia que, ao mesmo tempo em que estimula o profissionalismo dentro do serviço público, proporciona independência

funcional, colocando o servidor a salvo de eventuais pressões ou perseguições, de modo a poder atuar tecnicamente orientado para finalidades públicas e não em proveito de interesses partidários ou pessoais dos detentores ocasionais do poder.

4. A estabilidade no direito comparado territorial

A estabilidade do servidor público não é criação do direito brasileiro. Ao contrário, trata-se de garantia de há muito assegurada aos funcionários públicos de diversos países.

Em 1917, Araujo Castro já dizia que “em toda a parte ha grande tendência para garantir certa estabilidade aos funcionarios publicos” (p. 127), tendência por ele denominada *Movimento em favor da estabilidade do funcionario*. Referido autor informava que a estabilidade do funcionalismo já era assegurada na Espanha, na Alemanha, na Itália, na Bélgica.

Na França, Duguit, como anota Araujo Castro (1917, p.129), também defendia com veemência a estabilidade, demonstrando a grande vantagem que o instituto traria para o próprio Estado.

O mesmo Araujo Castro conta ainda que os funcionários públicos já gozavam de estabilidade na Inglaterra (onde não se admitia a hipótese de que um bom funcionário pudesse ser arbitrariamente destituído do seu cargo), na Suíça (onde, embora não fosse assegurada vitaliciedade nem mesmo a seus juizes, a tradição impedia que alguém fosse dispensado sem justa causa) e na Argentina (onde o poder discricionário em matéria de exonerações já era julgado inconveniente aos interesses do Estado).

Na América Latina, em 1916, o Congresso Sul-Americano de Ciências Sociais de Tucuman chegara à seguinte conclusão: “Em matéria de administração geral, é indispensável, para assegurar a regularidade da função pública, a existência de preceitos legais que se assemem na estabilidade dos funcionários” (apud CAVALCANTI, Themistocles Brandão. 1958, p. 405).

Atualmente, a estabilidade do funcionalismo continua a ser contraditória no direito comparado territorial, sendo que, em certos países, a garantia é ainda maior do que a vigente no Brasil, como afirma Josemar Dantas (1995):

“As nações mais desenvolvidas do mundo, entre as quais a Alemanha e a

Itália, adotam o regime da estabilidade em extensão bem mais abrangente do que no Brasil. Até mesmo os postos políticos logo abaixo do ministro são ocupados por servidores estáveis. Tal critério explica por que as crises políticas nos países que praticam a estabilidade jamais se convertem em crises institucionais ou interrompem o funcionamento pleno da máquina administrativa”.

Em Portugal, é assegurado ao funcionalismo público o “direito à titularidade do lugar”, assim definido pela doutrina daquela nação irmã:

“Por direito à titularidade do lugar entendemos o direito à ocupação do mesmo ou à sua cativação, não podendo o titular respectivo ser dele destituído a não ser através de pena expulsiva de natureza disciplinar ou criminal” (Alfaia, J. 1985, p. 477).

Como se pode observar, o direito do funcionário de permanecer no cargo, em Portugal, é semelhante ao vigente no Brasil. Com efeito, lá e aqui, a estabilidade não é assegurada a todos indistintamente, mas apenas a determinadas categorias de agentes públicos que preencham os requisitos necessários à sua aquisição (Ibidem, p. 387).

Na Venezuela, os funcionários públicos podem ser “de carrera o de libre nombramiento y remoción”, sendo a estabilidade assegurada aos primeiros nos termos do art. 17 da *Ley de Carrera Administrativa*, *verbis*:

“Artículo 17 – Los funcionarios de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por los motivos contemplados en la presente Ley” (*Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, Caracas, n. 10/12, p.43, oct./dic. 1976.)

Contudo, os funcionários públicos venezuelanos, mediante indenização, podem ser exonerados por outros motivos além de falta disciplinar, conforme o art. 26 do citado diploma legal.

“Artículo 26 - Los funcionarios de carrera tendrán derecho a percibir como indemnización al renunciar, o ser retirados de sus cargos conforme a lo previsto en el artículo 52 de esta Ley, las prestaciones sociales que pudieren corresponderle conforme a la Ley del Tra-

bajo o según la Ley respectiva, si esta última le fuere más favorable” (idem).

O mesmo ocorre na França, onde os funcionários podem ser afastados do serviço público na hipótese de redução de quadros, mediante o pagamento de indenização. Cumpre salientar, todavia, que isso só é possível mediante lei:

“Quant au licenciement pour d’autres causes, et notamment pour cause de suppression d’emploi, il ne peut, depuis 1946, pour la fonction publique d’Etat, résulter que d’une loi spéciale, dite de ‘dégagement des cadres’, qui organisera le reclassement ou l’indemnisation des intéressés (loi du 11 janvier 1984, art. 69)” (Chapus, R. 1987, p. 193).

Segundo o Ministro da Administração, que a qualifica de “rígida” e “inflexível”, a estabilidade, nos termos atualmente postos na Constituição, seria uma “segurança absoluta” do servidor público, que teria “seu emprego protegido de forma absoluta, monopolista”, motivo pelo qual propõe uma nova concepção de estabilidade, que julga “sensata, razoável”.

Ao contrário do que alega o ministro, entretanto, a estabilidade no Brasil não pode ser chamada de rígida, quando comparada com a garantia de permanência no serviço público existente em outros países. Conforme o acima exposto, a estabilidade não existe somente no Brasil: há muito tempo que os funcionários públicos dos países civilizados gozam de tal garantia. O ordenamento jurídico brasileiro não difere muito de outros ordenamentos alienígenas ao garantir ao servidor público proteção contra demissões arbitrárias.

5. A estabilidade no direito comparado temporal

Pesquisando as origens históricas do instituto da estabilidade no Brasil, evidencia-se que, assim como não constitui criação do direito brasileiro, também não se trata de novidade no ordenamento jurídico pátrio.

Desde o império, já havia algumas normas esparsas que asseguravam a determinadas classes de funcionários certas garantias de permanência no serviço público. Araujo Castro (1917, p. 132), no início do século, recordava que “antes da Republica, já diversos regulamentos consignavam disposições assecuratorias da permanencia do funcionario”, citando como exem-

plo o art. 190 do Decreto nº 9.912 A, de 26 de março de 1888.

Viveiros de Castro (1914, p. 572) ressaltava a importância da estabilidade, explicando que os tratadistas de então colocavam em primeiro lugar, entre os direitos dos funcionários públicos, o de exercer o cargo de uma maneira regular e estável, podendo o seu exercício ser garantido por uma ação judicial ou administrativa, no caso de demissão arbitrária.

Entretanto, era princípio assente no Brasil, conforme Viveiros de Castro (1914, p. 573), que todos os funcionários públicos que não gozavam de *vitaliciedade*, em virtude de expressa disposição de lei, eram demissíveis *ad nutum*, fossem quais fossem as condições estabelecidas para a nomeação, e qualquer que fosse o tempo de exercício.

De fato, durante algum tempo, o Supremo Tribunal Federal sustentou que a garantia de permanência no emprego só caberia aos vitalícios, como consta da jurisprudência colacionada por Araujo Castro (1917):

“A demissão dos empregados não vitalícios não offende direito algum, mas apenas simples interesse do demitido. (Acórdão de 23 de agosto de 1899)” (p. 65).

Essa orientação passou a ser considerada muito radical pela opinião dominante na época. Viveiros de Castro (1914), embora reconhecendo o direito do governo de demitir o funcionário não-vitalício, assinalava que “a própria conveniência do serviço público exige que esse direito de demissão não seja arbitrariamente exercido” (p. 575).

Nesse mesmo sentido, Rui Barbosa sustentava que:

“Por via de regra, o poder que livremente nomeia livremente demitte. Mas esse arbitrio póde soffrer restricções e as soffre. Esse poder se restringe, em primeiro lugar, si á função está collado por lei o privilegio da vitaliciedade. Restringe-se esse poder, em segundo lugar, si a nomeação estipúla, como clausula a ella inherente, um prazo legal ou convencional de serviço. Em terceiro lugar, ainda se restringe, si a lei estabelece os casos de exoneração, como na especie fez, presumendo que o funcionario tem direito a ser mantido emquanto bem servir” (*Demissão de curador de orphãos*, p. 21, apud CASTRO, Araujo. 1917, p. 66).

Seguindo esse novo rumo, o Supremo Tri-

bunal Federal passou a coarctar o livre arbítrio do governo na demissão de funcionários, sendo dignos de nota os dois seguintes acórdãos, datados de 1913, de relevante valor histórico e jurídico, *verbis*:

“A demissão do funcionario publico só póde ser dada com observancia da lei reguladora do caso, sendo nullo o acto do governo que a dá sem motivo e sem essa observancia, ficando o funcionario demittido com direito a todas as vantagens do cargo (...). Supremo Tribunal Federal, 30 de Janeiro de 1913. (Relator: Ministro Canuto Saraiva)”.

“(…) Temos, portanto, uma modalidade jurídica que está entre a vitaliciedade e a demissibilidade *ad nutum*. Esta, se é necessária, em se tratando de cargos de exclusiva confiança do Poder Executivo, como, por exemplo, os de comandantes de forças de terra, ou de mar, de chefe, delegado e sub-delegado de policia, só póde ser nociva quando applicada a cargos que devem estar ao abrigo das mutações politicas. Foi esta provavelmente a consideração que dictou o art. 33º do dec. nº 4:059. Nomeados e demittidos ao sabor dos interesses de paixões politicas, os collectores não podem ser os homens probos e cumpridores e zelosos dos seus deveres, que mister que sejam; (...). Supremo Tribunal Federal, 23 de Abril de 1913. – Pedro Lessa, relator.” (apud CASTRO Viveiros de. 1914, p. 576/585).

Firmou-se, então, essa nova orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Viveiros de Castro (1914, p. 585), concordando com essa mudança da jurisprudência, dizia que ela estava de inteiro acordo com o princípio assente no estrangeiro (França, Suíça, Império Alemão, Itália e alhures).

Por fim, Viveiros de Castro preconizava para o estatuto dos funcionários públicos, então em processo de elaboração, o estabelecimento de disposição que lhes assegurasse o direito à estabilidade (1914, p. 588).

Até então, algumas legislações dispersas asseguravam estabilidade a certas categorias, como, por exemplo, os empregados do Tesouro Nacional, estáveis por força do art. 24 da Lei nº 2.083, de 20 de julho de 1909. Foi durante a vigência dessa legislação, que assegurava o direito à estabilidade de maneira espar-

sa, que Rui Barbosa fez a seguinte observação:

“Entre a vitaliciedade e a exonerabilidade *ad nutum* medeia, por tôda a parte, a situação dos funcionários, que, não sendo arbitrariamente nem exoneráveis, nem também vitalícios, podem sofrer destituição, mas só nas emergências, debaixo das condições, ou mediante as formas na lei previstas e capituladas” (Comentários à Constituição Federal Brasileira, v. 3, p. 235-6, apud TÁCITO, Caio, *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Borsoi, v. 21, p. 9-10: verbete “Estabilidade”.

A preconização de Viveiros de Castro, Rui Barbosa e de outros importantes juristas de então, no sentido de que fosse assegurada, mediante preceito de caráter geral, a estabilidade a todos os funcionários públicos, logo viria a surtir efeito. Em 5 de janeiro de 1915, foi promulgada a Lei nº 2.924, cujos artigos 125 a 127 estabeleceram que o funcionário ou empregado público federal, salvo os em comissão, que contasse 10 ou mais anos de serviço, sem penas disciplinares, somente poderia ser destituído do cargo mediante sentença judicial ou processo administrativo. Entretanto, a citada lei ainda era restrita: referia-se tão-somente ao funcionalismo federal, motivo pelo qual o movimento pela estabilidade continuou.

Segundo Araujo Castro (1917, p. 132/137), ele próprio importante precursor do instituto no Brasil, havia “entre nós uma grande corrente favorável à adopção da estabilidade do funcionario, exceptuados unicamente os de cargos de confiança”, liderada por Viveiros de Castro, Alcindo Guanabara, Justiniano de Serpa, Graccho Cardoso, Moniz Sodré, Camillo de Hollanda e outros renomados juristas.

Por fim, esse denominado, por Araujo Castro, *Movimento em favor da estabilidade do funcionario* (1917, p. 127) viria a obter êxito. Atentando para a evolução doutrinária no campo do serviço público, que propugnava por uma normatização sistemática para o funcionalismo público, foi promulgada a *Constituição de 1934*, que, pela primeira vez dedicando todo um título aos funcionários públicos (Título VII, artigos 168 a 173), consolidou, no Brasil, o instituto da estabilidade no serviço público, conforme o disposto no art. 169:

“Art. 169. Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo

exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Parágrafo único. Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público”.

Percebe-se que, quando adquiriu a força de preceito constitucional, a garantia da estabilidade no Brasil era então assegurada até mesmo a funcionários não-concursados, depois de dez anos de exercício do cargo. Os ocupantes de cargos de confiança também não eram excluídos da garantia.

Desde então, a estabilidade no serviço público sempre constou das constituições brasileiras (*vide Constituições do Brasil*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986).

A *Constituição de 1937* manteve quase a mesma redação da sua antecessora, apenas suprimindo o parágrafo único, que somente permitia a destituição dos não-estáveis “por justa causa ou motivo de interesse público”. A estabilidade, entretanto, continuou sendo assegurada aos não concursados com dez anos de serviço público:

“Art. 156. O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

.....
c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se;”.

Na ordem constitucional seguinte, a aquisição da estabilidade por não-concursados foi ainda mais facilitada, com a redução do prazo de exercício do cargo para cinco anos, conforme art. 188 da *Constituição de 1946*:

“Art. 188. São estáveis:

I – depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;

II – depois de cinco anos de exercí-

cio, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão”.

Com a *Constituição de 1967*, a estabilidade passou a ser assegurada exclusivamente aos funcionários concursados, como expressamente constava do § 1º do art. 99:

“Art. 99. São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.

§ 1º Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público.

§ 2º Extinto o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos integrais, até o seu obrigatório aproveitamento em cargo equivalente”.

A *Constituição de 1969*, entretanto, conforme art. 100, suprimiu a regra expressa constante do § 1º do art. 99 da *Constituição anterior*:

“Art. 100. Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso.

Parágrafo único. Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço”.

Na vigência da Carta de 1969, em face da supressão do citado § 1º do art. 99 da Carta que a antecedeu, havia polêmicas sobre a possibilidade de aquisição da estabilidade por funcionários não-concursados, como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990):

“O texto primitivo, promulgado em 1967, acrescentava um parágrafo ao artigo correspondente a este (art. 99, § 1º), segundo o qual ninguém pode ‘adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público’. Tal exigência era correlativa ao art. 95, § 1º, da mesma redação que subordinava a nomeação para cargo público à aprovação prévia em concurso.

Ora, a Emenda nº 1, de 1969, não só suprimiu esse parágrafo como no art. 97, § 1º (que equivale ao antigo art. 95, §

1º), permitiu que a lei abrisse exceções à exigência de concurso para nomeação para cargo público. Em vista disso, cabia perguntar se o funcionário admitido sem concurso poderia adquirir estabilidade.

Qualquer dúvida desaparece em face do texto vigente. Este é bem claro ao condicionar a aquisição da estabilidade à nomeação ‘em virtude de concurso público’” (p. 271 – realçou-se).

De fato, a *Constituição de 1988* – salvo a situação transitória prevista no art. 19 do ADCT – é clara ao assegurar a estabilidade apenas aos “servidores nomeados em virtude de concurso público”.

Não procede a alegação de que a *Constituição em vigor* teria previsto uma estabilidade “rígida e generalizada”, como consta do aludido artigo do Ministro da Administração.

Ao contrário, o presente texto constitucional é menos abrangente do que os pretéritos: alguns chegavam a assegurar a estabilidade até mesmo a não-concursados e a ocupantes de cargos em comissão. Hoje, “não existe controvérsia no tocante à absoluta impossibilidade de se conferir estabilidade a ocupante de cargo em comissão ou função de confiança” (Dallari, op. cit. p. 81).

A *Constituição de 1988* limitou-se a assegurar a permanência no ordenamento jurídico pátrio de instituto mundialmente consagrado, com contornos menos amplos do que os definidos em textos constitucionais anteriores. Cuida-se de instituto que, ao longo do tempo, fortaleceu-se e hoje está solidamente arraigado na consciência jurídica nacional e internacional.

6. A estabilidade e os “empregados públicos”

Há certa polêmica doutrinária sobre a aplicabilidade da garantia prevista no art. 41 da *Constituição* aos empregados públicos concursados.

Antes de enfrentar a questão, é preciso definir em que acepção está sendo utilizada, neste trabalho, a expressão “empregados públicos”. Trata-se de espécie do gênero “servidor público”. Os servidores públicos podem ser *servidores públicos civis* (os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações de direito público que mantêm com o serviço público vínculo de natureza estatutária) ou *empregados públicos* (os servidores da admi-

nistração direta ou indireta regidos pela CLT). Está sendo adotada aqui a classificação de Celso Antônio Bandeira de Melo (1994 – p. 124).

Pinto Ferreira e Toshio Mukai entendem que a estabilidade do art. 41 da CF alcança os celetistas concursados:

“O novo texto constitucional utiliza a expressão servidores e não funcionários (art. 41, *caput*), como antes o fizeram os arts. 39, *caput*, §§ 1º e 2º, e 40, *caput*. Tudo leva ao entendimento de que os celetistas, onde houver (segundo o art. 39, *caput*), também são estáveis, após o estágio probatório, quando concursados. Não serão estáveis: os alcançados pela estabilidade referida, os servidores celetistas (de nível federal, estadual ou municipal) que a nova Lei Magna de 1988 encontrar em exercício e que não prestaram concurso público.

O art. 41, § 1º, restaurando norma existente em nosso direito público desde longa data, determina que ‘o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judiciária transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa’. Observa Toshio Mukai (Administração pública na Constituição de 1988, cit., p. 65) que, portanto, o celetista estável está abrangido pela norma”.

Sem embargo do respeitável entendimento supra, os empregados públicos não gozam da estabilidade prevista no art. 41 da CF, que se dirige apenas aos “servidores públicos civis”, ou seja, àqueles da administração direta, autárquica e fundacional, sujeitos ao regime estatutário. Aos empregados públicos, regidos que são pela CLT, não é assegurada a estabilidade constitucional do art. 41.

O art. 41 da Constituição da República está inserto na seção que trata dos servidores públicos civis (Seção II do Capítulo VII, do Título III), o que é suficiente para levar o intérprete a excluir de sua incidência os empregados públicos, como entende Diógenes Gasparini (1993):

“A nomeação mediante concurso, para esse fim, é exigência prevista nesse dispositivo, encartado entre outros que cuidam dos servidores públicos civis, isto é, os que se vinculam à Administração Pública direta, autárquica e fundacional

pública. Desse modo, resta indubitado que, mesmo tendo logrado aprovação e classificação em concurso público, os demais servidores públicos, como são, por exemplo, os ligados às entidades governamentais (sociedade de economia mista, fundação privada e empresa pública), não adquirem estabilidade” (p. 161)

Adilson de Abreu Dallari (1990) também entende que o art. 41 em foco se aplica tão-somente aos servidores submetidos ao regime jurídico único (p. 81).

Os servidores das empresas estatais, sem dúvida, sujeitam-se à legislação trabalhista, nos termos do § 1º do art. 173 da Constituição Federal:

“§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

E isso se justifica: as empresas estatais, como exploradoras de atividade econômica, devem ter a mesma agilidade, no que se refere às suas relações empregatícias, que têm as empresas privadas, às quais se equiparam, sendo, portanto, adequado o regime celetista. Na administração direta e autárquica, ao contrário, o regime estatutário, mais rígido, é mais conveniente, não sendo apropriado o regime da CLT, na medida em que os órgãos e entidades governamentais de direito público não estão no domínio da exploração econômica, mas exercem atividade eminentemente estatal.

É certo que, mesmo não sendo estáveis, os empregados públicos não podem ser arbitrariamente demitidos, pois as chamadas entidades paraestatais são afetadas pelo regime jurídico administrativo, ao qual repugna a prática de qualquer ato arbitrário, desprovido de fundamentação fática e jurídica, por força dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade que informam a Administração Pública (Constituição da República, art. 37). O administrador da empresa pública ou da sociedade de economia mista não é seu proprietário e, portanto, deve atuar sempre no interesse coletivo, jamais segundo seu livre arbítrio, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (1991):

“(…) Embora não disponham da ga-

rantia da estabilidade após dois anos, característica do regime de cargo, próprio da Administração direta, das autarquias e das fundações públicas, como adiante se verá, não podem ser dispensados ao bel-prazer dos dirigentes destas entidades. Para serem desligados é preciso que haja uma causa de interesse público demonstrável” (p. 60).

Sucede que a necessidade de diminuição de quadros numa empresa estatatal (sociedade de economia mista ou empresa pública) pode ensejar a demissão de pessoal, como admite o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello (1991): “(...) também caberá desligamento no caso de política administrativa de redução de quadros, para enxugamento de excesso de pessoal” (p. 61/62).

À luz da premissa de que não há estabilidade nas entidades paraestatais, cumpre analisar a assertiva do Ministro da Administração de que o instituto constitui óbice à propalada “reforma do Estado”.

É notória a orientação política do Governo FHC no sentido de adotar concepção do Estado que o mantenha adstrito às atividades tipicamente estatais. O que se pretende, quando se fala em “reforma do Estado”, é diminuir o intervencionismo estatal na economia. Busca-se “reduzir o tamanho do Estado”, fala-se em “privatização” de empresas estatais. Ainda que o Governo FHC rejeite o rótulo de “neoliberal”, é manifesto que sua política resgata princípios do chamado liberalismo econômico.

Ora, o Estado intervém na economia por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, as chamadas genericamente “entidades paraestatais” (Meirelles, op.cit. p. 318). “Para as empresas públicas e sociedades de economia mista foi consignada a finalidade de *exploração da atividade econômica*” (Mello, C.A.B. 1994, p. 73).

Contudo, de acordo ainda com Celso Antônio Bandeira de Mello (1994), “as autarquias são pessoas de direito público e foram normativamente apontadas (decreto-lei 200) como predispostas a *executar atividades típicas da Administração Pública*”. O mesmo vale para as fundações públicas, que, segundo o autor, “são pura e simplesmente autarquias” (p. 83). Tais entidades exercem atividades eminentemente públicas, que não implicam intervenção no domínio econômico.

Pelo visto, não há estabilidade nas entida-

des paraestatais. Somente os servidores públicos civis, da administração direta, autárquica e fundacional, gozam de estabilidade. Os empregados públicos não têm essa garantia.

Considerando que a reforma do Estado visa a retirá-lo do domínio econômico e na medida em que o Estado intervém na economia mediante empresas públicas e sociedades de economia mista, a estabilidade não constitui “obstáculo fundamental à reforma do Estado”, pois tais entidades podem ser privatizadas, sem que o Estado tenha que manter, em seus quadros, os empregados.

7. A Estabilidade é no “Serviço”, não “no Cargo Público”

A estabilidade também não impede seja feita ampla reforma administrativa na administração direta, autárquica e fundacional pública.

Sem dúvida, o servidor estável não é protegido contra a extinção de cargos, pois a estabilidade é *no serviço público*, não *no cargo público*. Extinto o cargo, fica o servidor em disponibilidade, até ser aproveitado em outra função.

Ademais, *estabilidade* não se confunde com *inamovibilidade*:

“A *estabilidade* é um atributo pessoal do servidor, enquanto a *efetividade* é uma característica do provimento de certos cargos. Daí decorre que a estabilidade não é *no cargo* mas *no serviço público*, em qualquer cargo equivalente ao da nomeação efetiva. O *servidor estável pode ser removido ou transferido pela Administração, segundo as conveniências do serviço, sem qualquer ofensa à sua efetividade e estabilidade. O estável não é inamovível*. É conservado no cargo enquanto bem servir e convier à Administração. Nisso se distingue do vitalício, que tem direito ao exercício do cargo, enquanto existir, conservando as vantagens respectivas, no caso de extinção” (Meirelles, op. cit. p. 384 – grifou-se).

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini (1993): “A estabilidade não impede a *remoção* ou a *transferência* do servidor para atender as necessidades do serviço (...) (RT, v. 204, p.218 e v.320, p.120)” (p. 166).

O próprio Ministro da Administração, Bresser Pereira, no sobredito artigo, reconhece que “não há um excesso generalizado de funcio-

nários na União”. O que existe é excesso de pessoal em determinados setores e carência em outros. É necessário corrigir essa distorção, remanejando recursos humanos. E esse remanejamento é perfeitamente possível, mesmo havendo a estabilidade. A Administração dispõe de instrumentos aptos a realizar profunda reforma administrativa visando ao melhor aproveitamento do pessoal disponível, quais sejam, os institutos da transferência, da remoção e da redistribuição.

Pode ainda a Administração extinguir ou declarar desnecessários cargos, colocando os seus ocupantes estáveis em *disponibilidade*, que, no entender de Adilson Dallari (1990, p. 102-103), constitui importante instrumento de política administrativa, diante da “necessidade de alterar situações em que esteja ocorrendo desperdício ou ociosidade, para dirigir essa força de trabalho supérflua para setores onde houver carência”.

Foi visto que a estabilidade não constitui óbice à desestatização da economia, na medida em que os servidores das entidades paraestatais, regidos pela CLT, não são estáveis. O instituto em exame também não impede a extinção, fusão ou desmembramento de órgãos da administração direta ou de entidades autárquicas ou fundacionais públicas, nem que cargos públicos sejam extintos ou declarados desnecessários, pois os servidores públicos estáveis atingidos por tais medidas podem ser transferidos, removidos ou postos em disponibilidade, até serem adequadamente aproveitados em outros cargos.

8. O princípio do informalismo do processo administrativo

O fato de a estabilidade vedar a demissão do servidor sem processo administrativo não constitui “garantia absoluta” de permanência no cargo. Estabilidade não se confunde com impunidade.

O processo administrativo – que se caracteriza por certa simplicidade, regido que é pelo princípio do informalismo – não constitui obstáculo insuperável à demissão do servidor faltoso. Trata-se do mínimo de garantia assegurada ao servidor público contra a demissão arbitrária. Desde que seja assegurado o direito à ampla defesa, o processo disciplinar dispensa maiores formalidades e pode tramitar celeremente.

A esse respeito, veja-se o seguinte ensinamento de Hely Lopes Meirelles (1993):

“O processo administrativo disciplinar não é tão formal quanto o judicial, penal ou não, nem tão rigoroso no contraditório. O essencial é que se conceda ao acusado a oportunidade de ilidir a acusação, sem o quê a punição administrativa é nula, por afrontar uma garantia constitucional (art. 41, § 1º) (...)” (p. 391).

É certo que esse informalismo jamais pode comprometer o direito à ampla defesa que a Constituição assegura aos indivíduos. Admitir a demissão de servidor público sem que lhe seja assegurado o direito de defesa seria a consolidação do arbítrio. O *due process of law* é princípio fundamental do direito processual, aplicável ao processo administrativo.

José Cretella Júnior salienta que “a defesa é instituto do *direito natural*” (1991, p. 2.441). Não se concebe a possibilidade de demissão do servidor público sem o direito de defesa.

Contudo, isso não pode significar o emperramento da atividade disciplinar da Administração. O direito de defesa não implica infundáveis e morosos formalismos processuais que terminem por inviabilizar o ato demissório.

Desde que seja assegurada ampla defesa ao acusado e respeitadas as normas jurídicas pertinentes, ainda que o processo tramite de maneira célere, a singeleza procedimental não nulifica a demissão do servidor faltoso, por isso que no processo administrativo vige o princípio do informalismo.

9. Classificação dos servidores públicos quanto à garantia de permanência no serviço público

Impende seja concebida classificação quanto à estabilidade que contemple todas as espécies de servidores públicos, com a atribuição de um nome para cada categoria taxonômica que designe todos os servidores nela enquadrados. Propõe-se, então, que os servidores públicos (i.é, os servidores públicos civis e os empregados públicos), quanto à intensidade do vínculo com o serviço público, sejam assim classificados, em ordem crescente:

1. *Instáveis*: são os *servidores públicos demissíveis* “ad nutum”, i.é, os ocupantes de cargos em comissão, funções gratificadas ou de confiança, que podem ser exonerados discricionariamente, e os *empregados públicos con-*

tratados por prazo determinado, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, uma vez vencido o prazo contratual. Os servidores instáveis não têm nenhuma garantia de permanência no serviço público.

2. *Infra-estáveis*: categoria intermediária, os infra-estáveis, embora não gozem da estabilidade do art. 41 da Constituição Federal, não podem ser desligados do serviço público senão por ato devidamente motivado. São eles:

a) os *servidores públicos civis em estágio probatório*, que podem ser exonerados por conveniência da Administração desde que comprovadamente não satisfaçam as condições necessárias ao exercício do cargo;

b) os *empregados públicos contratados por prazo indeterminado*, que, embora não disponham da garantia da estabilidade, “para serem desligados é preciso que haja uma causa de interesse público demonstrável” (Mello, C.A.B., 1991, p. 60).

3. *Estáveis*: os que tenham adquirido a estabilidade na forma do art. 41 da Constituição Federal ou do art. 19 do ADCT, que podem ser demitidos mediante processo judicial ou administrativo e cuja permanência é assegurada não no cargo, mas no serviço público. Podem ser removidos ou transferidos.

4. *Superestáveis*: ou *vitalicios*. A garantia desses servidores de permanência no serviço público é superior à dos estáveis. Só podem ser demitidos por processo judicial. A Constituição vigente concede vitaliciedade aos *Magistrados* (art. 95, I), aos *Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas* (art. 73, § 3º) e aos *membros do Ministério Público* (art. 128, § 5º, I, a). Tais servidores são também *inamovíveis*, i.é., não podem ser removidos, salvo interesse público, e se forem atendidas certas condições (CF, arts. 93, VIII, 128, § 5º, I, b, e 73, § 3º).

Nota-se, portanto, que não há a alegada “estabilidade indiscriminada para todos os funcionários”, como consta do predito artigo do Ministro da Administração. O que existe é uma gradação da garantia de permanência no serviço público, variável de acordo com a espécie de servidor.

10. Demissões em razão de excesso de pessoal

Segundo a proposta do Governo, havendo evidente excesso de pessoal, o servidor público

poderia vir a ser demitido.

Ocorre que, “não há um excesso generalizado de funcionários na União”, como afirma o próprio Ministro da Administração. A afirmativa é confirmada por Augusto Carvalho (1995), que noticia:

“Importante órgão internacional recentemente produziu um estudo provando que muitos países, incluindo vários bem mais desenvolvidos que o Brasil, têm funcionários públicos em quantidade maior que a nossa, tanto em relação ao PIB, como em relação à população”.

De fato, consta do estudo realizado por Donald C. Rowat (1990), intitulado *Comparing bureaucracies in developed and developing countries: a statistical analysis*, que o número de empregos públicos em relação à população é muito maior nos países desenvolvidos do que nos em desenvolvimento. Naquelas, a média é de 6,4 empregados públicos para cada 100 habitantes, enquanto que nestes essa média cai para 2,6. Na Suécia, por exemplo, a média chega a atingir 15 empregados públicos para cada 100 habitantes. Afirma Donald C. Rowat:

“We already know that the number of public employees in relation to population is higher for the wealthy developed countries. Our comparison shows that this is also generally true for the wealthier developing countries”.

Todavia, ainda que se admita a existência do problema do excesso de servidores públicos no Brasil, a estabilidade não constitui óbice à sua solução. O número de servidores públicos federais que se aposentam ou se exoneram por ano chega a 20 mil (como atesta o próprio ministro). Basta, portanto, suspender a realização de concursos públicos para que a quantidade de servidores seja naturalmente reduzida, sem a necessidade de demissões, como defende o deputado federal Augusto Carvalho (1995):

“Estudo recente da SAF, conduzido pelo insuspeito Romildo Canhim, prova que as reduções no total de funcionários por aposentadoria, morte e demissões voluntárias alcançam de 30% a 40% a cada três anos. *Um dado espantoso, pois prova que a simples não-contratação abre um enorme espaço de ajustes no funcionalismo, sem traumas e sem remédios heróicos*” (destacou-se).

Não obstante, mesmo que as aposentadorias, mortes e exonerações a pedido não resolvessem o problema da superlotação, há outros meios aptos a corrigir essa distorção no serviço público, sem a necessidade de qualquer alteração no instituto da estabilidade.

Pode a Administração extinguir cargos, exonerando os servidores que ainda não tenham completado o período de aquisição da estabilidade (“O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo.” – Súmula 22 do STF) e colocando os estáveis em disponibilidade até seu adequado aproveitamento em outro cargo (CF, art. 41, § 3º).

A Administração pode ainda transferir, remover ou redistribuir servidores, medidas que também podem ajudar a solucionar a superlotação, pois é incontroverso que, enquanto há sobra de pessoal em certas áreas do serviço público, em outras, o problema é a falta.

11. Instrumentos de disciplina administrativa

Afirma também o ministro articulista que “não é possível haver uma administração pública eficiente e moderna quando seus dirigentes não têm condições de exigir que o trabalho seja executado com competência e disposição”.

Constitui dever do servidor público “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo”, entre outros arrolados no art. 116 da Lei nº 8.112/90.

A Administração dispõe de amplo leque de penalidades aplicáveis aos servidores que deixam de cumprir seus deveres funcionais, conforme o rol do art. 127 do Regime Jurídico Único – RJU, quais sejam: (I) a advertência; (II) a suspensão; (III) a demissão e a cassação de aposentadoria ou disponibilidade; (IV) a destituição de cargo em comissão e (V) a destituição de função comissionada.

O funcionário que não cumpre suas obrigações pode até mesmo ser considerado desdioso e, portanto, demitido do serviço público (RJU, art. 132, XIII, c/c art. 117, XV).

Além disso, como afirma Wellington Cabral Silva (cit.), “a Constituição e as leis não impedem a demissão de servidores públicos, como se tem dito mentirosamente. Na órbita federal, a lei do Regime Jurídico Único autoriza demitir em nada menos de que vinte hipóteses, que remetem a muitas outras mais”.

Evidente que os administradores têm, sim, “condições de exigir que o trabalho seja execu-

tado com competência e disposição”, na medida em que podem aplicar penalidades aos maus servidores, e até demiti-los, mesmo com o atual regime de estabilidade.

12. Conclusão

A estabilidade constitui a garantia do servidor público contra a demissão arbitrária. Predispõe-se muito mais à salvaguarda do interesse público do que à proteção do interesse pessoal do próprio servidor. A permanência no serviço público do bom servidor, que cumpre suas obrigações com dedicação e denodo e, não raras vezes, contraria interesses ilegítimos de seus superiores, aproveita sobretudo à coletividade. Já o interesse pessoal do mau servidor, desdioso ou irresponsável, de permanecer no serviço público, esse a estabilidade não protege: pode ser demitido mediante processo administrativo disciplinar ou processo judicial.

O servidor desprovido dessa garantia ficaria à mercê do administrador, que poderia demiti-lo sem lhe assegurar o direito de defesa, por mera “conveniência administrativa”. A estabilidade cumpre a dupla finalidade de assegurar (a) a independência funcional ao servidor e (b) a continuidade do serviço público, que poderiam ser gravemente ameaçadas se a sorte do servidor estivesse ao alvedrio dos governantes.

A estabilidade nem é criação brasileira (existe em diversos países, com maior ou menor grau, mas sempre garantindo a permanência do servidor no serviço público), nem é novidade no ordenamento jurídico pátrio (desde o império, tem-se conhecimento de legislações esparsas que a asseguravam a certas categorias, sendo que, a partir de 1934, foi erigida ao *status* de garantia constitucional do servidor público).

O Brasil não adota “estabilidade indiscriminada para todos os funcionários”, como afirma o Ministro da Administração. Ao contrário, quanto à garantia de permanência no serviço público, os servidores são classificados em quatro níveis distintos, aqui denominados *instabilidade*, *infra-estabilidade*, *estabilidade* e *superestabilidade*.

É, no mínimo, exagero dizer que a estabilidade constitui obstáculo à reforma do Estado. Por um lado, onde essa reforma visa a reduzir a intervenção do Estado na economia, i.é, nas entidades paraestatais (sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações de direito

privado instituídas pelo Estado), não há falar em estabilidade, pois seus servidores não desfrutam dessa garantia. Por outro, na administração direta, autárquica e fundacional pública, há importantes instrumentos adequados à realização da almejada reforma administrativa: a estabilidade não impede a remoção, a transferência, a redistribuição de pessoal, nem a extinção e a declaração de desnecessidade de cargos.

A instabilidade do servidor público, afora as situações dos ocupantes de cargos em comissão e dos estagiários, não se coaduna com os princípios que norteiam o regime jurídico administrativo. No Estado Democrático de Direito – onde a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos constituem as “pedras de toque” do regime jurídico administrativo (Mello, C.A.B., 1994, p. 16) –, a estabilidade do servidor público é consectário lógico inafastável.

Vale dizer: não se pode instituir, na Administração Pública, regime jurídico de pessoal próprio das empresas privadas, onde o empregador demite o empregado quando bem entender, desde que assegure seus direitos trabalhistas. Tamanha liberdade seria incompatível com os princípios que informam o Direito Administrativo, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (1994): “Em suma, o necessário – parecidos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador” (p. 23).

Com razão a Ordem dos Advogados do Brasil ao adotar posição contrária à Proposta de Emenda Constitucional nº 173/95, que modifica o Capítulo da Administração Pública. Aprovando parecer da ilustre Professora Cármen Lúcia Antunes Rocha, a OAB alerta que, “tal como as garantias da magistratura, a estabilidade tem como escopo conferir independência ao servidor. Livre do receio da perda do emprego, o servidor desempenhará suas funções sem a preocupação de agradar e sem o medo de desagradar aos que estão transitoriamente no poder” (cit., p. 198).

Com base nos fundamentos acima aduzidos, força é concluir pela não-alteração do art. 41 da Constituição da República.

Bibliografia

- ALFAIA, João. *Conceitos fundamentais do regime jurídico do funcionalismo público*. Coimbra : Almedina, 1985.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARVALHO, Augusto. Pela estabilidade. *Correio Braziliense*, 8 jan. 1995. p. 7.
- CASTRO, Araujo. *Estabilidade de funcionarios publicos*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1917.
- CASTRO, Augusto O. V. *Tratado de ciencia da administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro Santos, 1914.
- CAVALCANTI, Themístocles B. *O funcionário público e o seu regime jurídico*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1958.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 1987.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- DALLARI, Adilson A. *Regime constitucional dos servidores públicos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- DANTAS, Josemar. Equívocos ameaçam a estabilidade. *Correio Braziliense*, 6 fev. 1995. p. 2. Suplemento de Direito & Justiça.
- FERREIRA FILHO, Manoel G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel O. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1979.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1993.
- MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1993.
- MELLÃO, João. O Estado de roupa nova. *Correio Braziliense*, 8 jan. 1995. p. 7.
- MELLO, Celso A. B. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1994.
- . *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- VENEZUELA, Ministerio de Justicia, Consultoria Jurídica. Ley de carrera administrativa. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*. Caracas, 1976.
- PEREIRA, Luis C. B. Flexibilidade sem medo. *Correio Braziliense*, 26 jan. 1995. p. 13.

- RAMOS, Saulo. Os lobos maus. *Correio Braziliense*, 8 jan. de 1995. p. 7.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Parecer sobre a PEC n.º173/95. *Revista da OAB*, a. 26, n. 62, p.195-198, jan./jun. 1996.
- ROWAT, Donald C. Comparing bureaucracies in developed and developing countries : a statistical analysis. *International Review of Administrative Sciences*, London, v. 56, p. 211-236. 1990.
- BRASIL. Consituição. *Constituições do Brasil*: (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, e 1967 e suas alterações). Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986.
- SARAIVA, Wellington Cabral. Estabilidade é privilégio? *Correio Braziliense*, 5 maio, 1997. p. 6. Suplemento de Direito & Justiça.
- TÁCIO, Caio. Estabilidade (dir. administrativo). In: SANTOS, J. M. Carvalho (org.). *Repertório enciclopédico do Direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Borsoi.

A execução das obrigações de dar, fazer e não fazer no direito brasileiro e no direito comparado

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

SUMÁRIO

1. Obrigações de dar. 1.1. Conceito. 1.2. Formas de execução. 1.3. A polêmica da execução direta nas obrigações de dar. 1.4. Conclusões. 1.5. Teoria dos riscos: obrigações de dar e de restituir. Coisa incerta. 2. Obrigações de fazer e não fazer. 2.1. Conceito. 2.2. Interesse da distinção entre obrigações de dar e de fazer: a forma de execução. 2.3. Regras de execução. 2.4. Obrigações de emitir declaração de vontade. 2.5. Contrato preliminar. 2.6. Promessa de compra e venda de imóveis loteados ou não. 2.7. Adjudicação ou outorga independente de registro do compromisso. 2.8. Outros pré-contratos imobiliários. 2.9. Obrigações de não fazer. Impossibilidade da prestação: efeito. Prática do ato: desfazimento ou conversão em perdas e danos. 3. Regime das multas ou penas pecuniárias. 3.1. Disciplina processual. 3.2. Comentário de J.J. Calmon de Passos. 3.3. A teoria das “astreintes” no direito francês. O parecer de Louis Josserand. 3.4. Comentário de Alcides de Mendonça Lima. 3.5. Jurisprudência. A Lei nº 8.953/94. 3.6 A multa “ex officio” na ação civil pública. 3.7. A tutela específica na Lei de Defesa do Consumidor. 3.8. A nova redação do artigo 461 do CPC. 4. A execução nos Juizados Especiais Cíveis: a “astreinte” na obrigação de dar. 5. Conclusões.

1. Obrigações de dar

1.1. Conceito

Segundo Orosimbo Nonato, a obrigação de dar “tem por objeto a entrega de uma coisa ao credor para que este adquira sobre a mesma um direito”¹.

O Código Civil argentino assim a definiu no artigo 574:

¹ NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 1959. v. 1, p. 287.

“La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño.”

Constituem exemplos clássicos de obrigação de dar ou entregar: a) para instituir sobre a coisa um direito real: compra e venda; b) para transferir somente o uso: locação; c) e de restituí-la ao respectivo dono: empréstimo, depósito.

1.2. Formas de execução

A obrigação de dar comporta execução direta ou específica ou mediante a própria coisa objeto da mesma, sobretudo a de restituir, em que o credor tem seqüela sobre o objeto, que lhe pertence. Mas, mesmo na obrigação de dar ou entregar (para uso ou para constituição de direito real), prevalece a regra da execução direta, salvo se o objeto não mais se achar em poder do devedor, especialmente em virtude de vínculo real. Contra o terceiro adquirente não prevalece a execução, eis que o contrato é *res inter alios acta*. Nessa hipótese, a execução seria indireta ou pelo substitutivo da *res debita*, mediante a resolução da obrigação com perdas e danos.

1.3. A polêmica da execução direta nas obrigações de dar

Mesmo quando o objeto se ache na posse do devedor, há uma corrente doutrinária que não admite a execução direta por meio da apreensão da coisa em poder do devedor, para entrega ao credor e constituição do direito real em favor deste. Só teria busca e apreensão o titular de direito real sobre a coisa. Recusando-se o devedor a entregar a coisa em seu poder, em cumprimento da obrigação, esta resolver-se-ia em perdas e danos, com base na distinção técnica entre direito real e obrigacional.

A propósito, J.M. Antunes Varela assim expõe:

“Dentro da vasta categoria das prestações de coisa, há que distinguir entre as obrigações de dar e as obrigações de entregar a coisa.

Nas obrigações de dar, a prestação do obrigado é essencial à constituição ou transferência do direito (real) sobre a coisa. São os casos em que o credor tem direito à coisa (*ius ad rem*), mas a aqui-

sição do direito depende da prestação (tradição) a cargo do obrigado. Assim sucede com o vendedor ou o doador de coisa móvel, que ficam obrigados a transferir o domínio da coisa vendida ou doada, mas continuam donos dela enquanto não realizam o ato posterior da entrega (art. 868).

Nas obrigações de entrega da coisa, a prestação da coisa não se destina a transferir o seu domínio ou a constituir qualquer outro direito (real) sobre ela. Visa apenas proporcionar o uso, fruição ou posse direta da coisa, a que o credor tem direito. É o caso típico da obrigação de restituir, que incide sobre o comodatário ou o depositário.

A distinção tem uma importância capital. É que a possibilidade de busca e apreensão judicial da coisa e a sua conseqüente entrega pelo tribunal ao credor (previstas no art. 625 do CPC, como momento culminante da chamada execução para entrega de coisa certa) só têm cabimento quanto às obrigações de entrega da coisa. Nestas, se o devedor não cumprir e o credor requerer a realização coativa da prestação, o tribunal pode, realmente, apreender a coisa no patrimônio do executado e fazer a entrega dela ao exeqüente, substituindo-se ao devedor faltoso.

Tratando-se de obrigação de dar, a substituição do devedor pelo tribunal, nos termos previstos pelo artigo 625 do CPC, já não é possível. O sistema jurídico brasileiro repudiou deliberadamente a concepção do Código napoleônico, que atribui eficácia real aos contratos de alienação de coisa determinada. Preferiu, até certo ponto, o sistema romanista, que desdobra a transferência de domínio sobre a coisa numa dupla operação. E a segunda operação – a tradição, no caso das coisas móveis – depende ainda, como ato jurídico do obrigado, da vontade deste².

Contra essa doutrina argumentam outros juristas que:

“O princípio dominador no direito moderno é outro: tem o credor direito à

² VARELA, J.M. Antunes. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 1977. v. 1, n. 24, p. 75-77.

prestação mesma prometida, à coisa ou fato prometido”³.

“A forma específica e direta constitui a execução normal e ideal”⁴.

“O devedor de coisa, estando de posse dela, deve ser compelido a entregá-la por força física (*manu militari*)” (Lacerda de Almeida)

“Elle s`execute ponctuellement par la delivrance même de la chose et le debiteur ne peut offrir en place des dommages et intérêts.” (Larombière)

“O sujeito passivo de uma *obligatio dandi* pode ser compelido a entregá-la *manu militari* (Orosimbo Nonato)”⁵.

Mais incisivo é Humberto Theodoro Júnior (civilista e processualista):

“A garantia de execução forçada para a obrigação deve assegurar, sempre que possível, o mesmo bem jurídico que o credor obteria com a execução voluntária, ou seja, com o adimplemento pelo devedor. Somente quando tal não for possível é que a execução específica será substituída pela execução subsidiária das perdas e danos.

No entanto, há quem só admite a execução específica no caso dos direitos reais, ficando o credor sujeito apenas à execução de perdas e danos quando o devedor não cumpre a obrigação de dar, porque, antes da tradição, não lhe caberia, ainda, direito à coisa, porque o domínio não se transfere apenas pelo contrato. Há nisso, todavia, um equívoco. Não é o direito real que impõe ao devedor agir, perante o credor, exatamente nos termos da obrigação daquele e do direito deste. Entre devedor e credor, a obrigação é vínculo jurídico suficiente para forçar o pagamento exatamente nos termos em que se estabeleceu entre as partes. E o patrimônio do devedor não é a garantia das perdas e danos pelo inadimplemento. É a garantia de que o credor receberá, com intervenção da soberania estatal, o que é devido.

O direito real confere ao titular uma dominação direta sobre a coisa oponível *erga omnes*, de maneira que pode perse-

gui-la e recuperá-la de quem quer que a detenha de maneira injusta. O titular de direito de crédito não tem poder similar, ou seja, não pode perseguir a coisa devida fora do patrimônio do devedor. Dentro, porém, do patrimônio que responde pela dívida, claro é que o vínculo obrigacional outorga ao credor o direito de exigir exatamente a coisa que lhe deve o devedor. Para isso, não depende de direito real; basta-lhe o direito obrigacional.

Se o bem devido ainda se encontra no patrimônio do devedor, não tem sentido recusar-se a execução forçada específica para impor ao credor apenas as perdas e danos. É que pelo cumprimento das obrigações responde o patrimônio do devedor. Assim, chegar-se-ia ao absurdo de negar a entrega da coisa *in natura*, mas não se teria como impedir sua penhora para vendê-la em arrematação, para, com o produto apurado, proceder-se ao pagamento das perdas e danos. Ora, se a coisa devida pode ser objeto de realização da execução subsidiária, não há como deixar de reconhecer-lhe a aptidão para a execução específica, que é a natural e lógica consequência do vínculo obrigacional. Se, enfim, o devedor não pode impor o adimplemento voluntário, por via de coisa diversa da que deve ao credor (Código Civil, art. 863), como admitir que, incorrendo em mora e submetendo-se à sanção do processo executivo forçado, venha a beneficiar-se da compulsória troca de objeto da obrigação? (Sobre o tema, consultar THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro : Aide, 1993. p. 209-215)”⁶.

1.4. Conclusões

A obrigação de dar ou entregar, seja para constituição de direito real ou para permitir ao credor o uso da coisa, pode ser executada coativamente de forma direta, específica ou mediante a própria *res debita*, desde que a coisa se ache em poder do devedor, ou seja, desde que não interfira um terceiro de boa-fé numa relação nova com o mesmo objeto (adquirente, locatário ou similar), contra o qual não

⁶ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro : Forense, 1996, n. 15, p. 20-21.

³ NONATO, op. cit. p. 296.

⁴ ANDRADE apud NONATO, op. cit. p. 298.

⁵ OLIVEIRA, Gonçalves de. Trecho do voto no RE 61.068-SP, base da Súmula 500 do STF (RTJ, n. 43, p. 263).

prevaleça a obrigação entre as partes, em razão do princípio da relatividade dos contratos (art. 625 do CPC).

A obrigação de restituir comporta execução coativa específica com maior razão, admitindo a busca e apreensão ou outra ação real contra terceiros possuidores, em razão do vínculo real do credor à coisa (direito de seqüela).

A coisa objeto da obrigação, por sua autonomia em relação à pessoa do devedor, pode ser apreendida sem ofensa à liberdade individual do mesmo e entregue ao credor, inclusive *manu militari*.

Somente em caso de perda ou outra forma de impossibilidade da prestação específica ou interferência de direito de terceiro é que se abrirá ensejo à substituição da coisa pelo seu equivalente (*id quod interest*) (art. 627 do CPC).

A obrigação de restituir pode achar-se amparada por lei especial de ordem pública, destinada a proteger certos contratos de massa, a exemplo da Lei do Inquilinato, que regula os requisitos e a forma de devolução do imóvel locado.

A propósito da execução da obrigação de dar ou entregar, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Admissível que a execução para entrega de coisa fungível (sacas de soja), submetida à disciplina prevista nos arts. 621 *usque* 628 do estatuto processual, seja fundada em título extrajudicial (art. 585, II, do mesmo diploma)” (REsp. nº 52.052-5-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 10.10.94)⁷.

1.5. Teoria dos riscos: obrigações de dar e de restituir. Coisa incerta

Ao regular a perda, a deterioração, os melhoramentos e os frutos da coisa, na obrigação de dar e na de restituir, o Código Civil leva em conta o princípio *res perit domino*. Na transição entre a formação e a execução da obrigação de dar (entregar ou restituir), a coisa perece ou se deteriora ou se valoriza para o seu dono, sofrendo ele os riscos de sua perda ou deterioração e auferindo as vantagens de seu incremento.

Como, em nosso direito, o domínio só se transfere ao adquirente com a tradição da coisa,

⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O STJ e o processo civil*. Brasília Jurídica, 1995. art. 621, p. 433.

daí resultam as seguintes conseqüências:

1) na obrigação de transferir o domínio (dar ou entregar), antes da tradição, a coisa pertence ao devedor, que até então suporta a sua perda ou deterioração por caso fortuito ou força maior, assim como se beneficia com os seus incrementos (arts. 865 a 868);

2) na obrigação de restituir ocorre o inverso: a coisa pertence ao credor, que assume os riscos de sua perda ou deterioração sem culpa do devedor, até a tradição ou devolução, assim como lucra com os seus melhoramentos espontâneos (arts. 869 a 872).

Coisa incerta. A coisa incerta ou determinável há de ser genérica ou alternativa. Vigoram as seguintes regras a respeito:

- a) determina-se pela escolha ou concentração;
- b) a escolha compete ao devedor, salvo estipulação em contrário;
- c) as coisas genéricas se concentram pela média: nem as melhores nem as piores;
- d) antes da escolha, o devedor não poderá alegar perda ou deterioração por caso fortuito ou força maior: *genus non perit*;
- e) feita a escolha, a obrigação se rege pelas normas da obrigação de dar coisa certa.

2. Obrigações de fazer e não fazer

2.1. Conceito

“As obrigações de fazer têm por objeto um ou mais atos do devedor, quaisquer atos, de fora parte a entrega de uma coisa.”

Abrange, assim, e em toda a sua extensão, a *obligatio faciendi* e parte das obrigações *prostandi* do direito romano.

O objeto da obrigação de não fazer é um ato negativo, uma abstenção do devedor.

Não recebia nome especial no direito romano, confundida às vezes com a *obligatio faciendi* e outras com a *obligatio prostandi*.

Tais, em abreviado, as linhas traçadas por Giorgio Giorgi para definir os limites dessa classificação.

Confessam os D.D. que, assaz vezes, essas linhas se tornam confusas ou se delçam, principalmente no tocante à distinção entre dar e fazer.

Lacerda de Almeida assinala ser difícilmo encontrar, assim no direito romano como no pátrio, o critério seguro e infalível da distinção que, entretanto, a essa conta não deve ser relegada.⁸

“O *substractum* da diferenciação entre a obrigação de dar e fazer está em verificar se o dar ou o entregar é ou não consequência do fazer. Assim, se o devedor tem de dar ou de entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entregá-la, se tem ele de realizar algum ato, do qual ser mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer.”⁹ Os exemplos típicos seriam: o quadro do pintor já exposto à venda na galeria (dar) e aquele encomendado para ser executado (fazer).

2.2. Interesse da distinção entre obrigações de dar e de fazer: a forma de execução

No ensinamento de Lacerda de Almeida: “A distinção entre essas duas classes de prestações tem o seguinte alcance prático. Ao passo que, em regra, o devedor de fato se desonera pagando perdas e danos resultantes da inexecução, o devedor de cousa, estando de posse dela, deve ser compelido a entregá-la por força física (*manu militari*).” Do mesmo modo, Larombière: “Ce que caractérise surtout l’obligation de faire c’est son mode d’exécution. À la différence de l’obligation de faire ou de ne pas faire, qui se résout à défaut d’exécution, en dommages et intérêts (art. 1.142), elle recoit une exécution littérale et complète. Elle s’exécute ponctuellement par la délivrance même de la chose et le debiteur ne peut offrir en place des dommages et intérêts. De même en effer qu’il est dans l’obligation de livrer la chose, le créancier est en droit de l’exiger.” Também Orosímbo Nonato: “O alcance da divisão residiria, na versão mais corrente, na diversidade da execução: o devedor inadimplente de um fato se desonera com o satisfazer perdas e danos, ao passo que o sujeito passivo de uma *obligatio dandi* pode ser compelido a entregá-la *manu militari*”¹⁰.

⁸ NONATO, op. cit. p. 287-288.

⁹ MONTEIRO, Washington Barros. *Curso de Direito Civil* : Direito das Obrigações. São Paulo : Saraiva, v. 1, p. 87.

¹⁰ OLIVEIRA, op. cit.

2.3. Regras de execução

Obrigações “intuitu personae”. Se, pela convenção ou pelas circunstâncias, o ato deva ser praticado pelo próprio devedor, o credor não é obrigado a aceitar a prestação de terceiro (CCB, art 878). Como no exemplo da encomenda de um quadro a um pintor de renome.

Prestação infungível. Por outro lado, se a prestação é infungível e só o devedor pode realizá-la, não se pode obrigá-lo ao cumprimento *manu militari*. “Uma sociedade bem organizada – lê-se no Programa de Tito Fulgêncio – não permite violência à pessoa do devedor para que faça o que não quer fazer. Sagrada é a liberdade pessoal e não se lhe tolera violação por negócio meramente financeiro”¹¹.

Vigora, na obrigação de fazer, o princípio *nemo cogi potest ad factum praecise*. Havendo recusa do devedor, não se pode exigir dele a prestação pessoal por meio de coação física ou corporal. Resolve-se pela conversão da prestação em perdas e danos (CCB, art. 880; *Projeto de Cod. Civil*, art. 247; *CPC*, art. 638 e parágrafo).

Prestação fungível: execução por terceiro ou opção por perdas e danos. Podendo o cumprimento da obrigação de fazer ser realizado por terceiro e, portanto, sem ofensa à liberdade do devedor, o juiz pode determinar a execução por outrem à custa do devedor inadimplente (*CPC*, arts. 633-637). Poderá o credor optar pela conversão em perdas e danos ou execução indireta ou por substitutivo (CCB, art. 881; *Projeto de Cód. Civil*, art 249). É a hipótese de prestação fungível.

Impossibilidade da prestação. Impossibilitando-se a prestação sem culpa do devedor, extingue-se a obrigação de fazer: *ad impossibilia nemo tenetur*. As partes voltam ao *status quo ante* (CCB, art. 879; *Projeto de Cód. Civil*, art. 248).

2.4. Obrigações de emitir declaração de vontade

Tratando-se de obrigação de emitir declaração de vontade, a sentença produzirá os mesmos efeitos, substituindo a vontade rebelde sem constrangimento físico ou ofensa à liberdade corporal do devedor. (*CPC*, art. 641). A sentença é um ato jurídico por excelência.

¹¹ NONATO, op. cit. p. 295.

2.5. Contrato preliminar

O contrato preliminar constitui aplicação da obrigação ampla de emitir declaração de vontade. A sentença produzirá os mesmos efeitos do contrato definitivo, atendidos os requisitos essenciais deste (CPC, art. 639; *Projeto de Cód Civil*, arts. 462-465).

Se o compromisso for de transferência de propriedade de coisa ou direito, o credor deverá oferecer a contraprestação exigível, como condição da ação (CPC, art. 640).

2.6. Promessa de compra e venda de imóveis loteados ou não

Imóveis loteados. A promessa específica de compra e venda de imóveis loteados se rege basicamente pelo Decreto-Lei nº 58/37.

Cabe ação de adjudicação compulsória do lote, para cumprimento da obrigação de outorgar a escritura definitiva, produzindo a sentença o mesmo efeito desta, para fins de registro no cadastro imobiliário (art. 16 do DL 58/37). “É inadmissível o arrependimento do compromisso de compra e venda sujeito ao regime do Decreto-Lei nº 58/37” (Súmula 166 do STF).

Imóveis não-loteados. A propósito, a Súmula 413 do STF tem o seguinte enunciado: “O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais” (a exemplo da outorga uxória do promitente, da ausência de cláusula de arrependimento e do próprio registro do imóvel em nome do promitente). A Súmula teve suporte nos artigos 346 e 1.006 do CPC/39, correspondentes aos artigos 639 e 640 do CPC atual e ao artigo 22 do DL 58/37, em sua nova redação.

“Só se aplica o artigo 639 do CPC se o contrato preliminar contiver todos os elementos e pressupostos para que se converta em definitivo” (RTJ, n. 92, p. 250).

“A promessa de compra e venda firmada só pelo marido não é nula. Resolve-se em perdas e danos, se não cumprida” (STJ. REsp 36.413-2-SP. Rel. Ministro Eduardo Ribeiro. DJU, 27-9-93).

2.7. Adjudicação ou outorga independente de registro do compromisso

O Superior Tribunal de Justiça evoluiu no

sentido de desprezar o requisito da inscrição do compromisso no registro imobiliário. O essencial é que o imóvel esteja registrado em nome do compromitente. Diante disso, o compromisso sem cláusula de arrependimento (que enfraquece a obrigação, tornando-a condicional) e com a necessária outorga uxória, se for o caso, pode ter execução específica por meio de sentença. Eis como vem decidindo o STJ:

“A adjudicação compulsória independe de inscrição do compromisso de compra e venda no registro imobiliário. A promessa de venda gera efeitos obrigacionais. O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes.” (RSTJ, n. 3, p. 1.043, n. 25, p. 465, n. 29, p. 356, n. 42, p. 407, contrariando a Súmula 167 do STF).

“À falta do registro do compromisso, a ação cabível é a do artigo 639 do CPC” (RSTJ, n. 28, p. 419; RT, n. 617, p. 82, n. 619, p. 100, n. 630, p. 113; JTA, n. 104, p. 57, n. 118, p. 140, n. 143, p. 32).

Assim decidindo, o colendo STJ consagrou dois princípios: 1) o de que a obrigação de emitir declaração de vontade, praticar ato jurídico ou outorgar contrato definitivo pode ser executada por sentença, ato jurídico por exceção, sem ofensa à liberdade corporal do devedor; 2) o de que a obrigação de constituir direito real independe da existência de direito real de aquisição ou compromisso registrado em nome do credor (seqüela adjudicatória), bastando que o devedor seja titular da disponibilidade do direito real prometido. A inscrição da promessa no registro imobiliário só é indispensável para prevenir a transferência do direito real a terceiro, frustrando a execução específica do compromisso. E mais: a sentença apenas transforma a obrigação de contratar em contrato definitivo, substituindo a vontade rebelde. A transcrição da sentença no registro imobiliário é que gera o direito real.

2.8. Outros pré-contratos imobiliários

O artigo 27, parágrafo terceiro da Lei nº 6.766/79 (parcelamento do solo urbano) manda aplicar os artigos 639 e 640 do CPC ao descumprimento de outros pré-contratos imobiliários:

“promessa de cessão, proposta de compra, reserva de lote ou qualquer outro instrumento do qual conste a manifestação de vontade das partes, a indicação

do lote, o preço e modo de pagamento e a promessa de contratar” (art. 27, § 1º).

2.9. Obrigações de não fazer. Impossibilidade da prestação: efeito. Prática do ato: desfazimento ou conversão em perdas e danos

A lei, o contrato ou a sentença pode obrigar alguém a uma abstenção ou tolerância, como ocorre nas servidões. Os romanos se referiam ao seu objeto como um *pati*, de *patientia*, ter paciência, tolerar. Ocorrendo a impossibilidade da abstenção sem culpa do devedor, extingue-se a obrigação (CC, art. 882, *Projeto*, art. 250). Praticado o ato, o credor pode exigir que o devedor o desfaça, sob pena de desfazimento à sua custa, com perdas e danos (CC, art. 883; *Projeto*, art. 251; CPC, art. 643). Não sendo possível desfazer o ato, converte-se em perdas e danos (CPC, parágr. do art. 643).

3. Regime das multas ou penas pecuniárias

3.1. Disciplina processual

1) Prestação de fato pessoal ou infungível ou abstenção da prática de ato ou tolerância de alguma atividade: pedido de cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (CPC, art. 287).

2) Execução de obrigação de fazer ou não fazer determinada em título judicial: fixação de multa por dia de atraso no cumprimento, alterável pelo juiz, se insuficiente ou excessiva (CPC, art. 644).

3) Execução de obrigação de fazer ou não fazer fundada em título extrajudicial: fixação pelo juiz, ao despachar a inicial, de multa por dia de atraso no cumprimento, ou redução da multa excessiva convencionada (CPC, art. 645).

3.2. Comentário de J.J. Calmon de Passos

Pode-se assim resumir o comentário de J.J. Calmon de Passos ao artigo 287 do CPC:

A recusa do devedor, na obrigação de fazer, coloca em confronto dois valores: o do respeito à liberdade individual, em razão do que se tutela a recusa do devedor a prestar o fato, não se permitindo seja ele violentado em sua liberdade, resolvendo-se o inadimplemento em perdas e danos; e o da tutela do interesse do credor, assegurando-lhe, coativamente, a prestação pactuada, mediante a execução específica.

A primeira orientação prevaleceu entre os romanos e ainda hoje é aceita pela doutrina tradicional. À segunda aderiram inúmeros civilistas franceses e italianos e processualistas nacionais.

Não é a recusa arbitrária do devedor que leva a excluir-se a execução específica, mas sim a impossibilidade prática de obter-se a prestação.

Ao lado dos meios de sub-rogação da prestação do devedor (prestação por terceiro – art. 634 do CPC), emissão de declaração de vontade (substituída por sentença – arts. 639/641 do CPC), existem os meios de coação sobre a vontade do devedor, tais como, no contrato, a cláusula penal e as multas pactuadas por inadimplemento, além das prescritas em lei para influir sobre a vontade do obrigado, induzindo-o a prestar aquilo a que se obrigou.

Quanto foi dito acima vale para as obrigações de não fazer e de suportar ou tolerar (*prestare patientiam*).

A tutela dessas obrigações sempre foi atendida, em nosso direito, pelas ações de preceito cominatório.

O código revogado previu para elas um procedimento especial (arts. 302 a 310). O código atual não contemplou um procedimento especial cominatório. Limitou-se aos artigos 287, 644 e 645.

A pretensão de haver de alguém um comportamento omissivo ou comissivo decorre da lei ou do contrato. E a todo direito subjetivo material corresponde o direito público subjetivo de reclamar judicialmente a sua efetivação. Logo, diante dos artigos 287, 644 e 645 do CPC, perdura a tutela das obrigações de fazer e não fazer mediante ação de preceito cominatório¹².

3.3. A Teoria das “astreintes” no direito francês. O parecer de Louis Josserand

A propósito do artigo 1.142 do Código Civil francês, que dispõe, “em termos amplos e aparentemente absolutos”, que “toda obrigação de fazer ou de não fazer se resolve em perdas e danos, em caso de inexecução por parte do devedor”, o grande civilista Louis Josserand afirma que essa conclusão é inaceitável e deve ser retificada. Não poderia depender da inércia, da má vontade do devedor a troca do objeto da

¹² PASSOS, J.J. Calmon de. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro : Forense, art. 287.

dívida, acentua ele. Acabar-se-ia com a força obrigatória das convenções. O artigo 1.142 não faz mais do que reproduzir o velho adágio: *nemo potest cogi ad factum praecise*, prossegue o mestre. Acrescenta que Pothier já fazia uma distinção por demais tradicional, segundo a qual a regra só se aplica no tocante às obrigações que têm por objeto algum ato corporal do devedor, a cuja prática não poderia este ser constrangido sem que se atentasse contra sua pessoa e sua liberdade. E prossegue figurando a hipótese de uma obrigação cuja execução específica implique a intervenção do próprio devedor, como no exemplo clássico do pintor famoso que se obrigou a pintar um quadro. E indaga: é então absolutamente correto que o credor não possa, de modo nenhum, impor ao devedor a execução específica de seu compromisso e que a obrigação se resolva em perdas e danos, ante a resistência deste último? Certamente não, responde. E passa a referir-se a um procedimento com a dupla vantagem de não violentar a pessoa física do devedor e de conduzir a um resultado concreto: o sistema das “astreintes”.

Sobre a teoria das “astreintes” discorre Jossierand:

“La ‘astreinte’ es una condena pecuniaria que se pronuncia a razón de ‘tanto’ por día, por semana, por mes o por año de retraso, y que tiende a vencer la resistencia del deudor de una obligación de hacer, a ejercer presión sobre su voluntad: gracias a la progresión que la caracteriza, este sistema es de eficiencia y seguridad a toda prueba: no hay fortuna que pueda resistir una presión continua e incesantemente acentuada; la capitulación del paciente es fatal; se vence su resistencia, sin haber ejercido violencia sobre su persona: se procede contra sus bienes, contra su fortuna, contra sus recursos materiales”¹³.

3.4. Comentário de Alcides de Mendonça Lima

Em comentário ao artigo 644 do CPC, Alcides de Mendonça Lima esclarece que, desde o início do século XIX, a jurisprudência francesa criou as “astreintes”, apesar das hostilidades da doutrina, invocando o princípio *nulla poena sine lege*. E prossegue: as

“astreintes” podem ser fixadas por descumprimento de obrigação legal ou resultante de sentença ou de contrato. No direito anglo-americano, o descumprimento da obrigação é considerado um desrespeito ao tribunal (*contempt of Court*), com constrição *ex officio*. Não se deve confundir esta engenhosa medida com as perdas e danos decorrentes do inadimplemento. E, citando Liebman e Couture, refere-se ao aumento indefinido das “astreintes”, “quase sempre arbitrárias em seu valor e desproporcionadas à obrigação mesma.” E conclui: o direito processual civil brasileiro desconhecia as “astreintes” até o vigente Código. O artigo 1.005 do Código anterior limitava a cominação ao valor da prestação. O montante ilimitado das “astreintes” é o seu caráter, podendo exceder o valor da obrigação, ao contrário das perdas e danos¹⁴.

3.5. Jurisprudência. A lei nº 8.953/94

Segundo a jurisprudência do STF, as “astreintes” não têm o caráter de indenização por inadimplemento, mas sim o de meio coativo de cumprimento de sentença e por isso só vigora a partir do seu trânsito em julgado (*RTJ*, n. 89, p. 556, n. 103, p. 774).

Decidiu o STJ:

“o objetivo buscado pelo legislador, ao prever a pena pecuniária no artigo 644 do CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação de forma específica. Tal coação, no entanto, sem embargo de equiparar-se às “astreintes” do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que ao Direito repugna” (REsp. 13.416-0-RJ. Rel. Ministro Sálvio Figueiredo. *RSTJ*, n. 37, p. 428).

E o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Humberto Theodoro Jr., no tema, ensina que ‘a multa diária de que trata o artigo 644, a exemplo das *astreintes* do direito francês, é de duração indefinida, perdurando enquanto subsistir o inadimplemento do devedor. Com efeito, a pena pecuniária *in casu* não é forma de reparar o prejuízo do credor, de sorte que não representa as perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer. Pune-se o devedor, através

¹³ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Traducción de Santiago y Manterola. Buenos Aires : Ed. Jurídica, 1950. v. 1, t. 2, n. 589/594.

¹⁴ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro : Forense, art. 644.

da multa, com o intuito de coagi-lo moralmente a cumprir a sentença. Por isso, a multa não encontra limite temporal, nem tampouco fica restrita ao valor da obrigação. A pena só cederá quando a prestação for cumprida, isto é, a coação durará enquanto durar o inadimplemento” (*Comentários ao CPC*. Forense, 1978. v. 4, n. 259).

“A matéria é bem sintetizada por Amílcar de Castro, quando observa que, ‘pelo artigo 1.005, do Código anterior, a cominação pecuniária não podia exceder do valor da prestação, mas o novo Código, acompanhando o direito francês e o direito alemão, não marca limite ao valor da *astreinte*: a soma cobrada é suscetível de aumento indefinido” (*Comentários ao CPC*. RT, 1974. v. 8, n. 253).

“No mesmo diapasão, vejam-se, ainda, os magistérios de Alcides de Mendonça Lima (*Comentários ao CPC*. Forense, 2. ed. 1977. v. 6, n. 1787), Sahione Fadel (*CPC Comentado*. Forense, 4. ed. 1982. v. 2, p. 417), Frederico Marques (*Manual de Dir. Proc. Civil*. Saraiva, 1976. v. 4, n. 840) e Pontes de Miranda (*Comentários ao CPC*. Forense, 1976, v. 10, p. 156).

“Mais não fosse e, por não se tratar de dever contratual de natureza econômica, *prima facie*, que se pudesse suprir por indenização correspondente a prejuízos, *si et in quantum*, qualquer limitação, temporal ou valorativa, poderia propiciar aos devedores a singular e extravagante opção de, solvendo a sanção, adquirirem o direito de consolidar o inadimplemento, o que, positivamente, não foi o sentido da norma processual que instituiu as *astreintes*.

“Ainda nesse ponto, vale transcrever a lição de Humberto Theodoro Jr., quando adverte que, ‘perante esses deveres de natureza não econômica, por mais que dure a multa, nunca estará satisfeito o autêntico direito do credor, razão pela qual a *astreinte*, com toda propriedade, há de durar indefinidamente, ou seja, há de perdurar enquanto perdurar o descumprimento da sentença, que condenou a parte a praticar o ato ou abster-se do fato” (op. cit. n. 261, p. d342).

“Pela não-limitação da pena do artigo 644 do CPC é a jurisprudência mais recente (*JTACSP*, n. 59, p. 157 e n. 69, p. 134 e Saraiva, n. 80, p. 45), inclusive nesta Corte (*RJTJESP*, n. 78, p. 78)” (Ac. un. 12a CC TJSP. Ap. nº 111.232-2. *RJTJESP*, n. 105, p. 52).

A Lei nº 8.953, de 13-12-94, deu flexibilidade às multas cominadas, introduzindo parágrafos aos artigos 644 e 645, *verbis*:

“Art. 644. (...)

Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.”

“Art. 645. (...)

Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo.”

3.6. A multa *ex officio* na ação civil pública

Dando seqüência ao regime das “*astreintes*” em nosso direito, a Lei nº 7.347, de 24-7-85 (disciplina a ação civil pública em defesa do meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) veio dispor:

“Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

3.7. A tutela específica na Lei de Defesa do Consumidor

A Lei nº 8.078, de 11-9-90 (dispõe sobre a defesa do consumidor), veio consagrar:

a) a tutela específica ou providência que assegure o resultado prático equivalente, na execução das obrigações de fazer e não fazer (art. 84, *caput*);

b) a conversão em perdas e danos dessas obrigações somente por opção do credor ou por impossibilidade da tutela específica ou do resultado prático correspondente (art. 84, § 1º);

c) a indenização sem prejuízo da multa (art. 84, § 2º);

d) a possibilidade de tutela liminar (art. 84, § 3º);

e) a imposição de multa diária *ex officio*, na decisão liminar ou na sentença (art. 84, § 4º);

f) outras medidas visando à tutela específica ou ao resultado prático equivalente (busca e apreensão de pessoas e coisas, desfazimento de obra, impedimento de obra nociva e requisição de força policial) (art. 84, § 5º).

3.8. A nova redação do artigo 461 do CPC

A nova redação do artigo 461 do CPC, com seus parágrafos 1º a 5º, por meio da Lei nº 8.952, de 13-12-94, é a reprodução ou transplante, para o CPC, do artigo 84 e seus parágrafos da Lei de Defesa do Consumidor, que acabamos de resumir no item anterior (Lei nº 8.078/90). Muitos não perceberam isso. Theotônio Negrão considerou o novo texto do CPC como “preceito completamente novo”¹⁵.

Comentando essas inovações, Humberto Theodoro Jr. assim se manifesta:

“Os novos poderes conferidos ao juiz pelo art. 461 deverão manifestar-se em face de qualquer obrigação de fazer ou não fazer, mas seu campo de atuação prática mais intensa será, sem dúvida, o do compromisso de compra e venda e demais contratos preliminares tão difundidos no comércio jurídico atual, tanto em torno de bens imóveis como de bens e valores mobiliários de todo tipo. Uma das conseqüências imediatas da postura inovadora da lei será a definitiva superação da antiga jurisprudência que supervalorizava a perfeição formal dos compromissos, não admitindo a adjudicação compulsória quando o pré-contrato não estivesse previamente inscrito no Registro de Imóveis ou quando não contivesse todos os dados necessários ao atendimento das exigências de acesso àquele registro público. Agora, o juiz está armado de poderes processuais para, antes da sentença, apurar e completar tudo o que for necessário à expedição de um título judicial que seja perfeito para cumprir o anseio de efetividade da tutela jurisdicional, num terreno de enorme repercussão social, como é o dos compromissos de compra e venda, mormente em relação às camadas mais humildes da população. Dados faltosos no contrato,

como os pertinentes ao registro anterior, confrontações, área e demais características do prédio negociado, poderão ser objeto de ampla pesquisa durante a instrução da causa, e o juiz deve empenhar-se para tudo esclarecer e suprir, de tal modo a proferir uma sentença de adjudicação compulsória que contenha a declaração sobre tudo aquilo que seja útil e necessário ao acesso ao registro de imóveis. Assim é que estará cumprindo a missão, ora a ele confiada, de determinar, na sentença de procedência do pedido de cumprimento de obrigação de fazer, as ‘providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento’ (art. 461, *caput*).

“A nova postura da lei diante das obrigações de contratar superou até mesmo a postura doutrinária e jurisprudencial que tentava salvar o compromisso de compra e venda incompleto, conferindo-lhe a ação de outorga de escritura em lugar da sentença de adjudicação compulsória. Não há mais razão para distinções desse tipo. A sentença deverá sempre ser dotada da carga máxima de eficácia prática. O juiz, portanto, terá de suprir as lacunas do contrato, apurando e declarando os dados omissos, de tal modo que a sentença de adjudicação compulsória, sempre que possível, seja completa, ainda que o compromisso não o tenha sido.

As providências lembradas pelo § 5º e outras que se revelarem úteis e convenientes à realização da efetividade da prestação jurisdicional terão seu campo natural de atuação na fase de cumprimento ou execução da sentença. Poderão, no entanto, conforme o título de que dispuser o autor e as circunstâncias do caso concreto, ser objeto também da medida liminar autorizada pelo § 3º. A propósito, é bom lembrar que, *in casu*, como aliás já se previra em caráter geral no novo texto do art. 273, a medida liminar não se confunde com simples medida cautelar (preventiva), pois assume a função específica de *antecipação da tutela* visada a alcançar com a sentença de mérito (medida, portanto, *satisfativa*). Como tal, a liminar comporta, em caráter provisório, as mesmas providências que, em caráter definitivo,

¹⁵ NEGRÃO, Theotônio. *CPC e legislação...* 26. ed. São Paulo : Saraiva, nota 2 ao art. 461.

intenta-se obter com o julgamento final da causa.

“Pode-se concluir que, em face do atual texto do art. 461, ao autor de uma ação de cumprimento de compromisso de compra e venda quitado é lícito, por exemplo:

a) cumular, na inicial, pedido de adjudicação compulsória com pedido de imissão de posse ou de busca e apreensão;

b) pleitear, desde logo, liminar que lhe assegure a posse provisória do bem compromissado”¹⁶.

4. A execução nos Juizados Especiais Cíveis: a “astreinte” na obrigação de dar

A Lei nº 9.099, de 26-9-95, que disciplinou os Juizados Especiais Cíveis, destinados a conciliar, processar, julgar e executar as causas cíveis de menor complexidade, sob os critérios da informalidade e celeridade, inspirando-se nos arts. 644 e 645 do CPC, ampliou, em nosso país, a aplicação do regime das “astreintes”. Estendeu-as às obrigações de dar e entregar, nestes termos:

“Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:

(...)

V - nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o Juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o Juiz de imediato arbitrar, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado;

VI - na obrigação de fazer, o Juiz pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor deve depositar para as despesas, sob pena de multa diária;”

¹⁶ THEODORO JR, Humberto. *As inovações no CPC*. Rio de Janeiro : Forense, 1995, art. 461, p. 19-21.

Conforme já demonstrado, a obrigação de dar ou entregar tem por objeto uma coisa, que pode ser objeto de execução direta, específica ou mediante a própria coisa, que é subtraída do devedor, *manu militari*, sem ofensa à sua pessoa, liberdade ou dignidade (“*délivrance*” é o termo francês). O mesmo não ocorre com a obrigação de fazer ou de não fazer, que não podem ser exigidas mediante coação física sobre o devedor e por isso incidem na regra *nemo cogi ad factum*, resolvendo-se em perdas e danos ou execução indireta.

Mas, como vimos, a jurisprudência francesa inovou, instituindo um meio de coação moral (não física) sobre o devedor, por meio das “astreintes” ou penas pecuniárias, a fim de vencer a resistência dos inadimplentes.

O nosso direito processual anterior já admitia esse regime para a execução das obrigações de fazer e não fazer, tanto que instituiu um procedimento especial para abrigar tais pretensões: ação cominatória (art. 302, XII do CPC/39).

Com base nesse texto, foi elaborada a Súmula 500 do STF, segundo a qual: “Não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar”. E não cabe porque a obrigação de dar pode ser exigida *manu militari* sem ofensa à pessoa do devedor (pela subtração da coisa e entrega ao credor).

O novo Código processual suprimiu o procedimento especial cominatório, mas não excluiu o procedimento ordinário ou sumário para a execução das obrigações de fazer e não fazer, com suporte nos arts. 287, 461, 644 e 645, conforme já dilucidado.

Surge agora a inovação: o preceito cominatório ou regime das “astreintes” para a execução das obrigações de dar ou entregar. E a razão é de ordem prática, ao que presumimos: nos Juizados Especiais, “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade...” (art. 2º da Lei nº 9.099/95). O mandado de busca e apreensão da coisa móvel ou de imissão na posse do imóvel, como momento culminante da execução específica para entrega de coisa (art. 625 do CPC), exigiria diligências burocráticas e dispêndios incompatíveis com o novo processo especial das pequenas e numerosas causas; donde a opção pela *auto-execução*, por meio da coação moral mediante cominação de multa diária pela inobservância do preceito, seja de dar, fazer ou não fazer. É a

mudança das técnicas por meio do direito positivo, em função das transformações sociais e da massificação das relações.

5. Conclusões

Resumindo o essencial da matéria, podemos concluir:

I - As obrigações de dar (entregar ou restituir) admitem execução específica, mediante a busca e apreensão da coisa móvel ou da imissão do credor na posse do imóvel – “*délivrance*” (art. 625 do CPC).

II - A obrigação de fazer não admite execução direta por meio de violência física contra o devedor (*nemo cogi potest ad factum praecise*).

III - A obrigação de fazer, sendo a prestação fungível, pode ser executada por terceiro à custa do devedor (art. 634 e parágrafos do CPC).

IV - A obrigação de fazer, sendo *intuitu personae*, não pode ser executada por terceiro contra a vontade do credor (mudança da prestação).

V - A obrigação de fazer, sendo a prestação infungível ou *intuitu personae*, assim como a obrigação de abstenção ou tolerância, podem ser exigidas por meio de preceito cominatório – “astreinte” (arts. 287, 461, 644 e 645 do CPC).

VI - Na obrigação de fazer, recusando-se o devedor a cumpri-la, o credor pode optar pela conversão em perdas e danos (art. 633 do CPC).

VII - As obrigações de emitir declaração de vontade e de concluir um contrato podem ser executadas por meio de sentença que produza os mesmos efeitos (prática de ato jurídico – arts. 639/641 do CPC).

VIII - O compromisso de compra e venda e a cessão de direitos de imóvel loteado ou não, bem como outros pré-contratos similares, podem ser executados mediante sentença de

adjudicação ou outorga da respectiva escritura ou contrato, observados os requisitos do DL n° 58/37, arts. 16 e 22, e da Lei n° 6.766/79, art. 27.

IX - As obrigações de não fazer podem comportar, conforme o seu objeto, o desfazimento do ato praticado ou da obra realizada, ou a aplicação de preceito cominatório (“astreinte”), ou ainda a conversão em perdas e danos (arts. 461, 642 e 643 do CPC).

X - A Lei de defesa do consumidor concede tutela específica, inclusive liminar, para execução das obrigações de fazer e não fazer, inclusive pela cominação de multa diária *ex officio* e outras medidas drásticas de compulsão (Lei n° 8.078/90, art. 84). Esse sistema veio a ser transplantado para o artigo 461 do CPC pela Lei n° 8.952, de 13-12-94.

XI - Admite-se o preceito cominatório como regra na execução das obrigações de entregar, fazer e não fazer, nos Juizados Especiais Cíveis – sistema da auto-execução, por economia processual (Lei n° 9.099/95, art. 52, V).

Como se percebe por esta pesquisa, a execução das obrigações de dar, fazer e não fazer, em nosso país, situa-se entre as mais avançadas técnicas de tutela específica admitidas no direito contemporâneo.

Os contratos de massa – trabalho, locação, compra e venda, promessa de compra e venda, prestação de serviço, transporte e outros – vão dinamizando as relações e impulsionando o direito material e processual no sentido da aceleração e maior eficiência na solução dos conflitos.

O aperfeiçoamento do direito e do aparelho judiciário, por meio das técnicas de coação contra o inadimplemento, é uma das vertentes do equilíbrio social. Mas é preciso que se abram as avenidas do progresso econômico, da educação e da moralização dos costumes, para que se implantem a cooperação e a solidariedade entre os cidadãos.

Informação e participação

Instrumentos necessários para a implementação do Direito ambiental

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

SUMÁRIO

1. Informação ambiental. 1.1. Informação e prevenção do dano ao meio ambiente. 1.2. Informação e uso de recursos naturais. 1.3. Informação e controle de atividades. 1.4. Organização da informação como obrigação dos poderes públicos. 1.5. Criminalização da não informação ou da informação deficiente. 2. Participação popular e meio ambiente. 2.1. Participação na formação das decisões administrativas. 2.2. Participação nos recursos administrativos e nos julgamentos administrativos. 2.3. Participação nas ações judiciais. 2.4. Participação no século XXI - consolidação e ampliação do plebiscito ambiental.

1. Informação ambiental

A informação merece ser coletada e transmitida durante as diversas etapas do trabalho humano que utilize os recursos ambientais, evitando-se a transmissão de dados somente quando os prejuízos já tenham ocorrido.

A primeira etapa da coleta e transmissão da informação vai abranger todas aquelas pessoas – físicas ou jurídicas – que possam pôr em risco o meio ambiente. Serão destinatários dessa informação a Administração Pública e a sociedade. Dependerá de cada legislação nacional especificar qual o tipo e a intensidade de informação que ficará retida com a Administração Pública e qual será totalmente acessível a todas as pessoas. As convenções internacionais precisam contemplar essa questão visando à uniformização da informação nas questões ambientais¹. Em matérias regionais, os acordos prevêem tradicionalmente o

Paulo Affonso Leme Machado é Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente. Prêmio Internacional de Direito Ambiental “Elizabeth Haub” (1985). Professor de Direito Ambiental na Universidade Estadual Paulista - Rio Claro, SP. Promotor de Justiça aposentado.

Elizabeth Haub Colloquium – “The Cutting Edge of Environmental Law: Compliance and Emerging Norms” – Wiesbaden (R.F. Alemanha). Abril / 1997.

¹ A Convenção CITES e a Convenção sobre a Movimentação de Rejeitos Transfronteiriços (Convenção de Basiléia, 1989) são fundamentalmente baseadas no sistema de troca de informações do

intercâmbio de informações.

A matéria mereceu ser tratada na Constituição da Eslováquia de 1992, que afirma em seu artigo 43:

“Toda pessoa tem direito de ser informada, de modo oportuno e completo, do estado do meio ambiente, assim como das causas e conseqüências a ele relativas”².

Na República Federativa do Brasil, nos seus 26 Estados, 16 previram, em suas Constituições Estaduais do ano de 1989, o direito à informação ambiental³.

A Comunidade Européia tem dado uma grande importância à informação ambiental⁴.

Temos que distinguir dois aspectos jurídicos da informação ambiental: a procura da informação e a comunicação antecipada ou sistemática da informação. Não basta que as pessoas e os grupos sociais possam obter a informação, se a solicitarem. Para que a informação ambiental produza seus resultados imediatos e eficazes, torna-se necessário que quem tenha a informação sobre o meio ambiente – os particulares ou os governos – torne pública essa informação de forma contínua e organizada, independente de pedido de quem quer que seja.

É um fato notório que a informação pública em todos os domínios, não só no meio ambiente, tem seus inimigos. Aqueles que querem ser autoritários e corruptos evidentemente tentarão de forma direta ou indireta dificultar a transmissão da informação ambiental.

Estado “importador” e o Estado “exportador”. Contudo, é preciso insistir-se no alargamento dessas informações, com a publicação, nos jornais oficiais, das concordâncias dos Estados e da motivação dessas autorizações. Essas convenções apresentam fracos resultados nos países em que se desconhece a amplitude dos negócios efetuados.

² *Récueil International de Législation Sanitaire*. Organisation Mondiale de La Santé. v. 44, n. 2, 1993.

³ MACHADO, P.A.L. *Direito Ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. 782 p. O Estado do Rio de Janeiro obriga a divulgação semestral do monitoramento da água servida (artigo 279 da Constituição Estadual).

⁴ Ver WINTER, G. *European Environmental Law*. Aldershot : Dartmouth, 1996. 442 p. *Freedom of environmental information*. REHBINDER, E. *L'apport de la Communauté Européenne au développement du droit de l'environnement*. Bruxelles : Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996. 480 p. *Quel avenir pour le droit de l'environnement?* e POSTIGLIONE, A. *Codice dell'ambiente*. 3. ed. Rimini, 1995. 1672 p.

1.1. Informação e prevenção do dano ao meio ambiente

a) Informação no procedimento de avaliação de impacto ambiental

A realização da consulta ao público, por meio do procedimento denominado “Audiência Pública”, é apontada pelas diferentes legislações nacionais como sendo de grande utilidade. O Estudo de Impacto Ambiental passa a ter diferentes atores: o empreendedor, os organismos da Administração Pública, o grupo de especialistas e o público.

A intensidade e a eficácia da intervenção do público nessa fase preparatória da tomada da decisão ambiental dependerá de diversos fatos: tempo anterior de convocação para a audiência; localidades consultadas; possibilidade efetiva de consulta aos documentos que compõem o estudo já efetuado; tempo de palavra concedido nos debates; imparcialidade na direção da audiência; respostas efetuadas na própria audiência, ou em outra posterior, pelo empreendedor ou pela equipe multidisciplinar às perguntas apresentadas; possibilidade de apresentação e inserção de documentos.

Se não houver uma efetiva e justa regulamentação da participação popular na audiência pública, seja essa participação individual ou de associações de defesa do meio ambiente, a audiência pode tornar-se uma participação ilusória e despida de real importância.

Dependendo de quem pede a realização da audiência pública, poderá o peticionário ser informado pessoalmente da designação da audiência e até receber cópia do estudo de impacto ambiental⁵.

b) Informação no registro de pesticidas e nos procedimentos de engenharia genética

Especialmente nos procedimentos em que há manifesto risco nas atividades, tem sido exigida a intervenção do Poder Público – sob forma de autorização – antes da produção dos produtos. É o próprio processo de produção que é submetido à avaliação. As legislações nacionais e de organismos regionais não têm permitido que se guarde inteiro segredo desses processos, determinando a informação do público para que

⁵ No Município de Franca, Estado de São Paulo, Brasil, o Ministério Público tem direito de receber uma cópia do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (art. 16, § 4º, da Lei Complementar nº 9 de 26-11-96).

possa opinar em tempo oportuno⁶.

c) Informação e planejamento

Os planos pretendem geralmente disciplinar o uso do solo, das águas ou do ar. Vão estabelecer regras explicando o que é permitido e o que é proibido e poderão apontar metas a serem atingidas e estratégias a serem utilizadas.

Os planos tradicionalmente são utilizados em nível local ou municipal. Entretanto, dependendo dos interesses em questão, os planos poderão ganhar uma dimensão regional ou estadual e nacional.

Sejam os planos elaborados por lei, por decreto ou por resolução de um órgão colegiado, o seu conteúdo merece ser informado previamente ao público e submetido ao debate público. Debater o plano com a população não é submetê-lo a discussões intermináveis, mas é reconhecer que os destinatários do plano merecem respeito e consideração dos planejadores. Caso contrário, estaremos diante de uma planificação que somente reconhece bom senso e competência nos que estão no poder⁷.

⁶ A Comunidade Européia, nas suas Diretivas 90/219-CE, e 90/220-CE, ao tratar de microrganismos geneticamente modificados e de liberação voluntária de OGM no meio ambiente, tratam também da informação. O dever de informar as pessoas envolvidas com os OGM, sejam empresas ou pessoas físicas, foi explicitamente formulado na Diretiva 90/219-CE (Comunidade Européia), que, em seu artigo 10, estabelece que devem constar informações relativas aos microrganismos geneticamente modificados, sobre o pessoal e sua formação, sobre a instalação e sobre a gestão dos rejeitos, sobre a prevenção dos acidentes e acerca dos planos de urgência e sobre a avaliação de riscos para a saúde e para o meio ambiente. Ao proteger o sigilo industrial, a Diretiva 90/219 afirma que os dados fornecidos com base no referido artigo 10 não podem ficar confidenciais. A Diretiva 90/220, relativa à liberação voluntária de OGM no meio ambiente, no art. 19.4, estabelece as matérias “que não podem ficar confidenciais”: descrição do ou dos OGM, nome e endereço do notificante, fim e lugar da liberação; métodos e planos de acompanhamento do ou dos OGM e de intervenção em caso de urgência; avaliação dos efeitos previsíveis, notadamente dos efeitos patogênicos e/ou ecologicamente perturbadores.

⁷ A lei brasileira de política nacional dos recursos hídricos – Lei nº 9.433 de 8-1-1997 – não inseriu, na discussão dos planos de recursos hídricos (artigos 6º a 8º), uma fase de publicidade e de audiência pública. Garantiu-se o direito “a dados e informações” (artigo 26, III), que ficou indefinido e vago.

1.2. Informação e uso de recursos naturais

A autorização pela Administração Pública de desmatamentos é um ato administrativo que, para ser integralmente controlável pela opinião pública, precisa ser transparente. Para isso, torna-se necessário que o mesmo sistema aplicado às atividades poluidoras seja utilizado. Assim, tanto o pedido de desmatamento (haja ou não estudo de impacto ambiental) quanto a emissão ou não da autorização merecem ser publicados em jornal oficial e em jornais de grande circulação. Espaços naturais importantes como a Amazônia não são continuamente controlados pela população de seus países e até pela opinião pública internacional, por ausência de um sistema legal de transmissão de informações.

É oportuno citar a Declaração sobre Florestas, proposta durante a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992:

“É indispensável estar vigilante para que o público e os que decidam disponham, em tempo útil, de informação confiável e precisa sobre as florestas e os ecossistemas florestais” (nº 2, c).

1.3. Informação e controle das atividades

A implementação das medidas de conservação do meio ambiente não ocorre simplesmente pela autofiscalização dos próprios empreendedores ou pela fiscalização pelos órgãos públicos.

A prática da legislação tem mostrado que, sem acompanhamento das medidas preconizadas no momento da autorização, essas medidas não são implementadas por completo⁸. De outro lado, o monitoramento das atividades autorizadas, com a coleta de dados técnicos periódica, tem se revelado muito útil.

A auditoria ambiental como auto-avaliação feita pelo próprio empreendedor tem sido modernamente apresentada como um instrumento de implementação da política ambiental.

⁸ “In Canada, the ‘Canadian Environmental Assessment Act’ (CEAA) came into force in January 1995. Under the ‘Canadian Environmental Assessment Act’, the public must be notified of these follow-up programs and their results”. Prabhu-Mueller. Recent Developments in Canadian Environmental Law. In: *RAPPORTO MONDIALE SU DIRITTO DELL’AMBIENTE*. Milan : Giuffrè Ed. 1996. p. 643-658.

Dependendo da legislação do país ou do grupo a que pertença o país, a auditoria ambiental será obrigatória ou voluntária⁹.

O sigilo industrial tem sua proteção legal, e os procedimentos de monitoramento e de auditoria não se destinam a derrubar esse sistema. Contudo, para que o autocontrole não se transforme em um ato de *marketing*, necessário se torna um mínimo de acesso às informações para a verificação de sua confiabilidade pelos interessados.

1.4. Organização da informação como obrigação dos poderes públicos

Os poderes públicos – na área dos serviços públicos de meio ambiente – não são somente repassadores das informações obtidas. Cumpre a esses serviços buscar as informações, quando as mesmas não vierem voluntariamente da parte dos que devem informar. Os poderes públicos precisam, evidentemente, utilizar o poder de punir os que se recusam a informar¹⁰.

1.5. Criminalização da não-informação ou da informação deficiente

O Direito Penal do Meio Ambiente não pretende ocupar o primeiro lugar entre os vários ramos do Direito que tratam do meio ambiente. Mas a intimidação pela sanção penal começa a

⁹ O Código Ambiental do Município de Franca, Estado de São Paulo, Brasil (Lei Complementar nº 9 de 26-11-96), de autoria de P.A.L. Machado, diz em seu artigo 23, § 5º: “Quando as pessoas físicas ou jurídicas realizarem auditorias privadas facultativas destinadas à obtenção de certificado ou rótulo de qualidade ambiental, o relatório da auditoria será submetido ao procedimento de audiência pública, constante do artigo 18 deste Código”.

¹⁰ No Brasil, a Lei nº 6.938 de 31-8-81, com a alteração feita pela Lei nº 7.804 de 18-7-89, diz no seu art. 9º, XI: “a garantia da prestação de informações relativas ao meio ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes”. A Constituição do Brasil prevê em seu art. 5º, XX-XIII: “todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. A Lei nº 9.051, de 18-5-95, fixou que as informações deverão ser prestadas no “prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor” (art. 1º).

exercer um papel relevante, principalmente quando são responsabilizadas as corporações¹¹.

Registramos a criminalização da não-informação na Lei da Ação Civil Pública, no Brasil:

“Constitui crime, punido com pena de reclusão de um a três anos mais multa de dez a mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público”¹².

2. Participação popular e meio ambiente

A participação popular visando à conservação do meio ambiente insere-se num quadro mais amplo da participação diante dos interesses difusos e coletivos da sociedade. É uma das notas características da segunda metade do século XX.

O voto popular, em escrutínio secreto, passou a não satisfazer mais o eleitor. A ausência de um conjunto de obrigações dos eleitos, previamente fixadas, tem levado a cidadãs e os cidadãos a pleitearem uma participação contínua e mais próxima dos órgãos de decisão em matéria de meio ambiente.

O tema já passou a ser objeto das Constituições. A Finlândia modificou sua Constituição em 1995, passando a dispor no artigo 14, a:

“Cada um é responsável pela natureza, pela biodiversidade e pelo meio ambiente. Os poderes públicos devem garantir a cada um o direito a um meio ambiente sadio, assim como a possibilidade de influenciar na tomada de decisões sobre as questões relativas a seu meio ambiente”.

¹¹ “Most importantly, the 1990’s have witnessed a renewed emphasis on the use of criminal sanctions to enforce environmental laws. This renewed focus on criminal enforcement has led to a number of other policy debates. For example, *the intent* requirement for a criminal conviction under environmental law has been *relaxed* by statutes and case law. Some environmental statutes criminalize negligence as well as knowing wrongs.” (DIMENTO, J., SILECCHIA, L. A time to put things together and... time to question strategies of environmental laws in the mid 90’s. In: RAPPORTO MONDIALE SUL DIRITTO DELL’AMBIENTE. p. 659-674.

¹² Brasil: Artigo 10 da Lei nº 7.347 de 24-7-85.

A Declaração do Rio de Janeiro de 1992, em seu artigo 10, diz:

“O melhor modo de tratar as questões do meio ambiente é assegurando a participação de todos os cidadãos interessados, no nível pertinente”.

No nível nacional, cada pessoa deve ter a “possibilidade de participar no processo de tomada de decisões”.

“O direito ambiental faz os cidadãos saírem de um estado passivo de beneficiários, fazendo-os partilhar das responsabilidades na gestão dos interesses da coletividade inteira”¹³.

A implementação do processo de participação pode apresentar obstáculos. “Entre estes cumpre superar a lentidão da participação ou sua excessiva brevidade e a possibilidade de formas tumultuárias e falsas de participação. Seria ilusório esperar que todo cidadão venha a manifestar-se a tempo, pois haverá o inerte”¹⁴.

2.1. Participação na formação das decisões administrativas

Interessa apontar experiências de países em que as decisões administrativas ambientais passaram das mãos de um só funcionário ou de uma comissão de funcionários públicos para conselhos em que a chamada “sociedade civil” ou as “organizações não-governamentais” tivessem voz e voto.

Generalizou-se a implantação de conselhos com poderes consultivos não só nas matérias já costumeiras em meio ambiente, mas também nas mais recentes, como os “organismos geneticamente modificados”.

Outros países passaram a organizar conselhos com poderes consultivos e deliberativos nas mais variadas matérias ambientais.

A prática registra que, em alguns países, são as próprias organizações governamentais que elegem seus representantes para esses conselhos, sem que os governos interfiram nessa eleição.

A questão não é isenta de dificuldades. Na maioria dos conselhos, os governos – sejam eles de natureza central, regional ou municipal – têm a maioria dos votos. Assim, as organizações

¹³ KISS, Alexandre-Charles. La mise en oeuvre du Droit de l'Environnement. problématique et moyens. In: CONFÉRENCE EUROPÉENNE ENVIRONNEMENT ET DROITS DE L'HOMME, 2, Salzbourg, 1980.

¹⁴ MACHADO, op. cit.

não-governamentais, ainda que possam apresentar seus argumentos nas discussões, podem ficar vencidas, dando legitimidade, contudo, às decisões tomadas.

2.2. Participação nos recursos administrativos e nos julgamentos administrativos

A participação na interposição de recursos administrativos é fundamental para que haja possibilidade para os interessados em bater às portas da própria Administração a fim de rever seus atos irregulares. O recurso administrativo enseja a conciliação e a correção do ato administrativo ambiental, evitando-se que seja interposta ação judicial¹⁵.

2.3. Participação nas ações judiciais

Um fato marcante da segunda metade do século XX é a ampliação do acesso das pessoas e das associações ao Poder Judiciário, defendendo não só o seu interesse, mas o interesse difuso e coletivo. A defesa do meio ambiente e do consumidor são questões novas que vieram a estar presente nas decisões judiciais da maioria dos países. Nos Estados Unidos da América do Norte, já há uma tradição por meio do conceito *citizen suits*¹⁶.

No Brasil, desde 1981, com a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente¹⁴, o Ministério Público passou a ter legitimidade para propor ações judiciais em defesa do meio ambiente. Em 1985, pela Lei nº 7.347, estrutura-se a “Ação Civil Pública”, para a defesa dos interesses difusos, quando as organizações não governamentais ambientais também ganharam esse direito de ação judicial. Aponte-se que o Ministério Público Federal e o Estadual, com a Constituição Federal de 1988 (artigos 127 a

¹⁵ A Lei brasileira nº 7.802/89 – sobre agrotóxicos – dá legitimidade às associações de defesa do meio e do consumidor para impugnarem o registro de pesticidas ou pedirem o cancelamento do registro já efetuado.

¹⁶ “Section of the Clear Air Amendments of 1970, which was the first and became the prototype for federal citizen suit legislation. The immediate consequence is to open the federal courts to citizen suits without regard to diversity of citizenship or jurisdictional amount. A second consequence is that the citizen suit provisions should be read as doing away with the necessity for the normal *injury in fact* standing allegations”. (RODGERS JR., W.H. *Environmental Law*. St. Paul : West Publishing, 1977. 956 p.).

130), passaram a ser independentes dos governos, tendo, entre suas funções, a de promover o

“inquérito civil e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Incontestavelmente, a atuação do Ministério Público diminuiu a intensidade das agressões ao meio ambiente.

As ações judiciais devem poder ser utilizadas para exigir da Administração Pública e dos particulares o “cumprimento da obrigação de fazer” no concernente ao direito à informação e ao direito de participação.

2.4. Participação no século XXI – consolidação e ampliação do plebiscito ambiental

“As associações de defesa do meio ambiente sempre reclamaram a introdução do referendo de iniciativa popular em nível local com o fim de levar os poderes locais a instaurar um debate democrático sobre as opções de ordenamento do meio ambiente de um município. Essa

reivindicação choca-se com a posição dos eleitos locais, inquietos de serem despojados de seus poderes”¹⁷.

A Itália e a Suécia usaram a consulta popular principalmente sobre a política nuclear.

Se a manifestação popular, com poder decisório, no plano regional e nacional, não deve ser banalizada, nem por isso deve ser excluída. Não basta pretender-se o alargamento da participação popular, pois é necessário que as regras dessa participação sejam estabelecidas de forma a permitir o emprego dos mesmos recursos financeiros na propaganda dos diversos pontos de vista.

A consulta direta às populações em assuntos que dizem respeito aos interesses das gerações presentes e futuras é matéria que merece aprofundamento.

Tenho confiança que os juristas, juntamente com outros setores da sociedade, encontrarão meios de consolidar as conquistas obtidas nas legislações ambientais, contribuindo com novos elementos para o direito da informação e da participação.

¹⁷ PRIEUR, M. *Droit de l'Environnement*. 3. ed. Paris : Dalloz, 916 p.

Hipocrisia: o *mito* da cidadania no Brasil

GLADSTON MAMEDE

SUMÁRIO

1. A estrutura de Estado. 2. A possibilidade de participação. 3. Cidadania: participação consciente. 4. O 'mito' da cidadania.

Cidadão. Cidadania.

Se fosse possível “gastar” palavras, essas seriam palavras gastas. Desde quando se começou o afastamento dos militares do comando de Estado, muito se falou – e ainda muito se fala – em cidadania; colocou-se “o cidadão” no centro de todo e qualquer discurso político. Resta, contudo, questionar o que significa e o que pode significar cidadania para que possamos dizer se somos ou não cidadãos e qual a amplitude dessa qualificação.

1. A estrutura de Estado

Em *Semiologia e Direito*, procurei reconstruir um certo enfoque para a sociedade, tal qual a conhecemos. Permito-me resumir o que afirmei então: é possível compreender o termo “Estado” como um adjetivo – não um substantivo –, indicando uma característica da organização socio-política humana, determinada ao longo da evolução histórica da humanidade. Cuida-se de um valor institucional e uma estrutura de organização social (com mecanismos protetores). Essa estrutura social e todos os instrumentos que a asseguram revestem-se de uma significação específica: significam “Estado”. Uma organização de indivíduos (o aparelho de Estado) controla essa estrutura social, correspondendo-lhe um poder de Estado, isto é, uma capacidade institucional de ação reguladora sobre a estrutura social, a partir do manejo e do emprego de instrumentos repressi-

vos, ou coercitivos, de Estado (1995, p. 87).

Conquanto vivamos em uma sociedade de palavras, esse poder de Estado exerce-se por normas, isto é, “enunciados do aparelho de Estado (ou seja, dos detentores do poder de Estado, a elite política organizada e institucionalizada – em suas estreitas relações com a elite econômica da sociedade) que visam regular a existência e convivência social pelo estabelecimento de modelos hipotéticos de comportamentos (e situações devidas), revestindo-lhes de uma significação e um valor autorizado (jurídico), dispostos em um sistema imposto (que é o Direito), de onde cada unidade retira a sua imperatividade. A norma jurídica deve ser cumprida voluntariamente pelos súditos de Estado ou poderá ser aplicada a sanção que lhe corresponde (em sentido *lato sensu*, quer dizer, tanto a pena prevista, quanto a execução forçada da obrigação normativa, ou a anulação do ato etc.), usados os poderes repressivos da estrutura organizada de Estado” (Idem, p. 86). Por tais razões, denuncio que “o fim último do Direito é manter a estrutura de Estado o mais estável possível, com o que culmina por garantir que um modelo de vida e organização social (e, por consequência, um modelo econômico) se perpetue, referenciado pelos interesses dos que detêm o poder necessário para validá-los e efetivá-los” (Idem, p. 87).

Pode-se argumentar que vivemos em um tempo de democracia, não havendo muitos ditadores e ditaduras pelo mundo. Muito se evoluiu, reconheço, mas muito há por evoluir. O objetivo deste trabalho é justamente demonstrar a existência de falhas no modelo político vigente. Nossas estruturas políticas estão viciadas na centralização de poder e no desrespeito ao interesse público. Souza, a propósito, refere-se a “uma elite de empresários, políticos e servidores públicos dos três Poderes” que “compõem uma cúpula privilegiada por uma legislação elaborada meticulosamente para manter esse estado de vantagens e opressões” (apud Muniz, 1994, p. 12).

Não foram consolidadas formas efetivas para o exercício de cidadania, permitindo a participação real dos indivíduos na determinação dos destinos da sociedade (e democracia pressupõe sociedade civil forte, consciente e participativa). Assim, a proposta de um “Estado Democrático de Direito” fica estéril, carente de instrumentos que permitam limitar o poder e as ações dos administradores. Não denuncio – vê-se – ditaduras; alerta para o poder

que é inerente às estruturas de Estado, passível de ser exercido arbitrariamente, o que cria a necessidade de que cada indivíduo (e, coletivamente, a sociedade) esteja atento e participe¹.

Esse poder sublinhado não se restringe ao controle central da estrutura de Estado: ele transborda por “n” níveis de agentes de Estado (todos aqueles que ocupam funções na organização de Estado), que o rateiam. A porção de poder de cada um desses agentes é determinada não apenas pelo nível hierárquico ocupado, mas também pelas funções desempenháveis (sua competência funcional) e desempenhadas (seu trabalho, o “espaço” que ocupa); acresça-se a capacidade de influenciar outras esferas administrativas (próximas ou distantes). Tais agentes de Estado, demonstra Aguiar, funcionam como “microlegisladores”, isto é, “legislador para pequenos grupos, para parcelas da comunidade atingidas pelo preceito originário”. Sua característica essencial “é a de ser destinatário do mandamento legal originário,” o que “lhe confere obrigações e direitos que balizam o âmbito de sua liberdade na questão regulamentada pela norma geral” (1984, p. 30-31).

Destarte, os súditos de Estado não estão apenas à mercê de um poder central (das cúpulas dos três poderes), mas submetidos a níveis de poder estratificado, em muitos dos quais as normas jurídicas não assumem formas clássicas (Constituição, leis, decretos, etc.); exemplo: por normas verbais, policiais, carcereiros etc. exercem sua parcela de poder. Porém, o exercício desse poder fragmentado pode realizar-se sob a forma de agressão ao direito de administrados, em proveito de outros interesses; segundo Aguiar, tais agentes, enquanto microlegisladores, via de regra, confirmam, pela exegese, que concretizam os parâmetros que orientam “a norma original, adaptando-a, interpretando-a em função das características do grupo e da correlação de forças que o compõem. [...] Mas, dentro dos parâmetros estabelecidos, o microlegislador pode desenvolver uma tarefa normativa que chega a desfigurar o teor normativo original, ultrapassando os parâmetros estabelecidos” (Idem, p. 31).

A situação é lamentavelmente notória: um agente de Estado, investido de uma porção de poder e encarregado de determinadas atribui-

¹ Ser ativo politicamente e não apenas “súdito”, mero objeto de macropolíticas (onde ninguém possui rosto, história pessoal ou opinião; uma parte não-individualizada das estatísticas).

ções específicas (e *devendo* respeitar o conjunto normativo vigente), utiliza-se dessa parcela de poder para obter uma vantagem indevida de qualquer natureza (uma “comissão”, uma recompensa etc.), desvirtuando o sentido das normas que deve aplicar ou simplesmente desconhecendo-o e desrespeitando-o. Um exemplo simples: o sem-número de exigências e dificuldades que funcionários (mesmo os mais desqualificados) podem impor ao exercício de um direito, problema endêmico de muitas de nossas repartições públicas.

Mais: há atos que não são propriamente ilegais, mas que subvertem o fim das normas, lesionando parcelas da sociedade. O agente de Estado utiliza a atribuição de poder e competência que lhe foi atribuída para negar (total ou parcialmente) a vigência da norma a aplicar. As omissões constituem hábito endêmico entre nós, em face da prática de legislar retoricamente (sem visar à implementação das hipóteses definidas); o art. 3º, III, da Constituição afirma constituir *objetivo fundamental* da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; convive, porém, com um quadro de **mortalidade infantil** e de miséria. Drumond refere-se ao contraste entre a Constituição, consagrando “a saúde como direito do cidadão e dever do Estado” e a entrada do Brasil “na década de 90 com um inventário na área da saúde que bem espelha o acentuado desarranjo do tecido social brasileiro que, é bom enfatizar, beira a tragédia” (1993, p. 135).³ Some-se a omissão no poder/dever de proteger (quer legislando eficazmente, quer processando e julgando) os bens e interesses públicos, o que já determinou uma generalizada descrença pública diante de tantos escândalos financeiros, políticos etc.⁴

² Conferir: *Folha de São Paulo*, 12 fev. 1995. p.18, caderno Brasil, e *Veja*, 27 set. 1995. p. 40-42.

³ Completa o autor: “estamos perdendo terreno para a diarreia. Na décima economia do mundo ocidental, a paralisia infantil continua matando e aleijando no Nordeste. [...] Só no Estado de São Paulo, 1,7 mil mulheres morrem, anualmente, de câncer de colo uterino, que por um simples exame preventivo poderia reduzir o número de óbitos à metade” (Idem, p. 136).

⁴ Note a impunidade no “caso Riocentro”, a anistia dos torturadores do período militar brasileiro (levada ao extremo de impedir a apuração das circunstâncias do “desaparecimento” de vários cidadãos). Na esteira parecem ir os massacres do Carandiru, Corumbiara e Eldorado de Carajás.

Aqui, impossível não reproduzir a pertinente análise de Faria, apontando para a divisão do aparelho de Estado brasileiro em “anéis burocráticos”, cada um deles:

“(a) agindo em função dos interesses e particularismos de sua clientela específica, visando à manutenção e à expansão de suas prerrogativas e reforçando com isso seus traços neocorporativistas; (b) distorcendo os programas sociais, mediante o sistemático desvio dos recursos e subsídios de projetos destinados originariamente aos segmentos mais carentes da população para os próprios setores estatais, para vários grupos empresariais e para as próprias classes médias; (c) produzindo uma distribuição desigual e perversa dos direitos e deveres consagrados pelas leis, uma vez que os grupos mais articulados conquistaram não só acesso a foros decisórios privilegiados, mas, igualmente, mais prerrogativas do que obrigações, sob a forma de incentivos fiscais, créditos facilitados, juros subsidiados, reservas de mercado etc.; (d) tornando o jogo político-institucional dependente da ‘jurisprudência’ interna de cada um desses ‘anéis’, pois os programas sociais foram convertidos em recursos de poder, razão pela qual a importância de cada ‘anel’ passou a decorrer de seu orçamento interno e/ou de seu poder regulamentar; (e) descaracterizando ideologicamente os partidos e obscurecendo a transparência do jogo político e das ações públicas, na medida em que a retórica parlamentar e sua ambigüidade programática jamais explicitaram critérios e prioridades em termos de gastos públicos” (1992, p. 22-23).

Sem dúvida, o exame das práticas de Estado revela incontáveis situações desconformes ao Direito, ou, no mínimo, contrárias à ética e à moral (balizas do processo de interpretação/aplicação das normas), bem como lesivas aos fins declarados para a República. Essas situações demonstram a opressão da estrutura (e do poder) de Estado. Revelam, ademais, que a estrutura de Estado é manejada para beneficiamento de alguns. Souza ressalta que “a legislação mentirosamente acena com justiça social, direitos humanos, desenvolvimento, mas tudo não passa de letra morta diante da inversão cultural que levou ao desconhecimento dos princípios éticos e dos mais elementares dita-

mes do Direito, afastando-o do cidadão para tratá-lo como número em estatísticas quase sempre manipuladas” (Op. cit., p. 12). Também Bastos já teve a oportunidade de frisar que “as leis são rasgadas num momento político de imposição da força pela força; ou são contornadas, elegantemente contornadas, na condução administrativa ou nas sentenças e acórdãos” (apud ENCARNAÇÃO, 1995, p. 52). Carvalho Netto, por seu turno, refere-se a uma “subversão efetiva dos significados possíveis, originais e primeiros dos textos legais que, ao serem atualizados por práticas tradicionais inerentes à ordem anterior, asseguram a continuidade desta” (1992, p. 207).

Em resumo: estamos submetidos a um poder de Estado: somos súditos (em maior ou menor grau) daqueles que o controlam (política ou economicamente); num segundo nível, somos reféns potenciais de incontáveis “agentes públicos”. Nesse quadro, a cidadania deveria ser uma verdadeira possibilidade de limitação desse poder, diluindo-o entre toda a sociedade: o indivíduo deixaria a condição de mero *sujeito* de direitos e deveres e tornar-se-ia cidadão, ou seja, tornar-se-ia uma célula consciente de participação social.

2. A possibilidade de participação

Enquanto possibilidade de efetiva participação nos desígnios de Estado (determinadores do destino da sociedade), será o próprio conjunto normativo que definirá o que seja cidadania, bem como seu (maior ou menor) alcance. Em circunstâncias tais, pode-se dizer, como lê-se em Aguiar, que as Constituições dos regimes modernos tendem a estabelecer uma “autolimitação do Estado” (1984, p. 40). Ou seja, os sistemas jurídicos contemporâneos, em sua maioria, exibem um conjunto (maior ou menor, dependendo da evolução histórico-política das respectivas sociedades) de previsões normativas que criam limites para o exercício do poder de Estado, em lugar de obrigações para os súditos. Porém, para haver, de fato, maior distribuição de poder (ou seja, democracia), não bastam normas jurídicas definindo limites para a atuação dos agentes de Estado ou direitos para os súditos (individualmente ou coletivamente considerados). Faz-se necessário, isto sim, uma profunda revisão das relações sociais, que tendem à exploração desmesurada das massas em benefício de poucos, e

dos fins da estrutura de Estado, tradicionalmente manipulada para conservação da exploração intrínseca àquelas relações sociais.

Já neste ponto, desenha-se o “mito da cidadania”, fenômeno presente em diversos ordenamentos jurídicos, dentre os quais destaco o brasileiro. Poucas transformações (geralmente superficiais, cênicas ou retóricas) imitam concessões, mas apenas falseiam a conservação do poder de Estado. No Brasil, os mais variados textos (normas, discursos políticos, publicidade “oficial” etc.) ressaltam a importância da cidadania para a concretização de um “Estado Democrático de Direito” (Constituição Federal, art. 1º); no entanto, por mais que os brasileiros queiram se acreditar partícipes, por mais que se valorize o *poder de cidadania*, conservam-se problemas crônicos, como truculência policial, abusos de autoridades administrativas, inoperabilidade, corrupção, impunidade, entre outros⁵.

O exercício da cidadania no Brasil possui três grandes obstáculos: 1º) o sistema jurídico brasileiro não possui uma ampla definição de possibilidades para uma efetiva *participação popular consciente*; 2º) a postura excessivamente conservadora de parcelas do Judiciário, apegando-se a interpretações que limitam absurdamente o alcance dos dispositivos legais que permitiriam uma efetiva democratização do poder; por fim, 3º) uma profunda ignorância do Direito: a esmagadora maioria dos brasileiros não possui conhecimentos mínimos sobre quais são os seus direitos e como defendê-los. Dessa forma, o poder continua preservado, como preservados continuam os benefícios desfrutados por aqueles que podem determinar (ou influenciar), de fato, os desígnios de Estado.

Nesse sentido, para além do poder de votar e ser votado, os brasileiros dispõem de poucas e limitadas possibilidades de fazer valer a lei (menos ainda de fazer valer a sua vontade na lei); e não se olvide que as eleições são jogos marcados por retórica, *teatralidade* e publici-

⁵ O jornal *Estado de Minas*, 24 set. 1995, notícia 120 casos, registrados pela Promotoria de Defesa dos Direitos Humanos, de torturas, extorsões e espancamentos, somente no ano de 1995. A revista *Veja*, 1º nov. 1995, denuncia que a tortura é empregada como principal método de investigação pela polícia brasileira, relatando diversos casos em que foi barbaramente empregada. Liste-se, ainda, o massacre de “trabalhadores sem-terra” em Corumbiara, RO.

dade, em que se vendem imagens nem sempre verdadeiras e honestas. Para além desse “poder” de eleger e ser eleito (com todas as limitações que o jogo político lhe impõe), são poucos os espaços para a participação popular. Bello, em artigo ainda inédito, destaca o problema justamente sob o ângulo da cidadania, tomando tal conceito “ante uma perspectiva ampla”, ou seja, “como uma célula ou unidade mínima do Estado de Direito (participativo), que não tem, unicamente, a capacidade de votar e ser votado” (1996), ou, ainda, como definição de Cléve, encarando o cidadão como “sujeito ativo na cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mutação do direito” (apud Bello, op. cit.).

Segundo Bello, a partir do art. 1º, parágrafo único (dispondo que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos *ou diretamente*, nos termos desta Constituição), a vigente Lei Maior “estabeleceu hipóteses de participação popular na Administração Pública: na educação (art. 206, VI), na proteção do patrimônio cultural (art. 216, § 1º), na fixação da política agrícola (art. 187), no planejamento municipal (art. 29, X), no controle das contas municipais (art. 31, § 3º), na seguridade social (art. 194, VII) etc.” (Idem). Entretanto, reconhece, “embora seja uma grande conquista o elenco dessas normas na Constituição Federal, elas são normas programáticas e dependem de regulamentação legal para terem ampla aplicação”. É uma concessão periférica⁶: alude, mas não garante a participação popular na Administração Pública, o que seria, segundo Ferraz, um dos “instrumentos cogitáveis para o desmantelamento do aparato autoritário da administração pública brasileira e do direito administrativo brasileiro” (apud Bello, op. cit.). E, se pequenas brechas foram abertas pela legislação, não houve ainda uma mobilização para ocupar tais espaços; “o cidadão também precisa compreender que a participação é boa para si mesmo e para a coletividade. A falta de tradição do Brasil neste aspecto não inviabiliza a concretidade de tal proposta” (Bello, op. cit.).

Para além da possibilidade (ou impossibilidade) de participação, resta a questão da defesa do Direito estabelecido, da busca de efetivação das normas limitadoras do poder de Es-

tado, normas moralizadoras e disciplinadoras da ação pública etc. Barroso, apoiando-se em Jellinek, destaca:

“as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É preciso que existam órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas” (1993, p. 115).

De fato, a previsão normativa de um direito, ou de uma garantia individual ou coletiva, não exaure, por si só, o embate entre dominadores e dominados, entre exploradores e explorados. Não basta a Constituição dizer, em seu art. 1º, III, que o Estado Brasileiro possui como fundamento “a dignidade da pessoa humana”; a tal previsão não corresponde um meio pelo qual um cidadão possa impedir a degradação de uma família (conduzida pelo desemprego para a mendicância), a prostituição infantil, a exploração de trabalho em carvoarias, etc.; o texto normativo, assim, não é mais que retórica. Aliás, a Constituição brasileira é um amplo discurso retórico: repleta de previsões normativas não-implementadas. O art. 3º da Constituição Federal afirma constituírem objetivos fundamentais da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação”. Como um cidadão pode exigir a sua concretização? Mesmo munido da comprovação estatística de que a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais e regionais estão se ampliando, um cidadão não pode exigir o cumprimento da norma constitucional (base de todo o sistema jurídico pátrio).

Aliás, nosso sistema jurídico (normas e jurisprudência) é extremamente injusto e elitista: estimula, quer pelo processo (previsto e praticado), quer pelo estabelecimento de penas (em abstrato e em concreto), a impunidade dos mais abastados (empresários, administradores públicos, parlamentares, entre outros). Assim, pune-se de forma basicamente igual aquele que lesa o patrimônio público (subtraindo-o, apropriando-se, desviando, superfaturando etc.) em mi-

⁶ Denuncia Aguiar: “a grande sabedoria de um ordenamento jurídico é conceder no periférico e manter no essencial” (1984, p. 35). Aqui o sistema apenas prevê a participação direta dos cidadãos.

lhões e aquele que lesa o patrimônio público e/ou privado em pequenos valores. Note: desviar milhões de reais destinados a programas de saúde é fato que provavelmente não será apenado (via de regra, há prescrição da pretensão punitiva, quando não há absolvição em face da precariedade da instrução probatória), e, se o for, merecerá condenação inferior à de um roubo com ameaça de violência e concurso de agentes, em face da primariedade, bons antecedentes, etc. O absurdo está em não agravar a pena de acordo com a gravidade da lesão (chegando a décadas de privação da liberdade quando o dano for de grande monta, o que incentivaria a reposição do patrimônio público).

Existem alguns instrumentos processuais previstos para a defesa de *alguns* dos direitos elencados. Apenas possibilidade, já que, como dito, restam dois grandes embaraços para o manejo amplo e irrestrito de tais caminhos procedimentais: despreparo jurídico (desinformação) da população (ignorante de seus direitos, bem como dos deveres de seus concidadãos e dos agentes públicos) e uma endêmica resistência de parte da magistratura em concretizar os avanços sócio-políticos, insistindo em posturas (inclusive hermenêutica) excessivamente conservadoras, formalistas, contribuindo para a impunidade (não apenas penal). Em defesa dessa postura, as hierarquias superiores do Judiciário insistem em invocar uma desvirtuada necessidade de separação e harmonia dos poderes; vale dizer: obrigar os outros Poderes a cumprir normas estabelecidas constituiria risco à independência destes, atentando contra a separação e harmonia entre todos. Mesmo quando há uma evolução legal, verifica-se, ainda assim, uma resistência judiciária em aceitar o avanço. Barroso, a respeito, apóia-se em Barbosa Moreira para criticar uma tendência de “interpretação retrospectiva”, ou seja, aquela que “lê o novo texto com espírito nostálgico, no ímpeto de buscar novas soluções. Tanto a timidez como a eventual hostilidade do Poder Judiciário tirar-lhe-iam as honras de colaborador sincero e empenhado da restauração democrática, para transformá-lo em coadjuvante do fracasso, como sabotador voluntário ou involuntário.” (Idem, p. 120)

Exemplo dessa “timidez judiciária” é o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da Constituição). Foi previsto para que a ausência de normas regulamentadoras não impedisse a aplicação de normas constitucionais: o Judiciário

poderia suprir a lacuna para o requerente, permitindo a efetivação do dispositivo constitucional. Entretanto, como lê-se no Mandado de Injunção nº 288-6/DF, “a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de atribuir ao mandado de injunção a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da inércia do Poder Público em dar concreção à norma constitucional positivadora do direito postulado, buscando-se, *com essa exortação ao legislador*, a plena integração normativa do preceito fundamental invocado pelo impetrante do *writ* como fundamento da prerrogativa que lhe foi outorgada pela Carta Política”(rel.: Min. Celso De Mello. *DJU*, p. 11.629, 3 maio 1995).

O Supremo Tribunal Federal transformou o mandado de injunção numa mera ação declaratória de “mora legislativa”: em lugar de suprir a ausência de regulamentação de um dispositivo constitucional, garantindo sua eficácia plena, limita-se a declarar a existência da lacuna, reconhecendo a inadimplência do Poder Legislativo no cumprimento de seu dever de regulamentar os direitos e as garantias previstas na Lei Básica. Via de consequência, extermiou-se a possibilidade de dar eficácia imediata às normas constitucionais; mesmo notificado de sua mora, o Legislativo pode não suprir a lacuna. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, norma que, há muito, o STF já *declarou* carcer de regulamentação (cf. ADIn 4/DF); a interposição de mandado de injunção sobre a matéria, a exemplo do nº 457-9/SP, merece apenas o reconhecimento da *inadimplência*, mas não o suprimento da lacuna: o mandado é “deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão” (cf. *DJU*, p. 22.440, 4 ago. 1995).

A mesma *timidez* (ou *resistência*) envolve certos aspectos da ação direta de inconstitucionalidade. Como já tive ocasião de analisar alhures, “tal como posto em nossa legislação, essa – efetiva – participação de Estado é praticamente impossível de ser exercida: o ordenamento jurídico brasileiro cria, assim, uma *cidadania parcial*, na medida em que retira do cidadão o poder de agir para a preservação dos interesses sociais (depois de já ter retirado da grande maioria da população o poder de compreensão, não lhe fornecendo condições para uma formação educacional, minimamente sa-

tisfatória que fosse). A isso acresça-se uma exegese judicial que dificulta ainda mais o exercício da cidadania: o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, erige todas as dificuldades possíveis para o exercício das ações diretas de constitucionalidade” (1995b, p. 153, nota 2).

Entre as dificuldades erigidas, pode-se exemplificar com a definição e compreensão do que seja “entidade de classe de âmbito nacional” (cf. ADIn 334-8. *DJU*, p. 7.772, 31 mar. 1995), bem como a exigência de que haja uma “relação de pertinência entre o interesse específico da classe” defendida por tal entidade e “o ato normativo que é argüido como inconstitucional” (cf. ADIn 913-3. *DJU* p. 11.904, 5 maio 1995). O Supremo Tribunal Federal transformou tais requisitos em elementos mais importantes do que o próprio exame da pertinência da alegação de inconstitucionalidade. Destarte, mais do que requisitos procedimentais, tais elementos cumprem a função de entraves colocados justamente para dificultar o exame da inconstitucionalidade, passando a questão de mérito a ocupar posição secundária, justamente em função do formalismo exacerbado que impede o seu conhecimento.

Outros instrumentos processuais do Direito vigente dirigem-se à defesa de direitos e interesses coletivos e difusos, ou seja, respectivamente: (a) interesses e direitos de um grupo de indivíduos que se pode determinar, ligados entre si por elemento comum; ex.: profissionais de uma mesma área – associados em entidade profissional –, empresas de uma região ou área econômica – organizadas em entidade representativa –, alunos ou pais de alunos de uma instituição de ensino, condôminos etc.; (b) interesses e direitos que dizem respeito a um conjunto não-enumerável de indivíduos – não identificados ou identificáveis –, como “a sociedade”, os moradores de uma região, os consumidores de um certo produto etc. A proteção dessas duas ordens de direitos e interesses (destacada a *difusão*) constitui tema inegavelmente central no debate jurídico contemporâneo. Infelizmente, no Brasil, não se consolidou ainda uma legislação e muito menos uma tradição judiciária adequadas a uma ampla defesa de interesses e direitos dessas naturezas (uma lamentável falta de amplitude democrática).

A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXI) avançou ao permitir que as entidades associativas pudessem buscar a defesa dos direitos de seus membros, judicial ou extrajudicialmente. O texto da norma, contudo, refere-se à

necessidade de “autorização expressa” dos membros, o que, em conjunto com a disposição do inciso XX, do mesmo art. 5º (prevendo que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou permanecer associado”), tem sido utilizado como argumento para limitar o âmbito de atuação das associações. O argumento impeditivo deve ser analisado com seriedade, mas, principalmente, com razoabilidade, certo que, em inúmeras situações, essa autorização chega a se presumir (ex.: associação de pais e mestres em procedimentos que dizem respeito à administração de unidade escolar, preço de mensalidade, prestação de contas; associações de aposentados, em procedimentos que visem à melhoria de pecúlios ou serviços assistenciais, etc.). Sem esse bom senso na interpretação do dispositivo constitucional, fugir-se-á aos fins visados pela norma, um inegável retrocesso na busca da consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Ainda para a defesa dos interesses difusos, pode-se listar a ação civil pública, pretendendo determinar a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico. A capacidade de aforamento da ação civil pública é limitada pelo texto legal (Lei nº 7.347/85): o Ministério Público, os entes políticos e seus órgãos descentralizados, as associações velhas de um ano, cujos estatutos prevejam a tutela do interesse cogitado *in concreto*. Um inegável instrumento para a proteção dos bens e dos interesses públicos. Entretanto, como anota Barroso, a legislação que a disciplina já está a comportar uma evolução: “extensão da legitimidade ativa a particulares, agindo em nome da coletividade”, assim como a ampliação dos “interesses tutelados”, “não havendo razão para restringir as ações coletivas aos temas que a lei, *numerus clausus*, delimita” (Op. cit., p. 140-141).

O art. 5º, LXXIII, do Texto Constitucional de 1988 lista a “ação popular”, que pode ser proposta por “qualquer cidadão”, visando “a anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Destaca Barroso que “a legislação ordinária que disciplina a ação popular ampliou-lhe largamente a área de incidência”, tutelando não apenas as “pessoas estatais, mas também autarquias, as socieda-

des de economia mista, as empresas públicas, as fundações instituídas pelo poder público e os serviços sociais autônomos, dentre outras (Lei nº 4.717/65, art. 1º). Além disso, ao fixar o conceito de patrimônio público, dilatou-o para abranger os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico ou turístico (art. 2º).” (Op. cit., p. 134)

O mandado de segurança, atualmente previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição, é instrumento que surgiu já na Carta de 1934, estando regulamentado pela Lei nº 1.533/51. O art. 5º, LXX, da vigente Constituição, criou a figura do manejo coletivo do mandado de segurança, determinando uma “ampliação da legitimação ativa”, “uma hipótese de substituição processual”, com o que “poderá uma entidade de classe intervir em nome da coletividade como um todo, na defesa de um interesse geral, que apenas se reflete, sem com ele confundir-se, no interesse individual de cada um dos seus membros”, o que implica uma “grande simplificação e economia de tempo e trabalho”, assim como suprime a “possibilidade de decisões logicamente conflitantes” (Idem, p. 136-137). Mas também, quanto ao mandado de segurança coletivo, paira a sombra de uma interpretação limitadora, que poderia ser impingida a partir da invocação do inciso XX do mesmo art. 5º (cf. supra), exigindo seriedade e razoabilidade do Judiciário, certo que se pode limitar em excesso o emprego do *mandamus* coletivo com uma exegese ortodoxa, lamentavelmente reiterada por certa parcela da magistratura.

No âmbito dos direitos individuais, há o *habeas corpus*, cuja presença, no direito brasileiro (hábil à proteção da liberdade de locomoção – art. 5º, LXVIII), é clássica, não merecendo, no âmbito deste trabalho, maiores considerações. A Constituição de 1988, em seu art. 5º, LXXII, criou uma nova ação, qual seja o *habeas data*, permitindo o “conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”, bem como a retificação desses dados. Para a interpretação desse art. 5º, LXXII, é indispensável que se lance atenção para outro direito e garantia individual, anotado no art. 5º, XXXIII, da vigente Constituição Republicana: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabi-

lidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

O constituinte procurou sepultar uma antiga prática de Estado no Brasil, onde os administradores insistem em práticas abusivas. Já

“ao tempo do Império, havia expedientes em que a simples afirmativa ‘consta que’ era suficiente para a cassação até de direitos políticos dos cidadãos, demonstrando com isso o arbítrio que havia no tocante ao fornecimento de dados pessoais comprometedores da honorabilidade do cidadão, utilizados por terceiros, sem que o prejudicado tivesse ciência do fato ou pudesse corrigir eventuais abusos, por lhe serem negadas informações referentes à sua pessoa. Na atualidade, ocorrem abusos semelhantes, que o preceito em tela procura evitar, facultando o acesso do interessado às informações de que necessite” (Soares, 1990, p. 136).

3. Cidadania: participação consciente

Para além da questão relativa à definição normativa das possibilidades de participação nos desígnios da sociedade e sua organização em Estado, restam as condições sócio-políticas em que se insere o tema cidadania. Parte do problema já foi analisada: refiro-me a uma postura conservadora de parte do Poder Judiciário, limitando a evolução social do país (e o quadro de miséria vigente entre nós aponta a necessidade urgente de reformas sociais). Faria confessa desapontamento semelhante:

“à medida que surgem novos tipos de conflitos, a maioria das leis vai envelhecendo. Embora os legisladores respondam ao desafio da modernização das instituições de direito com a criação de novas leis, a cultura técnico-profissional da magistratura parece defasada, insensível, portanto, aos problemas inerentes à aplicação de leis mais modernas em sua concepção” (1992, p. 9).

A posição assumida pelo Judiciário constitui um dado forte nas mazelas da máquina estatal brasileira. Era inevitável, portanto, que, mais cedo ou mais tarde, o Judiciário fosse colocado nos debates nacionais, o que aos poucos vem ocorrendo. Durante anos, foi um Poder intocado, como que posto para além do bem e

do mal. Houve, contudo, excessos. Por certo, garantir independência aos juizes é um princípio de democracia; mas não expô-los à opinião pública é permitir o exercício do arbítrio de quem, possuindo o poder de interpretar as normas, pode até mesmo negá-las. Esse debate, contudo, deve ser criterioso: a muitos interessa apenas garantir que o Judiciário não obstaculizará suas ações ilegítimas. Permitti-lo seria um enorme retrocesso. Mas esquecer-se que também no Judiciário se praticam atos reprováveis constitui, no mínimo, ingenuidade. A discussão, portanto, exige bom senso e respeito à primazia dos interesses da sociedade sobre os interesses individuais.

Há também o problema do acesso dos pobres à Justiça. Carneiro, pretendendo analisar “a pobreza crítica de milhões de latino-americanos”, refere-se a uma correlata “pobreza política”, vale dizer, não há “nenhum acesso ao poder político e nenhuma oportunidade de participação” (apud Oliveira Filho, 1995, p. 23). É o terceiro obstáculo, já referido: como se pode ter cidadania (participação consciente nos desígnios de Estado) com indivíduos que não possuem condições mínimas de compreender seus direitos e deveres? Afinal, como diz Carneiro,

“para exercitar direitos e cumprir obrigações pessoais e sociais, para participar de uma democracia sólida, madura e ativa, é necessário que as pessoas tenham a possibilidade de informar-se, de conhecer, quer dizer, de participar.”

Porém, na realidade, os pobres “não têm oportunidade de conhecer seus direitos, não possuem acesso aos serviços apropriados e disponíveis. Para eles, a lei, o Direito, é algo inacessível, amedrontador, olhado com bastante reserva, pois, sempre que os pobres têm contato com a lei e a justiça, é, em geral, no campo do direito penal, e sempre para sancioná-lo, coibi-lo; em nenhum momento o pobre encara a justiça como um serviço social capaz de outorgar-lhe benefícios – as experiências pessoais, os abusos de autoridades mostram a realidade expressada” (Idem, p. 25).

Milhões de brasileiros vivem em pobreza política: não se lhes permitiu uma educação apta a desenvolver um senso político e crítico. Especificamente quanto ao Direito, esse enorme contingente populacional vive em ignorância jurídica, desconhecendo informações elementares que lhe tocam o cotidiano, como a

Lei do Inquilinato, normas sobre o poder de prisão, direitos trabalhistas etc. Chamar-lhes de cidadão, nesse contexto, é pura retórica dentro de um mito de democracia participativa que não possui condições mínimas de ser implementada por não estar alicerçada em uma efetiva (possibilidade de) participação popular. Curiosamente, os “esforços de redemocratização” (denominados assim os atos e processos de transição entre os regimes militares, autoritários, para regimes civis, pretensamente democráticos) pelos quais passaram – e/ou passam – os países da América Latina não foram acompanhados por uma popularização do conhecimento jurídico, permitindo a formação de cidadãos conscientes de seus poderes, suas faculdades, e de suas obrigações. Ao contrário, esse conhecimento continua sendo um privilégio daqueles que podem pagar a assessoria de qualificados profissionais do Direito (e, quanto mais qualificados, mais bem remunerados).

Como se só não bastasse, Carneiro também reconhece que

“existem em nossas instituições judiciais inegáveis dificuldades que impedem o acesso dos mais despossuídos ao sistema judicial. As experiências demonstram que os processos são lentos, burocráticos, gerando decisões inoperantes, e que terminam por causar frustrações e ressentimento a tais setores” (Op. cit., p. 26).

Há que se acrescer, por óbvio, o problema do custo de estar em juízo, principalmente no que se refere à possibilidade de se fazer representar por um bom advogado, capacidade que, justamente em razão da limitação econômica, os pobres raramente podem exercer. Carneiro assevera que a atenção para as demandas dos pobres, por parte de advogados nomeados pela Ordem dos Advogados ou pelos Tribunais para defender gratuitamente as pessoas pobres, por parte dos Defensores Públicos, escrivães, funcionários do Judiciário, é “escassa, negligente e descuidada” (Idem, p. 29-31).

4. O mito da cidadania

A cidadania entre nós, vê-se, não é uma realidade: é uma promessa. E, se não temos cidadania (e, por consequência, cidadãos), se não temos participação consciente (um amplo contingente de pessoas conscientes e dispostas a participar da e) na condução da sociedade organizada em Estado, não temos democracia.

Destaque o elemento humano. É preciso não esquecer que, para além da definição jurídica de “cidadão”, estamos nos referindo a seres humanos (e a uma sociedade). É a qualidade política de cada um desses indivíduos que marca a qualidade política da sociedade (num somatório não-aritmético). Althusser, escorando-se em Marx, adverte que “a sociedade não é composta de indivíduos”; “o que a constitui é o sistema de suas relações sociais, onde vivem, trabalham e lutam *seus* indivíduos”. Realça-se a questão da formação do ser humano pela e na sociedade⁷; afinal “cada sociedade tem *seus* indivíduos, *histórica e socialmente determinados*” (1978, p. 30; grifei)⁸.

A questão da cidadania não é apenas normativa e doutrinária, mas sociológica: apura-se também no plano dos fatos que compõem (e afetam) a vida dos seres humanos. Assim, importa também verificar a cidadania efetivamente experienciada pela sociedade, pois, para além das teorias e das normas, está a vida de cada ser humano que constitui a sociedade. De pouco adianta propagar que cada um é um agente de seus destinos político, social, econômico, jurídico (o mito da cidadania), se não há condições jurídicas e mesmo pessoais para que isso ocorra. Esse ser humano que se crê agente é, antes de mais nada, um objeto de cultura: ela o precede e o forma. Pensamos agir com liberdade, mas agimos segundo parâmetros de “normalidade” desse tempo histórico (repetindo atos e pensamentos que nos são anteriores e podendo influenciar a história apenas em certos limites – variáveis de caso a caso, mas, via de regra, extremamente reduzidos). Confira-se Figueiredo (1994): o tempo histórico *forma* o indivíduo, constrói seu pensamento, marca a tendência de seus comportamentos, seus desejos principais, suas “necessidades”. Sob o enfoque da psicologia, Figueiredo demonstra o acerto das afirmações de Marx acerca das influências das condições materiais, econômicas, sociais sobre o ser humano.

⁷ Já tive oportunidade de abordar, mais detidamente, essa questão da formação (condicionamento) do indivíduo pela (e na) sociedade (cf. 1995, capítulos 2 a 8).

⁸ Minha adesão a Althusser é limitada. Não acredito, p.ex., que a exploração de seres humanos seja privilégio do capitalismo: regimes autodenominados comunistas e socialistas exibiram-na também; não comungo, portanto, da confiança do autor no *Partido*.

Assim, o ser humano medieval (europeu) acreditava em (vivia com) fadas, feiticeiros, magos, maldições, etc.: um tempo de luta religiosa (contraste de seitas em um mundo que crescia) e de forte influência da Igreja Católica: a vida como mera provação, entre Deus e o diabo (luta marcada pelo sacrifício e pelo sofrimento; o prêmio: a salvação eterna; o castigo: o inferno). O agnosticismo de nosso tempo, por sua vez, segue também a história: a religião foi substituída do centro das atenções e referências pela ciência e pela economia (e a vida eterna, pelo conforto, riqueza, sucesso). Sim! Somos seres feitos de história⁹, formados em um tempo e lugar, em uma sociedade e sua prática social; não só nosso comportamento, mas nossa visão de mundo (a forma como a realidade se manifesta em nós) nos são anteriores em suas linhas mestras. Cada ser humano compreende a si e a realidade em que se insere (na forma como crê que seja essa realidade e essa inserção) a partir de referenciais que lhe são exteriores e anteriores (que lhe foram dados)¹⁰.

No caso brasileiro, deixando de dar formação educacional (crítica e política) a parte da população, mantém-se a prática espoliatória que beneficia uma elite (narcísica, incompetente, inconseqüente) em desproveito de milhões de pessoas (miseráveis e trabalhadores das classes baixas). Permite-se uma certa ordem de privilégios para uma classe intermediária (classe média), que, na estrutura social, funciona como suporte para as classes dominantes: fornece-lhe profissionais que administram seus interesses (nestes incluídos tanto os negócios particulares, quanto os “negócios de Estado”, ou seja, a administração do aparelho de Estado, sempre no estrito respeito à conservação de seus benefícios), assim como assimila (motivada pelo desejo de conservar sua própria par-

⁹ Não só, é claro.

¹⁰ Neste tempo, as condições históricas requerem a formação de indivíduos politizados (conscientes da importância de participar dos desígnios da sociedade mundial); porém, procura-se forçar a acomodação dos trabalhadores em nome do emprego e do desenvolvimento; os trabalhadores abrem mão de direitos sociais, mas as elites conservam festas caras, compras milionárias de objetos de arte, iates, propriedades suntuosas etc. Por outro lado, a “vida moderna”, construída de trabalho alienado e consumo, desiludiu: vivemos um surto de depressão: crescem as “culturas alternativas” (místicas ou não), o consumo de drogas (do álcool e tabaco aos entorpecentes) e a busca por entretenimento (alienante, frise-se).

cela – ainda que limitada – de benefícios) a fobia – e a luta – contra um possível “levante” das massas exploradas.

A esse quadro de dominação e à exploração serve o “mito da cidadania”: nossa sociedade é induzida a crer-se democrática e os indivíduos a crerem-se cidadãos; segundo esse discurso (falso, nos termos vistos), haveria, entre nós, respeito ao Direito (não só às normas estabelecidas, como aos “elevados princípios de justiça”) e oportunidades de participação. Mas, examinando-se os indivíduos isoladamente, encontrar-se-á apenas uma pequena minoria que possui condições pessoais e sociais de, efetivamente, conhecer e utilizar-se das possibilidades (limitadas, como viu-se) de participação consciente nos desígnios de Estado. A consolidação do (verdadeiro) Estado Democrático de Direito, em contraste, exige muito mais. Há que repensar nossas posturas: a pretensa inocência da alienação política provou, durante anos, ser uma irresponsável adesão à continuidade do sistema espoliativo que polvilhou nosso país de miseráveis, despreparados, até mesmo, para perceberem que o trabalho¹¹ e a organização das iniciativas poderia ser uma possibilidade de superação do estado em que se encontram. Assim, muitos se entregam às seduções do vício (que aliviará) e da criminalidade (onde creem poder exercer algum poder).

Os que possuem uma visão crítica precisam posicionar-se e buscar conquistas que efetivem a democracia. Trabalhar, quer no plano político (na luta pela construção de um sistema educacional capaz de criar seres humanos aptos a compreender, de forma crítica e participativa, a realidade social e política; a alteração das legislações que cuidam da participação popular na Administração Pública e da defesa dos direitos previstos, etc.), quer no plano jurídico (criando organizações não-governamentais para o exercício dos meios processuais disponíveis, concretizando uma defesa dos direitos individuais, coletivos ou difusos previstos, bem como defesa dos bens e interesses públicos; alteração das práticas judiciárias e administrativas de Estado, em que a busca de formalismo determina que se tratem de forma igual fracos e fortes, espoliados e espoliadores).

Esse o desafio que se coloca diante de nós;

¹¹ Não se esqueça que a ausência de educação lhes franqueia apenas postos desqualificados de trabalho.

assumi-lo é uma opção de justiça, opção humanista, evolucionária (em lugar de revolucionária).

Bibliografia

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo : Alfa-Omega, 1984.
- ALTHUSSER, Louis. *Posições I*. Tradução Carlos Nelson Coutinho et al. Rio de Janeiro : Graal, 1978.
- . *Aparelhos ideológicos de Estado*. Tradução Maia L. V. Castro. Rio de Janeiro : Graal, 1983.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro : Renovar, 1993.
- BELLO, Raquel Discacciati. *A Participação popular na Administração Pública*. [artigo ainda não publicado]
- CARVALHO NETTO, Menelick. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte : Del Rey, 1992.
- DRUMOND, José Geraldo de Freitas. *O cidadão e o seu compromisso social*. Belo Horizonte : Cuatiara, 1993.
- ENCARNAÇÃO, João Bosco da (Coord.) *Seistemas sobre o ensino jurídico*. São Paulo : Cabral : Robe, 1995.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito : os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- FIGUEIREDO, Luís Cláudio. *A invenção do psicológico : quatro séculos de subjetivação (1500-1900)*. São Paulo : EDUC : Escuta, 1994.
- MAMEDE, Gladston. *Semiologia e Direito : tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. Belo Horizonte : Editora 786, 1995.
- MAMEDE, Gladston. Neoliberalismo e desadministrativização. *Revista de Informação Legislativa*, n. 81, p. 151-159, jul./set. 1995(b).
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- MUNIZ, Marco Antônio (Org.). *Direito e processo inflacionário*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.
- OLIVEIRA FILHO, Paulo de (Org.). *Parolagem : ensaio e crítica*. São Paulo : Editorial Livros, 1995.
- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

Direito Comparado como Ciência

Ivo DANTAS

SUMÁRIO

1. A questão terminológica. 2. A expressão Direito Comparado. 2.1. Direito Estrangeiro, Legislação Comparada, Direito Comparado. 3. Conceito de Ciência. Caráter científico do Direito. 4. Direito Comparado: método ou ciência? 5. Funções do Direito Comparado. 6. Pequena bibliografia de Direito Comparado.

1. A questão terminológica

Qualquer tentativa de conceituação e fixação de objeto e método de uma ciência implica, evidentemente, *valoração* por parte daquele que vai empreender o estudo. Em outras palavras, pode-se dizer que não existe posição *certa* ou *errada* em tais tentativas, uma vez que o entendimento filosófico-epistemológico do autor é que determinará a rota que será seguida na tarefa conceitual.

Se tal ocorre até mesmo nas ciências ditas *avançadas*, muito mais presente está nas ciências sociais, geralmente filhas do século XIX, embora com certa tradição desde a antigüidade greco-romana e da qual não fogem os estudos políticos, representados pela *reflexão valorativa* de Aristóteles, Platão, Tomás de Aquino, Agostinho, Rousseau, Montesquieu, Marx e tantos outros, mas que só recentemente passaram a preencher os requisitos de cientificidade.

A conclusão de parte da doutrina no sentido de reconhecer a cientificidade das reflexões sobre o social, entretanto, não afasta a constatação de que não são poucos os autores que ainda hoje lançam-lhe dúvidas, entre outros motivos, pela *presença de uma flexibilidade termi-*

Ivo Dantas é Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Doutor em Direito Constitucional (UFMG), Livre Docente em Direito Constitucional (UERJ), Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, Professor Titular do Bureau Jurídico, Recife, e Advogado.

NOTAS AO FINAL DO TEXTO.

nológica e pela *inexistência de um parolóquio inteligível ao homem de cultura média*, ou seja, uma *metalinguagem* que explique e seja aceita, tanto quanto possível, pelo universo dos que se dedicam a tais estudos. Assim, na Sociologia, por exemplo, o próprio conceito de *sociedade* ou mesmo de *fato social* ainda não conseguiu uma aceitação pacífica, muito embora tentativas nesse sentido existam desde Durkheim e outros, o mesmo acontecendo com o de *Estado*, nos estudos jurídicos e políticos tal como temos nos ocupado em todos os trabalhos já referidos¹.

Preocupado com o *direito*, afirma Paul Valéry² que

“nous parlons facilement du droit, de la race, de la propriété. Mais qu'est-ce, que le droit, que la race, que la propriété? Nous le savons, et ne le savons pas”.

Referindo-se aos dois sentidos do vocábulo *direito*, tal como já por nós mencionado (= *processo e conhecimento*), Alberto Calsamiglia³, ao estudar “El Estatuto Científico de la Dogmática”, referindo-se à “ambigüedad del término derecho”, escreve que

“la distinción entre el derecho y la ciencia del derecho no está clara para la mayoría de los juristas. Una de las posibles acepciones de la palabra derecho es ciencia del derecho. En el lenguaje ordinario, decimos que estudiamos derecho. En esta frase se hace referencia al saber jurídico. También utilizamos la palabra derecho para designar un ordenamiento jurídico, derecho subjetivo o, incluso, la idea de justicia”.

Em outras palavras, não poderemos perder de vista – e já o afirmamos – que com a mesma expressão tanto designamos o *ordenamento jurídico-positivo* como o *estudo que se efetua sobre ele*. Dizendo melhor: o mesmo substantivo tanto é usado para significar o *processo em si* como o *conhecimento* que sobre ele se formula, a ponto de Héctor Fix-Zamudio, no livro *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*⁴, escrever que

“en primer término, el derecho tiene en su contra la circunstancia de que la denominación que puede darse a la disciplina que se ocupa de su estudio es equívoca y comienza por confundirse con su misma materia.

Así, mientras a nadie se le ocurriría confundir la astronomía con los astros, las estrellas o las galaxias; la física con

la materia, o la geografía con el globo terráqueo, es frecuente la discusión sobre si el derecho posee o no carácter científico, no obstante que el derecho no es una disciplina racional, sino un objeto de conocimiento”.

Embora reconhecendo a *inexistência de uma rigidez vocabular* nos estudos jurídicos, Cândido Dinamarco (*Fundamentos do Processo Civil Moderno*⁵) já identifica nele um progresso que o torna “mais minucioso e apurado”. Textualmente, escreve que

“mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência pelo refinamento maior ou menor do seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estu-
dioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem, e as palavras se usem sem grande precisão técnica.

Em direito também é assim. À medida que a ciência jurídica se aperfeiçoa, também o vocabulário do jurista vai sentindo os reflexos dessa evolução, tornando-se mais minucioso e apurado. A linguagem do jurista de hoje não é a mesma do seu antecessor do século passado, precisamente porque a ciência do direito já se encontra profundamente modificada (assim como a do físico, que nas últimas décadas tantos fenômenos novos vai precisando designar)”.

Finalmente, lembre-se que a necessidade de precisar o sentido dos vocábulos já era realçada por Aristóteles⁶ nos seguintes termos:

“É útil ter examinado a pluralidade de significados de um termo, tanto no interesse da clareza (pois um homem está mais apto a saber o que afirma quando tem uma noção nítida do número de significados que a coisa poder comportar), como para nos certificarmos de que o nosso raciocínio estará de acordo com os fatos reais e não se referirá apenas nos termos usados. Pois, enquanto não ficar bem claro em quantos sentidos se usa um termo, pode acontecer que o que responde e o que interroga não tenham suas mentes dirigidas para a mesma coisa; ao passo que, depois de se haver esclarecido quantos são os significados, e também qual deles o primeiro que se tem

em mente quando faz a asserção, o que pergunta pareceria ridículo se deixasse de dirigir seus argumentos a esse ponto.

Isso também nos ajuda a evitar que nos enganem e que enganemos os outros com falsos raciocínios; porque, se conhecemos o número de significados de um termo, certamente nunca nos deixaremos enganar por um falso raciocínio, pois perceberemos facilmente quando o que interroga deixa de caminhar seus argumentos ao mesmo ponto”.

A flexibilidade terminológica do vocábulo Direito agrava-se de maneira mais gritante quando utilizado na expressão *Direito Comparado*, visto que, apesar de reconhecidas sua existência e autonomia, sua denominação permanece como ponto de discordância, o que, por sinal, ocorre com suas *primas-irmãs*, Ciência Política e Teoria do Estado.

2. A expressão *Direito Comparado*

Felipe de Solá Cañizares, em sua *Introducción al Derecho Comparado*⁷, além de reconhecer o aspecto mencionado, fala-nos de um uso inadequado da expressão, ao escrever que “antes de examinar el problema tan debatido del concepto del derecho comparado, conviene hacer unas observaciones acerca de la expresión *derecho comparado* y de las otras denominaciones que se han empleado en un sentido equivalente.

Derecho Comparado es la expresión consagrada por el uso, especialmente en los países latinos, en los de lengua inglesa y también en los países escandinavos y eslavos. Y, sin embargo, los autores contemporáneos coinciden en considerar esta expresión inadecuada y pres-tándose a confusión, porque puede hacer creer que se trata de una rama del derecho que trata de una materia determinada, como es el sentido de las expresiones *derecho civil*, *derecho penal*, *derecho comercial*, etc”.

No mesmo sentido, Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde e Martin Wolff, em seu *Traité de Droit Comparé*⁸, escrevem que “l’expression *droit comparé* est à première vue peu satisfaisante, elle ne donne pas une idée claire de la chose qu’elle désigne”, para, logo em seguida, prosseguir:

“Elle implique une comparaison,

mais sans en indiquer les termes. On pourrait croire qu’il s’agit de comparer les diverses branches du droit: *droit civil*, *droit commercial*, *droit maritime*, *droit administratif*, *droit pénal*, ou bien de comparer le même système de droit à diverses époques de son évolution”.

Dessa inadequação nos fala René David em seu *Tratado de Derecho Civil Comparado – Introducción al Estudio de los Derechos Extranjeros y al Método Comparativo*⁹, quando afirma que

“la expresión *Derecho Comparado*, por evocar una analogía entre diversas ramas del Derecho positivo que constituyen otras tantas ramas de la ciencia jurídica, es una expresión desafortunada que habría sido mejor y valdría la pena evitar”.

E acrescenta:

“Muchas discusiones ociosas se habrían evitado si en lugar de emplearla se hubiera hablado, con ciertos autores, bien de comparación de Derechos, bien de método comparativo”.

Aliás, entre os que preferem substituir a expressão *Direito Comparado* por *Comparação de Direito*, cumpre lembrar Alberto Trippicione, que denomina seu livro de *La Comparazione Giuridica*, nele estabelecendo uma verdadeira *Teoria do Direito Comparado*, além de proceder a análises dos sistemas soviético e islâmico do Direito. A mesma opção acontece com A. J. Van Der Helm e V. M. Meyer no livro *Comparer en Droit*¹⁰.

H. C. Gutteridge (*Le Droit Comparé – Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l’étude du droit*¹¹), apoiando-se em Lee, entende que

“l’expression *droit comparé* est une expression étrange. Son étrangeté apparaît lorsque l’on s’efforce de la définir ou de préciser ses rapports avec d’autres branches de la connaissance”.

E prossegue:

“Une bonne part de l’atmosphère de doute et de suspicion qui entoure l’étude du droit comparé et qui, dans le passé, s’est tant opposée à son développement disparaîtrait, s’il venait à être reconnu par tout le monde que l’expression ‘*droit comparé*’ désigne une méthode d’étude et de recherche, et que le droit comparé n’est pas une branche ou une division spéciale du droit. Si par ‘*droit*’ nous en-

tendons un corps de règles, il est évident qu'il n'existe pas une telle chose que le droit 'comparé'."

Concluindo, afirma Gutteridge:

"Il n'existe pas une branche particulière du droit appelée 'droit comparé' dans le même sens qu'il y a un 'droit de la famille', ou un 'droit maritime' ou d'autres divisions dans lesquelles on s'entend pour grouper les règles de droit en vigueur, relatives à une matière déterminée.

Les mots 'droit comparé' ne recouvrent rien..."¹²

Ora, se atentarmos que o *Direito Comparado* é ramo do conhecimento sobre o *processo* (= ordenamento jurídico), não vemos nenhum inconveniente no uso da expressão, a qual equivale, em essência, ao que os alemães chamam de *Rechtsvergleichung*, e que podemos traduzir como "comparação de direitos".

Referindo-se a ela, Cañizares¹³ chega a dizer que é "más afortunada", pois

"indica comparación de derechos, y por lo tanto, da una idea más exacta de lo que en realidad es lo que denominamos derecho comparado, que es la comparación de sistemas jurídicos distintos y no un conjunto de reglas aplicables a una materia determinada".

Seja-nos permitido adiantar que, mesmo o Direito Comparado visando estudar "sistemas jurídicos distintos", como afirma o citado autor, nada lhe impede analisar subsistemas ou aspecto(s) de um subsistema. Assim, poderá o comparativista, por exemplo, voltar-se para o *sistema tributário*, *sistema penal*, *sistema constitucional* (= partes do sistema jurídico total), ou ainda, dentro de cada um deles, determinando instituto como, por exemplo, *fato gerador*, *pena*, *sistema partidário* ou *controle da constitucionalidade das leis*. Se tal não fosse possível, incorreto seria falar-se em *Direito Tributário Comparado*, *Direito Penal Comparado*, *Direito Constitucional Comparado*, *Direito Administrativo Comparado* e assim por diante¹⁴.

Essas possibilidades levam os autores a admitir dois tipos de comparação, a saber, uma *Macrocomparação* e uma *Microcomparação*¹⁵, expressões que Mauro Cappelletti, no estudo *El Derecho Comparado: Método y Finalidades*¹⁶, toma em sentido diverso daquele que aqui utilizamos.

Diz-nos, textualmente, Cappelletti:

"El derecho comparado es, en realidad, un método (*Rechtsvergleichung* [comparación jurídica] y no *vergleichen des Recht* [derecho que compara], según la terminología alemana, más apropiada); es, en suma, una manera de analizar el derecho de dos o más sistemas jurídicos diversos: así, existe aquella que podemos llamar 'micro-comparación', cuando la comparación se efectúa en el ámbito de ordenamientos que pertenecen a la misma 'familia jurídica' (por ejemplo, entre Francia e Itália), o bien, 'macro-comparación', si el análisis comparativo se conduce a caballo entre dos o más familias jurídicas, por ejemplo, entre un ordenamiento del *Civil Law*, como el de Italia, y uno del *Common Law*, como el de Inglaterra"¹⁷.

2.1. Direito Estrangeiro, Legislação Comparada e Direito Comparado

Além das denominações já referidas, *Direito Comparado* (Derecho Comparado, Droit Comparé, Diritto Comparato, Comparative Law) e *Rechtsvergleichung*, outras são utilizadas, embora tragam em si impropriedades e um crescente desuso: *Direito Estrangeiro* e *Legislação Comparada*.

Comparemo-las com a denominação *Direito Comparado*, começando pela expressão *Direito Estrangeiro*.

Para Marc Ancel¹⁸, "a distinção entre o direito comparado e o direito estrangeiro era clássica, desde antes de 1900; mas ela não é sempre muito clara, e menos ainda respeitada". Em seguida, destaca, com plena razão, que "o direito comparado está *na dependência dos estudos de direito estrangeiro*" e que o "direito estrangeiro é a *matéria-prima* do direito comparado. Ninguém, com efeito, é comparativista sem ter praticado, inicialmente, o direito estrangeiro, assim como ninguém é chefe de orquestra sem ser, ou ter sido inicialmente, instrumentista".

A colocação feita por Marc Ancel põe em destaque um ponto sobre o qual se deve insistir: o Direito Estrangeiro é a *conditio sine qua non* para a possibilidade de *fazer-se direito comparado*, isso porque não poucos pensam que, pelo simples fato de citarem o direito estrangeiro em seus estudos, significa que estejam

fazendo estudo comparado.

Nada mais inexato. A existência de um ou mais sistemas jurídicos diferentes funciona como um dos pólos indispensáveis ao Direito Comparado, pelo que não é correto pensar-se neste quando, por exemplo, estuda-se a evolução histórica de um instituto, *dentro do mesmo sistema*.

Dando um exemplo: se alguém pretende estudar o federalismo na Constituição brasileira de 1988, e estabelece uma análise de sua evolução nos textos nacionais anteriores, simplesmente faz *História Constitucional*, passando ao domínio do *Direito Comparado* quando, por exemplo, compara-o com o federalismo norte-americano. Insista-se: não basta, entretanto, citar a Constituição americana; necessário é que se estabeleçam as semelhanças e diferenças existentes entre ambos os modelos.

No tocante à expressão *Legislação Comparada*, a sua impropriedade inicia-se no instante em que se tenta identificar *Direito* com *Legislação*, mormente quando lembrados que aquele tem um sentido bem mais amplo que a segunda, sendo esta (legislação) apenas uma das formas de manifestação daquele (= Direito Positivo).

Quando se empreende um estudo de Direito Comparado, sua tarefa vai muito além daquele instante refletido na norma posta, já que deve analisar “o quadro geral em que a norma se encontra”, inclusive a própria Doutrina.

A propósito, lembra Caio Mário da Silva Pereira, em artigo intitulado *Direito Comparado e seu estudo*, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*¹⁹: “quando se criaram no Brasil as primeiras cátedras, esta era a tendência dominante e esta a denominação”. Quem lê as obras de Clóvis Beviláqua, *Lições de Legislação Comparada*, e Cândido de Oliveira, *Curso de Legislação Comparada*, não encontra senão esta concepção para a disciplina. Obras do fim do século passado traduzem bem as idéias em voga, que reduziam as atividades comparatistas a pouco mais que uma resenha estatística de textos de lei.

O Direito Comparado, porém – continua Caio Mário –, vê a realidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto e deve ter presente além da legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática contratual, a tendência da técnica jurídica. O direito, ainda nos

países de direito escrito como o Brasil, onde sua fonte primordial está na lei, não se limita a esta”.

E prossegue:

“O investigador comparatista, realizando sua obra com o material legislativo apenas, fecha seus horizontes e não tem a desenvoltura que a pesquisa de cunho nitidamente científico reclama. Para que possua essas qualidades essenciais, deve o autor da obra desse gênero verificar o que o legislador dispôs, e investigar também o que registram os arestos dos Tribunais, as influências da doutrina, aquelas imponderáveis de todo organismo jurídico que Tulio Ascarelli denomina ‘as premissas implícitas’ dos sistemas em foco, econômicas, doutrinárias, às vezes não formuladas, mas sempre presentes nos sistemas de direito” – conclui Caio Mário²⁰.

Na mesma linha de raciocínio, Ana Lúcia de Lyra Tavares, em artigo intitulado *A Utilização do Direito Comparado pelo Legislador*²¹, após afirmar que “a expressão *direito comparado* deve ser entendida aqui em seu sentido restrito e, para a grande maioria dos comparativistas contemporâneos, bastante distinto de *direito estrangeiro*”, escreve:

“na verdade, o estudo de ordenamentos jurídicos alienígenas constitui uma fase preparatória indispensável para a comparação jurídica, mas com ela não se confunde, uma vez que pode limitar-se a meras descrições sobre um ou outro aspecto daqueles ordenamentos ou a eventuais cotejos sistemáticos. Nos casos em que são focalizadas com exclusividade as fontes legislativas, têm-se ensaios de legislação comparada, campo que, de resto, precedeu historicamente o direito comparado”²².

Dessa distinção entre *Legislação Comparada* e *Direito Comparado* igualmente nos fala Cañizares²³:

“También se emplea todavía la expresión ‘Legislación Comparada’, pero va cayendo en desuso, porque su sentido restrictivo parece insuficiente, pues el vocablo ‘derecho’ tiene un sentido más amplio que ‘legislación’”.

Por fim, e a título ilustrativo, lembremos que, nas denominações das Sociedades e

Institutos, é conservada a expressão “Legislação Comparada”, muito embora em suas publicações oficiais utilizem “Direito Comparado”. Como exemplo, cite-se a *Sociedade de Legislação Comparada* criada em Paris em 1869, apesar de não se poder esquecer que, em 1900, o primeiro Congresso Internacional já incorporava, em sua designação oficial, a expressão *Direito Comparado*²⁴.

3. Caráter científico do Direito?

O ponto central de toda reflexão epistemológica é o *conceito de ciência* e sua aplicação ao setor do conhecimento para o qual se voltam as análises empreendidas²⁵.

Abordando o *Discurso da Ciência do Direito*, Tércio Sampaio Ferraz Jr.²⁶ escreve que “costuma-se, de modo geral, entender a Ciência do Direito como um ‘sistema’ de conhecimentos sobre a ‘realidade jurídica’”. Esta concepção é, evidentemente, muito genérica e pressupõe uma série de discussões que se desenvolvem não só em torno da expressão *ciência jurídica* propriamente dita, mas também em torno do próprio termo *ciência*. Os pontos cruciais desta discussão são, a nosso ver, os seguintes:

“a) o termo *ciência* não é unívoco; se é verdade que com ele designamos um tipo específico de conhecimento, não há, entretanto, um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento; os diferentes critérios têm fundamentos filosóficos que ultrapassam a prática científica, mesmo quando esta prática pretende ser ela própria usada como critério;

“b) as modernas disputas sobre o termo *ciência* estão sempre ligadas à metodologia; embora, em geral, se reconheça que as diversas ciências têm práticas metódicas que lhe são próprias e, eventualmente, exclusivas, renovadas e antigas são as dissensões sobre uma dualidade fundamental e radical do método das chamadas ciências humanas e das ciências da natureza;

“c) embora haja um certo acordo em classificar a Ciência do Direito entre as ciências humanas, surgem aí debates entre as diversas epistemologias jurídicas sobre a existência ou não de uma ciência exclusiva do Direito, havendo

aqueles que preferem vê-lo como uma simples técnica ou arte, reduzindo-se a ciência propriamente dita do Direito a uma parte da Sociologia, da Psicologia, da História, da Etnologia etc.” – conclui Sampaio Ferraz Jr.

Iniciemos, pois, a análise sobre a *caracterização científica do Direito Comparado*, observando que esta encontra-se “evidentemente ligada à qualificação como ciência, da ciência do direito em geral”, tal como observa, acertadamente, João de Castro Mendes em seu livro *Direito Comparado*²⁷.

Por outro lado, vale ressaltar que os problemas aqui aventados não são pacíficos, dado que a descrença ainda hoje existente sobre a *cientificidade dos estudos*, entre outros motivos, assenta-se na concepção aristotélica do conceito de ciência, segundo a qual, para que algum conhecimento seja merecedor daquela qualificação, ser-lhe-ia indispensável e necessária a existência de *leis*, alcançáveis por meio da repetição dos fatos que formam o seu objeto e de uma *generalidade*, esta inexistente no domínio dos estudos sociais e, portanto, jurídicos.

Essa questão do estatuto científico do Direito, digamo-lo como o fez Calsamiglia²⁸, “se transmite de generación en generación como una enfermedad endémica”, podendo-se lembrar que Montaigne, com fina ironia, (*Essais*), já afirmava que (no Direito) “a insegurança é tanta, que não só uma instância julga contra a outra, como seu próprio juízo é susceptível de variação”. E concluía:

“Que tipo de bondade é esta que ontem era vigente e amanhã não, que o curso de um rio chega a convertê-la em crime? Que tipo de verdade é esta que as montanhas limitam?”

Apesar das afirmativas de Montaigne, foi de J. H. von Kirchmann (séc. XIX) a mais vigorosa e conhecida negação da cientificidade do Direito, quando, em conferência intitulada *Die Wertlosigkeit als Wissenschaft* (traduzida para o espanhol com o título *La Jurisprudencia no es Ciencia*²⁹), doutrinava que

“os juristas ocupam-se, sobretudo, das lacunas, dos equívocos, das contradições das leis positivas; daquilo que nelas há de falso, de antiquado, de arbitrário. O seu objeto é a ignorância, a insensatez, a paixão do legislador... Por força da lei positiva, os juristas converteram-se em vermes que só vivem da madeira apodrecida, desviando-se da sã, estabelecem

o seu ninho na enferma. Na medida em que a ciência faz do contingente o seu objeto, ela mesma se torna contingência: *três palavras retificadoras do legislador convertem bibliotecas inteiras em lixo*³⁰.

Retomando o primeiro requisito apresentada pela concepção aristotélica de ciência – *existência de leis* –, é de lembrar-se que, a partir do séc. XIX e devido ao *Historicismo Alemão*, foi aquela perspectiva completamente modificada pelas conclusões a que chegaram Dilthey, Windelband e Rickert, em decorrência das quais não mais se admite a existência de *unicidade no conceito de ciência*³¹.

Fala-se, então, em uma *bifurcação* daquele, mediante a qual, de um lado, estão a “cultura e as ciências culturais”, enquanto do outro encontram-se “a natureza e as ciências da natureza”.

A propósito, Truyol Y Serra, em *Prefácio* que escreveu para a tradução de Kirchmann, afirma que

“os termos do problema mudaram radicalmente a partir das últimas décadas do séc. XIX, com a elaboração do conceito das ciências do individual, cujos artifícios principais foram, de um lado, Dilthey e, do outro, Windelband e Rickert. Às ciências naturais, ciências ‘de leis’ ou ‘nomotéticas’ contrapõem os dois últimos, no seu clássico dualismo, as ciências da cultura, que são ciências de ‘acontecimentos’ ou ‘ideográficas’: se as primeiras são generalizadoras e explicativas, as segundas são individualizadoras e valorativas. Esta teoria geral das ciências foi aplicada sistematicamente à ciência jurídica por Gustavo Radbruch. A discussão segue em aberto”;

conclui Truyol Y Serra, de cujo texto permitimo-nos discordar da adjetivação “valorativas”, que o autor utiliza em relação às ciências da cultura, pelos motivos que mais adiante serão expostos.

Como resultado dessa nova forma de conceituar-se o conhecimento científico, não mais seria o *objeto* que determina a existência, ou não, de uma ciência, mas sim a presença de um *rigoroso método de análises*. Nesse sentido, são oportunas as palavras de José Maria Martínez Doral, em livro intitulado *La Estructura del Conocimiento Jurídico*³², ao analisar a matéria de que nos ocupamos:

“En consecuencia, tampoco se pide

para ella una certeza causal; no le hace falta. Se contenta con una coherencia interna de las proposiciones que la constituyen y con exigir a sus métodos de verificación el máximo rigor”.

A crítica apresentada por Kirchmann, com base na Física como modelo de ciência³³ – e que ainda hoje encontra adeptos –, fundamenta-se, sobretudo, no *caráter histórico-temporal do ordenamento jurídico*.

Entretanto, observa Erik Wolf, no interessante estudo *El caracter problematico y necesario de la Ciencia del Derecho*³⁴, que

“a ello es fácil contestar que la teoría del derecho, que, sobre todo hoy, trabaja con conocimientos sociológicos y patrones ético-valorativos, no solamente explica el origen, el fundamento y las funciones del orden jurídico con independencia de su formulación legal, sino que también examina críticamente los hechos condicionantes y las normas valorativas, se desarrolla permanentemente de acuerdo con los resultados de esta crítica de su sistema y trasciende el ámbito del derecho nacional por medio de investigaciones de derecho comparado”.

No tocante à posição de descrença na cientificidade do Direito, acreditamos que ficará afastada a partir do instante em que desenvolvermos uma correta análise das *funções da ciência jurídica* e, em consequência, do comportamento que o seu estudioso pode e deve ter diante da realidade estudada.

Assim, sabendo-se que *o jurista enquanto cientista interpreta, sistematiza e constrói* a realidade que estuda por meio de determinados comportamentos e limitações metodológicas, haveremos de chegar a uma conclusão positiva, ou seja, que *é viável a ciência do Direito*. Esta, porém, não poderá ser pensada nos moldes da precisão (?) dos estudos físicos e naturais, mas dentro das particularidades que compõem seu objeto de preocupações e que são comuns a todas as denominadas ciências sociais.

Analisemos, portanto, as referidas funções da ciência jurídica, iniciando pela *interpretação*.

Interpretar – ensina Aurélio Buarque de Holanda³⁵ – significa “ajuizar a intenção, o sentido. Explicar, explanar ou aclarar o sentido”, pelo que ao jurista compete enxergar o ordenamento jurídico dado ou posto, sem, contudo, julgar a norma que analisa, dizendo-a justa e/ou injusta.

Gustav Radbruch³⁶, após tecer algumas diferenciações entre as várias ciências do direito, refere-se a um sentido estrito, no qual a entende como sendo a ciência do direito positivo. Adiante, desta feita estudando a *Interpretação*, afirma:

“(ela) recai sobre o sentido *objetivo* do direito positivo, ou seja, o sentido incorporado no próprio preceito jurídico; e não sobre o sentido *subjetivo*, ou seja, o pensamento das pessoas que tomaram parte na sua formação. Isto separa a *interpretação jurídica* da *interpretação filológica*. A interpretação filológica consiste em repensar apenas o que já uma vez foi pensado (é um conhecimento do já conhecido, segundo Augusto Bóckh); a interpretação jurídica é um pensar *até o fim* o já pensado uma vez. Porquanto a Jurisprudência é uma ciência prática; deve ter resposta para todas as questões e não pode recusar-se a decidir, sob pretexto de lacunas, contradições ou obscuridade da lei³⁷. É seu dever entender a lei melhor do que aqueles que participaram na sua feita, e extrair dela mais do que aquilo que os seus autores conscientemente lá introduziram” – conclui.

A essa altura, dois problemas carecem de maior desenvolvimento: o primeiro é sobre o tipo de interpretação, ou seja, qual o *relacionamento entre o cientista do direito e o sistema interpretado* (analisado); o segundo é sobre a dificuldade que encontrará em sua tarefa, como consequência da falta de um vocabulário adequado e cientificamente inteligível, a já por nós referida *Flexibilidade Terminológica*.

Começamos pelo segundo dos problemas, sobre o qual escrevemos em nosso livro *Introdução à Sociologia – Fundamentação Epistemológica*³⁸, que os autores consideram a terminologia como essencial à caracterização do conhecimento científico, ou seja, indispensável à ciência. Necessário que esta traga consigo todo um vocabulário, uma terminologia identificável facilmente pelos que com ela convivem.

Na doutrina epistemológica, este ponto é pacífico. Assim, Walter Brugger, em seu *Dicionário de Filosofia*³⁹, entende que

“importante recurso metódico é a terminologia científica, a linguagem técnica que procura oferecer expressões quanto possíveis claras e unívocas aos conceitos de ciência”.

Identicamente, Leônidas Hegemberg⁴⁰, ao estudar “a complexidade das Ciências Sociais”, refere-se ao problema com as seguintes palavras:

“nelas persiste uma indecisão a propósito da terminologia, e os termos utilizados conservam, com frequência, os seus significados cotidianos, com todas as espúrias conotações. Superada essa fase – continua – o cientista social estaria habilitado a formular as suas leis e as suas teorias, dando-lhes conteúdo fatural preciso e condições adequadas de testabilidade, superando, assim, a barreira da complexidade”.

Em verdade – repetimos aqui o que escrevemos no livro acima citado –, o vocabulário técnico é meio de que se valem os especialistas para a comunicação entre si, tornando compreensível tudo aquilo que desejam expressar. É, por assim dizer, o veículo sem o qual não haveria diálogo, compreensão e, em consequência, progresso científico. Se entre as Ciências Naturais o nível alcançou índice satisfatório, entre as Ciências Sociais a situação é bem diferente...

No caso específico do Direito, o quadro não é menos vexatório, o que levou François Geny, no clássico estudo *Science et Technique en Droit Privé Positif*⁴¹, a se referir, pela primeira vez, a uma *Linguística Jurídica*, hoje, no magistério de Sylvio de Macedo, em artigo intitulado *A Linguagem Jurídica*⁴², possuidora de um

“*status* definido como disciplina científica nova, que ora se utiliza no campo jurídico das contribuições dos linguistas como dos filósofos da linguagem, campo novo de descoberta e prospecção científica sem dúvida sedutor sobre os espíritos amantes do diálogo interdisciplinar”.

Inexistente na afirmativa de Macedo qualquer exagero, bastando que se observe o número cada vez maior de estudiosos que se voltam para tais pesquisas, sobretudo movidos pelo interesse de alcançar, com precisão, uma *linguagem paraloquial*, própria de cada setor do conhecimento científico, e deixando de lado o sentido meramente *coloquial* dos termos que são utilizados pela ciência.

Desse objetivo não poderia deitar o Direito, enquanto conhecimento científico.

Atento a esse aspecto dos atuais estudos da Linguística Jurídica, afirma Sylvio de Macedo⁴³ que

“o aparecimento dos dicionários dos di-

versos paralóquios, inclusive jurídicos, é prova de que esse rigor não significa nenhum bizantinismo, mas é a imposição do espírito humano, na sua ânsia de domínio, na sua tomada de posição. Constatamos na Alemanha – prossegue Macedo –, p. ex., de 1947 para cá, que Boeseler, Brediek, Koest, Thilo, Steiner, Waschke, Badedow, Weinhold, Weissenstein, Wicher e outros publicaram dicionários, sistematizações, sobre o parolóquio jurídico. E por isso Theodor Sternberg alude ao fato de que a idade científica atual está a exigir dos seus juristas ‘uma tensão de suas formas espirituais e anímicas muito diferente daquela doutrina havida na Ciência Verbalista’ – então o oposto do tecnicismo dos nossos dias, pesquisado e aplicado ainda em setores restritos” – conclui⁴⁴.

Mencionemos um aspecto importante no tocante ao parolóquio jurídico: trata-se do fato de que sua existência implicará, necessariamente, o afastamento de *curiosos* ou *ideólogos*, permitindo uma fácil comunicação entre os que formam o universo ou comunidade científica dos estudos jurídicos, tal como ocorre com a Matemática ou a Física. Nesse sentido, a existência de um parolóquio, ao invés de ser um meio de elitização dos estudos jurídicos (como argumentam alguns), será um meio de *purificação metodológica dos mesmos*, único processo pelo qual se conseguirá abolir da Ciência Jurídica os muitas vezes existentes interesses ideológicos, que tanto prejudicam a comunicação e o desenvolvimento da ciência.

Só uma linguagem jurídica rigorosa e, tanto quanto possível, *precisa* poderá contribuir para o estudo científico do Direito!

Tudo o que se disse – é bom frisar – tem aplicação tanto na *linguagem legal* como na *linguagem do jurista*, ou, se quiserem, tanto na *linguagem do objeto* quanto na *metalinguagem*, tais como entendidas por Lourival Vilanova⁴⁵ ao estudar os *dois níveis de linguagem*.

“Tenhamos em conta – afirma Vilanova – que o argumento jurídico a *contrário* pode situar-se em dois planos diferentes: em nível lógico, como forma implicacional de uma proposição composta (se *p*, então *q*) base da forma inferencial dedutiva (se *p*, então *q* / logo, não *q*); em nível de *Direito positivo*, como conteúdo de regra de Direito positivo, ou regra de interpretação que estipula o in-

térprete e aplicador que deve ser utilizada a inferência nos sentidos indicados (ainda que se pondo de lado a carência de fundamentação lógica).

No primeiro caso, a implicação situa-se em nível de metalinguagem, isto é, em nível de linguagem *sobre* a linguagem do Direito positivo, falando *acerca* de algo que ocorre no Direito positivo. No segundo caso, a implicação é *usada* no Direito positivo, adquire a prescritibilidade sob o comportamento do intérprete e aplicador do Direito, que *não tinha como estrutura lógica*. Aqui, coloca-se ao nível de *linguagem-objeto*; ali, no nível de *metalinguagem*” – conclui Vilanova.

A existência de um parolóquio e sua correta utilização não significam, entretanto, que esteja o discurso científico afastado dos recursos estilísticos e da correção gramatical.

Discutindo a *História como Ciência e como Arte*⁴⁶, chegamos a afirmar que ela não poderia renunciar a uma constante *procura do belo, a qual, contudo, não a poderia comprometer*. Escrevemos naquele ensaio:

“...a História, enquanto recomposição dos fatos passados, *não é apenas uma Arte*, embora não possa (ou não deva) abdicar, completamente, dos dados que a arte lhe oferece – com seu conceito – de busca ou procura do belo. Pensamos dessa forma, uma vez que ao historiador não se pode dispensar que ponha a serviço da reconstituição do passado o que é próprio ao seu estilo, enquanto capaz de buscar a beleza literária. Isso, contudo, não o habilita nem o autoriza a abandonar a exatidão científica, em busca de uma elaboração estética”.

Tais afirmativas são totalmente aplicáveis ao estudo científico do Direito em qualquer de seus ramos, bem como à *técnica de sua elaboração*, o que, aliás, foi reconhecido por George Ripert no livro *Forces Creatives de Droit*⁴⁷, ao estudar “a arte de legislar”. Escreveu: “...existe un art de légiférer et une esthétique des lois”. E prossegue:

“Le mauvais emploi des termes, l'imprécision des phrases, l'erreur sur la forme impérative de la prescription créeront plus tard de sérieuses difficultés d'application”.

Uma linguagem baseada em um *paralóquio*, aliada a uma *correção sintático-morfo-*

lógica e estilística, dão ao *discurso jurídico* um embasamento estético do qual a Matemática, na frieza de suas fórmulas – com certeza –, jamais poderá utilizar-se.

Repita-se: não se exige do jurista, enquanto cientista, que desconheça ou não se favoreça das lições da estilística ou da estética. Pelo contrário: poderá e deverá fazê-lo, como o soube mais do que nenhum outro no idioma português, Rui Barbosa, em quem se poderá identificar, dependendo da ocasião, o jornalista, o político e o jurista puro e exato, mas com a mesma correção vocabular e gramatical, além de um estilo magistral de leitura agradável.

Nesse particular, o estudo do vernáculo, um domínio da gramática e suas particularidades, é essencial e indispensável à criação e aplicação do parolóquio jurídico.

Passemos ao primeiro problema por nós levantado e que, sem dúvida, é o ponto capital da polêmica quando se tenta discutir a cientificidade dos estudos sociais e, portanto, dos estudos jurídicos: o *relacionamento do jurista-cientista com o ordenamento jurídico que estuda*.

Dizendo-se de forma mais direta, trata-se da aplicação, ou não, aos estudos jurídicos do denominado princípio da *Neutralidade Axiológica ou Ideológica*, pelo qual ao cientista só é dado emitir *juízos de realidade* (ou de *ser*), e nunca *juízos de valor* (ou de *dever ser*), sobre o objeto estudado, em nosso caso, o sistema jurídico.

No campo da *Epistemologia Jurídica*, esse posicionamento conta com a adesão, entre outros, de Hans Kelsen, Pontes de Miranda e A. L. Machado Neto.

Entendendo-se por *sistema* “el conjunto de elementos materiales o no, que dependen reciprocamente los unos de los otros de manera de formar un todo organizado”, como ensina André Lalande em seu *Vocabulário Técnico y Crítico de la Filosofía*⁴⁸, podemos dizer que o ordenamento jurídico está inserido em um sistema maior – o social –, formado pelo conjunto de sistemas econômico, antropológico, lingüístico, político, etc., como aliás observam Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde e Martin Wolff⁴⁹, ao afirmarem que “un système juridique est un ensemble d’institutions interdépendantes qui se sont formées et ont évolué par l’effet de circonstances variables et contingentes”.

Pois bem, o cientista do Direito como tal, com referência ao sistema jurídico, encontra-se

em uma *relação intra-sistêmica*, isto é, terá ele de analisá-lo enquanto inserido no próprio sistema jurídico, sem que lhe seja possível, à luz dos estudos epistemológicos, sair dos princípios do sistema para julgá-los. Seu comportamento (enquanto cientista) só lhe permite enxergar pela óptica do sistema, razão pela qual cumpre-lhe apontar *inconstitucionalidades, nulidades e ilegalidades* de normas e atos, mas sempre – repetamos – em razão do modelo jurídico como um todo, nunca motivado por preferências pessoais.

Assim, por exemplo, e dentro da visão kelseniana de escalonamento das normas, ao verificar que o Direito Penal consagra a pena de morte, caber-lhe-á conferir se tal preceito encontra guarida no texto constitucional (= parte do sistema jurídico total) e explicar os limites ou condições que este traça àquele. Não poderá jamais, por convicções políticas, religiosas ou morais, defender ou negar o instituto jurídico consagrado, isto, repita-se, enquanto no desempenho de seu papel social de cientista.

Por outro lado, como eleitor, pai de família, crente, etc., pode ele discordar de determinada norma jurídica ou mesmo do sistema como um todo.

Essa duplicidade de comportamentos explica-se pelo fato de que, em sua vida social, o homem possui vários *status* e, conseqüentemente, vários *papéis sociais* que lhe são decorrentes, ou seja, em uma linguagem mais depurada, cada ser humano possui vários *esquemas de qualificação*.

Defendendo a *neutralidade do cientista*, Pontes de Miranda, em seu *Sistema de Ciência Positiva do Direito*⁵⁰, escrevia, em 1922, que “observar os fatos e descobrir-lhes a uniformidade, tal é a missão do cientista”. E continua:

“Em livro que pretende tratar cientificamente o Direito não posso discutir se é justa ou se é injusta tal ou qual regra jurídica. Essa questão não teria sentido para mim”.

Finalizando, di-nos Pontes de Miranda:

“se defendo ou combato o divórcio, pelo estudo a que procedi das conveniências ou inconveniências das partes, não constitui Ciência do Direito o que escrevo, ainda que perfeita a minha condição e brilhante a minha retórica, o meu estilo, a minha oratória”.

Até aqui nossa posição não tem nada de inovadora.

Contudo, entendemos que a tarefa de interpretação do sistema jurídico nem sempre pode circunscrever-se a elementos ou dados jurídicos, isso porque, em vários momentos, serão necessários subsídios de outros ramos do conhecimento, indispensáveis até mesmo a uma correta aplicação da norma jurídica. Nesse instante, mesmo sem valorar a norma que interpreta ou aplica, o cientista do Direito terá de valer-se de análises *inter-sistêmicas*. Abraça ele dados de outras ciências sociais, ou mesmo físico-naturais, para melhor “trabalhar” os elementos existentes na norma, sem, repita-se, julgá-la.

O *texto* da norma passa a ser visto dentro do *contexto* que a criou e para a qual ela será interpretada e aplicada. Isso significa, em última análise, que existe uma íntima relação entre a ciência jurídica estrito senso (a denominada Ciência Dogmática do Direito) e a Sociologia do Direito, por muitos denominada de Ciência Social do Direito.

Vale a insistência: nessa operação-análise, o cientista não julgará a norma, porém lançará mão de elementos ou conceitos científicos não-jurídicos para melhor desincumbir-se de sua missão, eminentemente científica (e, portanto, neutra), a partir da qual o jurista termina por ingressar noutra função da Ciência do Direito: a *sistematização* do ordenamento jurídico, isto é, ele vai “reduzir diversos elementos a sistema”. Vai “agrupar em um corpo de doutrina”⁵¹ o preceito ou norma que antes parecia “solta”, sem vinculação com o “todo”.

Essa função é bastante ligada à anterior, isso porque, em direito, não se pode proceder à interpretação de uma norma sem considerar o sistema como um todo, já que entre elas (as normas) existe um vínculo que lhes dá seu sentido ôntico e coerente.

Ao interpretar e sistematizar o ordenamento jurídico, o cientista não estará preocupado com a *justiça do preceito* – função esta que será própria daquele que *elabora ou faz a lei*, no caso, o político, a quem caberá, na medida do possível, fazer com que a norma represente os *valores da sociedade*, expressando naquela (= Lei) a *ideologia socialmente aceita*.

Nesse sentido, Hans Kelsen, no “Prólogo” de sua *Teoria General del Derecho y del Estado*⁵², afirma que

“la ciencia tiene que descubrir su objeto tal como realmente es, y no prescribir como debiera o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios

estimativos. Este último es un problema político y, como tal, concierne al arte del gobierno, que es una actividad dirigida hacia valores, no un objeto de la ciencia, ya que ésta estudia realidades”⁵³.

Para Radbruch⁵⁴, ao *sistematizar*, a Ciência do Direito

“leva a cabo, com relação ao seu todo, aquilo que a Constituição realiza com respeito a um instituto único: o desenvolvimento de todos os diferentes preceitos duma ordem jurídica em conjunto, ou de uma das suas partes, a partir de uma única idéia”.

Por último, ao cientista do direito cabe a *construção* de conceitos que não se acham diretamente indicados na norma, mas que são adquiridos por meio da indução. É aqui, mais precisamente, que se observa a utilização de uma *metalinguagem*, nos termos em que acima foi definida.

Resumindo tudo o que foi dito, podemos afirmar que, no desempenho de suas três funções (*interpretar, sistematizar e construir*), o cientista do Direito afasta-se daquele outro que *faz o Direito*, que o legisla, que o adapta às novas realidades e situações sociais.

O posicionamento por nós advogado não implica que alguém encarregado de fazer o Direito fique impossibilitado de estudá-lo cientificamente.

Possível será que a mesma pessoa chegue a agir como *político* (fazendo o Direito) e como *jurista* (estudando o Direito enquanto objeto de conhecimento científico). O que não se poderá admitir, sob pena de comprometimento da ciência jurídica, é que os juízos de valor invadam a esfera da ciência como tal. Dessa forma, se uma pessoa assume os *esquemas de qualificação* de político e de jurista, deverá fazê-lo de forma consciente, já que cada um tem sua perspectiva e seus objetivos próprios.

Desnecessário dizer-se que o ponto de vista aqui esposado não encontra aceitação unânime entre os estudiosos, sendo muitos os que enxergam nesse comportamento neutro uma “alienação dos juristas”, sua concordância com o *status quo*, acusando-os, até mesmo, de conservadores.

Tal interpretação, entretanto, não procede, sendo explicável pelo fato de assentar-se em uma premissa falsa, qual seja, a de que tais críticos desconhecem ou não entenderam o fato (tantas vezes aqui referido) de que o mesmo homem é possuidor de vários papéis ou “es-

quemadas de qualificação”, cada um exigindo um comportamento próprio e ímpar.

4. Direito Comparado: método ou ciência?

Mauro Cappelletti, em trabalho intitulado *El Derecho Comparado: Método y Finalidades*⁵⁵, reconhece “un extraordinario aumento de la difusión e importancia de los estudios y las enseñanzas de tipo comparativo en los últimos decenios”⁵⁶, para, em seguida, apontar quatro razões que considera explicativas de tal fenômeno, a saber:

“1) Una primera razón se debe al aumento extraordinario de los intercambios económicos, personales, culturales entre las naciones, con el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel transnacional.

“2) Una segunda razón, no desligada de la primera, radica en la naturaleza transnacional (*transfrontier*) de fenómenos cada vez más relevantes, los cuales requieren, por tanto, una disciplina jurídica que no sea meramente nacional (...).

“3) Una tercera razón proviene de la tendencia de ciertos valores, particularmente en el campo de los derechos humanos, a afirmarse en el nivel transnacional, cuando no universal.

“4) Una cuarta razón, por último, resulta de la tendencia a crear organizaciones políticas y económicas multinacionales, como la Comunidad Económica Europea”⁵⁷.

Pois bem, apesar dessa constatação (que, em geral, é aceita por todos os comparativistas), as questões discutidas nos tópicos anteriores aplicam-se ao Direito Comparado, tendo, pois, razão Felipe de Solá Cañizares⁵⁸ quando escreve que, mesmo depois de quase um século da realização, em Paris (1900), do *Congresso Internacional de Direito Comparado*, ainda hoje se indaga sobre a caracterização do Direito Comparado. Em outras palavras: o Direito Comparado é *método* ou *ciência*?

A Doutrina, mais uma vez, não tem um posicionamento pacífico, a ponto de H. G. Gutteridge⁵⁹ afirmar que

“el problema de la definición del Derecho comparado está estrechamente relacionado con otro; el de la tan debatida cuestión de si el Derecho comparado puede considerarse como una ‘Ciencia’”.

Leontin-Jean Constantinesco, em seu *Tra-tado de Derecho Comparado*⁶⁰, emprega as

duas expressões, conforme esclarece:

“siempre que se utilice el término *Derecho Comparado* en el ámbito de esta obra designará indistintamente el método o la ciencia autónoma. Cada vez que se aluda al Derecho Comparado como método se empleará el término *método comparativo*. Siempre que se aluda a la disciplina autónoma se utilizará la expresión *Ciencia de los Derechos Comparados*”.

Evidente que, para alguns, o Direito Comparado não poderia ter pretensão de cientificidade, resumindo-se a simples método, como o quer Edgar Carlos de Amorim (*Direito Internacional Privado*⁶¹) ao escrever que

“não há, evidentemente, um direito comparado, e sim um método comparativo.

“Direito pressupõe a idéia de aplicação – prossegue – e o chamado direito comparado nada mais é do que um sistema de pesquisa através do qual o experto, examina dois institutos, desde as suas origens, indo da causa ao efeito e do efeito à causa, isto é, aplicando ora o método dedutivo, ora o método indutivo, para finalmente chegar à verdade perquirida, ou seja, à identidade existente entre um e outro.

“Este trabalho é de suma importância para o Direito Internacional Privado, principalmente no exame das instituições desconhecidas.

“Instituições desconhecidas, para quem não sabe, são aquelas existentes num sistema jurídico e ignoradas por outro”.

Mesmo que um grande número de estudiosos entenda que o Direito Comparado é, simplesmente, método – *o método comparativo aplicado às ciências jurídicas* –, assim não pensamos, assumindo, dessa forma, idêntica posição àquela defendida, entre outros, por Caio Mário da Silva Pereira (1952) em artigo intitulado *Direito Comparado, Ciência Autônoma*⁶².

Para nós, à medida que se compreendam os conceitos de *método* e *ciência*, bem como do que seja *autonomia científica*, não haverá, em sã consciência, como assumir posição diferente, sobretudo se levarmos em conta os modernos estudos da Epistemologia.

No caso específico do Direito Comparado, o seu estudo apresenta dificuldades que, entretanto, uma preparação metodológica correta do

pesquisador poderá superar.

Assim, pelo menos duas dificuldades podem ser mencionadas, a saber:

1) a questão do acesso às *fontes estrangeiras*, ligadas aos ordenamentos que se pretende comparar (fontes aqui tomadas não apenas no sentido de textos legislativos, mas também como Doutrina, Jurisprudência e costumes);

2) a dificuldade relativa ao problema linguístico, isto é, conhecimento da língua usada pelo Estado cujo Direito se pretende comparar.

São, repita-se, dificuldades ou obstáculos que uma preparação metodológica e intelectual poderá superar, e na qual não se poderá esquecer que ela englobará – inclusive e principalmente – a adequada terminologia utilizada pelo sistema ou ordenamento jurídico estrangeiro e seu significado.

Demos um exemplo: na Constituição Espanhola de 1978, utilizam-se as expressões *Recurso de Amparo* e *Leyes Orgánicas* quando se refere à competência do Tribunal Constitucional (art. 161 *l.b e d*). Se desconhecemos o significado de tais expressões no sistema espanhol, evidentemente que o estudo comparativo ficará falho, comprometido naquele aspecto que mais deverá ser buscado: a *verdade científica*, embora esta jamais possa ser encarada em sentido absoluto.

Muitos outros exemplos poderiam ser dados como indispensáveis à preparação metodológica, a fim de que se possa alcançar um estudo sério e científico. Isso, contudo, não nos permite reduzir o Direito Comparado a simples *método*, que ficaria restrito a indicar características dos sistemas jurídicos pesquisados.

O método é apenas o caminho a ser seguido, trilhado. Por ele – e temos dito várias vezes – ser-nos-á possível “explicar” ou “compreender” (dependerá da posição epistemológica de cada um) as similitudes e diferenças dos sistemas estudados, levando-se em conta seus condicionamentos sócio-econômicos, pois, como diz Cañizares, “el comparativista no puede ignorar los antecedentes y las consecuencias del derecho positivo que compara, en los aspectos social y económico”⁶³.

De posse, portanto, de uma metodologia adequada, que, em consequência, levará à existência de um *objeto formal ímpar e próprio ao Direito Comparado*, a ponto de Carlos Ferreira de Almeida afirmar que

“nas páginas anteriores foi possível verificar que o direito comparado:

– dispõe de um objeto (a pluralidade

de ordens jurídicas) diferente do objeto das demais disciplinas que estudam o direito e que

– tem um método específico (o método comparativo).

Por isso – prossegue –, concluímos (como Zweigert) que o direito comparado é uma *ciência autônoma*, que se subdivide em dois ramos ou vertentes complementares – a *macrocomparação* e a *microcomparação*⁶⁴.

Resta-nos o terceiro elemento para caracterizar o Direito Comparado como conhecimento científico: a sua *autonomia doutrinária e didática*.

Quanto à primeira – *autonomia doutrinária* –, desnecessário seria discutir-se, já que, desde os gregos, como já o demonstramos, existem estudos doutrinários (embora sem rigor científico) comparando sistemas jurídicos.

Ademais, contemporaneamente, milhares de trabalhos monográficos, tratados e manuais confirmam uma autonomia doutrinária em tais estudos, entre os quais podem ser citados – em uma perspectiva geral – os de Cañizares, Gutteridge e René David, enquanto, no caso específico do Direito Constitucional Comparado, devem ser mencionados os de Garcia Pelayo, Sanches Agesta, Biscareti di Ruffia, G. de Vergottini e muitos outros, conforme bibliografia referida no item 6 deste estudo.

Na segunda perspectiva – *autonomia didática* –, esta igualmente existe, sobretudo nos cursos de Mestrado e Doutorado, para não falarmos no cultivo do Direito Comparado em diversas instituições internacionais criadas com este único objetivo.

Em síntese, aplicando-se o raciocínio desenvolvido, podemos afirmar que existe um *Direito Constitucional Comparado* com caracterização de *Ciência*, e não como *método*. Este é apenas um dos elementos que autorizam dita caracterização, ao lado de um *objeto formal* e de uma *autonomia doutrinária e didática*. Não se diga que lhe falta uma autonomia legislativa, pois esta não caberá no seu âmbito nem no seu objeto. As legislações nacionais (no caso, as Constituições próprias de cada Estado) poderão utilizar-se dos resultados do Direito Comparado para aperfeiçoarem-se.

Desse tema trataremos no item seguinte.

5. Funções do Direito Comparado

Para Gutteridge⁶⁵, ainda ao discutir a cien-

tificidade, ou não, do Direito Comparado, “el interés de tales problemas es puramente académico y, en todo caso, de una importancia relativa”, após o que considera que mais importante do que saber se o Direito Comparado é ciência, ou não, é conhecer para que servem tais estudos. São suas palavras: “el problema esencial no es qué es el Derecho comparado? La verdadera cuestión es la de: para qué sirve?”⁶⁶

Em princípio, as *funções* já referidas como próprias da Ciência Jurídica – *interpretação, sistematização e construção* –, evidentemente, também se aplicam aos estudos do Direito Comparado, muito embora, desde o *Congresso Internacional de Paris* (1900), os comparatistas apontem suas funções ou fins específicos.

Como se verá, de todas as posições apontadas, cremos nós que poderão ser estabelecidos, de maneira ampla, dois grupos de objetivos ou finalidades.

Pelo primeiro, ao qual denominamos de *objetivos pessoais*, visa-se a uma maior *satisfação intelectual* daquele que lança mão dos estudos sobre os sistemas jurídicos estrangeiros para verificar a forma como os fatos sociais, econômicos e políticos estão sendo tratados por outros povos. O objetivo, pois, é meramente subjetivo, cultural.

Na lição de Lambert, essa perspectiva tem uma finalidade apenas científica, a saber:

“el descubrimiento, por medio de un proceso de comparación, de las causas que fundamentan el origen, desarrollo y decadencia de las instituciones jurídicas, en otras palabras, la Historia comparativa del Derecho. En este caso, la comparación es ilimitada, tanto en espacio como en tiempo”⁶⁷.

Laseilles, por sua vez, chegava a vincular esse enfoque ao estabelecimento de “princípios jurídicos do mundo civilizado, que seriam universais, mas não imutáveis”, a ponto de utilizar-se da expressão *Droit Ideal Positif*.

Nessa linha de raciocínio, Caio Mário da Silva Pereira, no já citado artigo *Direito Comparado, Ciência Autônoma*, afirma:

“Dos sistemas legislativos nacionais extrairá os princípios informativos dos vários institutos e, operando uma *sintetização* que não é estranha aos processos de formação doutrinária, construirá dogmática superestrutural, que exprimirá o estado da civilização jurídica em dado momento histórico”⁶⁸.

O segundo grupo de finalidades – em nosso entender – pode ser denominado de *profissional* e encontra-se mais ligado à *Técnica e Política Jurídica* ou mesmo *Política Legislativa*, oferecendo os elementos necessários à análise, por parte dos operadores do Direito, para melhor compreensão de institutos jurídicos – principalmente aqueles que foram recepcionados pelo sistema nacional – existentes em outros ordenamentos, sobretudo porque, queiram ou não, assistimos, nos dias atuais, a uma tendência de *universalização dos conceitos* no campo da Ciência Jurídica.

Ressalte-se que, em uma primeira fase de seu pensamento, Lambert chegava a referir-se a um *Direito Comum Internacional* consistente em criar regras aplicáveis às necessidades dos povos que tenham alcançado o “mesmo nível de civilização”⁶⁹.

Duas observações fazem-se necessárias:

a) não é o Direito Comparado que terá *funções práticas*. Suas conclusões é que serão utilizadas por legisladores, magistrados, advogados, etc., para melhor regulamentar os fatos sociais de determinada sociedade;

b) ao nos referirmos à *universalização*, longe de nós se encontra a crença de que se possa transportar um instituto de uma sociedade para outra, sem levar-se em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos⁷⁰.

Entretanto, impossível será negar-se, por outro lado, uma das características do mundo contemporâneo, qual seja, a difusão de soluções jurídicas cada vez mais aproximada pelos diversos Estados, fenômeno esse denominado de *Recepção Legislativa* e entendido, na lição de Ana Lúcia de Lyra Tavares em artigo intitulado *A Utilização do Direito Comparado pelo Legislador*⁷¹, como sendo “a introdução, em um sistema jurídico, de normas ou institutos de outro sistema”.

A atual Constituição brasileira é pródiga em exemplos, muitos dos quais se contradizem de forma flagrante, pelo menos quando vistos em relação ao sistema jurídico-constitucional como um todo (ex.: medidas provisórias), enquanto outros permanecem inertes (ex.: mandado de injunção).

Considerando as observações acima, alguns autores falam em *Direito Comparado Descritivo* e *Direito Comparado Aplicado*, respectivamente⁷².

De maneira geral – já o dissemos –, os cultores do *Direito Comparado* apontam vários

objetivos ou “vantagens” que constituem suas “funções próprias e específicas” ou “finalidades”, para usarmos a expressão de Paolo Biscaretti di Ruffia que, em seu livro *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*⁷³, as agrupa em quatro, a saber:

- 1) satisfacción de meras exigencias de orden cultural;
- 2) interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional;
- 3) notable aportación que la ciencia del derecho constitucional puede proporcionar al campo de la *nomotética*, es decir, en relación con la *política legislativa*;
- 4) *la unificación legislativa*.

Giuseppe de Vergontini, por seu turno, depois de afirmar que, “si comparar significa, ante todo, cotejar para manifestar analogias y diferencias”, entende que “es preciso también preguntar cuál es la razón de tal operación lógica”.

Nesse sentido, em seu *Derecho Constitucional Comparado*⁷⁴, indica como suas finalidades as seguintes:

- a) perfeccionamiento del conocimiento;
- b) clasificación y agrupación de ordenamientos;
- c) interpretación de las instituciones constitucionales;
- d) preparación de la normación;
- e) unificación de derechos y armonización de la normativa pluralista.

Marc Ancel, na monografia já citada⁷⁵, indica “vantagens e benefícios”, os quais não se diferenciam, em muito, das posições de Ruffia e Vergontini. São eles:

- a) apesar da diversidade das legislações, existe uma universalidade do direito;
- b) o conhecimento do direito estrangeiro é freqüentemente indispensável ao advogado, ao juiz e ao árbitro;
- c) permite ao jurista uma melhor compreensão do direito nacional, cujas características particulares se evidenciam, muito mais, mediante uma comparação com o direito estrangeiro;
- d) o método comparativo é indispensável ao estudo da História do Direito e da Filosofia do Direito;
- e) nenhuma legislação nacional pode dispensar o conhecimento das legislações estrangeiras.

Embora se refira à *unidade do método comparativo*, para Gutteridge⁷⁶:

“la característica fundamental del Derecho comparado, considerado como un método, es la de que éste es aplicable a todas las formas de investigación jurídica. El método del Derecho comparado se halla tanto al servicio del historiador del Derecho, como al del filósofo, el juez, el abogado y el profesor de Derecho. Es aplicable tanto al Derecho público como al privado y está igualmente a la disposición del economista, el sociólogo y el abogado. Puede prestar un importante servicio al político, al funcionario y al hombre de negocios”.

Finalizando, e diante de todas as considerações feitas às páginas anteriores, justificada está a afirmativa de que existe uma imperiosa necessidade de reflexões epistemológicas e propedêuticas ao estudo do *Direito Comparado*, fazendo-se uma espécie de sua *Teoria Geral*, apesar de entendermos (e isso não excluiria a necessidade referida) que toda a perplexidade apontada ficará atenuada a partir do momento em que não nos esqueçamos de que o vocábulo *Direito* traz, em si mesmo, um *sentido dúbio*, que não é peculiar apenas aos estudos comparados.

6. Pequena bibliografia de Direito Comparado

A seguir, e com o intuito de possibilitar ao leitor um contato mais profundo com os temas do Direito Comparado, ofereceremos uma pequena bibliografia, ressaltando a existência de inúmeros periódicos (além dos aqui relacionados) que se dedicam ao estudo do Direito Comparado:

- AGESTA, Luis Sanchez. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. Madrid : Universidad de Madrid, 1976.
- AGOSTINI, Eric. *Droit Comparé*. Paris : Presses Universitaire de France, 1988.
- ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel. *Sistemas políticos de América Latina*. Madrid : Tecnos, 1989. 2 v.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra : Almedina, 1994.
- ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1980.
- ARAGON LOPEZ. *Derecho Constitucional I*. Buenos Aires : Ed. Norte, 1986.
- ARMINJON, Pierre, NOLDE, Baron Boris, WOLFF, Martin. *Traité de Droit Comparé*. Paris : Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. 3 v.

- ATTALI, Jacques. *Los modelos políticos*. Barcelona : Labor, 1974.
- AZULAY, Fortunato. *Os fundamentos do Direito Comparado*. Rio de Janeiro : A Noite, [1946?].
- BADIA, Juan Ferrando. *Regímenes políticos actuales*. Madrid : Técnos, 1987.
- BADIE, Bertrand et HERMET, Guy. *Politique comparée*. Paris, 1990.
- BERSTEIN, Serge. *Los Regímenes Políticos del Siglo XX. Para una historia política comparada del mundo contemporáneo*. Barcelona : Ariel, 1996.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Resumo das lições de legislação Comparada sobre o Direito Privado*. Bahia : Liv. Magalhães, 1897.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. Milano : Giuffrè, 1976.
- . *Costituzioni Stranieri Contemporanee*. Milano : Giuffrè, 1980. 2 v.
- . *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México : Fondo de Cultura Económica, 1975.
- BLONDEL, Jean. *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*. Madrid : Ed. Revista de Occidente, 1972.
- BLONDEL, Jean, DUVERGER, Maurice et al. *El Gobierno : estudios comparados*. Madrid : Alianza Editorial, 1981.
- BOGNETTI, Giovanni. *Introduzione al Diritto costituzionale comparato (Il Metodo)*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1994.
- BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris : LGDJ, 1976.
- BURGESS, Juan W. *Ciencia política y Derecho Constitucional Comparado*. Madrid : La España Moderna, [19—]. 2v.
- CADOUX, Charles. *Droit Constitutionnel et institutions politiques : les regimes politiques contemporains*. Paris : Cujas, 1982.
- CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCIA ALVAREZ, Manuel. *Constituciones Extranjeras Contemporaneas*. 2. ed. Madrid : Tecnos, 1991.
- CASTAN TOBENAS, José. *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*. Madrid : Instituto Editorial Reus, 1957.
- CLLWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Buenos Aires : Editorial Nova, 1958.
- COLOMER VIADEL, Antonio. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*. Madrid : Instituto de Comparación Iberoamericana : Ediciones de Cultura Hispánica, 1990.
- CONGRÈS INTERNATIONAL DE DROIT COMPARÉ, 6, 1962. Paris : Cujas, 1962.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Droit Administratif Comparé*. São Paulo : J. Bushatsky, 1973.
- . *Direito Administrativo Comparado*. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição : do controle de constitucionalidade como garantia da supralgalidade constitucional*. Renovar, 1996.
- . *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Lumen Juris, 1995.
- . *Constituição Federal : teoria e prática*. Renovar, 1994. v. 1.
- . *Direito Comparado e epistemologia*. Recife, 1992. Mimeogr.
- . *Direito Comparado como ciência*. Recife, 1992. Mimeogr.
- . *Mandado de injunção : guia teórico e prático*. Rio de Janeiro : Aidé Ed., 1989.
- . *Teoria do Estado : Direito Constitucional I*. Belo horizonte : Del Rey, 1989.
- DAVID, René. *Les avatars d'un comparatiste*. Paris : Economica, 1982.
- . *Le Droit Comparé : Droits d'hier, Droits demain*. Paris : Economica, 1982.
- . *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé : introduction a l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*. Paris : LGDJ, 1950.
- . *Les grands systèmes de Droit Contemporains*. Paris : Dalloz, 1974.
- . *Os grandes sistemas de Direito Contemporâneo*. Lisboa : Meridiano, 1972.
- . et JAUFFRET-SIPNOSIS, CAMILLE. *Les grands systèmes de droits contemporains*. Paris, Dalloz. 1. édition, 1992.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato*. Padova : Cedam, 1981.
- DUCHACEK, Ivo D. *Mapas del poder : política constitucional comparada*. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1976.
- DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*. Paris : PUF, 1971.
- EVANGELISTA, Vitor. *História das Constituições políticas internacionais*. Lisboa : Lael, 1978.
- FINER, Samuel E. *Governo Comparado*. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1981.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. Mexico : Abeledo-Perrot. 1988. 446 p.
- FROMMONT, Michel. *Les grands systèmes de Droit Contemporains*. Paris : Dalloz, 1987.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid : Alianza Editorial, 1984.
- GARCIA BELAUNDE, D., FERNANDEZ SEGADO, F., HERNANDEZ VALLE, R. *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*. Madrid : Dykinson, 1992.
- GORDON, Ireland. *Cursillo de Derecho Constitucional americano comparado*. Trujillo : Imprenta Montalvo, 1941.
- GORLA, Gino. *Diritto Comparato*. Milano : Giuffrè, 1963.
- GUETZIVITCH, B. Mirkine. *As novas tendências do Direito Constitucional*. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1933.
- . *Evolução constitucional européia : ensaio sintético*. Rio de Janeiro : J. Konfino, 1957.

- GUTTERIDGE, H. C. *Le Droit Comparé* : introduction à la méthode comparative dans da recherche juridique et l'étude du Droit. Paris : LGKJ, 1953.
- . *El Derecho Comparado* : introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del Derecho. Barcelona : Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris : Ed. Montcrestien, 1975.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid : Instituto Editorial Reus, s/d.
- HELM, A. J. VAN DER, MEYER, V. M. *Comparer en Droit* : essai méthodologique. Strasbourg : Cerdic-Publications, 1991.
- INTRODUCTION a L'étude du Droit Comparé : recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert. Paris : LGDJ, 1938. 3. v.
- JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA, M. *Los regimenes políticos contemporáneos*. Madrid : Tecnos, 1971.
- JORNADAS FRANCOESPAÑOLAS DE DERECHO COMPARADO, 1, 1955. Barcelona, 1955.
- KRIESI, Hanspeter. *Les Démocraties Occidentales. Une Approche Comparée*. Paris : Econômica, 1994.
- LAUVAUX, Philippe. *Les grandes democraties contemporaines*. Paris : PUF, 1990.
- LEME, Lino de Moraes. *Direito Civil Comparado*. RT, 1962.
- LEONTIN, Jean Constantinesco. *Tratado de Derecho Comparado* : introducción al Derecho Comparado. Madrid : Tecnos, 1981. v. 1.
- . *Traité de Droit Comparé* : la méthode comparative. Paris : LGDJ, 1974. v. 2.
- . *Traité de Droit Comparé* : la science des droits comparés. Paris : Econômica, 1983. v.3.
- LIJPHART, Arend. *Las democracias contemporáneas* : un estudio comparativo. Barcelona : Ariel, 1987.
- LIÑARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. Buenos Aires : Alfa.
- LOMBARDI, Giorgio. *Premesse al corso di Diritto Pubblico Comparato* : problemi de metodo. Milano : Giuffre, 1986.
- LONGHI, Luis R. *Derecho Constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires : Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. t. 1.
- LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Lisboa : Presença, 1978.
- MARINHO, Ilmar Penna. *Direito Comparado, Direito Internacional Privado, Direito Uniforme*. Rio de Janeiro : A. Coelho Branco Filho Editor, 1938.
- MENDES, João de Castro. *Direito Comparado*. Lisboa : AAFDL, 1982-1983.
- MIRANDA, Jorge. *Sobre o Direito Constitucional Comparado*. Separata da Revista Direito e Justiça, v. 2. 1981-1986.
- OLIVEIRA, Cândido Luiz Maria de. *Curso de legislação comparada* : parte geral: as fontes. Rio de Janeiro : J. R. dos Santos, 1903.
- OLLERO, Carlos. *El Derecho Constitucional de la postguerra*. Barcelona : Bosh, 1949.
- PAUMIER, Léon. *Introduction au Droit Comparé*. Paris, 1902.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Corso di Diritto Comparato*. Milano : Giuffre, 1983.
- . *Curso de Derecho Comparado*. Barcelona : Ariel, 1990.
- RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. RT, 1995.
- RODIÈRE, René. *Introduction au Droit Comparé*. Paris : Dalloz, 1979.
- SACCO, Rodolfo. *Introduzione al Diritto Comparato*. Torino : G. Giappichelli, 1980.
- . *La Comparaison Juridique au Service de la Connaissance du Droit*. Paris : Econômica, 1991.
- SACHICA, Luis Carlos. *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*. Bogotá : Temis, 1976.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- SANCHEZ GONZALES, Santiago, MELLADO PRADO, Pilar. *Sistemas políticos actuales*. Madrid : Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1992.
- SARFATTI, Mario. *Introducción al estudio del Derecho Comparado*. México : Imprenta Universitaria, 1955.
- SARTORI, Giovanni. *Ingengería Constitucional Comparada : una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México : Fondo de Cultura Econômica, 1994.
- SCHWARZ, H. A., WALENDORF, Libermann von. *Droit Comparé* : théorie générale et principes. Paris : LGDJ, 1978.
- SOUTO, Cláudio. *Da inexistência científico-conceitual do Direito Comparado*. Recife, 1956.
- STAMMEN, Theo. *Sistemas políticos actuales*. Madrid : Ed. Guadarrama, 1969.
- TRIPICCIÓN, Alberto. *La comparazione giuridica*. Padova : Cedam, 1961.
- WHEARE, Kenneth C. *Modern Constitutions*. London : Oxford University Press, 1975.
- . *Las Constituciones modernas*. Barcelona : Labor, 1971.
- ZWEIGERT, Konrad, KOTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Milano : Giuffrè, 1992 – Conteúdo: v. 1. Principi Fondamentali – v. 2. Istituti.

Periódicos especializados

Entre outras revistas que se voltam para o estudo e a divulgação do Direito Comparado, citem-se as seguintes:

BOLETIN DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO DE MEXICO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Esta revista, desde 1968, circula com a denominação Boletim Mexicano de Derecho Comparado.

BOLETIN DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO. Universidad Central del Ecuador. ANUÁRIO: [Instituto de Derecho Comparado]. Valencia : Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho.

ANNUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI STUDI LEGISLATIVI. Roma : Istituto Italiano di Studi Legislativi.

BULLETIN MENSUEL DE LA SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPARÉ. Société de Legislation Comparé de Paris. Esta Revista, desde 1949 circula com a denominação de Revue Internationale de Droit Comparé.

COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW. Flórida : Reinforth Foundation.

THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW. The American Society of Comparative Law. University of California.

DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO : Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa.

REVISTA DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO. Rio de Janeiro : Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro.

Notas de Rodapé

¹ Vejam-se notas 1, 2 e 3 do capítulo 1.

² *Regards sur le monde actuel*. Paris : Gallimard, 1962. p. 37.

³ *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona : Ariel, 1988. p. 49.

⁴ Porrua, 1968, p. 57. Trata-se de fundamental livro sobre os temas que aborda, sendo que, em vários capítulos, o *Direito Comparado* é o objeto de estudos.

⁵ RT, 1987, p. 101-102.

⁶ *Tópicos*. Editora Abril, 1973, v. 1, p. 26. (Os pensadores).

⁷ Barcelona : Instituto De Derecho Comparado, 1954. p. 95.

⁸ Paris : Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. v. 1, p. 10.

⁹ Madrid : Revista de Derecho Privado, 1953. p. 5.

¹⁰ Padova : CEDAM, 1961. 438 p.; HELM, MEYER. *Comparer en Droit*. Strasbourg : Cerdic-Publications, 1991. 213 p.

¹¹ Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953. p. 17. Há uma tradução do Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, 1954. 253 p.

¹² *Ibidem* p. 17-18.

¹³ *op.cit.* p. 95-96.

¹⁴ É mais fácil, sob certo sentido, encontrar um número maior de estudos referentes a estes ramos

do que voltados para uma *Teoria do Direito Comparado*.

¹⁵ Veja-se, por exemplo, ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao Direito Comparado*, Coimbra : Almedina, 1994. p. 7-9.

¹⁶ Publicado no livro de sua autoria, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* : quatro estudos de derecho comparado. México : Porrua, 1993. p. 13-42.

¹⁷ *Op. cit.* p. 17.

¹⁸ *Utilidades e métodos do Direito Comparado: elementos de introdução geral do estudo comparado dos Direitos*. Porto Alegre : Fabris, 1980. p.109-110.

¹⁹ *Nova Fase*, a. 7, p. 37, out. 1955, p. 37.

²⁰ *Ibidem*, p. 38.

²¹ Revista *Contextos*, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, mar. 1987, p. 1.

²² *Ibidem*, p. 96.

²³ Veja-se, a propósito, CAÑIZARES, *op. cit.* p. 96.

²⁴ *Ibidem*, p. 48-49.

²⁵ Uma das questões mais polêmicas, nos estudos de Epistemologia Jurídica, é sobre a expressão *Ciência Normativa* e com a qual se tenta caracterizar o Direito. A propósito, veja-se nosso livro *Direito Constitucional e instituições políticas*, Bauru : Jalovi, 1986. p. 54-58.

²⁶ *Direito, retórica e comunicação : subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. Sarai-va, 1973. p. 159-160.

²⁷ Lisboa : AAFDL, 1982-1983. p. 47.

²⁸ *op. cit.* p. 47.

²⁹ Instituto de Estudios Políticos, 1916.

³⁰ *Ibidem*, p. 54.

³¹ Vejam-se DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*, Madrid : Revista de Occidente, 1966; e H. RICKERT, *Ciencia Cultural y Ciencia Natural*. Madrid : Espasa-Calpe, 1922.

³² Pamplona : Universidad de Navarra, 1963. p. 56.

³³ CALSAMIGLIA, p. 54.

³⁴ Buenos Aires : Abeledo - Perrot, 1962. p. 33-34.

³⁵ *Novo Dicionário Aurélio*. Ed. Nova Fronteira, [1986?]; p. 777.

³⁶ Coimbra : Amado, 1979. p. 395.

³⁷ A propósito, *CPC, art. 126*: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

³⁸ Editora Rio: Soc. Cultural, 1978. p. 16-17. Ver, igualmente, nossa *Teoria do Estado*: Direito Constitucional I, Belo Horizonte : Del Rey, 1989. p. 1-4. O texto existente neste segundo livro corresponde à nossa Tese “A Teoria do Estado no Quadro do Conhecimento Político”, com a qual obtivemos o título de Livre Docente em Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio

de Janeiro, 1989.

³⁹ S. Paulo : Herder, 1969. p. 84.

⁴⁰ *Explicações científicas : uma introdução à Filosofia das Ciências*. Herder, 1969. p. 211.

⁴¹ Paris : Sirey, 1921. p. 448.

⁴² *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. n. 1, 1985. p. 79.

⁴³ *Ibidem*, p. 87.

⁴⁴ Realmente, a existência de um parolôquio jurídico implica a existência de um *discurso jurídico* com sua gramática particular, tal como analisado por A. J. Greimas no livro *Semiótica e Ciências Sociais*. Cultrix, 1981. p. 72-84.

⁴⁵ *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*, RT, 1977. p. 193.

⁴⁶ *Introdução à Sociologia*, p. 89.

⁴⁷ Paris, 1955. p. 346.

⁴⁸ El Ateneo, 1966. p. 957.

⁴⁹ op. cit. p. 7.

⁵⁰ 2. ed. Borsoi, 1972. v. 1, p. 31-32.

⁵¹ *Novo Dicionário Aurélio*, p. 1309.

⁵² México : Imprenta universitária, p. 6.

⁵³ A propósito do pensamento de Kelsen e sua posição favorável a um estudo científico neutro, leia-se o artigo de COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: *Estudos de Filosofia do Direito : uma visão integral da obra de Hans Kelsen*, RT, 1985. p. 42-62.

⁵⁴ op. cit. p. 395-396.

⁵⁵ Publicado no livro *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* : cuatro estudios de derecho comparado. México : Porrúa, 1993. p. 13-42.

⁵⁶ op. cit. p. 14.

⁵⁷ op. cit. p. 14-15.

⁵⁸ op. cit. p. 49

⁵⁹ *El Derecho Comparado* : introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho. Barcelona : Instituto de Derecho Comparado, 1954. p. 14.

⁶⁰ Madrid : Tecnos, 1981. v. 1, p. 26.

⁶¹ 4. ed. Forense, 1988. p. 9-10.

⁶² *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, out. 1952. p. 33-47.

⁶³ op. cit. p. 19.

⁶⁴ op. cit. p. 27.

⁶⁵ op. cit. p. 15.

⁶⁶ *idem*, p. 15.

⁶⁷ cf. GUTTERIDGE, op. cit. p. 16.

⁶⁸ destaque nosso. op. cit. p. 43

⁶⁹ cf. GUTTERIDGE, op. cit. p. 16.

⁷⁰ Sobre isso, afirma José Nicolau dos Santos em artigo intitulado *Direito Comparado e geografia jurídica*. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade do Paraná, v. 3, n. 3. p. 349. dez. 1955: "A *Geografia Jurídica* (...) é uma verdadeira *Ciência especulativa*, com princípios próprios e específicos, destinada ao estudo dos *atos jurídicos*. É ciência intermédia entre a Geografia e o Direito, podendo ramificar-se em ambas. Despe-se, porém, do pressuposto teleológico de alterar a legislação dos povos, aconselhando a sua uniformidade. Recusa-se a ter um caráter prático, transcendendo do seu âmbito de *Ciência* pura o da *arte* legislativa" (destaques no original).

⁷¹ *Contextos* : Revista da PUC-RJ, v. 1, n. 1, p. 2, mar. 1987.

⁷² A propósito, escreve GUTTERIDGE: "Esta distinción ha merecido una aceptación general y es útil en cuanto pone de relieve el hecho que el Derecho comparado comprende mucho más que una simple descripción del Derecho de un país extranjero" (op. cit. p. 19). Consulte-se o que diz o A. às p. 18-19.

⁷³ México : Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 13-15.

⁷⁴ Madrid : Espasa-Calpe, 1985. p. 75-83.

⁷⁵ *Utilidades e métodos do Direito Comparado*. p. 17-18.

⁷⁶ op. cit. p. 22-23.

Planos econômicos, direito adquirido e FGTS

TEORI ALBINO ZAVASCKI

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direito adquirido e ato jurídico perfeito. 3. Aplicação imediata e aplicação retroativa. 4. Orientação do Supremo Tribunal Federal. 5. A orientação da doutrina. 6. Inexistência de direito adquirido à manutenção de situação institucional. 7. As modificações implantadas no FGTS pelos planos econômicos. 8. Natureza jurídica do FGTS. 9. Momento da ocorrência da alteração legislativa: antes de consumado o lapso temporal da aquisição do direito. 10. Inexistência de direito à escolha de indexador. 11. Legitimação passiva e responsabilidade pelo creditamento. 12. Conclusões.

1. Introdução

O tema proposto situa-se no domínio de um dos mais instigantes campos da ciência jurídica: o que diz com a eficácia da lei no tempo e que define limites ao poder de legislar. Mais precisamente, o que se busca investigar é a legitimidade ou não dos preceitos normativos, editados no âmbito de planos econômicos, que alteraram os critérios de cálculo da correção monetária das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Houve ofensa a direito adquirido? Violou-se ato jurídico perfeito? Essas as indagações que atualmente estão sendo postas ao exame do Poder Judiciário em todo o Brasil. Para respondê-las, é indispensável sejam traçadas previamente algumas premissas conceituais.

2. Direito adquirido e ato jurídico perfeito

A Constituição, como se sabe, impôs as seguintes limitações ao legislador, no que se refere à criação de leis e à sua incidência no tempo: “a lei não prejudicará o direito adquirido,

o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inc. XXXVI). Trata-se de norma de sobre-direito, editada com a finalidade de nortear a produção de outras normas, tendo por destinatário direto, conseqüentemente, o próprio legislador infraconstitucional.

Desde logo cabe observar que a restrição constitucional diz respeito não apenas ao poder de legislar sobre direito privado, mas também ao de editar normas de direito público. Em nosso sistema não é cabível, para tal efeito, estabelecer distinção entre os diversos ramos do direito. Todos os preceitos normativos infraconstitucionais, seja qual for a matéria que versarem, devem estrita obediência à cláusula limitativa do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição. Portanto, também as normas de direito econômico, como são as que editam planos econômicos, hão de preservar os direitos adquiridos e o ato jurídico perfeito.

“Reputa-se ato jurídico perfeito”, segundo o § 1º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. O termo “consumado”, aqui, deve ser entendido como se referindo aos elementos necessários à existência do ato, e não à sua execução ou aos seus efeitos materiais. Ou seja: “ato consumado” é ato existente (= em que se acham completos, “consumados”, todos os requisitos para sua formação), ainda que pendentes (= ainda que não “consumados”) os seus efeitos.

“Consideram-se adquiridos”, diz a mesma Lei de Introdução (art. 6º, § 2º), “assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem”. Duas são as situações previstas no dispositivo. A primeira – a que considera direito adquirido aquele que pode ser exercido – estabelece nítida distinção entre aquisição e exercício do direito: considera-se adquirido o direito quando apto a ser exercido, ainda que não tenha havido, efetivamente, o seu exercício. A segunda parte do dispositivo trata dos direitos cujo exercício está condicionado. Não se confundem tais direitos com as chamadas expectativas de direito. Os direitos condicionados, ou expectativos, são direitos existentes, estando condicionado, ou expectante, apenas o seu exercício. Diferente é o que ocorre com as chamadas expectativas de direito, situações em que não há direito algum, já que ainda pendentes (“em expectativa”) de configuração os próprios requisitos básicos para sua existência.

3. Aplicação imediata e aplicação retroativa

Não se pode, igualmente, confundir aplicação imediata com aplicação retroativa da lei. A aplicação retroativa é a que faz a norma incidir sobre suportes fáticos ocorridos no passado. Essa incidência será ilegítima, salvo se dela não resultar violação a direito adquirido, a ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. Assim, não seria vedada a incidência retroativa de norma nova que, por exemplo, importasse situação de vantagem ao destinatário.

Aplicação imediata é a que se dá sobre fatos presentes, atuais, não sobre fatos passados. Em princípio, não há vedação alguma a essa incidência, respeitada, evidentemente, a cláusula constitucional antes referida. Aqui, todavia, colocam-se os problemas que mais desafiam a argúcia da doutrina e da jurisprudência. É que pode haver fatos atuais (ou até futuros) que constituem, simplesmente, efeitos de atos jurídicos perfeitos ocorridos no passado. É possível, outrossim, ocorrer situação em que o fato gerador do direito, embora não inteiramente consumado, já estava em vias de formação no momento em que veio a lume a nova lei. Há, nesses casos, incidência imediata da norma superveniente?

Para dar resposta a essas e a tantas outras perguntas semelhantes que o tema suscita, há de se partir de um critério fundamental, que adiante será examinado com mais vagar: o que se relaciona com a natureza do ato que deu origem à situação jurídica analisada.

4. Orientação do Supremo Tribunal Federal

Tomemos como parâmetro de trabalho dois precedentes do Supremo Tribunal Federal em que questões dessa natureza foram examinadas. Caso A: decisão do STF que considerou *inconstitucionais* dispositivos da Lei nº 8.177, de 1991, que alteraram o indexador adotado em contratos de financiamento da casa própria (os dispositivos considerados inconstitucionais determinavam a substituição dos índices de correção monetária previstos no contrato, por indexador baseado na variação da Taxa Referencial – TR) (ADIn nº 493. RTJ, v. 143, p. 724). Caso B: decisão do STF que considerou *constitucional* a Lei nº 8.030, de 1990 (conversão da Medida Provisória nº 154, de 1990), que revogou (quando já concluído o trimestre de apuração do índice a ser aplicado) o art. 1º da Lei nº 7.830 de 1989, que assegurava aos

vencimentos dos servidores públicos reajustamentos trimestrais “em percentual igual à variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor – IPC, verificada nos três meses anteriores” (MS 21.216. RTJ, v. 134, p. 1112). É o conhecido precedente sobre o reajustamento de 84,32%, de abril de 1990.

Observe-se que, em ambos os casos, as leis questionadas modificaram critérios de fixação de obrigações pecuniárias (prestação do contrato de financiamento da casa própria e vencimentos dos servidores públicos) e dispunham para o futuro (não importavam alteração de valores já pagos ou devidos no passado), mediante aplicação imediata.

Quais os fundamentos adotados pelo STF para chegar a conclusões aparentemente tão contraditórias?

No caso A (contrato de financiamento da casa própria), a tese central foi a de que os dispositivos eram *inconstitucionais porque ofensivos a ato jurídico perfeito*. Veja-se o que sustentaram os Ministros: “A norma constitucional impede a retroatividade da lei nova em face do ato jurídico perfeito, que, por não poder ser modificado retroativamente, tem os seus efeitos futuros resguardados da aplicação dessa lei” (Alves, p. 753). “O postulado da irretroatividade da lei nova” assegura “a imutabilidade da manifestação de vontade licitamente expressa, segundo direito vigente ao tempo do fato (ato jurídico perfeito)” (Mello, p. 794). “À sobrevivência das cláusulas livremente pactuadas, em matéria que, à época de sua celebração, era confiada à autônoma estipulação das partes, não pode opor-se a lei superveniente, ainda que de ordem pública” (Pertence, p. 797).

No caso B (vencimentos dos servidores públicos), a linha de fundamentação foi a da *inexistência de direito adquirido*. É o que se pode constatar dos seguintes excertos dos votos: “A revogação precedeu a própria aquisição e não somente o exercício do direito”. “Para a aquisição do direito, ou seja, para o ingresso deste no patrimônio do pretense titular, seria mister que, antes da revogação, se houvessem reunido e consumado todos os elementos, isto é, os fatos idôneos à sua constituição ou produção” (Gallotti, p. 1119). “O momento aquisitivo do direito vindicado – não fosse a intercorrente alteração legislativa – ter-se-ia consumado com a conjugação desses dois elementos essenciais já referidos: a ocorrência da variação nominal do IPC e a efetiva prestação laboral, no mês de

abril/90”. Antes disso, a situação jurídica estava “em processo de constituição”, caracterizando “mera expectativa de direito (...) não oponível ao Estado” e que não “pode ser invocada para inibir-lhe o desempenho de suas típicas funções jurídico-institucionais: a função de legislar” (Mello, p. 1125). “Não se adquire o direito a índice, não se adquire o direito a moeda, não se adquire o direito a reajustamento; adquire-se o direito ao salário *pro labore facto* no mês de competência” (Borja, p. 1130). “Não há direito adquirido. Para que este surja é necessário que, no mundo real, (ocorra) o fato complexo previsto abstratamente na norma jurídica como causa de nascimento do direito subjetivo de modo integral” (Alves, p. 1131).

Como se percebe, no caso A, prevaleceu, contra a lei nova, um direito previsto em cláusula de contrato; e, no caso B, prevaleceu a lei nova sobre o que dispunha outra lei, a revogada (art. 1º da Lei nº 7.730, de 1989). Ou seja: no caso A, o ato originante da situação jurídica era um contrato. No caso B, uma lei.

5. A orientação da doutrina

A orientação adotada pelo STF nos precedentes antes alinhados está perfeitamente ajustada aos critérios técnicos definidos na doutrina. Com efeito, a configuração do direito adquirido e do ato jurídico perfeito não ocorre de maneira uniforme em todas as situações jurídicas. Em matéria de direito intertemporal, é indispensável que se trace a essencial distinção entre direito adquirido fundado em ato de vontade (contrato) e direito adquirido fundado em preceito normativo, de cunho institucional, para cuja definição o papel da vontade individual é absolutamente neutro.

Para ilustrar o pensamento da doutrina nesse domínio da ciência do direito, leia-se o que, em síntese esclarecedora e didática, escreveu Celso Antonio Bandeira de Mello:

“2. Como bem o diz Laubadère, ‘denomina-se situação jurídica o conjunto de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular.’ As situações jurídicas, basicamente, comportam dois tipos: a) situações gerais e impessoais, às vezes denominadas estatutárias ou objetivas, cujo conteúdo, segundo o citado mestre, é necessariamente o mesmo para todos os indivíduos que delas são titulares, pois tal conteúdo é determinado por disposição geral. São

também chamadas de situações legais ou regulamentares. (...) b) situações individuais ou subjetivas, cujo conteúdo é individualmente determinado e pode variar de um para outro titular. É o caso da situação de um credor, de um devedor, de um locatário, em que o conteúdo da situação é específico para cada qual, modela-se pelo ato individual (e não por via geral, como no caso anterior). O ato individual (ato subjetivo), ao mesmo tempo que cria a situação jurídica, investe nela o indivíduo. 3. As situações individuais, registra o renomado autor, jamais se encontram em estado puro. São sempre mais ou menos mistas, pois comportam inevitavelmente alguns elementos fixados por disposições gerais, a par dos aspectos subjetivos individuais oriundos do ato individual que as cria. Exemplifica com o contrato, justamente o mais típico gerador das situações subjetivas. Pelo contrato são produzidas situações individuais, de teor específico em cada relação. Não obstante, qualquer contrato está submisso a certas regras gerais que derivam de lei. 4. A utilidade principal da distinção a que se acaba de aludir concerne precisamente – acentua Laubadère – ao problema da modificabilidade das situações jurídicas: enquanto nas situações gerais as alterações se aplicam de plano, alcançando os que nelas estão investidos, as situações individuais e subjetivas permanecem intangíveis, intactas. E conclui: ‘Vê-se que a distinção fornece o critério técnico para solução de problema da aplicação da não-retroatividade das leis.’

E prossegue Celso Antônio:

“Entre nós, o Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também faz ampla e completa exposição do tema. A respeito averbou: ‘As situações estatutárias se estendem a número indeterminado de sujeitos e são mutáveis segundo a alteração das regras jurídicas que a regulam. Já as situações individuais se referem apenas a especificados sujeitos, de modo determinado, e são inalteráveis por terceiros ou por uma das partes sem a concordância da outra, obedientes às regras que permitiram a sua criação.’ 6. Em suma: o plexo de direitos e deveres dos indivíduos tanto pode consistir em

situações gerais (ditas também estatutárias, legais, regulamentares ou objetivas) como em situações individuais, subjetivas, pessoais. As situações gerais são produzidas por atos correspondentes, ou seja, atos que têm materialmente o alcance de criar disposições gerais e abstratas. Tais atos denominam-se atos-regra. A lei, o regulamento, estatutos, regimentos, convenções coletivas de trabalho são atos-regra. As situações subjetivas são produzidas por atos correlatos, é dizer, cujo alcance material restringe-se ao produtor ou aos produtores deles. Tais atos são chamados de atos subjetivos. Seu modelo característico é o contrato. Cifram-se a regular relações específicas do ou dos intervenientes no ato. Por meio deles os sujeitos delineiam uma específica relação jurídica, desenhando-lhes a figura com o empenho de suas vontades. (...) 7. A aplicação das situações gerais aos indivíduos depende da ocorrência de algum fato ou de algum ato distinto daquele que as gerou. Pelo contrário, nas situações subjetivas, o ato criador delas *ipso facto* investe o sujeito (ou sujeitos) nas situações que produziu. Assim, para que alguém se veja incluído em uma situação geral, cumpre que ocorra algum evento previsto como deflagrador do plexo de regras jurídicas que a compõem. Esse evento é que incorporará ao sujeito a situação geral. Tal evento pode ser um ato ou um fato. 8. Os atos que investem alguém em uma situação jurídica geral denominam-se atos-condição. Consistem em condição para que se desencadeie o conjunto de direitos e deveres que perfazem a situação jurídica de alguém. Por meio deles, não se cria direito novo – ao contrário do ato subjetivo; apenas implementa-se o necessário a fim de que um quadro normativo já existente passe a vigorar em relação ao sujeito ou aos sujeitos que nele se vêm incluir. Seu alcance material é precisamente este: inserir alguém no campo de incidência de um ato geral (ato-regra). O ato condição não cria situação subjetiva: tão-só determina a incidência de uma situação geral e objetiva sobre alguém que destarte ingressa em regime comum aos demais indivíduos colhidos por esta situação

geral. Por exemplo: o ato de aceitar cargo público acarreta a inserção do sujeito na situação jurídica geral de funcionário, situação que é a mesma para os funcionários em geral. O ato de se casar acarreta para os que se convertem em cônjuges suas inserções no correlato *status* jurídico de casados, vale dizer, na situação jurídica geral comum a todas as pessoas casadas, sujeitas ao mesmo quadro de direitos e obrigações. São atos-condição. 9. A inclusão de alguém em uma situação geral pode também resultar de um fato que operará como condição para que se desencadeiem as regras que a delineiam. Assim, o fato de uma pessoa auferir certo montante de renda faz com que se concretize para ela a situação – que é disciplinada de modo geral – de contribuinte do imposto de renda. O fato de um jovem completar certa idade determina para ele a particularização da situação jurídica geral, própria dos obrigados à prestação de serviço militar. 10. Nota-se a profunda diferença entre as situações gerais e as situações individuais. Intuitivamente percebe-se a imediata alterabilidade das primeiras e a intangibilidade das segundas”.

“Teria sentido – pergunta ele – alguém pretender se opor à alteração das regras do imposto de renda, arguindo direito adquirido àquelas normas que vigiam à época em que se tornou contribuinte pela primeira vez? Teria sentido invocar direito adquirido para obstar a aplicação de novas regras concernentes ao serviço militar, argumentando que o regime vigorante era mais suave quando o convocado completou 18 anos? Acaso poderia um funcionário, em nome do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, garantir para si a sobrevivência das regras funcionais vigentes ao tempo em que ingressou no serviço público, quais as concernentes às licenças, adicionais etc.? Seria viável alguém invocar direito adquirido a divorciar-se, se a legislação posterior a seu casamento viesse a extinguir este instituto jurídico? Ou, reversamente, teria direito adquirido à indissolubilidade de vínculo se lei nova estabelecer o divórcio? É meridianamente claro o descabimento de resistência a tais alterações. Elas colhem de imediato os

indivíduos inclusos nas situações jurídicas gerais modificadas. Salvo hipóteses adiante explanadas, inexistente a intangibilidade reconhecida para as situações individuais.

“Bem ao contrário – continua – se alguém contrata com outrem o trespasse de bem móvel, convindo as partes, das possibilidades legais, que os riscos da coisa, antes da tradição, correm por conta do comprador, cria-se situação subjetiva imutável. Daí que o vendedor poderá invocar direito adquirido àquelas cláusulas, se lei posterior à avença dispuser que os riscos da coisa vendida e ainda não entregue devem ser suportados pelo vendedor. (...) 13. É nítido o discrimen entre ambas as espécies de situações jurídicas e igualmente nítida a imediata aplicação das modificações que incidam sobre as situações gerais, ao contrário do que se passa com as subjetivas” (*Ato administrativo e Direito dos administrados*. Revista dos Tribunais, 1981. p.106-111).

6. Inexistência de direito adquirido à manutenção de situação institucional

Não existe, portanto, direito adquirido a manter inalterado determinado regime jurídico, e quanto a isso, como se viu, há absoluta harmonia entre doutrina e jurisprudência. Confirmam-se, nesse sentido, alguns outros exemplos retirados da jurisprudência do STF, frutos dessa linha de pensamento: a) o direito a aposentadoria regula-se pela lei vigente ao tempo em que forem implementados todos os requisitos necessários. Antes disso, não há direito adquirido, nada impedindo que a lei seja alterada, com modificação do regime vigente (súmula 359-STF; RTJ, v. 75, p. 481); b) não há direito adquirido a determinado regime jurídico de servidor público. O servidor pode adquirir direito a permanecer no serviço público, mas não adquirirá nunca o direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições (RTJ, v. 119, p. 1324); c) enquanto não completado integralmente o período aquisitivo correspondente, não há direito adquirido a licença-prêmio ou à sua conversão em dinheiro, nada impedindo que o legislador modifique ou mesmo extinga tais vantagens (RTJ, v. 123, p. 681); d) não há

direito adquirido a vantagem prevista em lei enquanto não implementada a condição temporal que a autorizaria (RTJ, v. 123, p. 372).

7. As modificações implantadas no FGTS pelos planos econômicos

O saldo das contas vinculadas ao FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) é atualizado periodicamente, mediante créditos de juros e de correção monetária. A Lei que criou o FGTS (Lei nº 5.107, de 1966) dispunha, em seu art. 3º, que o saldo das contas vinculadas seria corrigido segundo “...critérios adotados pelo Sistema Financeiro da Habitação”. Na época, os índices e a periodicidade do crédito foram fixados por atos do Poder Executivo, sendo que, pelo menos a partir de 1975 (Decreto nº 76.750, de 5-12-75), a periodicidade foi trimestral.

Posteriormente, o FGTS foi alterado pela Lei nº 7.839, de 1989, em cujo artigo 11 ficou estabelecido que a correção monetária do saldo das contas vinculadas se daria “...com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos em poupança” e com periodicidade mensal (§§ 1º e 2º), disposições que foram mantidas pelo artigo 13 e §§ 1º e 2º da Lei nº 8.036, de 1990, que atualmente rege o FGTS.

O que se tem questionado judicialmente diz respeito, de modo específico, às alterações relativas aos índices de correção monetária dos meses de junho de 1987, de janeiro de 1989 e de abril de 1990. Em relação a junho de 1987 (“Plano Bresser”), a controvérsia tem a seguinte origem: o artigo 12 do DL nº 2.284, de 1986, com a redação dada pelo DL nº 2.311, de 1986, estabelecia que “os saldos das cadernetas de poupança, bem como do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e do Fundo de Participação PIS/PASEP, serão corrigidos pelos rendimentos das Letras do Banco Central ou por outro índice que vier a ser fixado pelo Conselho Monetário Nacional, mantidas as taxas de juros previstas na legislação correspondente”. O índice fixado pelo CMN foi o da variação da OTN, que, por sua vez, era calculada com base na variação do IPC ou dos rendimentos produzidos pelas Letras do Banco Central, “...adotando-se o índice que maior resultado obtiver...” (Resolução nº 1.336, de 11-6-87). Sobreveio, porém, a Resolução nº 1.338, de 15-6-87, e, em seu item I, alterou o modo de calcular a OTN de julho daquele ano, estabelecendo que “o valor nominal das

Obrigações do Tesouro Nacional – OTN será atualizado, no mês de julho de 1987, pelo rendimento produzido pelas Letras do Banco Central – LBC no período de 1º a 30 de junho de 1987, inclusive”. Ora, a variação da OTN assim calculada foi de 18,02%, enquanto o IPC, no mesmo período, registrou variação de 26,06%. Sustenta-se a existência de direito adquirido ao crédito dessa diferença.

Em relação a janeiro de 1989 (“Plano Verão”), a controvérsia tem a seguinte origem: a correção monetária das cadernetas de poupança, e, também, das contas vinculadas do FGTS, vinha sendo calculada pela variação da OTN, segundo o disposto na Resolução BACEN nº 1.396, de 22-9-87 (que deu nova redação ao item IV, da Resolução nº 1.338, de 15-6-87). Entretanto, em 15-1-89, foi editada a Medida Provisória nº 32, depois convertida na Lei nº 7.730, de 31-1-89, que extinguiu a OTN (art. 15) e estabeleceu que o saldo das cadernetas de poupança, no mês de fevereiro, seria corrigido “com base no rendimento acumulado da Letra Financeira do Tesouro Nacional verificado no mês de janeiro de 1989, deduzido o percentual fixo de 0,5% (meio por cento)”. O mesmo critério foi adotado para correção do saldo das contas vinculadas do FGTS, pelo art. 6º, I, da Medida Provisória nº 38, de 3-2-89, convertida, posteriormente, na Lei nº 7.738, de 9-3-89, “mantida a periodicidade trimestral”. Em consequência, a correção monetária das contas vinculadas, creditada em 1º de março de 1989 correspondeu à variação acumulada da OTN de dezembro de 1988 (28,79%), mais a da LFT de janeiro (22,359%) e mais a da LFT de fevereiro (18,353831%), totalizando, no trimestre, 86,5095%. O que se tem sustentado é o direito adquirido ao crédito da diferença, correspondente à variação do IPC de janeiro, que foi de 70,28%.

Finalmente, no que se refere ao mês de abril de 1990 (“Plano Collor”), a questão tem a seguinte origem: a correção monetária das contas vinculadas do FGTS, que tinha como base a variação do IPC (Lei nº 7.730, de 31-1-89, art. 17, III, e Lei nº 7.839, de 12.10.89, art. 11), passou a ser calculada, por força da Medida Provisória nº 168, de 15-3-90, convertida na Lei nº 8.024, de 12-4-90, pela variação do BTN Fiscal, já que este foi o critério adotado para a correção dos saldos das cadernetas de poupança (art. 6º, § 2º e Lei nº 7.839, de 12-10-89, art. 11). O crédito, nessa época, já tinha periodicidade mensal (Lei nº 7.839, de 12-10-89, art.

11, §§ 1º e 2º). O que se sustenta é o direito à manutenção, para o mês de abril, da correção monetária com base na variação do IPC, de 44,80% (Em muitos casos, questionou-se também o índice do mês de março de 1990. Todavia, relativamente a esse mês, a discussão não tem substância, já que o crédito efetuado às contas vinculadas foi equivalente ao da variação do IPC).

8. Natureza jurídica do FGTS

Para identificar a existência do questionado direito adquirido é indispensável, à luz das premissas antes estabelecidas, saber se o FGTS tem natureza institucional ou contratual. O que é o FGTS? Qual a sua natureza? Muito se tem debatido, em doutrina e jurisprudência, para buscar resposta a tais indagações. Há os que nele vislumbram um instituto de natureza tipicamente previdenciária, e assim o fazem em atenção aos casos em que o empregado se habilita a movimentar a conta vinculada (desemprego, doença, aquisição da casa própria, necessidade urgente); há os que vêem nele relação jurídica de cunho tributário ou de contribuição social (assim o definiu o STF à luz da Constituição de 1969 – RTJ, v. 136, p. 681), e isso em consideração à natureza cogente do recolhimento dos depósitos; e, enfim, outros vêem ali espécie de salário diferido, ou de indenização, ou de crédito, e essa é perspectiva fundada na relação que se estabelece entre o empregado e o próprio Fundo. Síntese dessas várias correntes de opinião podem ser encontradas em estudos de Amauri Mascaro Nascimento (*Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. Saraiva, 1989. p.473) e de Ney da Fontoura Bocanera (Natureza jurídica e implicações práticas de certas instituições trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 17, p. 111). Qualquer que seja, no entanto, a perspectiva a partir da qual se examine o FGTS, uma característica importante nele se identifica desde logo: a sua natureza institucional. Na verdade, o FGTS é uma instituição, da qual decorre um plexo de relações jurídicas com diferentes figurantes: há a relação jurídica que se estabelece entre o empregador e o Fundo, cuja prestação é uma contribuição mensal sobre os ganhos dos empregados; e há a relação jurídica que se estabelece entre o titular da conta vinculada (o empregado) e o Fundo, da qual nasce o dever de creditar rendimentos periódicos e, eventualmente, de entregar ao titular da conta o saldo

disponível. Tais relações jurídicas nascem e se moldam em estrita observância de normas legais, gerais e abstratas, idênticas para todos os empregados e para todas as empresas. Até mesmo a opção pelo “regime instituído na presente lei” (observe-se que a lei fala em “regime”!), originalmente prevista no art. 1º da Lei nº 5.107, de 1966, até mesmo essa opção, único resquício de autonomia de vontade do empregado (e que se limitava a aderir ou não ao regime), já não mais existe. Hoje, a adesão ao regime do FGTS é imposta por lei a empresas e a trabalhadores, e é a lei que disciplina, de forma exaustiva, todo o conteúdo e todas as consequências de tal vinculação. Em suma, nada tem de contratual o regime do FGTS. Sua natureza é tipicamente institucional, estatutária, objetiva. É, sob esse aspecto, em todo semelhante ao regime da Previdência Social: em ambos os casos, o ingresso é automático e decorre tão-somente da existência do contrato de trabalho, que é seu ato-condição.

9. Momento da ocorrência da alteração legislativa: antes de consumado o lapso temporal da aquisição do direito

Se o FGTS tem natureza institucional, e não contratual, os critérios jurídicos a serem adotados em relação a ele são os mesmos que nortearam a dedução do STF no precedente a respeito de reajustamento de vencimentos (Caso B). Não se pode aplicar a ele, sem maior consideração, o outro precedente, relativo a contrato (Caso A), e nem, como tem ocorrido com frequência, os precedentes jurisprudenciais a respeito de rendimentos de caderneta de poupança. É que também a caderneta de poupança tem natureza contratual. É espécie de contrato de depósito bancário a prazo certo de um mês, que pode ser renovado ou não, segundo a vontade do depositante. Ora, conforme antes se viu, em se tratando de contrato, os efeitos futuros regem-se pelas normas estabelecidas quando de sua celebração, e é essa a razão a sustentar o direito a rendimentos previstos na norma vigente ao tempo do depósito.

Aliás, mesmo nas situações de natureza contratual – que, como assevera a doutrina, nunca são encontráveis em estado puro –, a lei nova incide imediatamente sobre as cláusulas nele incorporadas por força de preceito normativo cogente, ou seja, aquelas cujo conteúdo foge ao domínio da vontade dos contratantes. Realmente, em casos de situações jurídicas oriundas

de contratos, notadamente em se tratando de contratos de trato sucessivo e execução diferida, que incorporam cláusulas regradas por lei, é pacífica a jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido à manutenção de tais cláusulas. Disciplinadas em lei de forma abstrata e geral, elas são suscetíveis de alteração com eficácia imediata, inclusive em relação aos contratos em curso de execução. Assim: "...as normas que alteram padrão monetário e estabelecem os critérios de conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam do regime legal da moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito..." (RE 114.982. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ 1º mar. 1991. No mesmo sentido: Relator: Ministro Ilmar Galvão. RTJ, v. 141, p. 1001); "não há direito adquirido a determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil réis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento" (RTJ, v. 117, p. 376); "não há direito adquirido a que os benefícios de previdência privada sejam fixados segundo o valor do salário mínimo, se lei posterior fixa nova escala móvel, alcançando obrigações de origem contratual ou não" (RTJ, v. 118, p. 709; no mesmo sentido: RTJ, v. 121, p. 776, v. 122, p. 1077, v. 122, p. 1147 e v. 124, p. 633).

É nesse sentido também a orientação do STJ, que a adotou, por exemplo, no que se refere a cláusulas contratuais de reajuste de prestações e benefícios da previdência privada (RSTJ, n. 3, p. 1032), em contratos de locação (RSTJ, n. 9, p. 391) e em relação a normas que procederam "expurgo" de correção monetária mediante aplicação de "tablitas".

É certo que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-DF, o STF considerou inconstitucional a norma que alterou, para os contratos em curso (do Sistema Financeiro da Habitação), o índice de correção monetária anterior (OTN ou UPC) pela Taxa Referencial – TR. No entanto, tal precedente de modo algum infirma a jurisprudência acima citada. É que o fundamento da inconstitucionalidade, na referida Ação Direta, não decorreu propriamente da modificação do indexador monetário, mas sim da substituição de um indexador monetário ("...que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda") por um indexador não-monetário, que não reflete a correção

da moeda, mas "as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo" (RTJ, v. 143, p. 724). Aliás, isso restou expresso no voto do relator, Ministro Moreira Alves:

"Não é, pois, a Taxa Referencial índice de atualização monetária, razão por que não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado" (RTJ, v. 143, p. 758).

Em suma: sendo o FGTS de natureza institucional, o que importa averiguar é se, quando do surgimento da lei nova, estavam ou não implementados os requisitos fáticos indispensáveis para incidência da lei antiga. Não estavam. As alterações legislativas operaram-se por normas que entraram em vigor antes mesmo de consumado o lapso temporal relativo à apuração do índice que incidiria caso não tivesse havido a interveniência legislativa. Assim, no que se refere a junho de 1987, a correção monetária, à época, tinha periodicidade trimestral e abrangia os meses de junho a agosto daquele ano, sendo 1º de setembro a data do crédito. A alteração do regime ocorreu em 15 de junho, no curso do período formativo. O mesmo se passou em relação a janeiro de 1989: o trimestre de competência abrangia os meses de dezembro a fevereiro, sendo em 1º de março a data do crédito. A alteração do regime se deu em 15 de janeiro. E, finalmente, com relação à correção monetária do mês de abril de 1990, a alteração do regime se deu em março daquele ano, antes mesmo que tivesse início o próprio período de apuração do índice, que na época era mensal.

Veja-se que, no precedente antes referido, relativo a reajuste de vencimentos de servidores – que têm garantia constitucional de irredutibilidade (art. 7º, VI e art. 39, § 2º) –, o STF considerou legítima a aplicação da lei nova, mesmo que editada quando já decorrido o período de apuração do índice de reajuste (no caso do FGTS esse período ou estava ainda em curso, ou sequer havia iniciado), e isso porque "o período pesquisado para efeito de apuração do índice alusivo ao reajuste não se confunde com o elemento temporal referente à aquisição do direito às parcelas a serem corrigidas" (RE nº 177.109-7. DJ, p.11.920, 5 maio 1995; no mesmo sentido: RE nº 178.276-5. DJ, p. 11.921, 5 maio 1995; RE 177.857-1. DJ, p.

11.921, 5 maio 1995 e RTJ, v. 134, p. 1112).

Nessa perspectiva, a conclusão a que se chega é a da legitimidade das normas que alteraram o regime, que, certamente, não atingiram direito adquirido. Aliás, se ilegítimas, caberia suscitar, em relação a elas, incidente de inconstitucionalidade, o que, até agora, não ocorreu em qualquer Tribunal.

10. Inexistência de direito à escolha de indexador

Ainda que se admitisse o direito adquirido à correção monetária calculada com base em determinado indexador e, portanto, a ilegitimidade da interferência legislativa para alterar critério de cálculo de correção monetária do FGTS, outras considerações mereceriam destaque.

Os diversos indexadores monetários previstos em nosso sistema têm, cada qual, critérios próprios de aferição, variando segundo o segmento da economia ou dos produtos que lhe servem de suporte para cálculo ou segundo a época, o local e a qualidade das amostras coletadas. É questionável, por isso, a afirmação, muitas vezes repetida, de que este ou aquele é o índice que realmente representa a inflação da economia do país. O próprio STJ, como se sabe, entendeu que, em janeiro de 1989, a variação a ser adotada para correção monetária com base no IPC não deveria ser a de 72,28%, mas sim a de 42,72%.

Todavia, a admitir-se que determinado índice é o juridicamente legítimo para a correção das contas do FGTS, por espelhar com precisão a perda do poder aquisitivo, é certo que deve ele vigorar não apenas num mês determinado, mas também em outros meses, anteriores e subsequentes. Não se poderia deixar ao arbítrio do titular da conta eleger, mês a mês, o índice que melhor lhe conviesse.

Isso tem significativa importância no exame do tema que aqui nos ocupa. Por exemplo: no que se refere ao mês de janeiro de 1989, a se ter por ilegítima a substituição do IPC pela LBC naquele mês, é certo que o IPC deveria ser adotado como fator de reajuste não apenas em janeiro de 1989, mas também nos meses seguintes, especialmente no mês de fevereiro, que, com dezembro e janeiro, compunha o trimestre de referência. Ora, em fevereiro a variação do IPC foi de apenas 3,60%, muito inferior ao índice adotado, o da LBC, que foi

de 18,35%. Assim, o percentual de correção monetária efetivamente creditado em 1º de março de 1989 foi, segundo dados oficiais, de 86,5095% (mais juros). A adotar-se o IPC nesse mesmo período, o índice acumulado do trimestre (28,79% em dezembro, 42,72% em janeiro e 3,60% em fevereiro) passaria a ser de 90,4262%. Ou seja, a diferença entre um e outro seria mínima. E, caso o IPC continuasse sendo adotado no trimestre seguinte (março/abril/maio de 1989), dita diferença estaria inteiramente coberta e com sobras: a variação acumulada do IPC no referido trimestre (6,09% em março, 7,31% em abril e 9,94% em maio) foi de 25,16%, enquanto o crédito efetuado atingiu, também segundo os dados oficiais, o percentual de 46,16% (sem considerar a taxa de juros).

11. Legitimação passiva e responsabilidade pelo creditamento

Outro tema debatido nas ações em que se questionam os indexadores do FGTS é o que diz com a legitimidade passiva. Esse tema guarda relação direta com outro: o de saber quem ou que patrimônio deverá suportar a execução das sentenças condenatórias.

É preciso, antes de mais nada, não confundir, como seguidamente ocorre, “contas vinculadas ao FGTS” com o próprio “FGTS”. O FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), desde a sua criação, sempre foi muito mais do que o conjunto das contas vinculadas. A ele se agregam outras receitas (receitas patrimoniais e financeiras, multas por atraso no recolhimento, correção monetária e juros perdidos pelos empregados despedidos por justa causa, outras receitas orçamentárias, elencadas expressamente na lei). Ora, o rendimento periódico de juros e correção monetária é devido e incide, não sobre os recursos do Fundo como um todo, mas somente sobre os saldos das contas vinculadas em nome dos trabalhadores. É o que dispunham a Lei nº 5.107, de 1966, art. 3º, e a Lei nº 7.839, de 1989, art. 11, que anteriormente regulavam o FGTS. E é o que dispõe a atual Lei nº 8.036, de 1990, art. 13. O FGTS, em si mesmo, obtém remuneração das aplicações que faz dos seus recursos, cuja rentabilidade não está tarifada, cuidando o legislador de estabelecer apenas certas condições mínimas, a saber: as aplicações devem ter rentabilidade necessária “a assegurar a cobertura das suas obrigações” (Lei nº 5.107,

de 1966, art. 11), “deverá ser suficiente à cobertura de todos os custos incorridos pelo Fundo e, ainda, à formação de reserva técnica” (Lei nº 7.839, de 1989, art. 7º, § 1º, e Lei nº 8.036, de 1990, art. 9º, § 1º).

Pois bem, entre as obrigações do Fundo, a serem cobertas com os rendimentos provenientes da aplicação dos seus recursos, está justamente a de creditar, periodicamente, juros e correção monetária sobre os saldos das contas vinculadas. É o que estabelece expressamente a lei de regência: Lei nº 5.107, de 1966, art. 3º, § 1º (“A correção monetária e a capitalização dos juros correrão à conta do Fundo”), Lei nº 7.839, de 1989, art. 11, §§ 1º e 2º (“... a atualização monetária e a capitalização dos juros correrão à conta do Fundo”), e Lei nº 8.036, de 1990, art. 13, §§ 1º e 2º (“...a atualização monetária e a capitalização de juros correrão à conta do FGTS”). Em outras palavras, se a correção monetária foi paga em valor menor que o devido, quem disso se beneficiou foi quem deveria ter pago a maior e não o fez, ou seja, o próprio Fundo.

É o Fundo, pois, em primeiro lugar, o responsável por eventual complementação ou reparação devida aos titulares das contas a ele vinculadas.

Ocorre que o FGTS não tem personalidade jurídica. No dizer de Eduardo Gabriel Saad, o Fundo é uma espécie de autarquia imperfeita, “porque tem alguns traços característicos, mas lhe faltam outros”. Foi criado por lei, tem finalidade pública, mas não tem administração própria (*Comentários à Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço* 3. ed. Ltr, p. 98). Não tendo personalidade jurídica própria, sua representação processual há de ser por quem o administra. É essa a solução que o nosso sistema oferece em casos análogos, como ocorre com o espólio (que é representado pelo inventariante) e com o condomínio (que é representado pelo síndico). É o que se dá, igualmente, em relação aos consórcios de automóveis e à massa insolvente, na insolvência civil, que, mesmo sem lei expressa a respeito, são representados por seus respectivos administradores. Isso não significa dizer que o patrimônio pessoal do administrador, do síndico ou do inventariante vá suportar os ônus da condenação. Suportá-los-á, se for o caso, o patrimônio do representado.

Pois bem, a Lei nº 8.036, de 1990, estabeleceu que o FGTS tem um Conselho Curador, encarregado, basicamente, de editar normas e

diretrizes (art. 3º), um gestor de suas aplicações (que é um Ministério de Estado), encarregado de estabelecer e fiscalizar programas de alocação dos recursos, acompanhar sua gestão econômica e financeira e assim por diante (art. 5º), e um agente operador, a Caixa Econômica Federal. Apenas esta última é que tem personalidade jurídica. É ela, salvo quando se tratar de cobrança das contribuições, que representa juridicamente o FGTS, judicial ou extrajudicialmente, ativa e passivamente, conforme, aliás, consta expressamente da Resolução nº 52, de 12-11-91, do Conselho Curador do Fundo.

Assim, em princípio (ressalvadas situações peculiares que possam surgir em face da causa ou do fundamento jurídico do pedido), quem deve figurar no pólo passivo da relação processual nas demandas onde se reclamam diferenças de correção monetária das contas do FGTS é a Caixa Econômica Federal, como representante do Fundo (ou, se quisermos ser mais rigorosos tecnicamente, é o Fundo, representado pelo seu agente operador, a Caixa Econômica Federal).

12. Conclusões

São as seguintes, portanto, as principais conclusões a que se pode chegar do que foi exposto:

I – No que se refere à aplicação da lei no tempo: a) o preceito constitucional, segundo o qual a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, é restrição ao poder de legislar aplicável inclusive às normas de direito público, como são as que editam planos econômicos; b) por ato jurídico perfeito entende-se aquele cujos elementos formadores, indispensáveis à sua existência, encontram-se completos; c) considera-se adquirido o direito tão pronto esteja apto a ser exercido, bem como quando o seu exercício dependa apenas de termo prefixo ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem; d) não se confunde aplicação retroativa com aplicação imediata da lei: aquela é vedada, salvo se importar situação de vantagem ao destinatário; esta é, em princípio, admitida; e) o critério técnico, adotado pela jurisprudência do STF e pela doutrina, para a solução dos problemas relacionados com a aplicação da lei no tempo está baseado na identificação da natureza da situação jurídica: se individual (contratual) ou institucional (geral, estatutária); f) as situações individuais – que decorrem de atos específicos, notadamente de natureza contratual, em que

as partes têm liberdade para disciplinar o conteúdo da relação jurídica – não são modificáveis, nem mesmo quanto aos seus efeitos futuros, por lei nova, eis que isso importaria ofensa a ato jurídico perfeito; g) nas situações institucionais – cuja disciplina é prevista em normas abstratas e cuja aplicação individual depende do implemento de outro ato ou fato posterior à sua edição (suporte fático) –, a lei nova tem aplicação imediata e alcança inclusive as situações em curso de formação; de seu alcance ficam excluídas apenas as situações em que o suporte fático para a incidência da lei antiga já se havia completado inteiramente ainda na vigência daquela.

II – No que se refere especificamente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: a) o FGTS tem natureza institucional, e não contratual, de modo que as supervenientes modificações da lei que o disciplina têm aplicação imediata, alcançando situações jurídicas não-aperfeiçoadas na vigência da lei anterior;

b) a intercorrência legislativa que operou alterações nos critérios de cálculo da correção monetária das contas vinculadas, em junho de 1987 (“Plano Bresser”), janeiro de 1989 (“Plano Verão”) e abril de 1990 (“Plano Collor”), deu-se antes de implementado o suporte fático para a incidência da lei antiga, não importando, conseqüentemente, ofensa a direito adquirido; c) de qualquer modo, a se admitir como legítimo o indexador antigo, este há de ser aplicado durante todo o período de competência, e não apenas no mês específico em que seu percentual foi superior ao índice da nova lei; e) os créditos de juros e correção monetária devidos às contas vinculadas correm à conta do próprio Fundo, que, por sua vez, é alimentado por receitas provenientes de variadas fontes (depósitos dos empregadores, receitas patrimoniais e financeiras, multas, receitas orçamentárias); f) por não ter personalidade jurídica própria, o FGTS é representado, em juízo, pela Caixa Econômica Federal, seu agente operador.

A eficácia *ex nunc* da naturalização e a extradição de brasileiro

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A eficácia *ex nunc* na naturalização. 3. A extradição de brasileiro.

1. Introdução

Tema dos mais intrigantes de Direito Internacional Público é aquele que se dedica à saída compulsória do território nacional, mormente à extradição, que, ao excluir do seu alcance os brasileiros, impescinde de uma vasta literatura sobre a nacionalidade: aquisição, mudança e perda. Sobre o assunto, dois tópicos se evidenciam e merecem uma análise mais acurada, não só pela necessidade de sistematização, mas também pelo alcance que possuem: a eficácia *ex nunc* da naturalização e a extradição de brasileiro. A exposição do tema, mediante comentários da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tornou o estudo eminentemente prático.

2. A eficácia *ex nunc* na naturalização

A nacionalidade é o vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado. Quanto a sua aquisição, pode ser originária, aquela que coincide com o nascimento do indivíduo, ou derivada, obtida após o nascimento. A nacionalidade originária se materializa por dois critérios básicos: o *ius soli* e o *ius sanguinis*, não obstante hoje já se fale em *ius domicilii* e *ius laboris* (DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1994).

A naturalização, que para muitos é um ato de soberania do Estado e, portanto, de natureza política e de total discricionariedade (Lei nº

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva é Juiz Federal no Rio de Janeiro, Professor Assistente da Universidade Federal Fluminense, Mestre em Direito e Doutorando em Direito.

6.815/80, art. 121), a que mantenho profundas reservas, é o meio tradicional de aquisição derivada da nacionalidade brasileira. Embora a Constituição de 1988 tenha previsto três espécies de naturalização, duas delas vinculadas ao seu próprio texto (Constituição, art. 12, II, alínea *a*, segunda parte, e alínea *b*), tem sido tradição no nosso Direito Constitucional delegar ao legislador ordinário a fixação dos requisitos para a sua concessão (Constituição, art. 12, II, alínea *a*, primeira parte), o que de certa forma contribui para o surgimento de controvérsias a respeito.

Há muito se discute sobre o alcance dos efeitos da naturalização, se retroagem ou não, e se chegam a atingir os filhos e cônjuge do naturalizando. Interessante questão é saber se filho de estrangeiro, posteriormente naturalizado brasileiro, e nascido no exterior, pode ser considerado brasileiro nato. A dúvida se acentuou com o advento da Lei nº 4.404/64, cujo artigo 1º dispunha que “o menor estrangeiro, residente no país, filho de pais estrangeiros naturalizados brasileiros e aqui domiciliados, é considerado brasileiro para todos os efeitos legais” e, ainda, pelo seu art. 2º, prescrevia que, “atingida a maioridade, deverá o interessado, para conservar a nacionalidade brasileira, *optar*, por ela, dentro de quatro anos”.

Parte da jurisprudência, à época, sustentava que a Constituição não distinguia brasileiro nato do naturalizado, e que, portanto, filho de brasileiro, fosse naturalizado ou nato, se preenchesse os requisitos constitucionais, seria considerado brasileiro nato. Sucede que a nacionalidade originária é conceitualmente aquela na qual o indivíduo com ela já nasce, de modo que, se a naturalização do pai é posterior ao nascimento do filho, significa que este não nasceu brasileiro, mas sim estrangeiro. O contrário implica admitir que a naturalização surte efeitos *ex tunc*, retroativos, o que, além de ofender a boa técnica jurídica, é um resultado repellido pela unanimidade da doutrina especializada.

Além disso, haveria grandes riscos de fraude à legislação sobre naturalização. Imaginem um estrangeiro, desejoso de obter a nacionalidade brasileira por meio de naturalização, mas que não possuísse os seus requisitos. Bastaria que o seu pai a obtivesse, para que, em seguida, fosse considerado brasileiro, e, pior, brasileiro nato. Dessa maneira, a melhor exegese daquele diploma legal, deveria ser no sentido de que o menor estrangeiro, residente

no país, filho de pais estrangeiros naturalizados brasileiros e aqui domiciliados, fosse considerado brasileiro para todos os efeitos legais, desde que já nascido por ocasião da naturalização, pois aí realmente não há qualquer distinção entre brasileiro nato e naturalizado.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal, no Recurso Extraordinário nº 76.067/RS, de que foi relator o Ministro Aliomar Baleeiro, deixou assentado que “a Constituição não distingue entre pais brasileiros natos ou naturalizados”; porém, em se tratando de pai brasileiro naturalizado, “o essencial é que, na data de nascimento, já houvesse obtido a sua naturalização”. Da mesma maneira, o Ministro Vitor Nunes Leal, no Recurso Extraordinário nº 46.305, decidiu que:

“A naturalização dos pais, a chamada naturalização expressa, não poderia retroagir para aquele efeito. O título declaratório é que retroage, porque não confere o *status* nacional, mas apenas declara a nacionalidade adquirida, anteriormente, pela reunião dos pressupostos constitucionais. Como não podia a naturalização dos pais retroagir, a recorrida nasceu de pais estrangeiros, e só os filhos de brasileiros podem optar pela nossa nacionalidade” (*Revista Forense*, n. 204, p. 131).

Embora com indícios de inconstitucionalidade, a Lei nº 4.404/64 jamais foi objeto de representação direta perante o Supremo Tribunal Federal. Registre-se a infrutífera solicitação a respeito do então Procurador-Geral Haroldo Valladão, que algum tempo antes, como consultor jurídico do Itamaraty, sustentara a tese de que a dita lei era inconstitucional e contara com o apoio do Consultor-Geral Adroaldo Mesquita da Costa. A representação tomou, no Supremo, o nº 705 e foi julgada carente de objeto, vez que revogada pela Lei nº 5.145/66 (RTJ-48/156). Não obstante, naquela oportunidade, o Ministro Themistócles Cavalcante, com sua autoridade, encampou a tese da inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

“Não tenho dúvidas sobre a inconstitucionalidade da lei que me parece manifesta, e não tenho motivos para não decretá-la para anular os atos praticados em sua vigência”.

Peculiar posição adotada sobre o assunto foi a do então Subprocurador-Geral da República José Francisco Rezek, no parecer exarado no

Recurso Extraordinário nº 93.534-7/SP (DJU, 07-10-83), o qual entendeu ter a Lei nº 4.404/64 criado uma espécie diversa de naturalização (nacionalidade derivada), de modo que, sendo matéria reservada à norma infraconstitucional, era ela perfeitamente compatível com a Carta Magna. Da sua erudita promoção, extrai-se o seguinte trecho:

“Parece-me, com o respeito devido àqueles doutos mestres, que a execução da Lei nº 4.404 decorreu de um raciocínio precipitado. Seria flagrante, na lei, o vício de inconstitucionalidade, quando ali detectássemos o intento de criar, à margem da Lei Maior, um novo caso de nacionalidade originária. Entretanto, a linguagem da lei é ambígua e atípica quando atribui a seus beneficiários – os menores estrangeiros, filhos de pais aqui domiciliados e já naturalizados – a condição de brasileiro ‘para todos os efeitos’. Pretendeu-se, sistemática e superficialmente, dar essa expressão por sinônima de brasileiros natos, o que me parece, no mínimo, discutível. Seria correto afirmar-se, por exemplo, que o brasileiro nato tem todas as prerrogativas do brasileiro naturalizado, e mais algumas. Efeitos, contudo, não significam o mesmo que prerrogativas, muito mais amplo e complexo demonstrando o alcance daquele primeiro vocábulo. Observe-se, como ilustração, que só o brasileiro naturalizado está sujeito à perda da nacionalidade a que se refere o inciso III do art. 146 da Carta. Para esse efeito específico, brasileiro é tão-só o titular da nacionalidade adquirida, não aquele da nacionalidade de origem. Parece válido, nessas circunstâncias, afirmar-se que ninguém é brasileiro para todos os efeitos, ou, enfocando as coisas sob outro ângulo, e visando, legitimamente, a valorizar o labor-legislativo, diríamos que a expressão, tal como aparece ao final do art. 1º da Lei nº 4.404, quer se referir a todos os efeitos cabíveis na alçada do legislador ordinário – e que são, pois, os pertinentes à nacionalidade por naturalização. Quando se entendesse de desprezar o raciocínio exposto no item anterior, ainda assim a tese da inconstitucionalidade da Lei nº 4.404, seria rematado absurdo, porque ilegítimo derrubar-se em seu contexto, em nome

do primado da Lei Maior, mais que a pura e simples expressão ‘para todos efeitos’. E a consequência não muda: a lei é perfeitamente sadia como expressão do poder de naturalizar pessoas, que a Carta não nega ao legislador ordinário. Assim, aquela Lei votada pelo Congresso Nacional em 1964 teve, sem sombra de dúvida – ainda que mais ampla a intenção de seus redatores –, a virtude de instituir uma *forma de naturalização*, beneficiando, sem maiores requisitos, o menor estrangeiro, filho de pais já incorporados à comunhão nacional”.

Com o advento da Lei nº 5.145/66, que deu nova redação ao art. 4º e § 1º da Lei nº 818/49, a controvérsia voltou a surgir, isso porque, embora ficasse assentado que o requerimento para a opção de nacionalidade (originária) devesse ser instruído com o comprovante da nacionalidade de um dos genitores do optante, *na data do seu nascimento*, não se esclareceu se a nacionalidade dos genitores poderia ser decorrente de naturalização. Porém, a questão foi logo dirimida pelo STF, no Recurso Extraordinário nº 77.065-8/SP (DJU, 13-5-83), de que foi relator o Ministro Aldir Passarinho, encontrando-se assim ementado:

“Nacionalidade. Opção. Termo de registro de nascimento. Não é de conhecer-se de recurso extraordinário que visa a reforma de acórdão do Tribunal Federal de Recursos segundo o qual ‘ao filho de brasileiro naturalizado, nascido no estrangeiro, na vigência de ato de naturalização do pai, ou da mãe, assiste o direito de pleitear o benefício do registro previsto no inciso c do item I do art. 140 da Constituição”.

Hoje os efeitos na naturalização estão regulamentados pelo Capítulo II, Título XI, da Lei nº 6.815/80 (*Estatuto do Estrangeiro*). Dispõe o seu art. 123 que “A naturalização não importa aquisição da nacionalidade brasileira pelo cônjuge e filhos do naturalizado”, o que, contudo, não impede que o filho de brasileiro, naturalizado antes do seu nascimento, seja considerado brasileiro nato. Retrata, pois, a concepção de que a naturalização surte efeitos apenas *ex nunc*, e que as causas para a concessão da nacionalidade originária estão taxativamente previstas na Constituição Federal, não podendo ser excepcionadas, ou ampliadas, por norma infraconstitucional.

3. A extradição de brasileiro

É regra de Direito Internacional a inextraditabilidade de nacional. E, assim, as Constituições pátrias não têm admitido a extradição de brasileiro, valendo, contudo, a anotação de Celso D. de Albuquerque Mello (*Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1992. v. 2, p. 718) de que “a Lei de 1911 de extradição consagrava a entrega de nacional, mediante reciprocidade”. Trata-se, ademais, de princípio consagrado quase que universalmente, tendo-se notícias de que apenas os EUA e a Inglaterra não o acolhem (REZEK, J. F., *Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 206).

Segundo a autorizada doutrina de Celso Mello, a razão principal de sua existência é que o Estado tem a obrigação de proteger os seus nacionais, acrescentando, ainda, os fundamentos de que

“ninguém pode ser subtraído a seus juízes naturais; o direito do nacional de habitar o seu próprio Estado; a dificuldade de defesa em tribunais estrangeiros; e a falta de imparcialidade da justiça estrangeira” (Op. cit. p. 718).

Não obstante, antes mesmo do advento da Constituição de 1988, a legislação ordinária brasileira permitia a extradição de brasileiro que viesse a se naturalizar após o fato criminoso (Lei nº 6.815/80, art. 77, I), o que suscitava dúvidas sobre a sua constitucionalidade, já que a própria Constituição não fazia distinção entre brasileiro nato e naturalizado, ao menos para tal finalidade.

De fato, não há distinção entre brasileiro nato e naturalizado, de modo que, se é vedada a extradição de brasileiro, pouco importa se a nacionalidade foi adquirida originária ou derivadamente. Entretanto, relativo ao tema, tem-se em vista sempre que, para a concessão da naturalização, forma derivada de aquisição da nacionalidade, a primariedade e os bons antecedentes são pré-requisitos. Dessa maneira, se um estrangeiro obtém a naturalização, e, mais tarde, sua extradição é requerida pela prática de crime ocorrido antes da sua diplomação, entende-se que faltava um dos seus requisitos, o que, em última análise, enseja a nulidade do processo de naturalização e restabelece o *status quo* do indivíduo. Estaríamos, pois, extraditando não um brasileiro naturalizado, mas sim um estrangeiro.

O Estatuto dos Estrangeiros prescreve que são condições para a concessão da naturalização, dentre outros, o bom procedimento e a inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no Exterior por crime doloso a que seja pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a 1 ano (art. 112, VI e VII). Dispõe em seguida que, verificada, a qualquer tempo, a falsidade ideológica ou material de qualquer dos requisitos exigidos, será declarado nulo o ato de naturalização (art. 112, § 2º). Da mesma maneira, prescreve o art. 35, *caput*, da Lei nº 819/49, formalmente ainda em vigor.

Contudo, é entendimento do Supremo Tribunal Federal que, nesses casos, a extradição só pode ser deferida se a decretação da nulidade da naturalização for anterior e mediante o devido processo legal a que se referem o § 3º, do art. 112 da Lei nº 6.815/80 e os parágrafos do art. 35 da Lei nº 819/49. Nesse sentido, decidiu o Plenário do STF, no *Habeas Corpus* nº 60.546-0/DF (*Revista de Jurisprudência do STF*. n. 53, p. 277.), de que foi relator o Ministro Soares Muñoz, e de cujo voto destaco o seguinte trecho:

“A melhor orientação, em face da Constituição Federal e do Estatuto do Estrangeiro, é a de que a decretação da nulidade da naturalização deve anteceder ao deferimento da extradição”.

A propósito, em posição antagônica, vale registrar a doutrina de Pontes de Miranda ao esclarecer que

“pedida a extradição do ex-estrangeiro, isto é, do naturalizado brasileiro, por fato anterior à naturalização, a extradição pode ser concedida, se a naturalização não podia ser deferida (nulidade com efeito *ex tunc*), posto que o tivesse sido. Mas é preciso, então, que o primeiro tenha eficácia à decisão (constitutiva negativa) de nulidade. Cancelada a naturalização de alguém – acrescenta o saudoso jurista – pode ser concedida a extradição, se o crime é anterior à naturalização, e essa não podia ser deferida” (*Comentários à Constituição de 1967*. t. 5, p. 258).

Relembra o ilustre jurista que o STF, na Extradição 105, julgada em 1935, chegou a afirmar que o art. 113, § 31, da Constituição de 1934 (que também declarava “não ser concedida, em caso nenhum, a extradição de

brasileiro”) revogara o preceito da Lei nº 2.416/11, art. 1º, § 2º, que permitia a extradição dos naturalizados se a naturalização tivesse sido posterior ao fato criminoso (Op. cit., p. 259).

Dissipando qualquer fonte de dúvidas a respeito da extradição de brasileiro, a atual Constituição Federal, art. 5º, LI, admite, expressamente, a extradição de brasileiro naturalizado posteriormente ao fato que deu causa ao pedido de naturalização. Porém, foi mais além. Chega a admitir a extradição de brasileiro naturalizado, antes mesmo do fato, na hipótese de crime de tráfico de entorpecentes, deixando em aberto a possibilidade de, nesse caso, ser também extraditado o brasileiro nato (MELLO, op. cit. p. 718).

Dispõe o art. 5º, LI, da Constituição que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

A expressão “na forma da lei” impede que o citado dispositivo constitucional tenha aplicabilidade imediata, sendo indispensável, para a sua eficácia, a implementação de legislação ordinária regulamentar. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, na Extradição nº 541 (RTJ-145/428), de que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, valendo destacar o seguinte trecho da ementa correspondente:

“Ao princípio geral de inextraditabilidade do brasileiro, incluído o naturalizado, a Constituição admitiu, no art. 5º, LI, duas exceções: a primeira, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, se a naturalização é posterior ao crime comum pelo qual procurado; a segunda, no caso de naturalização anterior ao fato, se se cuida de tráfico de entorpecentes: aí, porém, admitida, não como a de qualquer estrangeiro, mas sim ‘na forma da lei’ e por ‘comprovado envolvimento’ no crime: a essas exigências de caráter excepcional não basta a concorrência dos requisitos formais de toda extradição, quais sejam, a dúplice incriminação do fato imputado e o juízo estrangeiro sobre a seriedade da suspeita”.

A extradição de brasileiro nato, no caso de envolvimento em crime de tráfico de entorpecentes, decorre da idéia de que a Constituição Federal não permite a distinção entre brasileiro nato e naturalizado (art. 12, § 2º). Ocorre que,

por uma questão de ordem gramatical, a segunda parte do inciso LI, art. 5º, da Constituição está apenas vinculada à expressão “naturalizado”, e aí residiria mais uma exceção à regra de igualdade entre brasileiro nato e naturalizado, não sendo viável, de qualquer maneira, a extradição de brasileiro nato, embora o Supremo Tribunal Federal não tenha, explicitamente, assim se manifestado.

Situação diversa é aquela do brasileiro que perde a nacionalidade e, posteriormente a um fato criminoso, requer a sua requalificação, justamente para se furtar da extradição. Se a requalificação for de nacionalidade originária, tenho que a sua natureza é meramente declaratória, de modo que surtirá efeitos *ex tunc* e impedirá a extradição, já que se trata de brasileiro nato. Se a hipótese for de requalificação de nacionalidade derivada, a regra aplicável é semelhante à naturalização em geral, vale dizer, possui natureza constitutiva, com efeitos *ex nunc*, e deverá ser concedida a extradição uma vez sendo o fato criminoso anterior à requalificação.

Dessa maneira, já trilhou o Supremo Tribunal, na Extradição nº 441-7 (DJU. 10.06.88), cuja ementa está assim redigida:

“Extradição. Havendo o extraditando comprovado a requalificação da nacionalidade brasileira, indefere-se o pedido de extradição. Constituição Federal, art. 153, § 19, parte final. Não cabe invocar, na espécie, o art. 77, I, da Lei nº 6.815/80. Essa regra dirige-se, imediatamente, à forma de aquisição da nacionalidade brasileira, por via de naturalização. Na espécie, o extraditando é brasileiro nato (Constituição Federal, art. 145, I, alínea a). A requalificação da nacionalidade, por brasileiro nato, implica manter esse *status* e não o de naturalizado. Indeferido o pedido de extradição, desde logo, diante da prova da nacionalidade brasileira, determina-se seja o extraditando posto em liberdade, se por algum motivo não houver de permanecer preso”.

Entretanto, na doutrina, a matéria é controvertida. Celso Mello afirma que, embora a requalificação não tenha efeito retroativo, o indivíduo readquire a nacionalidade no mesmo *status* que possuía antes de perdê-la. Com ele, encontra-se o magistério de Ilmar Penna Marinho, Oscar Tenório e José Afonso da Silva (MELLO, op. cit. v. 1, p. 680). Pontes de Miranda e F. Rezek, ao contrário, já entendem

que a reatuação de nacionalidade detém natureza de naturalização, pouco importando o *status* anterior, o que não é de todo absurdo, já que a Constituição Federal, ao dispor sobre as causas de aquisição e perda da nacionalidade, foi omissa a respeito da reatuação.

Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Internacional*. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado : parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1995.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado : teoria e prática*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internancional Público*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros.
- TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1976.

—————. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1955.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1980.

Revistas e Periódicos

- ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Brasília : Imprensa Nacional, 1967-
- REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964- Trimestral.
- REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Rio de Janeiro : Renovar, 1945-
- REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro : Degrau Cultural, 1975-
- REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília : Jurídica, 1989-
- REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Brasília : TRF- 1ª Região, 1989-
- REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. Rio de Janeiro : TRF- 2ª Região, 1991-
- REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. São Paulo : TRF- 3ª Região, 1990-
- REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Porto Alegre : TRF- 4ª Região, 1990-
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo : RT, 1912-
- REVISTA FORENSE. Rio de Janeiro : Forense, 1904-
- REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO. São Paulo : Malheiros, 1993-
- REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília : Supremo Tribunal Federal, 1957-

O interrogatório a distância

Um novo tipo de *cerimônia degradante*

RENÉ ARIEL DOTTI

“Onde estava o juiz que nunca tinha visto? Onde estava o alto tribunal ante o qual nunca comparecera? Elevou as mãos e separou todos os dedos”.

(Penúltimas palavras de Joseph K, em *O processo*, de Kafka.)

Em seu profético *1984*, George Orwell descreveu, 35 anos antes e com alegorias de pânico, a permanente vigilância contra as pessoas, dentro de suas próprias casas, por meio de teletelas que capturam a imagem e a voz em todos os lugares onde estivessem, transmitindo-as para o visor de um enorme aparelho, manipulado por uma figura poderosa que tudo controla e dirige.

Essa referência paradigmática de opressão do corpo e do espírito serve como *feedback* para ilustrar a cena do *interrogatório a distância*, uma proposta de extração da prova com a intermediação do computador.

A primeira experiência para se implantar o novo *sistema* foi ruidosamente festejada com reportagem de primeira página do jornal *Folha de São Paulo*. Aquela divulgação massificada provocou uma grande polêmica e justifica a discussão aberta e vigorosa sob os mais diversos aspectos do tema.

Junto ao preso, na outra ponta, fica um funcionário para identificá-lo, qualificá-lo e dar-lhe ciência, em voz alta, das perguntas formuladas pelo juiz. Os procedimentos posteriores do ato são descritos pelo ilustre magistrado que o presidiu, o Doutor Luiz Flávio Gomes, em artigo publicado no *Boletim* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Vale transcrever:

“De outro lado, esse funcionário ouve o que o acusado diz e lhe cabe o registro disso no computador. A este funcionário, ademais, é que cabe zelar pela

publicidade do ato. (...) Deve-se registrar que o preso entrevistou-se antes com seu defensor. Registra-se ainda que ao preso as perguntas foram lidas em voz alta, na presença do defensor. Este acompanha todo o interrogatório e cabe-lhe fiscalizar a transcrição correta do que foi dito pelo acusado. *Ao funcionário da Justiça cabe fiscalizar a não-interferência do advogado nas respostas dadas pelo acusado, nos termos do CPP (art. 187)*”¹

Estamos entendidos: entre o juiz e o réu, atua um amanhado com atribuições de manipulador dos registros e fiscal da ação do advogado, se este pretender “intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”, como determina o autoritário dispositivo processual. E se houver uma questão de ordem ou esclarecimento que dependa do diálogo direto com o gestor da surrealista audiência? O digitador impedirá que o defensor procure retificar o que está sendo erroneamente grafado? Sabe-se que, não raro, a colheita da palavra direta do acusado no sistema vigente caracteriza o monopólio do interrogante, um exemplo deplorável do tipo inquisitorial de processo como se esse importante ato fosse um assunto particular entre o juiz e o réu. Sabe-se, também, que muitos deles não escondem a irritação quando o advogado solicita, ainda que respeitosamente, a correção de termos, expressões ou frases ditadas equivocadamente. Agora com a *leitura da alma* do acusado por meio da *telepatia cibernética*, o juiz de vocação autoritária não precisará mais advertir o defensor com as ameaças veladas ou expressas (desacato, desobediência, representação, etc.).

O chamado *interrogatório ‘on line’* sugere a lembrança do texto premonitório de Orwell, com uma diferença, para pior, assim destacada pelo próprio interrogador:

“Pelo sistema até aqui concretizado efetivamente, *o juiz não vê o rosto (nem as expressões corporais) do acusado*. Mas isso já ocorre com muita frequência, seja quando o interrogatório é feito por precatória, seja quando é o Tribunal que condena o acusado. Não vigora, entre nós, a identidade física do juiz; com isso, o que sentencia muitas vezes não é o que interroga”².

¹ O interrogatório à distância on line. *Boletim do IBCCrim*, n. 42, jun. p. 6, 1996. (Grifos meus).

² *Ibidem*. (Grifos meus).

A ausência, no processo penal, do aludido e generoso princípio permite que o julgador condene, com lamentável frequência, seres humanos que desconhece. São raríssimas as hipóteses em que ele se utiliza das cautelares regras que prevêm o reinterrogatório, no interesse da apuração do fato e em obséquio à garantia da ampla defesa.

Entre os princípios fundamentais do processo penal, destacam-se dois deles: o princípio da investigação e o princípio da verdade material. O primeiro está vinculado ao aspecto do impulso processual, enquanto o segundo está relacionado com a prova. Ambos, porém, harmonizam-se e se completam numa relação de meio a fim. O *princípio da investigação* constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. Ele também poderia chamar-se de *instrutório* ou *investigatório*, mas tais designações se prestariam a equívocos na suposição de que o princípio somente valeria para a fase da instrução da causa ou que identificasse um modelo de feição autoritária. A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou do tribunal para apurar os fatos, acima e além da vontade das partes. A investigação constitui fenômeno relativo ao *impulso* do procedimento e também à *descoberta dos fatos*. Daí a designação paralela de *princípio da verdade material*. A propósito, a lição de Figueiredo Dias:

“Por isso se diz que, no processo penal, está em causa não a ‘verdade formal’, mas a ‘verdade material’, que há de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através de seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma verdade *judicial, practica* e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer preço, mas processualmente válida”³.

A procura da verdade material constitui um *poder-dever* do Estado, pois a boa administração da Justiça é um dos objetivos fundamentais da República no plano do desenvolvimento da sociedade que deve ser, ela mesma, livre, justa e solidária (Constituição, art. 3º, I). Esse ônus

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra Ed. v. 1, p. 193-194, 1979. (Destques do original).

da investigação é inerente à atividade judicial em sistema como o nosso que não admite o chamado *processo de partes*, no qual o juiz permanece inerte quanto à iniciativa da prova. Em mais de uma oportunidade, o Código de Processo Penal dispõe que o juiz poderá (*rectius*: deverá) promover diligências para se esclarecer a respeito de questões de fato, mediante as seguintes providências: a) determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, no curso da instrução ou antes de proferir sentença (art. 156); b) proceder, em qualquer tempo, a novo interrogatório (art. 196); c) ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes (art. 209); d) reinquirir testemunhas e o ofendido (parágrafo único, art. 502).

Diante de tais observações, perde sentido a discussão bizantina sobre a natureza jurídico-processual do interrogatório: se *é meio de prova* ou mero *ato de defesa*. É elementar que, constituindo o interrogatório do acusado um dos capítulos submetidos ao Título que regula, justamente, a produção da prova⁴, nenhuma razão existe para desconsiderar esse importantíssimo ato como integrante do conjunto de elementos de fato para constituir a decisão. É oportuno salientar que o primeiro artigo que trata da prova no Código de Processo Civil assim declara:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (art. 332).

Tal dispositivo é aplicável, por analogia, ao processo penal (CPP, art. 3º). E o art. 157 do Código do Processo Penal estabelece que o juiz formará a sua convicção pela “livre apreciação da prova”, vale dizer, pelo conhecimento e interpretação de *todos* os elementos, sejam eles produzidos pelas partes ou por sua iniciativa. Assim ocorre mesmo nas ações penais instauradas com fundamento na Lei nº 9.099/95, quando o interrogatório é o último ato da instrução, se o acusado estiver presente (art. 81). A aludida regra permite que o réu deixe de comparecer à audiência sem sofrer qualquer tipo de sanção, como um corolário lógico do *direito de calar* que é constitucionalmente garantido (art. 5º, LXIII).

As (supostas) razões com as quais o talentoso penalista Luiz Flávio Gomes procura justificar esse modismo, que anestesia a palavra e esconde o rosto, são equivocadas e procuram se amparar na lamentável conjuntura forense. Entre as mesmas se destacariam: a) a concessão da liberdade provisória, em muitas situações, ocorre após o interrogatório, quando o juiz se convence que a prisão em flagrante, provisória, preventiva ou sob outro título não se justifica. As dificuldades com o transporte e apresentação do preso à sede do Juízo retardaria o ato em prejuízo da liberação mais expedita; b) a dispensa de ofícios e outros expedientes de requisição permitiria a audição de “uma pessoa em qualquer ponto do país, sem necessidade do seu deslocamento. Eliminam-se riscos, seja para o preso (que pode ser atacado quando está sendo transportado), seja para a sociedade. O transporte do preso envolve gastos com combustível, uso de muitos veículos, escolta, muitas vezes gasto de dinheiro para o transporte aéreo, terrestre, etc. O sistema do interrogatório a distância evitaria todos esses gastos. Representaria uma economia incalculável para o erário público e mais policiais na rua, mais policiamento ostensivo, mais segurança pública”⁵; c) “Realizando-se o interrogatório prontamente por computadores, praticamente o preso não interrompe sua rotina no presídio, isto é, não precisa se ausentar das aulas, quando está estudando, não precisa se privar da assistência religiosa, não precisa cessar seu trabalho. Isso significa vantagens para a sua ressocialização, principalmente porque o trabalho permite a remição”⁶.

Essa visão da natureza humana e dos problemas jurídicos suscitados pelo *fórceps eletrônico* da alma foi devidamente criticada pelos advogados Adriano Salles Vanni e Marlon Wander Machado, em artigo intitulado “Os direitos do preso e o interrogatório *on line*”⁷, no qual demonstram que a temerária prática se revelará atentatória ao princípio da publicidade dos atos processuais e gravosa aos direitos fundamentais do acusado, entre eles o de ampla defesa. E indicam situações concretas nas quais o preso não terá a segurança necessária para denunciar fatos de interesse pessoal, como os maus-tratos no cárcere, ou de interesse para a causa, como a chamada de um co-réu que esteja

⁴ Livro I (Do processo em geral); Título VII (Da prova); Capítulo III (Do interrogatório do acusado) (CPP art. 185 e s.).

⁵ GOMES, op. cit.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Boletim do IBCCrim*, n. 44, p. 5.

cumprindo pena no mesmo estabelecimento. Os autores insistem na necessidade do contato pessoal do preso com o magistrado dentro da sala de audiências.

“Tal contato, na verdade, extrapola o simples olhar ou sentimento do magistrado quanto à pessoa do interrogando para representar verdadeiramente a garantia ao réu de poder manifestar-se livremente, sem sofrer de imediato os castigos fatalmente advindos de seu comportamento, pois, findo o interrogatório, estará novamente em sua realidade, agora para sofrer as conseqüências de seu ato”⁸.

O Promotor de Justiça em São Paulo e secretário do Ministério Público Democrático, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, em artigo publicado no mesmo local, adverte que, em nome da

“comodidade judicial, procura-se livrar o preso do sacrifício de ser transportado ao Fórum para conhecer seu juiz e exercer não o mero direito de ser ouvido, mas o direito de dizer, o que são coisas completamente distintas como um *chip* e uma razão”⁹.

O autor salienta que a Constituição Federal

“ainda garante a todos, além da igualdade, o direito à dignidade humana. Isso significa que os acusados presos e livres devem gozar de iguais condições no processo penal, nada havendo que justifique tão odiosa discriminação àqueles que estão presos (e que, não por acaso, são majoritariamente os pretos e pobres, e todos sabem como pretos e pobres são tratados por aqui).”

E, mais incisivamente, arremata:

“Os riscos de se levar involuntariamente, insista-se, a uma justiça asséptica não encontram minimização no emprego desse recurso informático. Todas as justificativas apresentadas levam a uma única preocupação de ordem econômica, a minimização dos gastos públicos. Essa mesma minimização que, na outra mão, reduziu os investimentos sociais básicos em saúde, educação e urbanismo, responsável por considerável parcela de nossa criminalidade. Parece hora de considerar

essas realidades nas relações de custo da distribuição da Justiça. *Não há oportunidade para modismos informáticos na garantia da liberdade individual, e a primeira forma de proteção desta é o exercício pleno do direito de defesa, que implica o direito do acusado de ir a Juízo e dizer seu direito. Ética na cibernética*”¹⁰.

Outras contestações, à altura do debate e com o melhor propósito científico, foram apresentadas por estudiosos e militantes do Direito Criminal.

A Procuradora do Estado e membro do Conselho Penitenciário de São Paulo, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, lembra bem que o interrogatório é o único ato processual em que é dada voz ao réu no processo penal.

“Em outros momentos, ele fala por intermédio de seu advogado, faz perguntas, argumenta, requer, recorre, sempre por intermédio de seu advogado” (...) “O interrogatório é o único ato processual em que o juiz dialoga com o réu”. (...) “Que se repita *ad nauseam* a versão do ponto do ônibus ou da visita à tia ou amigo. Nada disso importa. Importa o olhar. Importa olhar para a pessoa e não para o papel. Os muros das prisões são frios demais. Não é bom que estejam entre quem julga e quem é julgado”¹¹.

O juiz criminal em São Paulo e membro da Associação dos Juizes para a Democracia, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior, disse muito bem:

“... a notícia de que o colega Luiz Flávio Gomes anda fazendo interrogatórios de réus presos *on line*, mediante o uso de modernos computadores interligados em rede, causou-me um grande espanto. Fiquei pensando no preso, de um lado da linha, frustrado em sua esperança de ser encaminhado logo ao fórum, e no juiz, do outro lado, sem qualquer possibilidade de ouvir as razões daquele homem com a prudente intervenção de seu olhar e do sentir”. (...) “Convém, por fim, que não se abra caminho para uma certa *assepsia* – palavra que já ouvi com este sentido preconceituoso – dos espaços públicos nos fóruns, cruelmente desejada por alguns operadores jurídicos que não

⁸ Ibidem.

⁹ Modernidade inútil, *Boletim do IBCCrim*.

¹⁰ Ibidem. (Grifos meus).

¹¹ Interrogatório *on line*. *Boletim do IBCCrim*, n. 42, p.1.

querem assumir suas responsabilidades, como profissionais e cidadãos, em face da iniquidade de nossas prisões e do ambiente criminógeno que decorre do sistema econômico-social. Ainda que tenha Luiz Flávio pensado, ao contrário, na agilização do processo em benefício do preso, é bom que reflita melhor sobre o assunto. Há maneiras fáceis e legais de agilizar o processo penal: desburocratizar a requisição dos presos, usando o *fax*; implantar um perfeito controle pelo Judiciário do local em que se encontra cada preso; investigar, enfim, a razão pela qual os órgãos policiais têm falhado tanto no cumprimento das requisições”¹².

Todas as observações críticas deságuam na convicção alimentada pela visão humanista do processo penal: a tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e, muito menos, o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se esconde por trás da máscara do delinqüente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o *Senhor da Justiça* e o *homem do crime*, num gesto de alegoria que imita o *toque dos dedos*, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão.

O interrogatório *on line* tem o privilégio de inaugurar um novo estilo de *cerimônia degradante*. Como lembram Figueiredo Dias e Costa Andrade, o conceito *status-degradation ceremony* foi introduzido em 1956 por H. Garfinkel referindo-se aos procedimentos ritualizados nos quais um indivíduo é condenado e despojado da sua identidade e recebe outra (degradada). E arrematam: “O julgamento criminal é a mais expressiva – mas não a única – das cerimônias degradantes”¹³.

Mas a coisa não pára por aí. Existe uma *conspiração de circunstâncias* a ampliar o projeto da teleaudiência. Tal possibilidade decorre da previsão inquietante feita pelo magistrado Luiz Flávio Gomes em seu próprio artigo:

“Por enquanto, apenas o interroga-

¹² Interrogatório on line ou virtual?, *Boletim do IBCCrim*, n. 42, p. 3.

¹³ *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra Ed. 1984. p. 350.

tório pode ser feito no sistema *on line*. A empresa Taisei-Consultoria e Informática, que deu suporte para a experiência, está importando o necessário para o sistema de teleconferência (audiovisual). Aí será possível a realização de uma *audiência completa* (com *oitiva de vítima e testemunhas, reconhecimento, etc.*)”¹⁴

Esse prognóstico revela as faces da desesperança na condição humana como fenômeno capaz de aprimorar a administração da justiça. Uma delas se refere ao tribunal; a outra, ao acusado.

Com efeito, as representações estereotipadas das audiências e a liturgia de certos procedimentos conduzem à alienação dos participantes e à perda de substância do próprio objeto que os reúne em torno de uma mesa ou de um balcão. E daí surge, inevitável, a triste conclusão de que “também o tribunal, surpreendido pela massificação da justiça, teve de sacrificar no altar da eficiência e de se converter à lógica da quantidade e à racionalidade burocrática”¹⁵.

Ninguém melhor que Kafka descreveu, na experiência do presente século, a paranóia de um sistema de justiça que retirou de sua vida normal o bancário Joseph K., submetendo-o à angústia de uma prisão sem causa, a uma acusação por motivos ignorados e a um magistrado que não chegou a conhecer. Antes de ser executado, Joseph K. fez um violento discurso verberando a monstruosidade do aparelho judiciário e a corrupção de seus funcionários. Mas logo percebe, diante dos acompanhantes – que se demasiavam entre si com “repugnantes cortesias” –, que o seu protesto é absolutamente inútil e que o seu destino será a morte. Como derradeiro gesto de possível liberdade, Joseph K. “elevou as mãos e separou todos os dedos”.

“Mas as mãos de um dos senhores seguraram a garganta de K. enquanto o outro lhe enterrava profundamente no coração a faca e depois a revolveu ali duas vezes. Com os olhos vidrados conseguiu K. ainda ver como os senhores, mantendo-se muito próximos diante de seu rosto e apoiando-se face a face, observavam o desenlace. Disse:– Como um cachorro! – era como se a vergonha fosse sobrevivê-lo”¹⁶.

¹⁴ GOMES, po. cit. (Grifos meus).

¹⁵ SCHUMANN, apud DIAS E ANDRADE, op. cit., p. 513.

¹⁶ KAFKA, Franz. 1883-1924. *O processo*: cena final. Tradução de : Der prozess.

Direito concreto?

A criança e o adolescente na Capital Federal

JOSÉ ROSSINI CAMPOS DO COUTO CORRÊA

"Deus quer, o homem sonha, a obra nasce".

Fernando Pessoa

SUMÁRIO

1. Antecedentes. 2. Desenvolvimento. 2.1. As comissões temáticas. 2.2. Algumas vivências. 2.3. A secretaria executiva. 2.4. As dificuldades. 2.5. As participações. 2.6. O método de avaliação. 2.7. Os resultados. 2.8. A visão analítica I. 2.9. A visão analítica II. 3. Conclusão. 4. Anexo.

1. Antecedentes

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente e determinou que as ações governamentais e não-governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios passariam a ser, de maneira concertada, as responsáveis pela política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, segundo a inspiração decorrente da *Lex Magna* de 1988, que preconiza a participação comunitária e a afirmação da cidadania.

Pressionado pelos fatos, o Governo do Distrito Federal, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 20, inciso II, da Lei nº 3.751, de 13 de abril de 1960, baixou o Decreto nº 12.970, de 2 de janeiro de 1991, responsável pela criação paritária da Comissão Especial dos Direitos da Criança e do Adolescente, que funcionou de janeiro de 1991 a junho de 1994, quando foi instalado o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal, não obstante estivesse criado desde 15 de janeiro de 1992, quando a Câmara Legislativa do Distrito Federal decretou e o Poder Executivo sancionou a Lei nº 234, que taxativamente

José Rossini Campos do Couto Corrêa é Bacharel em Direito e Doutor em Ciências Sociais, com Seminários Pós-Doutorais em Política Internacional e Comparada. Servidor Requisitado do Senado Federal e Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Filosofia do Direito (FADI - CEUB).

estabelece, no seu art 4º:

“Art. 4º - Fica criado, na forma do inciso II do artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal – Conselho DCA/DF, órgão deliberativo e controlador das políticas de ação governamental e não-governamental”.

Mais tarde, entrando em vigência na data de sua publicação, a 30 de julho de 1993, a Lei nº 518 trouxe significativas modificações à Lei nº 234, de 15 de janeiro de 1992, sem que, entretanto, ferisse os poderes estabelecidos por seu artigo 4º, supracitado e ora em comento, que passou a ter existência plena, de *facto* e de *jure*, a 31 de junho de 1994, com a instalação do Conselho DCA/DF, cujas atividades, no curso do ano de 1995, são o objeto maior do presente documento, cabendo, contudo, a satisfação de um precedente, qual seja, a renovação da fixação “Da competência do Conselho DCA/DF”, que constitui o Capítulo III da Lei nº 234/92, no seu art. 7º:

“Art. 7º - Compete ao Conselho DCA/DF:

I - Deliberar sobre a política dos direitos da criança e do adolescente no Distrito Federal, observando o Estatuto da Criança e do Adolescente e a presente lei;

II - deliberar sobre a reformulação e formulação de programas sociais básicos e estabelecer prioridades na aplicação de recursos públicos para execução de políticas dos direitos da criança e do adolescente do Distrito Federal;

III - deliberar sobre a conveniência e a prioridade na implementação de programas e serviços a que se refere esta lei, bem como sobre a criação e o reordenamento de entidades governamentais e não-governamentais;

IV - articular-se com os Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal, na definição de dotações orçamentárias a serem destinadas à execução de programas de atendimento à família, à criança e ao adolescente, em conformidade com a alínea *d* do parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente;

V - estabelecer critérios e deliberar

sobre o repasse de recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal a entidades governamentais e não-governamentais de atendimento à família, à criança e ao adolescente;

VI - acompanhar, controlar e avaliar as ações governamentais e não-governamentais decorrentes da execução da política e dos programas de promoção e de atendimento à família, à criança e ao adolescente;

VII - realizar intercâmbio com entidades governamentais e não-governamentais, nacionais, estrangeiras e internacionais, visando ao alcance de seus objetivos;

VIII - examinar e aprovar os programas de entidades governamentais e não-governamentais do Distrito Federal;

IX - zelar pelo ordenamento e estruturação adequada das entidades governamentais e não-governamentais;

X - recomendar a adoção de uma política de pessoal adequada à execução dos programas de defesa, promoção e atendimento à criança e ao adolescente, de forma a incentivar a atualização permanente dos profissionais de entidades governamentais e não-governamentais;

XI - oferecer subsídios para a elaboração ou alteração de leis e decretos que objetivam beneficiar crianças e adolescentes;

XII - difundir e divulgar amplamente os princípios constitucionais, o Estatuto e as políticas dos direitos da criança e do adolescente no Distrito Federal, objetivando o efetivo envolvimento e participação da sociedade de forma integrada com os poderes públicos;

XIII - gerir o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, alocando recursos para as entidades governamentais e repassando recursos para as não-governamentais;

XIV - deliberar sobre a celebração de convênios para a canalização de recursos do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal;

XV - conceder registros e processar inscrição de programas às entidades não-

governamentais de defesa, de promoção e atendimento à criança e ao adolescente do Distrito Federal;

XVI - elaborar e aprovar o seu Regimento Interno;

XVII - deliberar sobre outros assuntos relacionados com as políticas dos direitos da criança e do adolescente do Distrito Federal;

XVIII - estabelecer prioridades na aplicação de recursos públicos para execução de políticas de direitos da criança e do adolescente no Distrito Federal”.

Registre-se desde já que, no período em questão, numerosas foram as mudanças por que passou o Conselho DCA/DF, decorrentes:

a) do estabelecimento de um novo quadro administrativo no Governo do Distrito Federal;

b) da ênfase concedida a todos os esforços concernentes à mobilização, organização e participação da sociedade brasileira;

c) da profunda alteração dos componentes da representação governamental com assento no órgão, seja quanto a seus membros titulares, seja quanto a seus suplentes, com o registro ainda de lacunas, em virtude de Secretarias Distritais que não se fizeram representar;

d) da instabilidade que também alcançou os membros da representação não-governamental, determinando uma sensível rotatividade na presença dos seus integrantes no organismo; e

e) da necessidade do estabelecimento de um geral e comum aprendizado, referente à natureza, função e propósitos deste corpo coletivo superior, bem como do que é ser Conselheiro de Direitos.

2. Desenvolvimento

A Secretaria do Conselho DCA/DF, em procedimento pioneiro, pôde articular o seu Plano de Trabalho em agosto de 1995, estabelecendo, com seguras diretrizes metodológicas, ambiciosas expectativas, às quais os Conselheiros de Direitos deram significativa contribuição, no intuito de que fossem cumpridas no espaço de tempo que restava para que o ano findasse. Nada menos do que sete foram as *diretrizes* eleitas e consagradas, a saber:

I - garantir o funcionamento do conselho DCA/DF;

II - controlar as ações voltadas à criança e

ao adolescente;

III - instalar os conselhos tutelares;

IV - propor e acompanhar a legislação pertinente à criança e ao adolescente no Distrito Federal;

V - apoiar a capacitação de conselheiros de direitos e tutelares;

VI - implementar o fundo dos direitos da criança e do adolescente; e

VII - dar visibilidade às ações do conselho DCA/DF.

Cada uma das *diretrizes* mereceu o destaque das competentes Estratégias de Ação, a indicação do conjunto subsequente de *subações* e a fixação dos *resultados esperados*.

2.1. As comissões temáticas

Vale destacar que, na *diretriz* I, a organização das Comissões Temáticas aparecia como essencial, em virtude de exigência advinda do Regimento Interno do Conselho DCA/DF, o qual, no seu Capítulo V – Da Organização, da Competência e do Funcionamento – prevê como órgãos competentes de sua estrutura organizacional o Plenário, a Presidência, a Mesa Diretora, as Comissões Temáticas e a Secretaria Executiva, nos termos do seu art. 8º, incisos I a V, e parágrafos 1º e 2º.

Em cumprimento da sobredita determinação regimental, foram especificadas as Normas de Funcionamento das Comissões Temáticas do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal, consideradas requisito básico a seu bom funcionamento, como mecanismos de disciplina dos órgãos detentores da competência, contida no art. 1º, para “estudar”, analisar, opinar e emitir parecer sobre matéria que lhes for distribuída.

Divididas as Comissões Temáticas em Transitórias e Permanentes, as funções destas foram estatuídas pelo art. 3º, mediante os seguintes incisos:

“I - *De Legislação* – elaborar, propor e opinar sobre projetos de leis, decretos e resoluções normativas relativas ao atendimento à criança e ao adolescente;

II - *De Políticas Sociais* – elaborar, propor e opinar sobre a formação de políticas sociais de atendimento à criança e ao adolescente;

III - *De Ordenamento e Reordena-*

mento – elaborar, propor e opinar sobre o ordenamento e o reordenamento programático e institucional de entidades governamentais e não-governamentais, envolvidas com o atendimento à criança e ao adolescente;

IV - *De Orçamento e Finanças* – elaborar, propor e opinar sobre questões relativas a orçamento e finanças, concernentes ao Conselho e ao Fundo DCA/DF e à política de atendimento à criança e ao adolescente”.

Claro está que as Comissões Temáticas Permanentes foram as de Legislação, Políticas Sociais, Ordenamento e Reordenamento e Orçamento e Finanças, acompanhadas por uma Comissão Temática Transitória, responsável pelo bem sucedido processo de escolha dos primeiros Conselhos Tutelares, das Regiões Administrativas de Sobradinho, Brazlândia e Planaltina. O conhecimento da competência das Comissões Temáticas, permitido pelo art. 4º, é fundamental para a visualização da contribuição que deram, somadas aos demais órgãos da estrutura organizacional do Conselho DCA/DF:

I - sistematizar, analisar e manter o diagnóstico e mapeamento dos assuntos relativos à função de cada Comissão;

II - propor e formular diretrizes de ação de acordo com a especificidade de cada Comissão;

III - acompanhar as ações públicas e privadas, desenvolvidas na área da criança e do adolescente, de acordo com a natureza de cada Comissão Temática;

IV - elaborar pareceres sobre assuntos que lhes forem distribuídos;

V - contribuir na elaboração e desenvolvimento dos programas e projetos de acordo com a natureza de cada Comissão, visando ao desempenho do Conselho;

VI - subsidiar na elaboração do Plano anual de Atividade do Conselho DCA/DF;

VII - apresentar relatórios avaliativos das atividades realizadas nas Comissões trimestralmente;

VIII - propor medidas ou procedimentos ao Plenário, necessários ao desenvolvimento de seus trabalhos”.

Revelaram-se as Comissões Temáticas órgãos ágeis, de natureza didática e envolvidos

com problemas tanto concretos quanto específicos, das quais, em conjugação com o Plenário e a Secretaria Executiva do Conselho DCA/DF, legitimamente muito se há de, com proveito, esperar. Da mencionada conjugação de esforços nasceram múltiplas atividades, que bem revelam que, inobstante a consciência da vastidão de ações que estão por ser desenvolvidas, no Conselho DCA/DF houve uma perseguição continuada de propósitos e de realizações, denunciadora de que a busca de sua maturidade organizacional é um processo que pode conviver com percalços e com dificuldades, mas que desconhece, de toda maneira, a estagnação e o retrocesso.

2.2. Algumas vivências

Provocado por diferentes desafios, pode o Conselho DCA/DF deliberar, participar, interagir, intervir e debater os problemas, tanto graves quanto emergentes, que cercam e afligem a vida de crianças e de adolescentes, mais imediatamente, no Distrito Federal. Uma vigorosa dinâmica daí decorreu, renovando uma tradição em desenvolvimento, em cujo embate o órgão vai conquistando, no curso de numerosos processos, experiência e maturidade. Abonam a argumentação ora posta em causa os episódios em seguida sumariados:

... Participação, em razão de decretos governamentais, na Comissão da Bolsa Educação e no Conselho do Programa Brasília Criança.

... Apresentação de Parecer sobre o Projeto de Lei nº 0899/93, de autoria do Deputado Geraldo Magela (PT - DF), que autoriza o Poder Executivo a criar a Secretaria da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

... Deliberação referente à garantia do direito das crianças e dos adolescentes não sofrerem restrição, no seu acesso à rede escolar, por falta de uso de uniforme.

... Encaminhamento de medidas relativas à transferência de adolescentes da Unidade de Atendimento ao Adolescente Autor de Ato Infracional para o sistema penitenciário.

... Garantia de matrícula dos adolescentes egressos da rede de ensino particular no processo seletivo para os profissionais do 2º Grau, oferecidos pela rede pública.

... Participação no seminário sobre Eliminação do Trabalho Infantil, promovido pela

Organização Internacional do Trabalho – OIT no Rio de Janeiro.

... Fixação de políticas e de diretrizes para a busca de solução das dificuldades encontradas no cotidiano do Conselho DCA/DF, por meio:

a) da tentativa de estabelecimento de canais de articulação junto às Secretarias do GDF, em particular, as de Governo, da Fazenda e Planejamento e da Administração; e

b) da promoção de intercâmbio com órgãos e com agentes locais e nacionais, direta ou indiretamente envolvidos com a causa da criança e do adolescente, do que decorreram valiosas interações:

... com o inventariante do CBIA e o Departamento da Criança do Ministério da Justiça, pleiteando e conquistando materiais e equipamentos para a infra-estrutura do Conselho DCA/DF;

... com o BRB e a Caixa Econômica Federal, tendo em vista a necessidade do estabelecimento de parcerias, para garantir a divulgação do Fundo DCA/DF;

... com o programa Comunidade Solidária e a Unicef, ainda em busca de meios para viabilizar a campanha publicitária do Fundo DCA/DF;

... com a Câmara Legislativa do Distrito Federal, para apresentar, acompanhar e garantir as emendas ao Orçamento de 1996, de interesse do Conselho DCA/DF, sobretudo no que concerne à implantação dos Conselhos Tutelares e à instalação do Fundo DCA/DF.

2.3. A secretaria executiva

Há de ser considerado, em face de tudo quanto, até o presente, foi exposto, que o suporte operacional do Conselho DCA/DF é a sua Secretaria Executiva, que dispôs da força de trabalho ora mencionada para o exercício das atividades pelas quais é responsável:

<i>Funções</i>	<i>Quantidade</i>
Secretária executiva	1
Assessores técnicos	4
Assistentes administrativos	2
Auxiliar administrativo	1
TOTAL	8

A Secretaria Executiva conduziu todo o processo preparatório e subsequente a cada reunião plenária, integrou as equipes de trabalho envolvidas com o esforço de escolha dos Conselhos Tutelares, assessorou a formação e o funcionamento das Comissões Temáticas, colaborou com os Conselheiros de Direitos na confecção das resoluções normativas e subsidiou o curso das ações para o registro do funcionamento das entidades de atendimento, em ações que, em parte, podem ser retratadas neste inventário:

<i>Atividades</i>	<i>Quantidade</i>
Estudos realizados	30
Ofícios expedidos	866
Ofícios recebidos	240
Editais	13
Resoluções normativas	12
Concessão de registro	38
Não-concessão de registro	14
Cancelamento de registro	2
TOTAL	1.215

Convém, entretanto, em ato de justiça para com os esforços desenvolvidos pelo Conselho DCA/DF, que seja especificada a natureza de cada uma das resoluções normativas baixadas em 1995, segundo o que vai, em seguida, exposto:

7/95	Dispõe sobre o uso do uniforme na rede de ensino e de atendimento à criança e ao adolescente do DF.	9.6.95
8/95	Dispõe sobre a aprovação do Regimento Interno do Conselho DCA/DF.	9.6.95
9/95	Dispõe sobre o processo de escolha dos representantes da sociedade civil, para os cargos vagos no Conselho DCA/DF, referentes ao mandato de junho de 1994 a julho de 1997.	19.6.95
10/95	Dispõe sobre as normas de funcionamento das Comissões Temáticas.	22.9.95

- | | | | |
|-------|---|----------------|---|
| 11/95 | Dispõe sobre a designação dos membros das Comissões Temáticas Permanentes. | Repub. 4.10.95 | – Deficiência da infra-estrutura de funcionamento da Secretaria Executiva, carente de transporte, aparelhos de comunicação e de pessoal. |
| 12/95 | Dispõe sobre o registro de Unidade de Atendimento à criança e adolescente, não-governamental e sediada no DF, mantenedora de sede e foro em outra unidade federada. | 22.9.95 | – Obstáculos involuntários à frequência desejável dos Titulares da representação governamental nas reuniões plenárias, alta rotatividade dos seus suplentes e mesmo a falta de indicação destes, por parte da Secretaria de Fazenda e Planejamento, a despeito dos reiterados pedidos que lhe foram encaminhados, e tardia nomeação dos representantes da Secretaria do Trabalho. |
| 13/95 | Dispõe sobre o processo de escolha dos conselheiros do Conselho Tutelar. | 4.10.95 | – Inexistência de uma estrutura formal à qual coubesse a tarefa de divulgar, de maneira contínua e sistemática, as ações do Conselho DCA/DF para a sociedade, transformando-as em notícias veiculadas pelos meios de comunicação. |
| 14/95 | Dispõe sobre a designação de membros para comporem a Comissão Coordenadora do processo de escolha dos Conselhos Tutelares, nas Regiões Administrativas. | 4.10.95 | |
| 15/95 | Sugere a ampliação do ano letivo do ensino fundamental e médio no DF. | 16.10.95 | |
| 16/95 | Dispõe sobre a designação do Gerente de Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente do DF. | 7.11.95 | |
| SN/95 | Dispõe sobre a designação do Presidente do Conselho DCA/DF. | 10.10.95 | |
| SN/95 | Dispõe sobre a indicação do Vice-Presidente do Conselho DCA/DF. | 11.10.95 | |

2.4. As dificuldades

Não foram poucas as dificuldades encontradas pelo Conselho DCA/DF no ano de 1995, cabendo sublinhar, entre outras muitas, as abaixo enumeradas:

– Transferência do órgão, que funcionava no Palácio do Buriti, para o SBS, Edifício Brasília, 5º andar, onde o espaço físico é insuficiente para as atividades da Secretaria Executiva e não permite a realização das reuniões plenárias.

– Destinação de recursos propostos no Orçamento para as ações do Conselho DCA/DF, os quais não foram objeto da necessária liberação financeira em sua totalidade.

– Frustração da expectativa de funcionamento, no ano em questão e segundo era previsto, do Fundo DCA/DF, cuja efetiva implantação ficou para 1996.

2.5. As participações

Inobstante todas as limitações apontadas, pode o Conselho DCA/DF, em virtude do concurso dos dois presidentes que exerceram a gestão do órgão no ano de 1995, bem como dos demais conselheiros, Secretaria Executiva e dos assessores técnicos, participar de numerosas atividades extra-Plano de Trabalho, as quais ficam aqui compreendidas:

– Participação na reunião preparatória, promovida pela Comissão de Direitos Humanos e Cidadania, da Câmara Legislativa do Distrito Federal, da Campanha Brincando para a Paz.

– Participação na reunião preparatória, promovida pelo Cecria/DF – Unicef – Unesco, do Encontro Internacional sobre exploração Sexual de Crianças e Adolescentes.

– Entrevista com o Juiz Substituto da Vara da Infância e da Juventude, sobre o processo de escolha, pela comunidade, dos Conselhos Tutelares.

– Trabalho desenvolvido em parceria com o Conselho dos Direitos da Mulher do Distrito Federal, por meio da Defensoria Pública, referente às crianças cuja mãe foi brutalmente assassinada pelos caseiros de sua chácara.

– Visita ao Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, para a realização de consulta sobre os procedimentos cabíveis no processo de escolha dos Conselhos Tutelares.

– Articulação com o inventariante do CBIA, Serpro, Codeplan e Ministério da Justiça, visando a obtenção de materiais e de equipamentos do seu interesse.

– Negociação com a Assessoria Especial de Controle de Políticas Públicas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal, para a feitura de trabalho conjunto.

– Intercâmbio com o Departamento da Criança, do Ministério da Justiça, tendo em vista a realização de atividades de interesse comum.

– Participação em debate promovido pelo SOS Criança do Distrito Federal, relativo aos Conselhos Tutelares.

– Discussão com o Conanda a respeito da realização do Encontro Nacional dos Conselhos dos Direitos.

– Articulação com o Conanda para garantir a vinda do Conselheiro Charles, o qual prestou consultoria à Comissão Temática de Reordenamento do Conselho DCA/DF.

– Negociação com o Unicef, objetivando o financiamento da campanha publicitária do Fundo DCA/DF.

– Participação no seminário sobre Exploração Sexual, promovido pela Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

– Participação no seminário promovido pela Magistratura, referente à Avaliação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

– Participação no Fórum Brasília contra a Prostituição Infantil, promovido pelo movimento Ação da Cidadania.

– Participação no Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, promovido pelo MNAMRA em Brasília.

– Participação no seminário Desconstruindo a Violência e Edificando a Plataforma de Beijing 95, promovido pelo Conselho dos Direitos da Mulher do Distrito Federal.

– Participação no seminário Políticas Públicas, Trabalho e Educação Profissional sob a Ótica de Gênero, promovido pelo Conselho dos Direitos da Mulher do Distrito Federal.

– Participação no Encontro Nacional sobre Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes.

– Participação em debate promovido pelo Departamento de Serviço Social da Universidade de Brasília, sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

– Participação em debate realizado no CDS do Plano Piloto, referente ao lançamento do programa Brasília Criança.

– Realização de palestra para professores

no Caic da Ceilândia, sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

– Realização de palestras no CRT, sobre o Direito de Crianças e de Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.

– Participação no conjunto de trabalhos de formulação do programa Brasília Criança.

– Participação na conferência sobre Reforma do Estado, promovida pela SEPTIS.

– Participação no debate sobre o Adolescente Infrator, promovido pela Câmara Legislativa do Distrito Federal.

– Participação na reunião sobre Educação Infantil, promovida pela Assessoria Especial do Governador.

– Reunião com representantes da MP, VIJ e SDSAC/DF para a discussão do Plantão Interinstitucional.

– Reunião com representante do MP, para discutir a natureza e a validade da Resolução sobre o processo de escolha dos Conselhos Tutelares.

– Realização de palestra no Instituto Dom Orione, sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

– Articulação com a Imprensa Nacional para solicitar a doação de exemplares do Estatuto da Criança e do Adolescente.

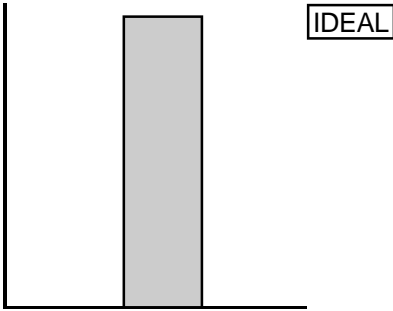
– Negociação com o Congresso Nacional para garantir uma edição do Estatuto da Criança e do Adolescente com a logomarca do Conselho DCA/DF.

– Reunião com representante da Andi e com técnico em comunicação social para discutir a divulgação das ações do Conselho DCA/DF junto à comunidade.

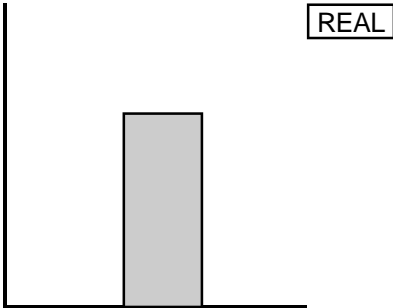
2.6. O método de avaliação

Toda uma expectativa de avaliação foi desenvolvida pela Secretaria Executiva do Conselho DCA/DF, que, para tanto, definiu um instrumento de trabalho, construído em forma de questionário individual, de maneira a recolher opiniões e impressões referentes a diversos tópicos de questionário individual da vida do órgão no ano de 1995. Quatro grandes itens foram contemplados, a saber: *avaliação em relação à atuação do conselho; em relação à atuação dos conselheiros; em relação à atuação da Secretaria Executiva; e sugestões para o*

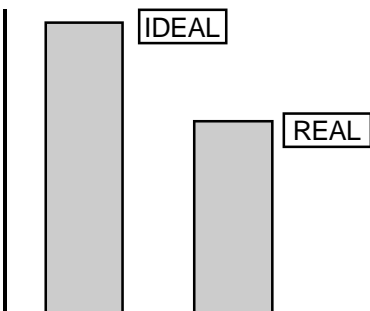
ano de 1996. Para cada grande item houve um rol de subitens, para os quais cabia indicar com um “X” um dos cinco conceitos possíveis: FR (fraco); RE (regular); BO (bom); OT (ótimo); e EX (excelente). À margem de todo o questionário contou um campo aberto, denominado *observação*, para que detalhes e esclarecimentos, se necessários, pudessem ser aditados. Este gráfico de barra consubstancia, no plano da desejabilidade, o que pretendia a Secretaria Executiva do Conselho DCA/DF.



Em virtude de fatores que serão, a seu tempo, expostos, a participação registrada apresentou este perfil:



O contraste entre o virtual e o efetivo aparece, por completo, quando aproximados os dois gráficos de barra:



Pretendia a Secretaria Executiva do Conselho DCA/DF que o total de 26 Conselheiros de Direitos respondessem ao questionário individual; só responderam 14, o que corresponde a 53,8% do universo de referência. Essa participação, como que pela metade, aconteceu em virtude da inevitável mudança da data da avaliação, de 13 para 20 de dezembro do ano findo. O clima natalino já havia chegado, muitos Conselheiros de Direitos estavam de férias ou com viagem marcada, não havendo, enfim, naquela que foi a última reunião do ano, o alto índice de frequência que caracteriza a rotina das sessões plenárias do órgão em discussão.

2.7. Os resultados

A tabulação dos resultados obtidos, evidenciados os subitens de cada item, permite o seguinte:

- 1) Avaliação em relação à atuação do Conselho
 - a) Exerceu a função deliberativa em relação aos direitos:
 - 7.....RE.....50%
 - 4.....BO.....29%
 - 2.....OT.....14%
 - 1.....EX.....7%
 - b) Exerceu a função de controle das ações na área da criança e do adolescente:
 - 8.....FR.....57%
 - 5.....RE.....35%
 - 1.....BO.....7%
 - c) Diagnosticou a situação da criança e do adolescente em todas as áreas do DF:
 - 9.....FR.....64%
 - 4.....RE.....29%
 - 1.....BO.....7%
 - d) Atuou no nível político:
 - 8.....FR.....57%
 - 6.....RE.....42%
 - e) Exerceu atuação conhecida pela sociedade:
 - 10.....FR.....71%
 - 2.....RE.....14%
 - 2.....BO.....14%
 - f) Considerou a implementação do Plano de Garantia:
 - 8.....FR.....57%
 - 5.....RE.....35%
 - 1.....BO.....7%

2) Avaliação em relação à atuação dos conselheiros

a) Demonstraram ter compromisso com o CDCA:

5.....RE.....35%
2.....BO.....14%
4.....OT.....29%
3.....EX.....21%

b) Demonstraram ter conhecimento do CDCA:

2.....FR.....14%
5.....RE.....35%
7.....BO.....50%

c) Sentiram-se capacitados para a função de conselheiros:

4.....FR.....29%
4.....RE.....29%
4.....BO.....29%
2.....OT.....14%

d) Estabeleceram como prioridade o CDCA em relação aos demais encargos:

6.....RE.....42%
2.....BO.....14%
4.....OT.....29%

e) Sentiram-se identificados com a causa da criança e do adolescente:

5.....RE.....35%
2.....BO.....14%
3.....OT.....21%
3.....EX.....21%

f) Participaram nas Comissões Temáticas:

2.....RE.....14%
6.....BO.....42%
3.....OT.....21%
3.....EX.....21%

g) Participaram nas Reuniões Plenárias:

1.....FR.....7%
7.....BO.....50%
3.....OT.....21%
3.....EX.....21%

3) Avaliação em relação à atuação da Secretaria Executiva

a) Apoio operacional:

5.....BO.....35%
6.....OT.....42%
3.....EX.....21%

b) Apoio técnico:

4.....BO.....29%

7.....OT.....50%

3.....EX.....21%

c) Articulação:

5.....RE.....35%
6.....BO.....42%
3.....OT.....21%

d) Gerenciamento:

5.....RE.....21%
6.....BO.....57%
3.....OT.....7%
2.....EX.....14%

e) Comunicação:

3.....RE.....21%
5.....BO.....35%
5.....OT.....35%
1.....EX.....7%

4) Sugestões para o ano de 1996

“Manter o ritmo dos últimos meses”; “evitar reuniões extraordinárias”; “acabar com as reuniões das Comissões Temáticas fora do dia das Plenárias”; “planejamento das ações do Conselho DCA no estabelecimento de metas a serem cumpridas”; “colocação como ponto de pauta dos encaminhamentos do Conselho DCA, como forma de garantir e de socializar os resultados”; “reforçar o Plano de Garantia dos direitos das Crianças e dos Adolescentes do Distrito Federal”; “aumentar a articulação política”; e “definir um local estável para a realização das reuniões plenárias”.

2.8. A visão analítica I

Como os números não são em si mesmos eloquentes, exigem, para que se lhes revele o sentido, a mínima análise. É o que será, de forma concisa, tentado.

Em termos de *avaliação em relação à atuação do conselho*, nenhum dos respondentes a considerou FR (fraca) e 50% deles classificaram-na como RE (regular). Perceba-se que o somatório das categorias BO (bom), OT (ótimo) e EX (excelente) empata com RE (regular), atingindo a ordem dos restantes 50% do universo global. Dir-se-á, portanto, que a percepção em torno do desempenho do órgão é positiva, de maneira moderada, no tocante ao item *a*, de exercício da função deliberativa em relação aos direitos.

Já no tocante ao item *b*, referente ao cumprimento da função de controle das ações na área da criança e do adolescente, nenhum dos

respondentes a admitiu satisfatória a ponto de classificá-la como OT (ótimo) ou EX (excelente). Ao contrário: 57% julgaram-na FR (fraca), enquanto 35% viram-na RE (regular) e apenas 7% consideraram-na como de resultado BO (bom). FR (fraca) e RE (regular), adicionados, atingem a órbita de 92 a 93% dos posicionamentos, o que evidencia, de forma altissonante, ser aqui negativa a percepção revelada e desfavorável com baixa moderação, exigindo o exercício da função de controle a máxima atenção do Conselho DCA/DF, por ser este um dos seus pontos críticos.

No relativo ao item *c*, de preocupação com a situação da criança e do adolescente de todo o Distrito Federal, exigente da confecção de diagnósticos autorizativos de um mais conscientemente esclarecido exercício da função deliberativa em relação aos direitos, 64% dos Conselheiros de Direitos entenderam-na como FR (fraca) e 29% como RE (regular), o que configura o elevado índice de 93% do conjunto dos pronunciamentos. Apenas 7% escolheram o conceito BO (bom), sem que ninguém elegeesse os tópicos OT (ótimo) e EX (excelente). Trata-se de uma quase absoluta necessidade do Conselho DCA/DF, como mecanismo, inclusive, de qualificação do exercício da função deliberativa.

A abordagem do item *d*, pertinente à atuação no nível político, é de uma clareza meridiana. Ninguém escolheu as categorias BO (bom), OT (ótimo) e EX (excelente). Cinquenta e sete por cento dos pronunciamentos fixaram-se no FR (fraco) e 42% optaram pelo RE (regular). O equilíbrio é de característica negativa, indicando que, inserido em um universo exigente de interações políticas, o Conselho DCA/DF deve buscar reparar esta lacuna, que o torna claudicante em face da realidade circundante, em que pesem todos os esforços que vem desenvolvendo em sua caminhada.

A leitura do item *e*, preocupado com a ressonância das atividades do Conselho DCA/DF na sociedade, registra o ápice das manifestações em torno da categoria FR (fraco), com 71% das preferências manifestas. Equivalem-se, quanto ao mais, os pronunciamentos cravados no RE (regular) e os dirigidos ao BO (bom): 14% a 14%, somando pouco além de 1/4 do universo global das respostas. Ninguém escolheu os conceitos OT (ótimo) e EX (excelente). O Conselho DCA/DF precisa, com urgência, encontrar caminhos institucionais de garantia da repercussão do seu trabalho, no âm-

bito da sociedade global.

Por fim, o item *f*, voltado para a implementação do Plano de Garantia dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes do Distrito Federal. Aqui, novamente, ninguém admitiu como válidas ou cabíveis as proposições OT (ótimo) e EX (excelente). Apenas 7% consideram aceitável a marca BO (bom). Já 35% responderam ser de natureza RE (regular) o desempenho do Conselho DCA/DF, enquanto a maioria, ou seja, 57%, concentrou a sua preferência no conceito FR (fraco). O documento em questão, pela sua relevância, deve merecer atenção do Conselho DCA/DF por significar a bússola do seu embate com o real, que necessita evidenciar, em grau superior, a sua substantivação no plano do concreto.

Por sua vez, a avaliação em relação à atuação dos conselheiros revela, quanto ao item *a*, voltado à averiguação do seu compromisso com o Conselho DCA/DF, que ninguém escolheu o conceito FR (fraco). Trinta e cinco por cento das respostas concentraram-se na categoria RE (regular). O que merece ser sublinhado é que, com a agregação do BO (bom), do OT (ótimo) e do EX (excelente), atinge-se o índice bastante positivo de 64% dos pronunciamentos possíveis. É mais: em leitura complementar, pode-se garantir que o índice de aprovação, quanto ao compromisso com o Conselho DCA/DF, foi de 100%.

O item *b*, de mensuração do conhecimento do corpo colegiado enquanto órgão, função e competência, fica aquém do nível de compromisso já submetido à devida análise qualificadora. Ninguém escolheu os conceitos OT (ótimo) e EX (excelente). Já no referente à categoria BO (bom), atingiu 50% das preferências esboçadas, seguida de 35% de opção pelo nível RE (regular), com apenas 14% dos respondentes concentrados no grau FR (fraco). Trata-se de maturidade de percepção e de capacidade crítica. RE (regular) e BO (bom) somados resultam em 85%, ou seja, disposição para um aprendizado que alimente a esperança quanto ao futuro do Conselho DCA/DF.

A capacitação para a função de Conselheiros de Direitos foi objeto do item *c*. Ninguém considerou a si mesmo EX (excelente). Quatorze por cento julgaram-se na faixa OT (Ótimo), e sucessivamente, 29% concentraram-se nos três corredores seguintes: BO (bom), RE (regular) e FR (fraco), muito embora todos orçem em 29%. A razão disso está nos 14% de manifestação em torno do conceito OT (ótimo), o que permite assegurar que a capacitação evoluiu,

devido o seu avanço prosseguir, a título de programa constante do Conselho DCA/DF.

No tocante ao item *d*, relativo à propriedade concedida no Conselho DCA/DF, em meio ao exercício de múltiplos papéis pelos Conselheiros de Direitos, dois dos respondentes não se pronunciaram. Entre os que o fizeram, ninguém optou pelos conceitos FR (fraco) e EX (excelente): 42% preferiram o RE (regular), 14% o BO (bom) e 29% o OT (ótimo), obtendo este mais do dobro das escolhas pela categoria precedente, o que autoriza a colocação de que a avaliação dos Conselheiros de Direitos, quanto à sua dedicação graciosa ao órgão e à causa, foi razoável, com forte, nítida inclinação positiva, ascendente, desde que o somatório de BO (bom) e OT (ótimo), 43%, supera a marca dos 42%, alcançada pelo RE (regular).

A identificação com a causa foi a preocupação mensurada pelo item *e*, que foi objeto da abstenção de um respondente. O conceito FR (fraco) não foi escolhido por ninguém. O agregado de BO (bom), OT (ótimo) e EX (excelente) resulta em 56%, contraposto aos 35% da marca RE (regular), o que, de novo, permite indicar a existência de um quadro avaliativo estável, com mais robusta ainda tendência positiva, o que não chega a surpreender, uma vez que muitos dos Conselheiros de Direitos são militantes da causa da criança e do adolescente, gerindo, alguns deles, instituições de atendimento, enquanto outros mobilizam a criança e o adolescente em torno de movimentos culturais, cursos profissionais, etc.

O item *f* é respeitante à participação nas Comissões Temáticas. Ninguém optou pelo nível FR (fraco) e apenas 14% escolheram a faixa RE (regular). A adição das categorias BO (bom), OT (ótimo) e EX (excelente) atinge o elevado índice de 84%, indicativo do sucesso que, em tese, a idéia do funcionamento das Comissões Temáticas alcançou na vida do Conselho DCA/DF, cujas futuras estratégias devem contemplar, sempre que possível, o concurso daquelas.

A participação nas Reuniões Plenárias foi a preocupação do item *g*. Ninguém aceitou a alternativa RE (Regular), e apenas 7% grafaram a opção FR (fraco). A totalização dos conceitos BO (bom), OT (ótimo) e EX (excelente) resulta no patamar de 92%, que é supremacia, revelando que os Conselheiros de Direitos julgam como extremamente ativa a sua presença nas Reuniões Plenárias.

Quanto à avaliação em relação à atuação

Secretaria Executiva, o item *a* discutia o apoio operacional, não merecendo, por parte dos respondentes, a preferência pelas opções FR (fraco) e RE (regular). Predominou na avaliação a categoria OT (ótimo), com 42%, a qual, somada aos 21% da marca EX (excelente), resulta em 63%, ou seja, uma cifra que mereceu 35% das preferências. Trata-se, portanto, de um cenário de plena aprovação.

No que é pertinente ao item *b*, voltado para o exame do apoio técnico, também não registrou a escolha das marcas FR (fraco) e RE (regular). A agregação dos conceitos OT (ótimo) e EX (excelente) atinge 71%, o que é quase duas vezes e meia, 72,5%, o valor alcançado pelo meritório conceito BO, ou seja, 29%. A avaliação do apoio técnico é mais favorável ainda do que o julgamento de plena aprovação do apoio operacional.

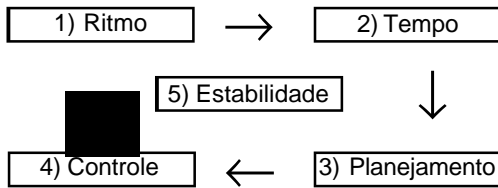
O item *c*, voltado para a preocupação com a articulação, não registrou a escolha das alternativas extremas – FR (fraco) e EX (excelente). A alternativa RE (regular) aparece como moderadora, com seus 35%, superando os 21% da marca EX (excelente) e estando próxima da faixa dos 42% do conceito OT (ótimo), muito embora estes dois, agregados, cheguem a 63%, a caminho do dobro – 70% – dos 35% do conceito RE (regular). Merece, pois, atenção, por parte da Secretaria Executiva do Conselho DCA/DF, o problema da articulação, o qual pode ser reforçado, havendo, para tanto, espaço e necessidade.

Já o item *d*, dirigido ao gerenciamento, não apresentou também a eleição da alternativa FR (fraco). A presença do RE (regular), da ordem de 21%, é menos moderadora do que a sua precedente manifestação. Dos respondentes, 7% escolheram a alternativa OT (ótimo) e 14% preferiram a possibilidade EX (excelente). Percebe-se, contudo, a maciça concentração na opção BO (bom), da ordem de 57%, isto é, maior, com 15% de vantagem, do que o somatório dos conceitos RE (regular), OT (ótimo) e EX (excelente), que alcança a ordem de 42%. O quadro é, em conseqüência, de segura aprovação.

Quanto ao item *e*, destinado à comunicação, não registrou a opção de ninguém pela alternativa FR (fraco), a qual esteve fora, de extremo a extremo, do julgamento da Secretaria Executiva do Conselho DCA/DF. Dos respondentes, 21% concentraram-se na opção RE (regular), de baixa expressão moderadora, haja

vista ser mais de 30% menor do que a adição dos conceitos BO (bom), OT (ótimo) e EX (excelente), que resulta em 77%, evidenciando, com ênfase, a aprovação dos esforços intercomunicantes da Secretaria Executiva do Conselho DCA/DF.

Quanto às *sugestões para o ano de 1996*, sumariadas em concisas sentenças, permitem uma exegese apoiada na teoria dos signos, de tal maneira que, por inspiração decorrente da semiologia, os seguintes nexos frasais sejam isolados, valorizados e dinamicizados:



Cada uma das expressões, em si mesma, poderia ser geradora de uma complexa árvore semântica. Como, entretanto, poderia parecer excessivo colocá-las em pauta, em virtude da sobriedade devida a um relatório técnico, convém apenas, em leitura dinâmica, explicitar o sentido das antevisões esboçadas em relação ao ano de 1996.

Ritmo significa o desejo de que o Conselho DCA/DF preserve a velocidade de ação adquirida a partir do segundo semestre de 1995. *Tempo* é a racionalização do seu uso colegiado, de modo a, economizando-o, tornar mais compatíveis as agendas do Conselho e dos Conselheiros, considerando que aquele precisa manter o seu *ritmo*, e estes, por sua vez, não dispõem de dedicação exclusiva. *Planejamento* significa a ordenação lógica de metas a serem alcançadas, dispondo, como marco referencial, da revisão atualizadora do Plano de Garantia dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes do Distrito Federal. *Controle* é o efetivo acompanhamento das deliberações do Conselho DCA/DF, marcado pela comunicação ao colegiado dos resultados atingidos. *Estabilidade* significa a conquista do ritmo com eficácia, ou seja, com *tempo*, com *planejamento* e com *controle*, na vida do órgão em questão, que necessita de articulação política e de visibilidade societal.

À margem do exposto, no campo aberto à *observação*, mais propriamente no item *avaliação em relação à atuação do conselho*, algumas contribuições foram registradas, as quais,

sem lugar à dúvida, podem ser compactadas pelo vocábulo *falta*. Falta de reconhecimento governamental quanto à atuação do Conselho DCA/DF. Falta de infra-estrutura, meios e recursos para agir como era devido. Falta de vontade política de exigir os meios necessários a seu bom e legítimo funcionamento. Enfim, *falta* que extrapola este limite e assume um sentido simbólico, que precisa ser trabalhado em uma óptica construtivista.

2.9. A visão analítica II

Foram ainda, a seu tempo, formadas quatro Câmaras Técnicas, nas quais os Conselheiros de Direitos foram distribuídos, cuja competência era a de analisar e avaliar as diretrizes estabelecidas no Plano de Trabalho do Conselho DCA/DF para o ano de 1995, dentro da seguinte dispersão:

– Câmara A-Diretrizes 1ª e 4ª:

1ª – “Garantir o funcionamento do Conselho DCA/DF”;

4ª – “Proporcionar e acompanhar a legislação pertinente à criança e ao adolescente”.

– Câmara B- Diretrizes 2ª e 6ª:

2ª – “Controlar as ações voltadas à criança e ao adolescente”;

6ª – “Implementar o Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente”.

– Câmara C- Diretrizes 3ª e 5ª:

3ª – “Instalar os Conselhos Tutelares”;

5ª – “Apoio à capacitação dos Conselheiros de Direitos e Tutelares”.

– Câmara D- Diretriz 7ª:

7ª – “Dar visibilidade às ações do Conselho DCA/DF”.

A *Câmara A* considerou parciais todos os resultados da Diretriz 1, desde o cronograma de trabalho à participação na proposta orçamentária do Distrito Federal, apontando como justificativa máxima para a obtenção mediana de resultados a difícil articulação com o Governo do Distrito Federal.

Quanto à Diretriz 4, a elaboração e proposta de revisão da Lei nº 234/92 e nº 518/93 foi considerada satisfatória pela Comissão de Legislação, a qual julgou que faltou tempo hábil para a elaboração de resolução normativa definindo o prazo para inscrição dos programas governamentais, mas considerou válido o

acompanhamento da tramitação da lei de criação da Secretaria da Criança e do Adolescente do Distrito Federal, que chegou a ser devidamente discutida em reunião plenária. As restantes subações não existiram, e a atribuição de responsabilidade foi concedida ao malogro do Poder Legislativo, quer distrital, quer federal, em articular-se para dialogar com o público externo.

A *Câmara B*, ao abordar a Diretriz 2, aceitou como parcialmente alcançados os resultados relativos ao cadastramento de entidade com registro e inscrição de programa, a exposição sobre políticas para a criança e o adolescente por cada área representada no Conselho DCA/DF e a articulação nas diversas instâncias do Executivo e do Legislativo. Todas as demais subações foram consideradas não-realizadas. Aqui, a responsabilidade pelos resultados não-atingidos foi partilhada, pois, se o Governo do Distrito Federal não concedeu a estrutura, não repassou os recursos e não registrou os seus programas, reina o entendimento de que o Conselho DCA/DF não exigiu a contento e não negociou o suficiente, em torno do que lhe era devido.

No referente à Diretriz 6, a apreciação considerou realizadas as subações referentes à indicação do gerente do fundo DCA/DF e a elaboração do plano de aplicação do Fundo DCA/DF, e parcialmente realizada a elaboração de um plano de divulgação do Fundo DCA/DF. As demais subações não foram contempladas, e as razões apontadas como óbices a um melhor desempenho foram a falta de tempo, a falta de pessoal e a falta de implementação do Fundo DCA/DF.

A *Câmara C*, ao discutir a Diretriz 3, considerou que só ficou por ser realizado o que não podia ainda sê-lo – a investidura dos Conselhos Tutelares e a capacitação dos Conselheiros Tutelares –, por integrar o campo das ações a serem desenvolvidas no corrente ano. Foram realizadas a elaboração de normas regulamentadoras do processo de escolha dos Conselhos Tutelares, a apresentação ao Ministério Público dos critérios de escolha e a coordenação do processo de escolha. Como de realização parcial foi admitida a garantia, junto ao Executivo, das condições de funcionamento dos Conselhos Tutelares, em razão da dificuldade de articulação política do Conselho DCA/DF com o Governo do Distrito Federal. A justificativa para o bom desempenho foi atribuída à clareza

em relação ao papel do Conselho DCA/DF.

Já quanto à Diretriz 5, a única subação considerada realizada foi a distribuição de material institucional sobre Conselhos Tutelares e de Direito, em virtude da utilização de estratégia adequada. Realizada de maneira parcial, no julgamento em questão, foi a promoção mensal de eventos para a capacitação dos Conselheiros de Direitos e dos seus Suplentes, à qual avançou, depois de composta, quanto aos quadros técnicos e de gestão, a Secretaria Executiva do Conselho DCA/DF. Todas as demais subações foram postas na rubrica das não-realizadas, por duas razões: uma objetiva, falta de priorização, outra subjetiva, falta de clareza do papel do Conselho DCA/DF.

A *Câmara D*, à qual competiu o exame da Diretriz 7, visualizou como realizada a participação em eventos do interesse da criança e do adolescente, e parcialmente satisfeita a articulação com a imprensa, o empresariado, clubes de serviços, sindicatos e movimentos populares, sobretudo com a imprensa. Todas as demais subações não foram realizadas, dizendo respeito à articulação com o Conanda, a Vara da Infância e da Juventude, a Delegacia da Infância e da Juventude e os Conselhos Estaduais de Direitos da Criança e do Adolescente, e também, entre diversos aspectos, à elaboração de plano de Comunicação Social responsável pela ampla difusão das ações do Conselho DCA/DF junto à sociedade global. A justificativa para o desempenho em questão foi atribuída às crises vividas pelo Conselho DCA/DF no ano de 1995, inclusive a de natureza sucessória, bem como à falta de iniciativa para o contato e o diálogo, e à falta de articulação para interagir e conquistar espaço com eficiência programática, sem o esquecimento, de resto, de que houve um efetivo superdimensionamento de ações no Plano de Trabalho do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, para o ano de 1995.

3. Conclusão

Finalmente, pode-se, fazendo um balanço global das atividades desenvolvidas pelo Conselho DCA/DF no ano de 1995, garantir que nada, absolutamente nada, autoriza considerar que o órgão não caminha em busca de sua maturidade, do seu equilíbrio e do seu crescimento qualitativo, horizontal e vertical.

Em um ano de crise, instabilidade e apren-

dizado, pôde o Conselho DCA/DF realizar um expressivo conjunto de diligentes ações, relacionadas ao longo deste documento, as quais bem demonstram a sua substantiva possibilidade de tonificar-se, robustecer-se, enfim, crescer em musculatura.

O eixo do vindouro trabalho, em podendo ser desenrolado em torno da Plenária, das Comissões Temáticas e da Secretaria Executiva, poderá significar, sem a perda de vista do panorama geral, a promissora certeza do êxito institucional. Compete, como é natural, aos aparelhos gerenciais – a Presidência e a Mesa Diretora, em particular – a condução superior do processo em questão, que objetiva a concreta maximização dos resultados que justificam a existência do Conselho DCA/DF.

Como decorrência de tudo quanto foi exposto, vêm à superfície determinadas sugestões, merecedoras da reflexão colegiada do órgão em pauta, que decidirá a conveniência e a dosagem cabíveis, quanto a sua implementação:

- definir o Plano de Trabalho do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal para o ano de 1996, discutindo qual a escala desejável de expectativas a contemplar, considerados os fatores tempo e recursos disponíveis;

- retrabalhar, atualizando-o no que necessário for, o Plano de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal, que, pela sua relevância, é um documento que não pode, em nenhuma hipótese, ser letra fria e morta;

- estender o bem-sucedido esforço de escolha dos Conselhos Tutelares, levando-o para novas Regiões Administrativas, paralelamente à negociação das condições mínimas para a sua instalação e o seu funcionamento; e

- investir, de maneira continuada e sistemática, no treinamento, na capacitação, na formação, enfim, do conjunto heterogêneo de atores relacionados com a causa da criança e do adolescente no Distrito Federal, tendo em vista que o crescimento qualitativo, para ter efeitos práticos, necessita ser global.

Registre-se como de relevo, na vida do Conselho DCA/DF em 1995, o auspicioso e elevado índice de frequência dos Conselheiros de Direitos às reuniões plenárias, fato esse gerador de expectativas quanto à sua necessária continuidade, por ser o caminho testado e aprovado na realidade, para garantir a densidade, a

representação e a dinâmica do órgão colegiado em questão, de cujo crescimento qualitativo depende, em considerável medida, a solução positiva da grave causa da criança e do adolescente em Brasília.

Determinados problemas têm de ser enfrentados, como resposta à autoconsciência que a Avaliação do Desempenho do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conselho DCA/DF) permite visualizar a contento, por meio das expectativas contidas nas cargas simbólicas do *Ritmo*, do *Tempo*, do *Planejamento*, do *Controle* e da *Estabilidade*.

Redefinir estratégias e estabelecer prioridades, lutar sem descanso para conquistar a capacidade de articulação política, construir canais e instrumentos de convencimento político, estabelecer uma competente política, construir canais e instrumento político, estabelecer uma competente política de comunicação social, aumentar a capacidade de interação com órgãos similares, nos planos estadual, nacional e internacional, avançar na reivindicação em torno da evolução da sua indispensável infra-estrutura, concitar todos os atores envolvidos com a causa da criança e do adolescente a terem um maior empenho pessoal, apostar em todas as formas de advento de uma nova consciência, conducente à classificação do seu papel, e acumular um mais profundo conhecimento técnico sobre orçamento e planejamento são alguns dos desafios que estão batendo à porta do Conselho DCA/DF e exigindo dele urgentes e refletidas respostas.

Propositadamente, ficou para ser tratado em espaço diferenciado o problema do Fundo DCA/DF, que reivindica a máxima atenção e necessita do esforço concentrado de todo o Conselho DCA/DF, por configurar o instrumento a ser estabelecido, legitimado e desenvolvido para o alcance de sua maioria plena. Trata-se, pois, de conjugar energias em busca dos recursos que a superação do drama da criança e do adolescente reclama, e o faz com razão, e para já. Essa urgência das urgências, cercada de dificuldades, dá bem o tom do desafiante caminho que aguarda o Conselho DCA/DF no ano de 1996 e seguintes, ao qual ele haverá, de certo, de reagir com crescente lucidez, permanente diálogo e ambicionado sucesso, como forma positiva de servir à sociedade brasileira e brasiliense, em particular.

4. Anexo

PLANO DE TRABALHO DO CONSELHO DCA/DF

DIRETRIZ: GARANTIR O FUNCIONAMENTO DO CONSELHO DCA/DF

<i>Estratégia de ação</i>	<i>Subações</i>	<i>Resultados</i>	<i>Justificativa</i>
- Elaborar o Plano de Trabalho do CDCA, definindo as prioridades para o seu funcionamento.	- Elaboração do cronograma de trabalho do CDCA.		
- Organizar as Comissões Temáticas segundo o Regimento Interno.	- Distribuição dos Conselheiros em Comissões Temáticas. - Elaboração do Plano de atuação das Comissões Temáticas. - Acompanhamento do andamento dos trabalhos das Comissões Temáticas.		
- Propor o funcionamento da Mesa Diretora e sua periodicidade.	- Elaboração de cronograma de reunião da mesa diretora. - Preparação do local para realização das reuniões plenárias.		
- Negociar, quando necessário, com o Executivo, o apoio administrativo às atividades do CDCA.	- Conhecimento dos recursos orçamentários destinados ao funcionamento do CDCA. - Participação do CDCA na elaboração da proposta orçamentária do DF.		

PLANO DE TRABALHO DO CONSELHO DCA/DF

DIRETRIZ: CONTROLAR AS AÇÕES VOLTADAS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

<i>Estratégia de ação</i>	<i>Subações</i>	<i>Resultados</i>	<i>Justificativa</i>
<ul style="list-style-type: none"> - Acompanhar a execução orçamentária do DF/95 para a criança e o adolescente. - Conhecer e analisar, previamente, a Proposta Orçamentária do Governo do DF para 1996. - Acompanhar a aprovação da proposta orçamentária/96. 	<ul style="list-style-type: none"> - Discussão e análise dos percentuais alocados para a criança e adolescentes no Orçamento/96. - Articulação nas diversas instâncias do Executivo e do Legislativo. - Acompanhamento da execução financeira ao orçamento/95. 		
<ul style="list-style-type: none"> - Definir estratégia e mecanismo de monitoramento das políticas públicas. - Manter informações atualizadas sobre o atendimento a crianças e adolescentes e recursos disponíveis no Distrito Federal. 	<ul style="list-style-type: none"> - Exposição sobre política para a criança e o adolescente por cada área representada no Conselho. - Levantamento de pesquisas e outros dados sobre crianças, jovens e família no Distrito Federal com a finalidade de subsidiar a avaliação do impacto das políticas públicas sobre a população. - Organização de espaço referencial de dados sobre a criança e o adolescente do DF. - Discussão e elaboração de uma proposta de Reordenamento de Entidades Governamentais e Não-Governamentais de Atendimento à Criança e ao Adolescente do DF. 		

PLANO DE TRABALHO DO CONSELHO DCA/DF

DIRETRIZ: INSTALAR OS CONSELHOS TUTELARES

<i>Estratégia de ação</i>	<i>Subações</i>	<i>Resultados</i>	<i>Justificativa</i>
- Coordenar o processo de escolha e instalação dos Conselhos Tutelares.	<ul style="list-style-type: none">- Elaboração de normas regulamentadoras do processo de escolha dos Conselhos Tutelares.- Apresentação ao Ministério Público dos critérios de escolha.- Coordenação do processo de escolha.- Promoção de capacitação dos membros escolhidos na função de Conselheiros Tutelares.- Investidura dos Conselhos Tutelares.- Garantia, junto ao Executivo, das condições de funcionamento destes Conselhos.		

PLANO DE TRABALHO DO CONSELHO DCA/DF

DIRETRIZ: PROPOR E ACOMPANHAR A LEGISLAÇÃO PERTINENTE À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NO DF

<i>Estratégia de ação</i>	<i>Subações</i>	<i>Resultados</i>	<i>Justificativa</i>
- Participar na elaboração da legislação pertinente à criança e ao adolescente.	<ul style="list-style-type: none">- Elaboração e proposta de revisão da Lei nº 234/92 e nº 518/93.- Acompanhamento da rescisão constitucional, no que se refere à criança e ao adolescente.- Estabelecimento de mecanismo de articulação pertinente com parlamentares distritais.- Acompanhamento da tramitação da Lei nº 644, do Promenor.- Acompanhamento da tramitação da Lei nº 690 sobre o menor aprendiz.- Acompanhamento da tramitação da Lei da criação da Secretaria da Criança e do Adolescente do Distrito Federal.- Revisão das Resoluções Normativas da Comissão Especial dos Direitos da Criança e do Adolescente, adequando-as às necessidades atuais.- Elaboração de resolução normativa definindo o prazo para inscrição dos programas governamentais.		

PLANO DE TRABALHO DO CONSELHO DCA/DF

DIRETRIZ: APOIO À CAPACITAÇÃO DE CONSELHEIROS DE DIREITOS E TUTELARES

<i>Estratégia de ação</i>	<i>Subações</i>	<i>Resultados</i>	<i>Justificativa</i>
- Desenvolver um programa sistemático de capacitação de Conselheiros de Direito e Tutelares.	<ul style="list-style-type: none">- Mobilização de Universidades na realização do Programa de Capacitação.- Promover, mensalmente, a formação dos Conselheiros e Suplentes.- Articulação com a Vara de Infância e da Juventude para a participação na definição de conteúdos e realização do processo de capacitação de Conselheiros Tutelares.- Elaboração e execução do plano de capacitação para Conselheiros de Direitos.- Elaboração e execução do plano de capacitação de Conselheiros Tutelares.- Distribuição de material institucional sobre Conselhos Tutelares e de Direito.- Adoção de metodologia de ensino à distância para treinamento dos Conselheiros e Suplentes.- Conhecimento de experiências de Conselhos Tutelares de outras unidades federadas.		

PLANO DE TRABALHO DO CONSELHO DCA/DF

DIRETRIZ: IMPLEMENTAR O FUNDO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

<i>Estratégia de ação</i>	<i>Subações</i>	<i>Resultados</i>	<i>Justificativa</i>
- Definir as providências fundamentais ao funcionamento do Fundo DCA/ DF.	<ul style="list-style-type: none">- Indicação do Gerente do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente.- Definição de critérios para escolha dos Gerentes do Fundo.- Estabelecimento de interface entre o Fundo/DF e o Fundo Nacional.- Elaboração do Plano de Aplicação do Fundo DCA/ DF.- Elaboração de um plano de divulgação do Fundo DCA/DF.- Organização do fluxo de funcionamento do Fundo DCA/ DF.- Capacitação das entidades com vista à utilização de recursos do Fundo.- Análise e cruzamento dos Órgãos Governamentais que repassam recursos para Entidades Não-Governamentais de atendimento à criança e ao adolescente.- Definição das entidades aptas por este Conselho a receberem recursos do Fundo DCA/DF.		

PLANO DE TRABALHO DO CONSELHO DCA/DF

DIRETRIZ: DAR VISIBILIDADE ÀS AÇÕES DO CONSELHO DCA/DF

<i>Estratégia de ação</i>	<i>Subações</i>	<i>Resultados</i>	<i>Justificativa</i>
<p>- Promover intercâmbio com órgãos e agentes direta ou indiretamente envolvidos com a causa da criança e do adolescente em nível nacional e local para possibilitar ao CDCA organizar sua atuação política.</p>	<ul style="list-style-type: none">- Articulação com a Vara da Infância e da Juventude, Ministério Público, para discussão de estratégias de ação conjunta.- Articulação com o Conanda e Conselhos Estaduais para atuação conjunta em torno das questões de âmbito nacional.- Articulação com o Conanda para participar como observador das reuniões plenárias.- Articulação com os Conselhos setoriais sobre interface de atuação.- Articulação com a imprensa, empresariado, clubes de serviço, sindicatos, movimentos populares.- Articulação com os Conselhos Tutelares para o cumprimento eficaz das funções do Conselho de Direito.- Articulação com a Delegacia da Infância e da Juventude.- Participação em eventos do interesse da criança e do adolescente.- Elaboração de um plano de Comunicação Social voltado para a realização das ações do Conselho e de temas inerentes aos direitos da criança e do adolescente junto à opinião pública e segmentos específicos.		

O Estado empresário. O fim de uma era

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Antecedentes históricos – Intervenção do Estado na ordem econômica. 3. Da atuação participativa do Estado na ordem econômica – Atividade econômica empresarial. 4. As empresas do Estado – Natureza jurídica. 5. Da intervenção mínima – Privatizações. 6. Conclusão.

1. Introdução

O Estado, formado pela vontade coletiva organizada, sempre procurou colocar-se, nas diversas fases históricas, conforme os interesses e anseios da sociedade¹.

É nesse sentido que a ação estatal na atividade econômica se formou ao longo do tempo. Ora o Estado é convocado para participar do desenvolvimento da atividade econômica, ora é destituído do exercício de tal atividade, sob a alegação de que não cabe a ele interferir em assuntos dessa natureza.

É importante destacar que o papel de interventor assumido pelo Estado foi fundamental no desenvolvimento da ordem econômica e da sociedade organizada, principalmente nos períodos de crise enfrentados pelo capitalismo.

Portanto, o papel do Estado é o de provedor do interesse geral, devendo ser direcionado à vontade coletiva, seja na ordem política/institucional ou na ordem econômica. Assim, o Estado agiu, quando convocado, para atuar como empresário na ordem econômica.

Jorge Rubem Folena de Oliveira é Mestrando em Direito na UFRJ e Advogado.

OBS: NOTAS AO FINAL DO TEXTO.

2. Antecedentes históricos Intervenção do Estado na ordem econômica

Na Idade Moderna, com a formação dos Estados Monárquicos, deu-se o fortalecimento do poder absolutista dos reis e o advento dos Estados Nacionais. Nesse período, houve uma intervenção estatal na economia, por meio da política econômica do Mercantilismo.

O Mercantilismo tinha como meta principal o fortalecimento econômico do Estado². O interesse da nascente burguesia européia, naquele momento, era ter um Estado forte para proteger suas práticas comerciais com as armas e barreiras alfandegárias, que facilitassem as exportações de produtos, contribuindo para a acumulação de metais preciosos e a manutenção da produção de alimentos dentro do território nacional. Assim, a política mercantilista estava fundada no metalismo, na balança comercial favorável e no protecionismo alfandegário.

O Estado Absolutista, durante os séculos XV e XVI, intervinha na economia como patrocinador do desenvolvimento comercial³. Nesse contexto histórico, constatou-se a participação das primeiras empresas estatais no processo de colonização em curso, como foi salientado por Caio Tácito:

“a empresa constituída pelo Estado visando os fins econômicos tem como antecedentes históricos as companhias holandesas e portuguesas que, nos séculos XV e XVI, corporificavam investimentos da Coroa destinados a alcançar, através de conquistas dos mares e terras desconhecidas, novas fontes de suprimentos para os mercados europeus mediante intercâmbio e importação de mercadorias”⁴.

Com a Idade Contemporânea, ocorreu a queda do poder dos monarcas e o desenvolvimento dos ideais liberais burgueses, que tinham como princípio maior sob o aspecto econômico: “a não-intervenção do Estado na economia”⁵.

O movimento liberal burguês dos séculos XVII e XVIII tinha por meta, sob o aspecto político, ou sob o aspecto econômico, o mínimo de ingerência estatal na liberdade dos indivíduos⁶ ou na atividade econômica.

A doutrina econômica liberal tinha em Adam Smith⁷ o seu maior apologista. Sua principal pregação era a de que o mercado se regularia naturalmente pelas leis da oferta e da

procura, o que ficou consignado como a chamada “mão invisível”⁸. A partir desse posicionamento, o *papel designado ao Estado, na ordem econômica, foi o de garantir a total liberdade de mercado*.

Com efeito, João Bosco Leopoldino da Fonseca⁹ comenta que os princípios liberais do século XVII estavam apoiados pelas doutrinas jusnaturalistas pregadas durante aquele período, *in verbis*:

“A teoria mercantilista é suplantada pela idéia do liberalismo econômico, que se assenta nos princípios do liberalismo filosófico e político trazidos principalmente pelas doutrinas jusnaturalistas do século XVII, em que se exaltam os princípios de liberdade, de valorização do indivíduo, de revolta contra os privilégios e contra o poder absoluto dos reis. O liberalismo pode assumir variadas formas, mas o que se sucedeu ao mercantilismo *caracterizou-se pela defesa do princípio segundo o qual o desenvolvimento econômico deveria fazer-se em conformidade com as leis naturais do mercado*, sem os grilhões anteriormente postos pelo Estado. Neste ponto se sobressaia a doutrina de Adam Smith.”
(nossos grifos)

Portanto, com o liberalismo econômico, ficou inexistente a participação da ação estatal na ordem econômica, seja sob a forma fiscalizadora/reguladora, ou por meio da forma participativa/empresarial.

Com a virada do século XX¹⁰, constatou-se, nitidamente, que a plena liberdade de comércio, com a livre regulamentação da economia por meio da “mão invisível” defendida pelos economistas liberais dos séculos XVII e XVIII, não podia mais prosperar, pois, como assevera Alberto Venâncio Filho¹¹,

“... durante todo o transcorrer do século XIX, importantes transformações econômicas e sociais vão profundamente alterar o quadro em que se inserira esse pensamento político-jurídico. As implicações cada vez mais intensas das descobertas científicas e de suas implicações, que se processavam com maior celeridade, a partir da Revolução Industrial, o aparecimento das gigantescas empresas fabris, trazendo, em consequência, a formação de grandes aglomerados urbanos, representavam mudanças profundas na

vida social e política dos países, acarretando alterações acentuadas nas relações sociais, o que exigiu que paulatinamente, sem nenhuma posição doutrinária preestabelecida, *o Estado fosse, cada vez mais, abarcando o maior número de atribuições, intervindo mais assiduamente na vida econômica e social*". (nossos grifos)

O capitalismo, até então vigente, passou por uma profunda crise, originada pela concentração econômica decorrente da formação de grupos empresariais provocada pelo avanço da Revolução Industrial, dando fim à eliminação da livre concorrência. Desse modo, não se podia mais deixar as relações econômicas entregues a uma regulação natural do mercado. Era vital, a partir daí, que a "mão invisível" de Adam Smith desse lugar à "mão visível" do Estado¹².

A propósito, João Bosco Leopoldino da Fonseca¹³ salienta que

"o fenômeno da concentração empresarial foi, segundo Farjat, o elemento decisivo para o surgimento do Direito Econômico, pois que, a partir de então, *surgiu a necessidade de o Estado intervir (através de normas) no mercado, não para impedir a concentração de empresas, como falsamente se entende, mas para garantir efetivamente a liberdade de mercado*, com a proteção das classes que poderiam vir a ser desfavorecidas com a nova feição das empresas"¹⁴

Nesse sentido é que Keynes defendia a intervenção do Estado na economia, de modo a superar a crise vivenciada, àquela época, pelo capitalismo, passando o Poder Público a regular as políticas econômicas a serem desenvolvidas na sociedade:

"O Estado deverá exercer uma influência orientadora sobre a propensão a consumir, em parte por meio da fixação da taxa de juros e, em parte, talvez, recorrendo a outras medidas. Por outro lado, é improvável que a influência da política bancária sobre as taxas de juros seja suficiente por si mesma para determinar um volume dos investimentos ótimos. Eu entendo, portanto, que uma socialização algo ampla dos investimentos será o único meio de assegurar uma situação aproximada de pleno emprego, *embora isso não implique a necessida-*

de de excluir ajustes e fórmulas de toda espécie que permitam ao Estado cooperar com a iniciativa privada"¹⁵. (nossos grifos)

Assim, como alude Eros Roberto Grau¹⁶, comentando acerca da intervenção do Estado na ordem econômica após a virada do século XIX,

"deixa o Estado, desde então, de intervir na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança, passando a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de políticas públicas – não atua apenas como terceiro-árbitro, mas também como terceiro-ordenador".

Porém, a intervenção estatal na economia, a partir daí, não limitou-se apenas na regulamentação da ordem econômica, mas também na participação estatal em setores de prestação de serviços e produção de bens, até então próprios da iniciativa privada¹⁷. O Estado passa a agir como empreendedor, tornando-se um verdadeiro empresário¹⁸.

É justamente no período pós-Guerra que a ação empresarial estatal ganhou, em todo mundo, fortes luzes, persistindo, mesmo com muitas críticas, até hoje¹⁹.

3. Da atuação participativa do Estado na ordem econômica – Atividade econômica empresarial

Principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a forma encontrada para vencer a crise enfrentada pelo capitalismo foi contar com o auxílio do Estado na intervenção da ordem econômica.

A intervenção estatal no domínio econômico ocorreu basicamente por meio (i) da regulamentação, planejamento e controle da economia de mercado e (ii) da participação direta na atividade empresarial.

No que se refere à participação direta do Estado²⁰ na ordem econômica, ponto que nos interessa quanto ao tema destacado (Estado Empresário), cumpre realçar que a ação estatal passou a contemplar tanto os serviços públicos propriamente ditos, como também, e principalmente a partir daí, os serviços peculiares da atividade econômica empresarial: empreendimentos comerciais e industriais.

Nesse contexto, desenvolve-se o "Estado do

Bem-Estar Social” (*welfare state*) ou “Estado Providência”, em que o Poder Público passou a intervir, explorando a atividade econômica com o fito de auxiliar a iniciativa privada em crise²¹. Assim, o Estado passou a executar serviços públicos de natureza comercial ou industrial, além daqueles próprios da atividade estatal²².

Para intervir em atividades comerciais e industriais, típicas da iniciativa privada, o Estado constituiu empresas públicas com tais finalidades, que, segundo alude Pedro Paulo de Almeida Dutra²³, tinham como fator de seus surgimentos aspectos de natureza econômica, política e social²⁴.

Então, o Estado passa a praticar atos de comércio e indústria²⁵ ao lado dos particulares, concorrendo normalmente com a iniciativa privada no desenvolvimento da atividade econômica por meio de suas empresas. Tal empreendimento econômico pelo Estado, hodiernamente, é questionado, chegando alguns a suscitarem até a prática de *concorrência desleal*, haja vista, segundo expõem os seus apologistas, as vantagens e benefícios de que dispõem as empresas públicas na disputa de mercados em relação às empresas particulares²⁶.

É imperioso ressaltar que as Constituições brasileiras, em respeito à ideologia capitalista/liberal nelas adotada, sempre deram preferência para exploração da atividade econômica aos particulares (iniciativa privada) e, secundariamente, em caráter de exceção, ao Estado. Assim, historia José Cretella Júnior²⁷, *in verbis*:

“Tem sido, aliás, observado pelo legislador constituinte brasileiro, sem exceção, o princípio que coloca em primeiro lugar o particular, no tocante a exploração de atividade econômica, permitida a intervenção do Estado nesta área quando inoperante ou ineficiente a iniciativa privada, variando, tão-só, de Constituição para Constituição, os fundamentos invocados para legitimar a intervenção do Estado no domínio econômico, como ocorreu na vigência da Constituição de 1934, art. 116 (‘por motivo de interesse público e autorização em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica’), na Constituição de 1937, art. 135 (‘a intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa

individual’), na Constituição de 1946, 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 limites os direitos fundamentais nesta Constituição’), na Constituição de 1967, art. 157, e na EC nº 1 de 1969, art. 163 (‘são facultados a intervenção no domínio econômico e monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição de liberdade iniciativa’). E, ainda, em 1969, art. 170: ‘apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará a atividade econômica’ (art. 137, parágrafo único).

Em 1988, a colocação é a mesma, justificando-se a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Portanto, embora a ação estatal na atividade econômica tenha se massificado durante este século, verifica-se que esta conduta intervencionista, pelo menos em nosso país, *sempre foi secundária*²⁸, por imperativo constitucional, em total respeito à ordem econômica liberal/capitalista. Sendo assim, *nota-se que a atividade estatal na economia é de natureza auxiliar à iniciativa privada*, o que, de certa forma, preocupa, podendo tornar-se prejudicial ao Erário público em determinadas situações em que o Estado é convocado somente para solucionar más administrações de empresários sem qualquer compromisso social²⁹. Geralmente depois de saneadas, o Estado retorna essas empresas ao controle da iniciativa privada.

4. As empresas do Estado – Natureza jurídica

Para o Estado realizar seus objetivos intervencionistas na atividade econômica, no campo da Administração Pública, adotou a política de *descentralização administrativa*³⁰ quanto a prestação de serviços públicos ou a realização de atividade econômica empresarial.

No que se refere à realização de atividade econômica empresarial, o Estado brasileiro criou duas modalidades de entes paraestatais: 1) a empresa pública³¹ e 2) a sociedade de economia mista³²; *ambas de natureza jurídica de direito privado*, porém submetidas, no que for atinente à Administração Pública Indireta, às regras de direito público³³.

Com efeito, o art. 5º do Decreto-Lei nº 200/67 define tanto a empresa pública, quanto a sociedade de economia mista, *in verbis*:

“Art. 5º. Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

II. Empresa pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III. Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”

Das definições legais em tela, percebe-se que a distinção entre a empresa pública e a sociedade de economia mista reside no seguinte:

1) *empresa pública* – o capital social é exclusivamente do Poder Público³⁴, adotando-se esse tipo de paraestatal qualquer forma ou modalidade de sociedade comercial existente no direito pátrio;

2) *sociedade de economia mista* – o capital social é formado pelo Poder Público e pelo particular, sendo que somente podem ser constituídas por meio da modalidade de sociedades anônimas, inclusive estando submetidas aos imperativos da Lei nº 6.604/76 (Lei das S/A)³⁵.

Tais tipos de empresas, a propósito, têm que ser constituídas por leis específicas³⁶, *onde deverão estar contemplados seus fins ou objetos sociais a serem alcançados*³⁷. *É justamente sobre o objeto social ou finalidade prevista na lei criadora que reside a atividade econômica de natureza comercial ou industrial a ser de-*

sempenhada por essas paraestatais.

Realça-se que sob o objeto social das empresas públicas e das sociedades de economia mista incidirão as normas de direito privado referidas no § 1º do art. 173 da Constituição de 1988³⁸. Fora disso, elas estarão submetidas aos princípios obrigatórios da Administração Pública, por tratarem-se de entes integrantes da Administração Pública Indireta, conforme os termos do *caput* do art. 37 da Constituição de 1988.

Por oportuno, é imperioso destacar que as paraestatais em questão, no direito brasileiro, atuam (i) em atividades “monopolizadas” pelo Estado ou, então, (ii) nas atividades denominadas como “necessárias”, isto é, quando exigir a segurança nacional ou interesse coletivo, como previsto no *caput* do art. 173 da Constituição Federal de 1988³⁹.

No caso dos monopólios, o Poder Público, autorizado constitucionalmente, não permite à iniciativa privada explorar tais atividades econômicas ao lado das paraestatais, como expõe José Afonso da Silva⁴⁰:

“não se trata aqui de participação suplementar ou subsidiária da iniciativa privada. Se ocorrerem aquelas exigências, será legítima a participação estatal direta na atividade econômica, independentemente de cogitar-se de preferência ou de suficiência da iniciativa privada”.

Na exploração das atividades econômicas denominadas “necessárias”, o Poder Público, legitimado nas situações contempladas no *caput* do art. 173 da Constituição Federal de 1988 (segurança nacional ou interesse coletivo), participa, ao lado dos particulares, no desenvolvimento das atividades para as quais as paraestatais foram criadas.

É curial esclarecer que o Supremo Tribunal Federal⁴¹ já posicionou-se quanto ao questionamento da legitimidade de o Estado continuar, após a nova ordem constitucional de 1988, intervindo na atividade econômica, além das hipóteses autorizativas expressas no *caput* do art. 173 da Constituição Federal de 1988⁴².

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade referida, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se, não só acerca dos limites de intervenção do Estado na ordem econômica, como também no direcionamento para o Poder Público transferir as empresas sob seu controle à iniciativa privada, por meio de processos de desestatização, como pode-se conferir no voto ven-

de interferir na economia, em setores que, de melhor maneira, podem ser melhor exercidos pelas empresas privadas”.

A propósito, é importante registrar, como explica Elena Landau⁵⁷, em apresentação de trabalho desenvolvido para demonstrar a avaliação dos resultados e perspectivas da privatização ocorrida no setor siderúrgico, a finalidade alcançada pelas privatizações que atingiu este setor industrial da economia brasileira, *in verbis*:

“Estes resultados por si só demonstram o impacto positivo da privatização sobre o setor, permitindo um aumento generalizado em sua eficiência. Para algumas empresas, a passagem para as mãos da iniciativa privada apenas alavancou as potencialidades de siderúrgicas já lucrativas, mas, para a maioria das empresas do setor, a privatização provocou uma reviravolta completa em suas administrações e, em consequência, em seus resultados econômicos e financeiros. Algumas empresas obtêm lucro líquido pela primeira vez em suas histórias. A gestão privada empreendeu profundas mudanças na estrutura das siderúrgicas brasileiras.

(...)

Os resultados não poderiam ser mais estimulantes. Os aumentos da produtividade e da lucratividade confirmaram o que já se havia observado nas demais experiências internacionais de privatização: um significativo ganho de eficiência, produto de diversas razões apresentadas em detalhe no trabalho dos consultores. *Entretanto, o programa de privatização no Brasil não tem no aumento da eficiência sua única motivação. A privatização é um elemento fundamental da Reforma do Estado, devendo contribuir tanto para a redução do endividamento do setor público quanto para a concessão do Estado naquelas áreas onde sua presença é essencial.*” (nossos grifos)

Nesse passo, como discorre Marcos Jurueña Villela Souto,⁵⁸

“de fato a alienação das empresas estatais conseguiu, no campo financeiro, a um só tempo, um tríplice benefício: cessava a sangria nos cofres públicos para sanear atividades deficitárias; admitia

recursos oriundos da alienação e legitimava, na iniciativa privada, um novo contribuinte de tributos relativamente às atividades da empresa privatizada”⁵⁹.

O processo de privatização ora em curso é importante nesta fase de reestruturação do Estado, devendo o Poder Público dedicar-se com mais intensidade e afincamento às atividades consideradas essenciais para o interesse da coletividade por ele tutelada.

Não restam dúvidas, como acima anunciado, que a iniciativa privada está melhor preparada para atingir o lucro no exercício de suas atividades empresariais, como está sendo constatado nas empresas privatizadas; isso porque este é o objetivo do setor empresarial. Todavia, o Estado não tem tal objetivo em seus planos; tanto é verdade que a própria atividade de siderurgia administrada pelo Estado esteve a serviço da iniciativa privada, fornecendo suas mercadorias a preços convidativos.

6. Conclusão

O Estado, que, no início deste século, foi chamado para socorrer a iniciativa privada em crise, agora está sendo submetido, em decorrência de uma política econômica neoliberal, a devolver o exercício das atividades econômicas, desenvolvidas por meio de suas empresas estatais, àqueles mesmos que anteriormente lhe transferiram tais atividades empresariais em consequência de má e inoperante administração no desenvolvimento dos seus negócios.

Realmente, o Estado assumiu várias atividades econômicas, chegando, em determinados momentos, a extrapolar seu campo de ação empresarial. Porém, o Poder Público agiu sobre a atividade econômica, criando empresas ou incorporando outras da iniciativa privada, combatidas àquela época, porque foi convocado para tanto. Assim, colocou em suas mãos essas atividades empresariais com o fito de solucionar, ou tentar amenizar, a crise enfrentada pelos mesmos que hoje defendem – como solução para os problemas políticos, econômicos e sociais vivenciados na sociedade contemporânea deste final de século – que ele não deve mais atuar na ordem econômica como empresário.

No entanto, vale registrar, é curiosa a ilação que se pode retirar do discurso neoliberal ora vigente quanto às empresas do Estado, isso porque procura-se patrocinar idéias no sentido de que todas as atividades econômicas de-

vem, *sem exceção*, ser repassadas aos particulares, pois o Poder Público não tem qualquer vocação e preparo para os seus exercícios. Entre as atividades que desejam privatizar, na linha desse discurso, encontram-se aquelas que dizem respeito às atividades⁶⁰ relativas à *sobrerania nacional*⁶¹, consagrada ainda⁶² em nossa Carta Política vigente.

Concluimos, assim, que o Estado realmente não pode agir de forma tão ampla no exercício da atividade econômica empresarial como vinha até então procedendo, limitando-se apenas ao desenvolvimento das atividades econômicas atinentes à segurança nacional e ao relevante interesse coletivo.

Sendo assim, o Estado deve continuar empresário somente naquilo que for do interesse⁶³ da coletividade que o constituiu. Por outro lado, o Poder Público deve ampliar cada vez mais a sua função normatizadora e fiscalizadora, de modo também a conciliar os interesses da coletividade com o poder econômico e o desenvolvimento social.

Bibliografia

- BALEEIRO, Aliomar. *Ciências das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil* : promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 7, São Paulo : Saraiva, 1990.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. *O poder econômico perante o Direito*. São Paulo : L Tr., 1996.
- BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 6. ed. Brasília, Ed. UnB, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- BRAGA, Leopoldo. In : Santos, J. M. Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Borsoi, v. 20.
- CONSULTORES ASSOCIADOS, KAUFMAN GANDRA. *Privatização do setor siderúrgico brasileiro* : avaliação de resultados e perspectivas. BNDES, 1994.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Forense, 1993.
- . *Empresa pública*. São Paulo : J. Bushatsky.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1992.
- DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle de empresas estatais* : uma proposta de mudança. São Paulo : Saraiva, 1991.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica* : implicações e perspectivas. São Paulo : Malheiros, 1996.
- FIGUEREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1994.
- FONSECA, João Leopoldino. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1995. p. 59-75 : o discurso neoliberal e a teoria da regulação. Estudos em homenagem ao Prof. Washington Peluso Albino de Souza.
- KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo : Abril Cultural, 1983.(Os pensadores)
- PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO. *Legislação atualizada até 31 de outubro de 1996*. BNDES, Secretaria de Desestatização.
- MAFFEY, Aldo. In : BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília : Ed. UnB, 1994. v. 2.
- MARTINS, Pedro A. Batista, OLIVEIRA, Jorge Rubem Falena de. Da possibilidade jurídica da ação renovatória da locação de imóveis de propriedade de Sociedade de Economia Mista, *Revista Doutrina*, n. 2, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- NUKAI, Toshio. *Direito Administrativo e empresas do Estado*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- PATRÍCIO, J. Simões. *Curso de Direito Econômico*. 2. ed. Lisboa : Academia da Faculdade de Direito de Lisboa, 1981.
- PUCEIRO, Zuleta. *O processo de globalização e a reforma do Estado*. In : FARIA, José Eduardo. (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, n. 203.
- ROTH, André Noel. O Direito em crise : fim do Estado moderno. In : FARIA, José Eduardo. (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- ROUSSEU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo : Cultrix, 1995.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Borsoi, v. 20.
- SILVA, Américo Luís Martins. *Ordem econômica*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.

PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO. Sistema de Informações atualizado até 9 de outubro de 1996.

SMITH, Adam. *As riquezas das nações*. Gulbenkian, 1993. Livr. 4, cap. 7.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1996.

SOUZA, Washington Peluso Albino. *Lições preliminares de Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo : L Tr., 1994.

TÁCITO, Caio. Regime Jurídico da Empresas Estatais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 195.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1968.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Econômico : a ordem econômica portuguesa*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1989.

WALD, Arnoldo. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

Notas

¹ Dalmo de Abreu Dallari : (*Elementos de teoria geral do Estado*. 17. ed. atual e ampl. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 89), ao comentar os fins subjetivos do Estado, aduz "... que os fins do Estado deverão ser a síntese dos fins individuais. Isso é que explica a existência das instituições do Estado e a diferença de concepção a respeito das mesmas instituições, de época para época."

² Como salientado por Aldo Maffey (in : BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 6. ed atual e ampl. Brasília : Ed. UnB, 1994. v. 2, p. 746), o objetivo filosófico mais importante visado pelo Mercantilismo estava na superação de um dos pressupostos de Maquiavel, que era: (sic) "não só não é necessário para a prosperidade do Estado que ele seja rico e os súditos, ao contrário, pobres, como é justamente a riqueza dos súditos que faz rico e poderoso o Estado."

³ Destaca-se que o valor supremo objetivado, durante a vigência do Estado Monárquico, não estava no fortalecimento da defesa estatal, mas, sim, na acumulação de riquezas e prosperidades almejadas pelos comerciantes daquela época, sendo o fortalecimento do poder absoluto mera circunstância para atingir os fins políticos e econômicos da nascente burguesia da Idade Moderna.

⁴ TÁCITO, Caio. *Regime jurídico das empresas estatais*. RDA, n. 195, p. 1-8.

⁵ Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil* : promulgada em 5

de outubro de 1988. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 7, p. 3) salienta que "o liberalismo tinha por meta caracterizadora o dispensar, tanto quanto possível, a presença do Estado. No campo político, pela adoção das liberdades individuais, que se traduziam em autênticas áreas de proteção pela esfera de atuação do indivíduo; no econômico, pelo alijamento do Estado da tarefa da atividade econômica".

A propósito, André-Noel Roth (*O Direito em crise: Fim do Estado moderno*. In : FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica* : implicações e perspectivas. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 17) assevera que o liberalismo "... estava baseado sobre o princípio da limitação da intervenção, da liberdade do indivíduo e da crença na superioridade da regulação `espontânea` (Hayek) da sociedade."

⁶ Cf. ROUSSEU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo : Cultrix, 1995.

⁷ Adam Smith (*As riquezas das nações*. Gulbenkian, 1993. Livr. 4, cap. 7, p. 199) manifestava que "... sem qualquer intervenção da lei, os interesses privados e as paixões dos homens levam-nos, naturalmente, a dividirem e a distribuírem o capital de qualquer sociedade entre os diferentes empregos com ele realizados, tanto quanto possível, na proporção mais vantajosa para o interesse de toda a sociedade.

As várias regulamentações do sistema mercantil vêm, necessariamente, perturbar mais ou menos esta distribuição natural e muito vantajosa do capital." (nossos grifos)

⁸ O movimento liberal burguês dos séculos XVII e XVIII tinha por meta, seja sob o aspecto político, seja sob o aspecto econômico, como acima manifestado por meio do pensamento de Adam Smith, o mínimo de ingerência estatal na liberdade dos indivíduos ou na atividade econômica.

⁹ FONSECA, João Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 24.

¹⁰ Bastos (op. cit., p. 4) cita que "o próprio século XIX assistiu aos primeiros golpes desfechados contra essa doutrina absentista do Estado. O manifesto comunista de Karl Max alça-se como a peça teórica que vai embasar o movimento obreiro, que gradativamente ganha corpo no correr daquela centúria, embora seja certo que as consequências práticas daquela ideologia só se materializem plenamente no século XX com a Revolução Russa."

¹¹ *Intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1968. p. 9-10.

¹² Cf. Eros Roberto Grau, em artigo intitulado *O discurso neoliberal e a teoria da regulação*, em *O desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1995. p. 61. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington Puluso Albino de Souza.

¹³ op. cit., p. 177.

¹⁴ Roth (op. cit., p. 17) assevera que: "... des-

truição rápida das sociedades tradicionais, familiares e territoriais, obrigou o Estado a intervir cada vez mais, desde o último quarto do século XIX e, sobretudo, desde a Primeira Guerra Mundial, nos campos econômico e social. Esta é a grande transformação descrita por Polanyi: a redução da capacidade auto-reguladora da sociedade civil necessitou da intervenção do estado na regulação da questão social (seguros e direito do trabalho ...) e da economia (política monetária, proteção contra a competição ...).”

¹⁵ KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo : Abril Cultural, 1983. p. 256. (Os Pensadores).

¹⁶ op. cit., p. 461.

¹⁷ Leopoldo Braga (in : SANTOS, Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Borsoi, v. 20, p. 105-106), comentando acerca da empresa pública, manifesta que “a intervenção do Estado na ordem econômica não se limitou somente à regulamentação da economia, mas, também, à própria ação empresarial do setor privado. Inicialmente em setores vitais, tais como energia elétrica, ferrovias, telefonia, abastecimento e distribuição de água, e posteriormente a setores não-vitais, como banco, fábrica de tecidos, onde a ação estatal destacou-se como auxiliar da iniciativa privada em crise.”

¹⁸ Como expõe Marcos Juruena Villela Souto (*Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1996. p. 76), as empresas estatais “... só ganharam força com o surgimento do *Welfare State*, onde se legitimou a interferência estatal na atividade econômica”.

¹⁹ Um dos grandes debates na sociedade atual, em todo o mundo, tendo em vista as idéias neoliberais ora vigentes, gira em torno da redução da participação do Estado na atividade empresarial, competindo diretamente com a iniciativa privada. É nesse contexto que se instalam os processos de privatização ou desestatização.

²⁰ J. Simões Patrício (*Curso de Direito Econômico*. 2. ed. Lisboa : Academia da Faculdade de Direito de Lisboa, 1981. p. 327), Manuel Afonso Vaz (*Direito Econômico: a ordem econômica portuguesa*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Ed. 1990. p. 126) e Luís S. Cabral de Moncada (*Direito Econômico*. Coimbra : Coimbra Ed., 1985. p. 183), denominam que a ação estatal na economia como empresário é direta e indireta a ação estatal como regulamentador. Sendo assim, neste trabalho, seguindo orientação dos professores portugueses mencionados, valeremo-nos da expressão intervenção direta para nos referirmos à ação estatal como empresário, ao invés de outras, tais como intervenção participativa, utilizada por José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros, 10. ed. 1995. p. 736).

²¹ Washington Peluso Albino de Souza (*Lições preliminares de Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo : L Tr., 1994. p. 285), comentando acerca das em-

presas públicas, manifestou que “o Estado passou a ocupar as áreas pelas quais a iniciativa privada não se mostrou suficientemente capacitada, e que a estrangeira, quando o fizera, não ultrapassava os limites e as dimensões que lhe assegurasse lucros certos e imediatos, quando de curto período de maturação”.

Braga (op. cit., p. 105-106) aduz que, “... na medida em que os empreendimentos não interessavam à iniciativa privada, ou que esta praticava atos prejudiciais à população, o Estado passou a ocupar essas áreas, até chegar à empresa pública, com todo o capital por ela realizado e sua orientação total no sentido de executar a política econômica”.

²² José Cretella Júnior (*Comentários à Constituição de 1988*. Forense, 1993. p. 4.001), comentando a evolução da ação estatal na atividade econômica, expõe que, “num primeiro momento, os serviços públicos e privados eram partilhados entre o Estado, que desempenhava, exclusivamente, os primeiros, e o particular, que exercia, tão-só, os serviços privados e, entre estes, os de navegação comercial e industrial.

Num segundo momento, o Estado partilha os serviços públicos entre os seus próprios órgãos e pessoas, transferindo para as autarquias aquilo que a Administração Direta não conseguia gerir.

Num terceiro momento, o Estado recorre aos particulares e outorga os serviços públicos mediante concessões e permissões, transferindo-os a empresas com personalidade de direito privado que, por sua conta e risco, assumem a prestação daqueles serviços.

Restam os serviços privados ou atividades privadas, comerciais e industriais, numa primeira fase, a cargo, exclusivamente, da esfera particular com desempenho por parte de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Num primeiro momento também, em sentido inverso, os serviços privados de economia, comércio e indústria, desempenhados pelos particulares, passam a ser exercidos pelo Estado, que se torna sócio de empresas privadas, adquirindo ações. Sócio minoritário a princípio, torna-se sócio majoritário a final, participando da nova entidade – a sociedade de economia mista.

Num segundo momento, o Estado cria entidades, *ex nihil*, ou a partir de antigas sociedades de economia mista, sobrepujando-as, dando origem a entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio e capital exclusivamente estatal, para exploração de atividades econômicas que o governo seja impellido a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito – eis a empresa pública.”

²³ *Controle de empresas estatais* : uma proposta de mudança. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 28-29.

²⁴ O ilustre autor alude como fatores justificativos da intervenção do Estado na atividade econômica empresarial os seguintes : de natureza econômi-

ca, a necessidade de fornecer uma infra-estrutura ao desenvolvimento, o fomento aos negócios privados e a obtenção de vantagens com a produção de bens e serviços, mesmo que disponíveis no mercado privado; no campo político, a preocupação estava voltada para as estratégias de segurança do país; em sede administrativa, a idéia foi a de descentralização; os fatores sociais motivaram a produção de bens e serviços já existentes no mercado a preços mais acessíveis às populações de baixa renda.

Cf. tb. BALEEIRO, Aliomar. *Ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p. 135, acerca dos principais objetivos das empresas públicas.

²⁵ Cretella Júnior (op. cit., p. 4.005) assevera que “o Estado de nossos dias desenvolve, além de suas funções normais, que são os serviços puros, propriamente ditos, outros tipos de atividades – operações materiais que consubstanciam atos de comércio ou atos de indústria”.

²⁶ Cf. Américo Luís Martins da Silva (*Ordem econômica*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1995. p. 85) e Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*. 19. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 320).

²⁷ op. cit., p. 3.999.

²⁸ Cf. A. L. M. da Silva (op. cit., p. 121) que, contrariamente, entende que a participação do Estado na ordem econômica, da forma preconizada pela Constituição Federal de 1988, não é suplementar ou subsidiária. Nesse sentido também o opinamento de J. A. da Silva (op. cit., 736).

²⁹ No Brasil, são inúmeros os casos em que o Estado foi convocado para socorrer empresas privadas por más administrações empresariais, tais como os casos mais recentes da Fábrica de Tecidos Nova América e do Banco Meridional.

³⁰ Serviço descentralizado, segundo Meirelles (op. cit., p. 305), “é todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade a autarquia, entidades paraestatais, empresas privadas e particulares individualmente.”

³¹ Conforme registra Moncada (op. cit., p. 190, nota de rodapé), no direito francês há dois tipos clássicos de empresas públicas. Em 1º lugar aparecem aquelas com estatuto de sociedade, em 2º lugar vêm aquelas empresas com estatuto de estabelecimento público.

A distinção baseia-se, fundamentalmente, na natureza do serviço que uma e outra prestam. Justamente em função da natureza das tarefas levadas por estas empresas é que se vai descobrir qual o regime aplicável numa graduação, que vai desde um regime quase puro de direito público (prestação de serviço público), até um regime quase puro de direito privado (sociedades públicas de caráter comercial ou industrial que atuam paralelamente com as empresas privadas).

No Brasil, Cretella Júnior (*Empresa Pública*. São Paulo : J. Bushatsky) expõe que a empresa pública pode prestar atividades econômicas, privadas, mas

pode igualmente desempenhar atividades públicas e, ao mesmo tempo, os dois tipos de atividades, pública e privada.

Cf. tb. NUKAI, Toshio. *Direito Administrativo e empresas do Estado*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

³² Cf. nosso artigo, escrito em conjunto com Pedro A. Batista Martins, da Possibilidade Jurídica da Ação Renovatória de Locação de Imóveis de Propriedade de Sociedade de Economia Mista (*Revista Doutrina*, p. 249) onde analisamos a aplicação das regras de direito público e as de direito privado às sociedades de economia mista, além da aplicação das disposições da Lei das Sociedades Anônimas a este ente parastatal.

³³ Cf. *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

³⁴ Nas palavras de Meirelles (op. cit., p. 327), “o que caracteriza a empresa pública é seu capital exclusivamente público, de um só ou de várias entidades, mas sempre capital público.”

³⁵ Cf. art. 235 e seguintes da Lei nº 6.604/76.

³⁶ Cf. art. 37, XIX e XX, da Constituição Federal de 1988.

³⁷ Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, p. 70) salienta que “um de seus traços característicos é que deve, necessariamente, perseguir o próprio escopo: isto é, criadas pelo Estado para determinado fim, encontram-se coartadas pela finalidade definida pela lei criadora.”

³⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1992. p. 282) comenta que “uma das primeiras ilações que se tiram do art. 173, § 1º, é de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo *caput* do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente”.

³⁹ Cf. SILVA, J. A. da. op. cit., p. 736.

⁴⁰ op. cit.

⁴¹ ADIn nº 2.341-RJ.

⁴² Tais situações são aquelas atinentes aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo definido em lei.

⁴³ RDA, n. 203, p. 182 e 184.

⁴⁴ Como menciona Bastos (op. cit., p. 71), “assiste-se, pois, neste findar de século XX, a um retorno, senão a um liberalismo clássico, tornando inviável pela complexidade do Estado Moderno, ao menos para o primado da livre iniciativa”.

⁴⁵ Arnaldo Wald e outros (*O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. p. 19) expõem que, “em todos os países, a própria noção de Estado e, em particular, as suas dimensões ideais e as suas relações com a sociedade têm sido objeto de análises e polêmicas. Uma ampla literatura oriunda de políticos, sociólogos, economistas e até juristas se insurge con-

tra o Estado megalômato, onipresente, o Estado hipertrofiado e superdesenvolvido, defende-se uma ampla redução do seu papel, exigindo simultaneamente maior eficácia no exercício de suas funções básicas”.

⁴⁶ op. cit., p. 70.

⁴⁷ Cf. tb. Roth (op. cit., p. 15).

⁴⁸ O papel, hoje, delegado ao Estado é o de agente normativo e regulador da atividade econômica, bem como o de encarregado pelo exercício de políticas de fiscalização, incentivo e planejamento desta atividade.

⁴⁹ Souto (op. cit., p. 122), comentando acerca da ineficiência do Estado empresário, menciona que “aos poucos, no entanto, o Estado foi chamando para si cada vez mais e mais setores. Ocorre que a preocupação jamais foi o lucro – buscado pela iniciativa privada –, mas o atendimento do interesse público. Destarte, os freqüentes prejuízos começaram a ser absorvidos pelo tesouro – à custa, portanto, de tributos pagos pela coletividade em geral, além de financiamentos e emissão de moedas.”

⁵⁰ Em artigo intitulado O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA (Org.), op. cit. p. 105.

⁵¹ Wald e outros (op. cit., p. 21) aduzem que, “decorridos cerca de 50 anos a partir da consagração do Estado-Providência, ficou evidenciado que, em muitos casos, o mesmo levava seja ao Estado totalitário, seja ao Estado ineficaz e falido. O grande desafio atual consiste em reestruturar o Estado e, simultaneamente, fortalecer o funcionamento dos serviços públicos que deve prestar.”

⁵² Segundo Zuleta Puciero (op. cit., p. 108), “os programas de privatizações refletem uma tendência mundial, ainda que possam variar seus objetivos específicos em cada país. Nos países da América Latina, tais programas procuram recursos para atender aos serviços de uma dívida externa acumulada durante décadas precedentes. Na Europa Ocidental, tentam amortecer os efeitos do grave déficit fiscal ocasionado pelas estruturas do Estado Social. No Sudeste asiático por outro lado, busca-se atrair capitais internacionais necessários para a consecução de objetivos mais gerais de modernização.”

⁵³ O processo de privatização brasileiro não atingiu atividades econômicas monopolizadas pelo Estado. Cf. Wilson de Souza Campos Batalha e outra (*O poder econômico perante o Direito*. São Paulo : L Tr., 1996. p. 19).

⁵⁴ O §1º do art. 2º dessa lei “considera privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.

Cf. Souto (op. cit., p. 125), onde está historiada toda a legislação brasileira de privatização, e também *Legislação do Programa Nacional de Desestatização* : PND, atualizado até 31-10-96, da Secretaria de Desestatização - SD - do BNDES, onde cons-

ta toda a legislação acerca das privatizações no Brasil.

⁵⁵ Segundo dados do BNDES (*Sistema de Informações do Programa Nacional de Desestatização da Secretaria de Desestatização*, p. 06), até 9 de outubro de 1996, passaram para as mãos da iniciativa privada o total de 50 empresas, seja mediante privatização de empresas controladas direta ou indiretamente pela União, ou aquelas onde haja participações minoritárias da Petroquisa e da Petrofertil, além das concessões da malha ferroviária da RFFSA.

⁵⁶ op. cit., p. 19.

⁵⁷ Cf. Gandra e Kaufman Consultores Associados. *Privatização do setor siderúrgico brasileiro* : avaliação de resultados e perspectivas. BNDES, out. de 1994. p. 2 - 3.

⁵⁸ op. cit., p. 127.

⁵⁹ Cf. Puceiro (op. cit., p. 120) acerca da experiência argentina com o processo de privatização lá adotado.

⁶⁰ Aqui nos referimos às atividades, por exemplo, reservadas à exploração de minerais no subsolo do território brasileiro.

⁶¹ Como salienta Paulo Bonavides (*Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 18-19), em crítica lançada às idéias neoliberais, no prefácio de sua obra clássica indicada, ao aduzir que “as bases do Estado Social têm sido, de último, acrimosamente atacadas, pelos corifeus do neoliberalismo pós-guerra fria.

Partem estes para uma suposta arremetida final, tentando primeiro acabar com a história, a ideologia, os símbolos e as armas nacionais, como se isso fora possível, e, a seguir, acometer o Estado, a nação e a soberania. E o fazem aferidos à posições falsamente valorativas que só redundariam em proveito de novas supremacias. Não podem estas deixar de ser, como sempre, as do grande capital que circula agora nas artérias do sistema financeiro internacional, dotado da pretensão de globalização e perpetuidade.

Fingem, porém, ignorar que o capitalismo espoliativo atravessa sua pior crise. Aguarda-se a esse respeito um funesto desfecho, que as caudais publicitárias do próprio sistema batalham por encobrir.

A versão neoliberal do Direito e do Poder é, portanto, da mesma índole reacionária e dissolvente dos absolutistas de direita e esquerda nascidos no transcurso deste século.

Seus postulados de reengenharia política e social, formulados como um traslado de seus protótipos empresariais, colocam em perigo o Estado Social, ao mesmo passo em que assinalam o triunfo da injustiça. Afí os fortes esmagam os fracos, os grandes anulam os pequenos e as minorias, senhoreando os privilégios e concentrando o capital, perpetuam a ditadura social – restar-lhe-á unicamente o partido da resignação ou desespero. E, nessa alternativa, o desespero é, como sabemos, o conselheiro do crime e da revolução. No crime o País já vive com as guerrilhas urbanas dos delinquentes que tra-

ficam com drogas. Na revolução, quem dirá, já não é este momento a antevéspera de um terremoto político e social?" (nossos grifos)

⁶² Apesar de todo o esforço para derogar-se a soberania nacional, esta encontra-se ainda vigente no texto constitucional, como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º.

No entanto, a Emenda Constitucional nº 6, de

15-8-95, adotando o pensamento neoliberal, autorizou que empresas brasileiras e estrangeiras possam, mediante autorização ou concessão da União, explorar as jazidas e demais recursos minerais e hídricos do país (art. 176, § 1º).

⁶³ A expressão *interesse* é utilizada com o sentido de vontade constitucional, no caso brasileiro, conforme os termos do *caput* do art. 173 da Constituição Federal vigente.