

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

julho/setembro

1997 • BRASÍLIA • ANO 34 • Nº 135



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

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 34 • nº 135

julho/setembro – 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 ORIGINALS

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

EDITORIAÇÃO 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.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

---

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

v.

Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

# Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 34 · nº 135 · julho/setembro · 1997

Angela Cristina Pelicioli José Carlos de Magalhães	Impossibilidade da compensação entre o AIR e o ICMS 5 Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos 13
Leon Frejda Szklarowsky	Crimes de racismo. Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional 19
Paulo R. Ribeiro Nalin	A Constituição e a reinvenção do território: algumas implicações jurídicas em face da globalização 37
José Pitas	Servidor Público: regime privado e estatutário 45
Álvaro Melo Filho	Correlações entre a nova LDB e o ensino jurídico 49
Fábio Maria De-Mattia	Aspectos do Direito Autoral no interesse do professor universitário como conferencista e publicista 61
Voltaire Marensi	Seguro-saúde, responsabilidade civil médica e ordem social 69
Roberto Moreira de Almeida	A Constituição de 1988 e a intervenção estatal no domínio econômico 77
Josaphat Marinho	Constituição, desenvolvimento e modernidade 83
Iris Eliete Teixeira Neves Pinho Tavares	Teoria da Constituição. Elementos político-jurídicos, mudança constitucional, constitucionalismo e desenvolvimento jurídico 91
João Paulo Allain Teixeira	Idealismo e realismo constitucional em Oliveira Viana: análise e perspectivas 99
Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva	A suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito do montante integral. Aspectos processuais 119
Alvaro Lazzarini	Do procedimento administrativo 125
Anildo Fabio de Araujo	Representação interventiva contra município localizado em Território Federal 137
Gilmar Ferreira Mendes	Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de releitura 141
Paulo de Bessa Antunes	Ação civil pública: casos concretos 153

José Nabuco Galvão de Barros Filho	O direito à informação e os direitos dos presos. Um libelo contra a execução pública 169
Raul Machado Horta	Normas centrais da Constituição Federal 175
Eduardo Talamini	Nota sobre as recentes limitações (mediante medida provisória) à antecipação de tutela 179
Fernando Luiz Ximenes Rocha	O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional 185
Elcio Trujillo	O Mercosul e a documentação eletrônica 191
Francisco de Paula Schettini	Emendas a projetos de lei de crédito adicional 197
Edilson Pereira Nobre Júnior	Princípios retores da desapropriação 203
José Ribas Vieira	A cidadania. Sua complexidade teórica e o Direito 219
Sara Maria Ströher Paes	Direito a ser ouvido em um prazo razoável. Morosidade da justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos 225
Márcio Nunes Aranha	Liberalismo e Intervencionismo Neoliberalismo, ou liberalismo construtor e Intervencionismo Social. A precisão de seus conceitos mediante a análise da gradação do controle estatal e de sua política de prioridades 237
Adilson Abreu Dallari	Competência constitucional da Polícia Rodoviária Federal 253
Antônio Rodrigues de Freitas Jr. Antônio Russo Filho Mário Sérgio Maschietto	Administração pública e racionalidade gerencial: programas de desligamento voluntário, características e efeitos alcançados 261
Cicero Caldas Neto	Preço público e taxa: algumas considerações 267
Gustavo Henrique Justino de Oliveira	As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro 271
Paulo José Leite Farias	A federação como mecanismo de proteção do meio ambiente 283
Adriano Daleffe	Solo criado e a disciplina urbanística da propriedade 301
Marlon Alberto Weichert	A obrigação do administrador público de encaminhar, para inscrição em dívida ativa, créditos da Fazenda de qualquer natureza 311
Fabiana de Menezes Soares	Número de vereadores das câmaras municipais. Interpretação do art. 29, inciso IV (princípios, autonomia, controle e critérios) 315
Jarbas Maranhão	O Estadista Agamemnom Magalhães. Sua trajetória política – sua atividade jornalística 327

# Impossibilidade da compensação entre o AIR e o ICMS

ANGELA CRISTINA PELICOLI

## SUMÁRIO

1. Breve histórico da ADIN do AIR. 2. Os requisitos da compensação de créditos. 3. A medida cautelar, mandado de segurança e o pedido de tutela antecipada não podem ser meios processuais para a realização da compensação. 4. A compensação de créditos não é hipótese de extinção de créditos. 5. Conclusão.

### 1. Breve histórico da ADIN do AIR

O Supremo Tribunal Federal, por votação unânime de seu plenário, no dia 6 de outubro de 1993, julgou procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, sob o nº 28/89, originariamente, para declarar a inconstitucionalidade das leis estaduais que instituíram, nos Estados, o adicional do imposto de renda sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital. A decisão foi publicada no *Diário da Justiça* da União de 19-11-93, Seção I, p. 24.659, sendo desmembrada a ação direta de inconstitucionalidade para cada Estado da Federação.

Tal decisão da ação direta de inconstitucionalidade vincula as autoridades aplicadoras da lei, com efeito *erga omnes*.

### 2. Os requisitos da compensação de créditos

É imprescindível que *lei* do ente tributante expressamente autorize a compensação, estabelecendo condições, garantias, autoridade competente, créditos que podem ser objeto de compensação.

Há jurisprudência reiterada nos tribunais pátrios acerca do assunto. *In verbis*:

Angela Cristina Pelicoli é Procuradora do Estado de Santa Catarina.

“Crédito Tributário – Compensação – Requisito. Tributário. Compensação. A compensação de tributos depende do reconhecimento, pela Administração, do crédito do contribuinte. Ordem deneçada”.<sup>1</sup>

O Código Tributário Nacional permite que a lei do ente tributante autorize a compensação entre créditos tributários e créditos do sujeito passivo para com a Fazenda Pública, sejam eles provenientes de tributos ou não.

Faculta ainda o CTN que a lei instituidora da compensação permita que ela se realize entre crédito tributário e crédito do sujeito passivo para com a Fazenda Pública, vencido ou vincendo.

O crédito do contribuinte passível de compensação com o crédito tributário deve ser sempre líquido e certo, sendo que sua exigência e seu valor devem estar plenamente demonstrados.

Quanto a esses dois últimos aspectos, verificamos que a jurisprudência compactua com o acima exposto, *ipsis litteris*:

“Crédito Tributário. Compensação. Liquidez e certeza – Necessidade. Ação de rito ordinário – via adequada.

Créditos tributários. Compensação. A compensação de créditos tributários só é possível com créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos. Não comprovada a existência de créditos dessa natureza. A pretensão só poderia ser apreciada e decidida na ação de procedimento ordinário. IV – (sic) – Recurso improvido”.<sup>2</sup>

“Crédito Tributário. Compensação – Liquidez e certeza – Necessidade.

Tributário. Ação ordinária. Compensação de tributos. 1. O crédito do contribuinte – a dívida do fisco –, para efeito de proceder-se à compensação, deve estar firmemente demonstrado, ser líquido e certo, sua exigência e seu valor devem estar, pois, claramente demonstrados. 2.

<sup>1</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. MS-93.04.4196-8-SC. Juriti S.A. Indústria e Comércio e Juízo Federal da Vara de Joinville - SC. Relator: Juiz Ari Pargendler. 26 de maio de 1994. *Diário da Justiça*, p. 31.432, 15 jun. 1994. Seção 2.

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS-4.451-3-SP. Revenda Veículos e Peças Ltda. e Fazenda Nacional. Relator: Ministro Garcia Vieira. 17 de abril de 1994. *Diário da Justiça*, p. 24.646, 19 set. 1994. Seção 1.

Apelação improvida”.<sup>3</sup>

“Crédito Tributário – Compensação – Valores ilíquidos e dependentes de comprovação – descabimento. Tributário – Crédito e débito tributários. Compensação. Pressupostos – A compensação de crédito tributário com crédito do contribuinte contra a Fazenda pública é sempre autorizada por lei à autoridade administrativa e pressupõe obrigações líquidas e certas (CTN, art. 170) – É descabida a compensação entre valores dependentes de comprovação e cálculos em sede de ação cautelar – Apelação desprovida.”<sup>4</sup>

A doutrina acena também com o suso mencionado. Senão, vejamos:

Clóvis Beviláqua<sup>5</sup> entende que:

“(…) para se dar a compensação, necessários são os requisitos em seguida indicados: 1º que cada um dos obrigados o seja por obrigação principal e por crédito principal; 2º que as dívidas sejam de dinheiro, de coisas fungíveis, da mesma espécie e qualidade; 3º que sejam exigíveis, vencidas e líquidas; 4º que, sendo de coisas incertas (indicadas pelo gênero), pertença aos dois devedores a escolha; 5º que sobre nenhuma das dívidas tenha terceiros direitos, em virtude dos quais possa, legitimamente, opor-se ao seu pagamento.

“Apesar de exigir-se que a compensação se opere por direito próprio, contudo é admissível que o garante de uma dívida oponha compensação ao credor que o persegue, com o que esse mesmo credor deve ao seu afiançado (Código Civil, artigo 1.013)”.

Ensina o mestre, mais adiante, sobre a compensação de créditos tributários:

“Indicadas as dívidas compensáveis, nem por isso ficarão conhecidas todas as que se não prestam a esse modo de

<sup>3</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. AC-94.01.23349-7-DF. Marson Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. e Fazenda Nacional. Relator: Juiz Tourinho Neto. 5 de setembro de 1994. *Diário da Justiça*, p. 54.127, 26 set. 1994. Seção 2.

<sup>4</sup> Idem. AC-94.01.115052. Distribuidora de Bebidas Nascimento Ltda. e Fazenda Nacional. Relator: Juiz Vicente Leal. 25 de maio de 1994. *Diário da Justiça*, p. 49.085, 8 set. 1994. Seção 2.

<sup>5</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 8. ed. São Paulo : F. Alves, 1954. p. 112.

extinção, pois algumas há que, contendo os requisitos acima apontados, contudo não se eliminam por encontro. Estão neste caso: 1º, as dívidas provenientes de uma causa ilícita, como esbulho, furto ou roubo, que se não compensam com outras de objeto equivalente, mas oriundas de fato lícito, nem por outro modo (ord. 4, 78, § 2º); 2º, o que é devido por depósito ou comodato é incompensável (ord. Cit., § 1º); 3º as dívidas de alimentos, e outras privilegiadas, só se compensam com outras de igual natureza (ord. Cit., § 3º), as da fazenda nacional, estadual ou municipal só se compensam, quando expressamente a lei o permite.”<sup>6</sup>

Hugo de Brito Machado<sup>7</sup>, renomado tributarista, também sobre o assunto disciplina:

“O Código Tributário Nacional não estabelece a compensação como forma de extinção do crédito tributário. Apenas diz que a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para efeito de compensação, que se apure o montante do crédito, não podendo determinar redução superior.

(...)

“Nas relações fisco-contribuinte, portanto, a compensação depende de lei específica, que deve estipular as condições e as garantias a serem exigidas, ou dar à autoridade administrativa competência para fazê-lo, em cada caso.

“Pode a lei fixar desde logo as condições para a compensação dos créditos em geral. De modo permanente. Ou então autorizar a compensação apenas no concernente a determinado tributo, ou apenas durante certo prazo, em situações específicas. A expressão em *cada caso* refere-se à hipótese em que não se trate de uma compensação permitida em caráter geral e permanente.

(...)

“No art. 170 do Código, cuida-se de

compensação de créditos tributários, com créditos de qualquer natureza, desde que líquidos e certos, vencidos e vincendos, do sujeito passivo para com a Fazenda Pública. Objetos da compensação, neste caso, são, de um lado, um crédito tributário, que é por natureza líquido e certo, posto que constituído pelo regular procedimento administrativo de lançamento; e, de outro, um crédito de qualquer natureza, que o sujeito passivo daquela relação tributária tem junto à Fazenda Pública. O titular desse crédito está, em princípio, obrigado a comprovar essa titularidade, assim como a liquidez e certeza de seu crédito.”

O mestre Bernardo Ribeiro de Moraes<sup>8</sup>, acerca do assunto, assim leciona:

“Portanto, o crédito tributário pode extinguir-se por compensação, desde que a lei do poder tributante assim o admita. Diante da expressão utilizada em lei (a lei estipula as condições), estamos diante de ato administrativo e competência vinculada, onde os requisitos e condições da lei devem ser obedecidos.

(...)

“Essa compensação não se opera automaticamente, sendo necessária, para tal, a participação da autoridade administrativa. O crédito do contribuinte deve ser reconhecido pela administração. O contribuinte, por sua própria decisão, não pode realizar a compensação.

“Para que esse modo de extinção do crédito tributário se opere, mister se faz o atendimento de certos requisitos específicos, quais sejam:

“a) existência de reciprocidade das obrigações. O Código Tributário Nacional estabelece a necessidade da existência de duas pessoas com direito próprio que estejam na qualidade de credora e devedora, sempre de um crédito tributário (da Fazenda Pública) e o outro crédito privado (do sujeito passivo). Sem esse requisito não poderá haver compensação, em face da inexistência de direitos (créditos) opostos. Para a compensação, duas pessoas devem ser reciprocamente credoras e devedoras, havendo duas obrigações entre as mesmas partes.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 112-113.

<sup>7</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 10. ed. Malheiros, 1995. p. 138-141.

<sup>8</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2, p. 453-455.



“b) existência de dívidas pecuniárias líquidas e certas. O crédito tributário, após formalizado e inscrito, é uma dívida pecuniária líquida e certa do sujeito passivo. Essa dívida deve se compensar com o crédito recíproco do sujeito passivo, que seja líquido e certo, incontrovertido, v.g., crédito reconhecido pela administração em virtude de pagamento de tributo indevido. As dívidas, ambas, devem ser dívidas, consistem em quantidades de dinheiro; evidentemente a dívida devida por uma das partes pode ser dada em pagamento do que é devido pelo outro. Somente assim é que a compensação poderá ser processada (prestações heterogêneas não podem dar lugar à compensação);

“exigibilidade. As dívidas devem ser exigíveis. O Código tributário Nacional admite que entre na compensação dívidas da Fazenda Pública (crédito do sujeito passivo) ainda não vencidas (dívidas vincendas), prevendo a forma de apuração do seu montante (CTN, art. 170, parágrafo único). Em regra, não se pode compensar obrigação perfeita com obrigação imperfeita. Na compensação, os créditos, tanto do sujeito ativo como do sujeito passivo, devem ser líquidos, certos quanto à existência e determinados quanto ao sujeito. O sujeito passivo, notificado para pagar um imposto, não pode opor, como exceção, a compensação com um suposto crédito contra a Fazenda Pública originado de pagamentos indevidos. Sem que o direito de ação já exista para ambas as partes, não poderá haver compensação do crédito tributário (já vencido) com crédito do sujeito passivo a vencer, no interesse, portanto, da Fazenda Pública. A recíproca não é admitida.”

### 3. A medida cautelar, mandado de segurança e o pedido de tutela antecipada não podem ser meios processuais para a realização da compensação

O meio comum utilizado pelas empresas para obter tal compensação, via de regra, é através de medidas cautelares, mandados de segurança e até mesmo o pedido de tutela antecipada, em razão da rápida prestação jurisdicional.

Ocorre que em nenhum dos casos acima mencionados deverá ser concedida a compensação, posto que haveria uma antecipação do alegado direito que depende de reconhecimento e condenação do devedor a satisfazê-lo em ação própria.

A jurisprudência coaduna com a situação suso mencionada. *Ipsis litteris*:

“Medida Cautelar – Compensação – AIR com ICMS – Inadmissibilidade – Precatório – Sujeição.

3. Embora indevida a cobrança do adicional do imposto de renda, em razão de fulminada a lei que o instituiu neste Estado, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 28-4, a compensação das importâncias indevidamente pagas com créditos de outros tributos devidos pelo mesmo contribuinte não se afigura possível em sede de liminar no processo cautelar. Além da necessidade de prévia apuração ou verificação do valor efetivamente pedido, há a considerar que a agravante, segundo declinou na medida cautelar, ingressará com ação ordinária para repetir o indébito. Se, desde logo, lhe fosse autorizada a compensação com parcelas vincendas de ICMS que recolherá aos cofres da Fazenda agravada, a agravante já estaria obtendo, por antecipação, o alegado direito que depende de reconhecimento e condenação do devedor a satisfazê-lo na ação própria. E não há, no ordenamento vigente, previsão legal dessa medida com efeito satisfativo para a hipótese de que tratam os autos.

(...)

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*: ‘A 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 esse fim’.”<sup>9</sup>

<sup>9</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ag. 240.672-2/4. Irmãos Caio S.A. Comercial e Algodoeira e Fazenda do Estado. Relator: Desembargador Correra Lima. 24 de maio de 1994.

“Compensação – Contribuição Previdenciária – Liquidez e Certeza – Necessidade – Medida Cautelar Inominada – Via Inadequada.

Previdenciário. Constitucional. Contribuição Previdenciária. Compensação de Créditos. Impossibilidade. I – Compensação de Créditos Tributários pressupõe a certeza e liquidez dos valores a serem compensados. Inteligência do art. 170, *caput*, do Código Tributário Nacional. II – Incabível a concessão de cautela para possibilitar a compensação da contribuição previdenciária prevista no art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, ante a ausência de prova incontroversa dos créditos a serem compensados e dos débitos a serem assim extintos. III – Apelo a que se nega seguimento.”<sup>10</sup>

No caso específico da tutela antecipada, além disso, devemos esclarecer que não há o cabimento desse instituto contra as pessoas jurídicas de direito público, vez que haveria a infringência expressa do art. 475, II, do Código de Processo Civil, acrescido do art. 100 da Constituição Federal.

Denotamos que o próprio *nomen iuris* da tutela antecipada significa a antecipação da sentença. E essa antecipação da sentença ocorre mediante uma decisão interlocutória com efeito de sentença transitada em julgado, em razão de que há a execução provisória desta.

Neste compasso, devemos acrescentar que as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública são desprovidas de eficácia executiva até que sejam confirmadas pelo Tribunal, em razão do duplo grau de jurisdição.

Como dispõe a letra da lei constitucional para pagamento de dívida da Fazenda Pública, esta far-se-á por meio de Precatório e é indispensável a existência de sentença para a realização de tal pagamento, e não de decisão interlocutória, como é o caso da tutela antecipada.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina já decidiu dando amparo à tese acima mencionada. Senão vejamos:

“O Estado de Santa Catarina interpôs o presente recurso combatendo despacho

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. AC-95.03.067646-0/SP 270545. Vicente José Petean e Irmão Ltda. e INSS. Relator: Juiz Theotonio Costa. 3 de outubro de 1995. *Diário da Justiça*, p. 86.383, 12 dez. 1995. Seção 2.

que deferiu liminarmente antecipação de tutela, autorizando o manejo de valores pagos por conta do AIRE em conta gráfica do ICMS, compensando-os antecipadamente, nos autos da ação ordinária c/c pedido de tutela antecipatória nº 134/95 que lhe move Indústria Novacki S/A e Compensados Novacki Ltda.

“Alega que o despacho atacado ofende a letra da Lei Constitucional uma vez que, para o pagamento de dívida da Fazenda Pública, faz-se mediante Precatório, sendo indispensável a existência de sentença judiciária, e não de decisão interlocutória, como é o caso da tutela antecipada, desrespeitando, outrossim, o duplo grau de jurisdição a que estão sujeitas as decisões proferidas contra a Fazenda Pública, possuindo eficácia executiva somente após confirmada pelo órgão hierarquicamente superior.

“Por outro lado, sustenta ser inviável a concessão de tutela antecipada para compensação entre tributos diferentes, no caso, adicional de imposto de renda e ICMS, inexistindo qualquer norma legal que autorize tal procedimento, de forma independente, sem prévio pedido de restituição.

“Requeru efeito suspensivo ao agravo, reformando o despacho atacado quando do julgamento final.

É o relatório.

A insurgência do agravante centra-se na ilegalidade da concessão da tutela antecipatória, a qual determinou a compensação de tributos tidos como incompatíveis.

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 de 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 Rafael Silva Salvador, na obra *Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada*. Malheiros, 1995. p. 56.

‘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.”<sup>11</sup>

#### 4. A compensação de créditos não é hipótese de extinção de créditos

O contribuinte não pode, por conta própria, usar da compensação para extinguir créditos tributários.

A compensação, como forma de extinção do crédito tributário, está prevista no art. 170 do CTN, *in verbis*:

“Art. 170 - A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

“Parágrafo único - Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.”

O CTN, por si só, não dá direito a utilização da compensação como forma de o sujeito passivo extinguir o crédito tributário de sua responsabilidade.

A restituição, sob a forma de crédito, visa à compensação com futuros débitos do mesmo tributo, por isso que só tem cabimento quando for possível a sua reutilização, hipótese descaída na espécie, diante da cessação da cobrança do adicional declarado inconstitucional. Ainda assim, convém frisar, a restituição, mesmo sob a forma de crédito, depende de requerimento expresso, formulado administrativa ou judicialmente.

A legislação que dispõe sobre o ICMS, tanto em nível federal, quanto estadual, por sua vez, ocupa vários artigos com o sistema de compensação entre débitos e créditos, que faz prevalecer a não-cumulatividade. Essa compensação, porém, dá-se entre débitos e créditos do próprio ICMS, resultantes das operações de saída e entrada de mercadoria em que incidiu o imposto. É que, para não ser cumulativo, abate-se do valor do ICMS incidente sobre a operação de saída, o valor correspondente ao ICMS pago na operação de entrada da mercadoria.

Absolutamente ilegal é a compensação de valores de ICMS devidos pelas empresas com os valores do adicional estadual do imposto de renda incidente sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital que lhe foram cobrados.

Dessa forma, verificamos que não pode, por si só, o contribuinte extinguir créditos tributários por meio da compensação, visto que não decorre do CTN um direito à compensação, como ensina Hugo de Brito Machado<sup>12</sup>. O que deve ocorrer é que a lei do ente tributante atribua e estabeleça os requisitos e autoridade competente para que a compensação valha como extinção de créditos tributários.

No caso específico da tentativa de compensação entre o Adicional de Imposto de Renda e o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços utilizados pelas empresas, verificamos que este pedido é incabível, visto que não preenchem um dos requisitos essenciais para a compensação, qual seja, serem impostos da mesma espécie. “Da mesma espécie, nesse contexto, são os tributos instituídos com o mesmo fundamento

<sup>11</sup> Agravo de Instrumento nº 96004297-0. Estado de Santa Catarina, Indústrias Novacki S.A. e outra. Relator: Desembargador Trindade dos Santos. *Diário da Justiça* de Santa Catarina, 26 jun. 1996.

<sup>12</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Temas de Direito Tributário II*. Revista dos Tribunais, 1994. v. 2, p. 179.

constitucional, e que constituam receita do mesmo orçamento.”<sup>13</sup>

Sem lei que autorize e estabeleça as respectivas condições, não pode o sujeito passivo impor a compensação para extinguir créditos tributários.

Nesse sentido, o comentário de Aliomar Baleeiro<sup>14</sup>:

“O CTN, art. 170, acolheu a compensação ‘nas condições e sob as garantias que estipular’ a lei ou que ela cometer à estipulação da autoridade em caso concreto. Nesta última hipótese, abre-se ao agente público certa dose de discricionarismo administrativo, para apreciar a oportunidade, a conveniência e o maior ou o menor rigor de condições e garantias.

“Nesse assunto, também o Direito Tributário, tomando de empréstimo, por equidade ou expediente, um instituto do Direito Privado (CTN, arts. 109 e 110), dele se afasta, em seus efeitos, para adaptá-lo às peculiaridades das relações do Estado com os governados.

“A compensação dos Códigos Civil e Comercial é modalidade de pagamento compulsório ou de extinção compulsória da dívida, no sentido de que o devedor pode forçar o credor a aceitá-la, retendo o pagamento ou lhe opondo como defesa o próprio crédito à ação de cobrança acaso intentada.

“No Direito Fiscal, a compensação é

condicionada ao discricionarismo do Tesouro Público.

“Mas o sujeito passivo só poderá contrapor seu crédito ao crédito tributário, como direito subjetivo seu, nas condições e sob as garantias que a lei fixar. Fora disso, quando a lei o permite, se aceitar as condições específicas que a autoridade investida de poder discricionário, nos limites legais, para fixá-las, estipular, julgando da conveniência e da oportunidade de aceitar ou recusar o encontro dos débitos.”

O crédito resultante do pagamento indevido do adicional estadual do imposto de renda só pode ser buscado em pedido administrativo ou judicial de repetição de indébito; jamais pode ele ser utilizado em compensação para extinguir débitos de outros tributos, vez que não há previsão legal para tal.

## 5. Conclusão

Assim sendo, verificamos que há a impossibilidade de compensação de tributos diferentes, como é o caso específico do Adicional de Imposto de Renda com o ICMS.

Este trabalho não tem a pretensão de encerrar a matéria, mas como a discussão é tema de várias ações judiciais no Estado em que atuo, e acredito ser matéria em discussão em outros Estados da Federação, creio contribuir de alguma forma para o esclarecimento da *quaestio*.

<sup>13</sup> Idem. *Repertório IOB. Jurisprudência*. n. 3, p. 71, 1 quin. fev. 1996.

<sup>14</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. Forense, 1990. p. 574.

# Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES

Os tratados celebrados pelo Brasil com diversos países, destinados a garantir e incentivar os investimentos estrangeiros no país, ora em fase de ratificação pelo Congresso, revelam certa preocupação em assegurar, por meio de tratado, a manutenção de regime jurídico tradicionalmente observado pelo país.

A tônica dos tratados é a de garantir aos investidores dos países signatários tratamento não-discriminatório, pagamento de indenização, em caso de expropriação, e mecanismo de solução de controvérsia fora do quadro judiciário do Estado.

Os tratados seguem, em linhas gerais, o modelo observado em diversos outros, estimulados pela Organização Econômica de Cooperação e Desenvolvimento (OECD), com o acolhimento da fórmula imaginada por Cordell Hull, quando Secretário de Estado dos Estados Unidos, em pretensão de indenização pelas expropriações realizadas pelo México no início do século e na década de 30 e nunca aceitas por aquele país. As expropriações somente se justificariam se feitas por utilidade pública ou interesse social, com o pagamento de indenização pronta, justa e adequada. Os tratados entre Coréia e URSS, de 4-12-90 (art. 5); Austrália e Vietnã, de 5-3-91 (art.7); EUA e Argentina (art. III) e EUA e Rússia, de 17-6-92 (art. III) contemplam aquela fórmula, dispondo que o valor dos investimentos deve ser avaliado com base no valor de mercado do dia anterior ao da desapropriação e que o pagamento deve ser pronto, adequado e justo. Essa fórmula foi repetida em cerca de 18 tratados celebrados pelos EUA com outros países, esperando-se a assinatura, em futuro próximo, de outros acordos, numa indicação precisa de que a antiga polêmica sobre o assunto encontra-se ultrapassada.

De fato, durante muito tempo, essa fórmula foi contestada, sobretudo pelos países que realizaram expropriações de empresas exploradoras de petróleo, nas décadas de 50 a 70, notabilizando-se as empreendidas pela Líbia e outros países árabes. Cuba e Chile, na América Latina, também se destacaram por terem feito nacionalizações de empresas norte-americanas, sem pagamento de indenização, contrariando a firme e decidida posição em contrário dos Estados Unidos e dos países exportadores de capital em geral<sup>1</sup>.

A Resolução nº 1.803, de 1962, da Assembleia Geral da ONU deu alento à tese de que as nacionalizações e expropriações somente poderiam ser fundadas em motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, garantindo-se ao proprietário uma indenização adequada, conforme as regras em vigor no Estado expropriante e em conformidade com o Direito Internacional. A Resolução prevê o esgotamento dos recursos judiciais internos e a arbitragem, se os países envolvidos assim concordarem. Essa Resolução contou com o apoio da quase totalidade dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, totalizando 87 votos favoráveis, contra apenas os votos da França e África do Sul, dela abstendo-se somente os países socialistas, em número de 12.

Já a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, aprovada pela Resolução nº 3.281 (XXIX), da Assembleia Geral da ONU, de 1974, alterou a orientação anteriormente esposada, prevendo o direito de o Estado expropriar – sem fazer menção a interesse social, defesa ou segurança nacional – e o pagamento de indenização “adequada”, segundo a legislação nacional (art. 2, c), deixando de invocar o Direito Internacional. Essa parte da Resolução foi tomada contra o voto dos países desenvolvidos, não se podendo, por isso, considerar alteração da anterior, que contou com apoio generalizado e que, portanto, é considerada como norma internacional geral. Consistiu a Carta, na verdade, na última etapa

<sup>1</sup> A irrisignação dos EUA com as nacionalizações feitas por Cuba, sem pagamento de indenização aos antigos proprietários norte-americanos, motivou a recente aprovação da lei Helms-Burton, que permite não só a proibição de entrada no território americano de nacionais de outros países que tenham adquirido bens expropriados, como, até, a propositura de ação nos EUA para reclamar do comprador o pagamento da indenização não-paga pelo governo cubano.

de um longo processo de reformulação dos princípios da Resolução nº 1.803 (XVII), com a ampliação do conceito de soberania pelos países em desenvolvimento, para abrigar não apenas as riquezas e recursos naturais, mas também as atividades econômicas exercidas dentro do país.

As discussões e controvérsias que geraram ambas as Resoluções são fruto dos episódios de nacionalizações e desapropriações que se verificaram na época, gerando grande insegurança nos investidores estrangeiros.

Daí o empenho de se firmarem acordos de garantia de investimentos, com regras sobre expropriações e pagamento de indenização e mecanismos de solução isentos. Dentro desse quadro, inclui-se o Acordo sobre Garantia de Investimentos entre o Brasil e os Estados Unidos da América, firmado em 4 de fevereiro de 1965, logo após o movimento militar que depôs o governo João Goulart, e que se destinou a assegurar aos investidores do outro país tratamento não-discriminatório do concedido aos nacionais. Foram excluídos das negociações e da solução arbitral disciplinada no Acordo “os assuntos que permaneçam exclusivamente dentro da jurisdição interna de um Estado Soberano”(art.VI, 3). Deixou-se claro, também, que “reivindicações decorrentes de desapropriação de bens de investidores privados estrangeiros não apresentam questões de Direito Internacional Público, a não ser e até que o processo judicial do País Recipiente tenha sido exaurido e se configure uma denegação de justiça, na forma em que tais termos são definidos no Direito Internacional Público”. O Decreto Legislativo nº 69, de 1965, que aprovou o Acordo, consigna a ressalva de que “por denegação de justiça, nos termos do art. VI, par. 3, entende-se: a inexistência de Tribunais regulares ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar da parte da autoridade competente; o retardamento injustificado da decisão judicial, com violação da lei processual interna”.

Esse acordo, firmado em plena época de nacionalizações causadoras de preocupação por parte dos países exportadores de capital, revela confiança dos Estados Unidos quanto ao regime jurídico brasileiro no que toca às desapropriações e ao pagamento de indenização. Não se incluiu no acordo a famosa fórmula de Cordell Hull sobre o pagamento pronto, adequado e efetivo. A única questão de Direito Internacional Público admitida foi a referência à “denegação de justiça”, definida na ressalva aposta pelo

Congresso brasileiro, não tendo ficado clara a aceitação pelos EUA.

Outros tratados firmados antes de 1990 não consignam aquele critério, como o celebrado entre Bélgica, Luxemburgo e Rússia, de 9-2-89, que se refere a pagamento “without delay”; o firmado entre a então República Federal da Alemanha e Polônia, em 10-11-89, que prevê indenização paga prontamente e não após 2 meses (art. 4.2), com supervisão judicial; e entre a República Federal da Alemanha e URSS, em 13-6-89, que prevê o pagamento de indenização sem demora (art. 4, nºs 1 e 2).

Tais tratados, pode-se dizer, revelam a profunda alteração que se processou na ordem internacional, com o desmantelamento do sistema político-econômico da antiga União Soviética e em todo o bloco socialista do Leste Europeu, que se mostrou ansioso por investimentos do Ocidente. As antigas pretensões dos países do Terceiro Mundo, que deram nascimento à de instauração de uma nova ordem econômica internacional, também mudaram de foco, sobretudo ante a constatação da solidificação de blocos econômicos integrados, dos quais a União Européia é o exemplo mais eloqüente e que motivou, até, a aceitação, pelos EUA, da criação do bloco regional do Nafta, com o Canadá e México, e, no hemisfério sul do continente americano, a formação do Mercosul. A antiga discussão sobre nacionalizações, expropriações e indenização perdeu atualidade ante a nova realidade e, mais do que isso, ante a busca de investimentos, que a crise da dívida externa acabou por gerar.

Dá a facilidade com que tratados bilaterais têm sido firmados, com aceitação plena da fórmula imaginada por Hull e que tanta controvérsia provocou. De fato, desde 1986 até 1994, registram-se cerca de 714, dos quais 360 foram celebrados após o ano de 1990, além de outros 7 tratados multilaterais em vigor<sup>2</sup>.

O Brasil – que não é parte em nenhum desses tratados – não poderia ficar imune a esse movimento internacional e à intensa busca de capital, a que mesmo países desenvolvidos e altamente industrializados mostraram-se sequiosos. Embora tradicionalmente contrário a acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos estrangeiros, o Brasil resolveu, primeiramente, subscrever a convenção cons-

titutiva da Agência Multilateral de Garantia de Investimento (Miga) e, posteriormente, aprovou modelo de acordo para orientar negociações com outros países com o propósito de promover investimentos estrangeiros no país, em demonstração clara de interesse em filiar-se aos novos rumos da economia internacional. O artigo IV do modelo está assim redigido:

“Art. IV - Nacionalização e Desapropriação

1- A nacionalização, desapropriação ou qualquer outra medida de características ou efeitos similares que possa ser adotada por autoridades de um Estado Contratante ou de uma subdivisão política sua em relação a investimentos efetuados em seu território por investidores do outro Estado Contratante restringir-se-á aos casos de utilidade ou necessidade pública ou de interesse social, conforme as disposições legais do Estado receptor do investimento.

2- A autoridade do Estado Contratante ou da subdivisão política que adotar alguma dessas medidas pagará ao investidor ou investidores do outro Estado Contratante, sem demora injustificada, indenização adequada”.

Essa disposição se concilia com a tradição jurídica brasileira. Efetivamente, as diversas Constituições brasileiras sempre reconheceram o direito de propriedade e o de indenização em caso de desapropriação, mediante regular processo judicial: a de 1891 impõe indenização prévia (art. 72, 17); a de 1934 prevê a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia e justa indenização (art. 113, nº 17); a de 1937, no art. 122, nº 14, repete a fórmula, o mesmo ocorrendo com a de 1946 (art. 141, § 16), a de 1967 e 1969 (artigos 153, § 22, e 161) e a vigente, aprovada em 1988, cujo art. 5º dispõe, em seu inciso XXIV, que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos” na Constituição.

O Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, recepcionado pela Constituição de 1988, regula o processo de expropriação, prevendo a intervenção judicial, a prévia indenização e a transferência da propriedade ao Estado apenas após o pagamento estipulado, com o valor apurado em perícia e avaliação dos bens

<sup>2</sup> Conforme levantamento reproduzido em *International Legal Materials*, v. 33, p. 33 (1994).

expropriados. Não se tem conhecimento, na tradição jurídica brasileira, de precedente de expropriação sem pagamento de indenização, salvo os casos de confisco decretados com apoio no famigerado Ato Institucional nº 5, que excluiu da apreciação judicial os atos nele fundamentados e que, no entanto, foi aplicado somente a brasileiros, em imputações de corrupção ou sonegação fiscal, nem sempre precedentes.

Se o Brasil não tem precedentes de nacionalizações ou desapropriações sem pagamento de indenização apurada em processo judicial regular com ampla garantia do contraditório, no que concerne aos investimentos estrangeiros, também não se registram impedimentos ou óbices que os restrinjam, salvo em determinadas áreas e setores restritos a nacionais pela Constituição, tal como ocorre em outros países. A Lei nº 4.131, de 1962, assegura o repatriamento dos investimentos e reinvestimentos registrados no Banco Central do Brasil, bem como o pagamento de juros e de regalias, não exigindo autorização oficial para o ingresso de investimentos estrangeiros no país. Vigente há mais de 30 anos, essa lei permitiu a entrada livre de substancial volume de recursos do exterior, responsáveis pela implantação da indústria automobilística, de grande expressão, e de outras atividades igualmente relevantes.

Por último, não se pode dizer que o Brasil tenha adotado a doutrina Calvo, a exemplo da Argentina e Peru, entre outros países latino-americanos, preocupados com a proteção diplomática concedida a estrangeiros no passado e os efeitos da intromissão em assuntos internos. O Brasil tem tradição de país que assegura aos estrangeiros plena proteção judiciária e não-discriminatória, até mesmo pela diversidade de origem de seus nacionais, em grande parte descendentes de europeus emigrados em épocas de fome e infortúnio.

Essa característica tem permitido o aporte regular de investimentos estrangeiros no país, independentemente de tratado ou garantia já assegurada pela Constituição e pelas leis e regulamentos brasileiros. É certo que, com a crise da dívida externa, que afetou muitos países em consequência da crise do petróleo, o Brasil foi forçado a decretar moratória, sem, no entanto, repudiar a dívida, a exemplo do que já fizera no passado, por ocasião da proclamação da república. A moratória constituiu providência regular, não-discriminatória e tomada em momento de dificuldades notórias na balança

de pagamentos, sem representar política de discriminação contra o estrangeiro. O reconhecimento dessa dificuldade momentânea – e não de adoção de política preconcebida – permitiu, superada ou contornada a dificuldade, a renovação da confiança no país, retratada nos diversos investimentos de que se tem notícia, à margem de qualquer entendimento oficial sobre proteção e tratamento de investimentos estrangeiros.

Por isso, a assinatura de tratados de promoção e de proteção de investimento chegaria a causar estranheza, não fossem os novos rumos que tomaram as relações econômicas internacionais. Não fosse essa circunstância, poder-se-ia concluir que os tratados colocariam o país no rol dos que, por precedentes ou conduta, tenham discriminado o investidor estrangeiro ou feito nacionalizações sem pagamento de indenização, prejudicando-lhe injustamente a imagem; e, de outro lado, que teriam ignorado a força de atração do país, dotado de população consumidora de mais de 50 milhões de pessoas, com volume de investimentos feitos sem cobertura de qualquer tratado internacional, mas tão-somente amparados na ordem jurídica nacional, com estrutura similar à dos países desenvolvidos e exportadores de capital, para os quais tais tratados não são cogitados.

Contudo, como se assinalou, o número expressivo de tratados bilaterais de promoção e garantias de investimentos celebrados por terceiros países justifica, e até mesmo aconselha, que o Brasil não fique de fora do rol dos países dispostos a conceder tais garantias, demonstrando à comunidade internacional sua disposição em comprometer-se a dar efetividade aos preceitos de sua Lei Maior.

Feitas essas considerações de caráter geral, é oportuno destacar alguns dos tópicos dos tratados celebrados pelo Brasil que merecem atenção.

O primeiro se refere ao pagamento de indenização *imediate, adequada e efetiva*, já assegurada pela Constituição brasileira que a requer prévia, com avaliação judicial em procedimento com participação do expropriado e observância do princípio do contraditório. Tal pagamento, no entanto, estará sujeito aos dispositivos constitucionais, como o art. 182, cujo parágrafo 4º faculta ao poder público municipal exigir do proprietário do solo urbano não-edificado, subutilizado ou não-utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob



pena de, entre outras medidas, desapropriação, com pagamento de títulos da dívida pública. Essa faculdade constitucional pode ser considerada prejudicada pelos termos gerais dos tratados, que não a ressalvam. O mesmo se diga relativamente ao art. 184, que prevê a desapropriação por interesse social de imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização, porém em títulos da dívida agrária, resgatáveis em longo prazo. É de se lembrar que a Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, disciplinou o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural.

Tanto no regime dessa lei, quanto no do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, a declaração de utilidade pública ou de interesse social não interfere com o direito de propriedade do dono do bem. A transmissão do domínio somente se dará com o cumprimento da sentença judicial que fixar o valor da indenização. Diz o art. 29 do Decreto-Lei nº 3.365/41:

“Art. 29. Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição no registro de imóveis”.

O art. 17 da Lei Complementar nº 76/93 é similar:

“Art. 17. Efetuado o levantamento, ainda que parcial, da indenização ou do depósito judicial, será ratificada a imissão de posse e expedido, em favor do expropriante, no prazo de dez dias, mandado translativo do domínio, para registro no Cartório de Registro de Imóveis competente, sob a forma e para os efeitos da Lei de Registros Públicos”.

O pagamento da indenização, por sua vez, está sujeito à norma do artigo 100 da Constituição que 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 de créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim”.

Há, como se percebe, um descompasso entre o regime jurídico da desapropriação no direito brasileiro e o estabelecido nos tratados celebra-

dos pelo país, que interfere com a segunda parte importante dos assuntos neles regulados e que diz respeito à arbitragem, facultada ao investidor estrangeiro – e não ao Estado.

Antes, contudo, de abordar essa questão, há que se indagar se o regime estabelecido nos tratados, de pagamento pronto e imediato, pode ser entendido como exceção à regra constitucional da observância da ordem cronológica dos precatórios. Se considerarmos que a desapropriação, com a transmissão do domínio do bem, somente pode ocorrer com o prévio pagamento da indenização, não teria aplicação aquela norma, pois os precatórios versam sobre créditos contra a Fazenda Pública, que existiriam nas desapropriações, somente efetivadas após o pagamento. Esse o regime constitucional e legal a que estão submetidas, como se salientou. Contudo, como se sabe, a proteção legal da propriedade nem sempre é observada pelo Judiciário, que pode conceder a imissão liminar da posse ao Poder expropriante, em casos de urgência, sem o pagamento integral do valor do bem, ficando o interessado à mercê de longo processo judicial para sua apuração mediante perícia. Nesse caso, o expropriado fica sem a posse e fruição de sua propriedade e sem o pagamento devido, aguardando sua vez na ordem cronológica dos precatórios. Os pedidos de intervenção estadual ou federal em Municípios e Estados pelo não-cumprimento de decisões judiciais em processos de desapropriação se acumulam nos Tribunais de Justiça dos Estados e no Supremo Tribunal Federal, sem solução. E se há esse remédio relativamente a Municípios e Estados – de resto inoperante, na prática –, quando se trata da União, nem esse recurso teórico existe.

Assim, não obstante o regime jurídico brasileiro assegure a indenização prévia nas desapropriações, a dinâmica das administrações públicas municipais, estaduais e federal, com o beneplácito – ou conivência – do Judiciário, torna-as muitas vezes abusivas.

A controvérsia sobre o valor da indenização pode ser submetida à arbitragem, não restando dúvida sobre o assunto. Contudo, somente com o cumprimento da decisão judicial, ou seja, com o pagamento, é que a propriedade é transmitida, salvo, é claro, nos casos de desapropriação amigável, em que o valor ofertado é aceito pelo expropriado, com o pagamento do preço e simultânea transmissão voluntária do domínio para o Poder expropriante.

Tal como regulado nos tratados, o investidor poderá submeter a controvérsia sobre o montante da indenização à arbitragem. Se a desapropriação se processa de forma amigável, a definição do montante da indenização poderá ser deixada aos árbitros, que procederão à avaliação dos bens expropriados. Sobre o assunto, é de se notar importante precedente do Supremo Tribunal Federal, na decisão sobre a validade do laudo arbitral proferido por árbitros privados para determinar o valor dos bens da família Lage, incorporados, durante a Segunda Guerra, ao patrimônio nacional sem pagamento de indenização. A Suprema Corte brasileira reconheceu não só a legitimidade do juízo arbitral para avaliar os bens, como a possibilidade de a União participar de arbitragem privada (vide *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 68, p. 383-384).

Quando o Estado exerce sua prerrogativa de, coativamente, impor a desapropriação, a definição do valor da indenização será feita no curso do processo judiciário, indispensável para que se torne efetivo o ato do Estado, como previsto nas leis sobre a matéria. Em outras palavras, não há desapropriação sem o devido processo judiciário que fixe o valor da indenização, a forma de pagamento – sempre em dinheiro, ou, em casos especiais previstos na Constituição, em títulos da dívida pública ou agrária – e a transmissão do domínio dos bens expropriados após o pagamento. Nada impede, contudo, que o processo termine mediante transação (art. 269, III, do CPC), submetendo as partes ao juízo arbitral a determinação do montante da indenização. Assim, a ação judicial não fica paralisada, mas termina, com sentença de mérito, transmitindo o domínio do bem expropriado ao Estado, após o pagamento da indenização que vier a ser fixada pelo tribunal arbitral. É importante notar que o juízo arbitral destina-se unicamente a estabelecer o montante da indenização – e não a apreciar os fundamentos da desapropriação, de competência exclusiva do Estado.

Outra maneira de focalizar a questão diz respeito à vigência do tratado, derogador da lei nacional.

Os tratados de promoção e proteção de investimentos firmados pelo Brasil não contrariam a Constituição, antes dão-lhe cumprimento, conforme art. 5º, XXIV, como se salientou, pois asseguram o pagamento de indenização ao expropriado, em processo judicial regular ou mediante arbitragem.

A diferença de tratamento entre a lei interna e o regime dos tratados deve ser analisada sob o prisma das relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional. No Brasil, o tratado tem a mesma hierarquia da lei, sendo por esta revogado e, se posterior, revoga-a ou a derroga. Esta a orientação adotada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em v. Acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 83, p. 809<sup>3</sup>.

Sendo assim, os tratados, sendo posteriores à lei sobre desapropriação, prevalecem, e suas disposições vigoram para os nacionais dos países signatários. E, mesmo que outra lei venha a ser editada, dispondo de forma diversa, aplicar-se-ia o princípio de que a lei geral não revoga a especial (art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil). A esse propósito, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, estabelecendo parâmetro a ser seguido:

“O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia quanto ao ponto em que exista antinomia, prevalecendo a norma legal.

Aplicação dos princípios, pertinentes à sucessão temporal das normas, previstos na Lei de Introdução ao Código Civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado.

Sustistência das normas constantes da Convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no Código de Defesa do Consumidor”<sup>4</sup>.

Essa orientação, como se infere, permitirá que os tratados possam ser cumpridos no país, sem necessidade de edição de lei que os incorpore à legislação brasileira. As disposições que eventualmente não se ajustem à normativa interna prevalecerão, por serem de caráter especial, não afetadas, portanto, pela lei de caráter geral.

<sup>3</sup> A ementa desse Acórdão está assim redigida: “Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito brasileiro, não se sobrepõe às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória, em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título”.

<sup>4</sup> Recurso Especial nº 58.736 MG (95.0000670-7), Relator Ministro Eduardo Ribeiro, 13 de dezembro de 1995.

# Crimes de racismo

Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional

LEON FREJDA SZKLAROWSKY

*A vida é o bem mais precioso do ser humano, mas a vida sem liberdade não tem qualquer significado, nem dignidade.*

Leon Frejda Szklarowsky

## SUMÁRIO

*1. Considerações históricas. 2. A Lei nº 9.459/97. 3. Orientação dos Tribunais. 4. Parte conclusiva.*

### 1. Considerações históricas

A Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, corrigiu a Lei nº 7.716, de 15 de janeiro de 1989, modificando os artigos 1º e 20, e revogou o artigo 1º da Lei nº 8.081 e a Lei nº 8.882, de 3-6-94. A lei pune, com penas de até cinco anos de reclusão, além das multas, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, de cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Minorada a questão ideológica, com a queda do muro de Berlim e o desmoroamento da outrora indestrutível e poderosa União Soviética, o ingresso da Rússia na Otan, com o conseqüente fim da guerra fria, a sociedade humana vive hoje, paradoxalmente, ranços de um fundamentalismo de todas as correntes religiosas se alastrando, desastrosamente, por toda a parte, o que é verdadeiramente aterrador. É tão nefasto quanto o era a discriminação político-ideológica e racial de tempos não tão longínquos. O que parecia sepultado, para todo o sempre, nas cinzas do passado, recrudescer com mais intensidade, atingindo as raias do absurdo.

Tribos, etnias, religiões e grupos nacionais são os ingredientes da moderna intolerância, perseguição e matança em massa. O genocídio

O Professor Leon Frejda Szklarowsky, Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional aposentado, é advogado, juiz arbitral da *American Association's Commercial Pannel*, de Nova York, membro dos Institutos dos Advogados Brasileiros, de São Paulo e do Distrito Federal, acadêmico da Academia Brasileira de Direito Tributário, do Instituto Histórico e Geográfico do Distrito Federal (diretor-tesoureiro), membro da *International Fiscal Association*, da Associação Brasileira de Direito Financeiro e do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Integra o Conselho Editorial dos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, da Editora Revista dos Tribunais, e o Conselho de Orientação das Publicações dos Boletins de Licitações e Contratos, de Direito Administrativo e Direito Municipal, da Editora NDJ Ltda. Coordenador de debates da Teia Jurídica Paraná (Internet). Editor da Revista Jurídica Consulex. Co-autor do anteprojeto da Lei de Execução Fiscal, que se transformou na Lei nº 6.830/80 (secretário e relator); dos anteprojotos de lei de falências e concordatas (no Congresso Nacional) e autor do anteprojeto sobre a penhora administrativa (Projeto de Lei do Senado nº 174/96).

de outrora substituí-se ao feroz morticínio de agora. Passa-se de um holocausto para outro.

A discriminação<sup>1</sup> ou o preconceito não é tema novo. Surge, na antiguidade, com os regimes escravagistas e presas de guerra.

Os indígenas e os negros foram as grandes vítimas no Novo Mundo e mereceram de José de Alencar, Gonçalves Dias e Castro Alves as mais belas e imorredoiras páginas que gravaram, para sempre, na literatura pátria, a agonia, o sofrimento, as lutas, a morte e o martírio, mas também o retrato de sua alma pura e lacerada, em busca da libertação, o grito alucinante de um corpo em infinita lassidão, na noite da escravidão.

Os judeus, os cristãos novos e os mouros ressentiram-se, no Brasil, das leis lusitanas, que impediam, na Colônia, o livre acesso aos cargos públicos, aos postos mais importantes, o casamento de cristãos velhos com pessoas oriundas desses grupos<sup>2</sup>, os judeus de entrem na casa de cristãos e vice versa<sup>3</sup> ou determinaram que “os judeus e os mouros forros<sup>4</sup>

<sup>1</sup> JOHNSON, Paul. *História dos judeus*. 3. ed. Rio de Janeiro : Imago, 1989.

<sup>2</sup> Para um estudo mais acurado, consultem-se o magnífico trabalho de José Lázaro Alfredo Guimarães, *Conflitos Raciais no Direito Brasileiro*, apresentado em janeiro de 1994, no Afro-American Studies Program da Brown University, Providence, RI, em *Ciência Jurídica ad litteris et verbis*, v. 9, n. 66, p. 274-28883, nov./dez. 1995; Comentários aos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, de Dagoberto Romani, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 20, n. 1 e 2, p. 245-6, dez. 1991; *Democracia racial e luta anti-racista e racismo e justiça no Brasil*, de GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Teia Jurídica (Internet); e, de SILVA, Jorge da. *Direitos civis e relações raciais no Brasil*. Rio de Janeiro : Luam, 1994. *Em Costas Negras* : uma história de tráfico de escravos entre a África e o Rio de Janeiro, de Manolo Florentino. São Paulo : Companhia das Letras, 1997; *História dos judeus em Portugal*, de Meyer Kayserling. Tradução de Gabriele B. Corrêa da Silva e Anita Novinsky. São Paulo : Pioneira, 1971; *Os Judeus no Brasil Colonial*, de Arnold Wiznitz. Tradução de Olivia Krahenbuhl. São Paulo : Pioneira, 1960; de COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1987; CARNEIRO, Maria Luíza Tucci. *Preconceito racial no Brasil Colônia*. São Paulo, 1993.

<sup>3</sup> LIPINER, Elias. *O tempo dos judeus*. São Paulo : Nobel, 1982. Liv. 2, tít. 67: Ordenações afonsinas.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 243, remissão 1: Mouros livres, em oposição aos mouros escravos, prisioneiros de guerra.

saiam desses reinos e não morem nem estejam neles<sup>5</sup>”.

Esse constrangimento desumano, fruto da mais absurda, dolorosa e brutal era da Inquisição, que maculou para sempre a história humana, produziu um Antônio José da Silva, gênio que marcou sua época. Mais recentemente, a velha e revolucionária França que forneceu à humanidade a igualdade, a liberdade e a fraternidade, viu-se de repente acossada pela mancha do caso Dreyfuss, que mereceu de Victor Hugo o *L'Acuse*, e a Alemanha Nazista, com Hitler, sangrou os homens com o execrável genocídio nazista, apesar de um passado glorioso, com os gênios da música, da filosofia, da arte e da literatura.

As atrocidades nazistas, durante a II Guerra Mundial, fizeram nascer concretamente o crime de genocídio, tendo os aliados aprovado em Londres, aos 8 de agosto de 1945, os estatutos do que viria ser o Tribunal Militar Internacional, que funcionou em Nuremberg, com a participação dos EUA, França, Inglaterra e URSS, para julgar os crimes contra a paz (o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução de guerra de agressão ou que violasse acordos, tratados internacionais, seguranças ou a participação em plano comum ou a conspiração para executar quaisquer de tais atos); *contra a humanidade* (assassinatos, exterminação, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, em execução ou em conexão com qualquer crime da jurisdição do tribunal, constituíssem ou não violação da legislação interna do país onde os fatos se tivessem realizado); e, finalmente, os crimes de guerra (violação das leis ou dos costumes da guerra, como os assassinatos, maus-tratos, deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim, de populações civis dos territórios ocupados ou que neles se encontrassem, assassinatos ou maus-tratos de prisioneiros de guerras ou de pessoas nos mares, execução de reféns, despojamento da propriedade pública ou privada, injustificável destruição de cidades, povos, aldeias e devastação não justificada por necessidades militares).

A Carta da ONU e a da OEA abominam intransigentemente a discriminação, erigindo como um dos seus objetivos maiores sua extirpação.

<sup>5</sup> Op. cit., liv. 2. tít. 41: Ordenações manuelinas.

O crime de genocídio, cuja expressão fora cunhada pelo polonês Lemkin, foi adotado pela Convenção da ONU, aprovada em Paris, em 9 de dezembro de 1948, para entrar em vigor em 12 de janeiro de 1951, após a ratificação por vinte e dois países. O Brasil fê-lo em 15 de abril do ano seguinte, promulgando-o através do Decreto nº 30.822, de 6 de maio deste mesmo ano<sup>6</sup>.

Com fonte nesse tratado e ainda sob os efeitos da hecatombe que dizimou milhões de pessoas das centenas e maculou para sempre com sangue e dor esse período da história, foi editada a Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, definindo o crime de genocídio como o comportamento com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso – e, com extrema sensibilidade, não o considerava crime político, para efeito de extradição, corroborando, indubitavelmente, o espírito do povo brasileiro, avesso a qualquer discriminação, já que produto de um amálgama de povos e etnias, às mais diversas, desde suas origens.

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, inspirada no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição, considerou o genocídio crime hediondo, ainda que apenas tentado, sendo, pois, insuscetível de anistia, graça ou indulto, cumprindo o réu a pena integralmente em regime fechado.

Pelo Decreto nº 21.177, de 27 de maio de 1946, o Brasil promulgou a Convenção sobre o Fundo Monetário Internacional – FMI e sobre o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento – Bird, que trata também dos haveres dos inimigos e propriedade saqueada durante a Segunda Grande Guerra. Aos 21 de maio deste ano, o Presidente da República, por decreto<sup>7</sup>, constitui a Comissão Especial de Apuração de Patrimônios Nazistas.

Ainda hoje perdura essa nefasta situação nas diversas regiões do planeta, como o demonstram as atrocidades na África, Ásia, Europa, América, nos confins do mundo ou no dito Primeiro Mundo civilizado. A segregação é tão má quando praticada pela maioria, quanto pelas minorias, que vêm nisso uma forma de se proteger.

<sup>6</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: parte especial. 9. ed. Forense, 1987. v. 1, p. 79-90.

<sup>7</sup> Decreto publicado no *DOU* de 22 de maio de 1997, Seção 2.

O Direito Brasileiro, não obstante, teceu uma crescente e salutar evolução, no que diz respeito à proteção das minorias e do ser humano, para integrá-los na sociedade e banir o preconceito ou a discriminação, seja qual for, conquanto a questão não seja apenas jurídica, senão e principalmente econômica, social, educacional e de formação, sem se apartar da consciência. Esse fenômeno está extremamente ligado à liberdade.

Sem dúvida, essa avançada trincheira jurídica é um passo bem largo, nessa longa trajetória, visando o aperfeiçoamento espiritual do homem através dos séculos. Afinal, o verdadeiro direito é aquele que anda de mãos dadas com a justiça social e com a realidade. E quiçá com a evolução do espírito humano.

A lei é amostra de comportamento que projeta a consciência social de um povo e de uma era e deve-se harmonizar com as novas realidades e tendências que despontam, para não se apartar de vez do homem e fenecer solitária.

No Império, não era melhor a situação desses desafortunados seres. A primeira Constituição brasileira, de 1824, manteve a Religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Estado, sendo *toleradas* as demais, com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, mas sem forma exterior de templo.

O Código Penal do Império considerava crime a perseguição por motivo de religião, se respeitada a do Estado e não ofendesse a moral pública. Só que o real significado da moral pública era uma incógnita! E a pena contra quem cometesse esse delito era apenas de um a três meses de detenção<sup>8</sup>. Ironicamente, a prática de atos resultantes de preconceito de cor, raça, sexo ou estado civil era catalogada, como contravenção penal, pela Lei Afonso Arinos, de 1951, até o advento da Lei nº 7.716, e suas penas eram também apenas simbólicas, como as ditadas pelo Código Imperial.

As Constituições republicanas, desde a primeira, de 1891, vêm-se pautando, contudo, pela igualdade de direitos e proibição de qualquer discriminação religiosa, racial ou de outra ordem, lapidando e desbastando a pedra bruta e cortando as arestas com o cinzel da sabedoria e da inteligência.

<sup>8</sup> BUENO, Pimenta. *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

A Carta Política de 1891 não só igualou a todos perante a lei, como permitiu que todos os indivíduos e confissões religiosas exercessem pública e livremente o seu culto, consagrando o caráter secular dos cemitérios, sem obstar a liberdade de todos os cultos religiosos praticarem seus respectivos ritos em relação a seus crentes, desde que não ofendessem a lei e a moral pública, muito bem lembrada por João Barbalho<sup>9</sup>, traduzindo a bíblica recomendação da fraternidade e do congraçamento humano. Desde a edição do Decreto nº 119, de 17 de janeiro de 1890, a Igreja e o Estado estão efetivamente separados.

A Lei Maior de 1934 repetiu o Diploma Constitucional anterior e homenageou o princípio da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contrariassem a ordem pública e os bons costumes. Também os cemitérios continuaram a manter o caráter secular, com a liberdade de todos os cultos e a previsão constitucional de que as associações religiosas poderiam manter cemitérios particulares.

A Constituição de 1937, a Polaca, nominalmente, propiciou a liberdade de culto, podendo, para esse fim, manter as associações de caráter religioso e confessional. De forma mais modesta e econômica, na descrição, também, os cemitérios mantiveram o caráter secular.

A Constituição, pós-ditadura, de 1946, com uma elasticidade que demonstra seu profundo apego à democracia, convolou a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, garantido o livre exercício dos cultos religiosos. Os cemitérios continuaram a ter o caráter secular, permitida a prática religiosa por todas as confissões e manutenção de cemitérios particulares por associações religiosas.

A Lei Magna de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969, não só mantiveram o princípio de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, como inauguraram a constitucionalização do crime de preconceito de raça.

A Magna Carta de 1988, relatada pelo atual Senador Bernardo Cabral, distinguiu esse crime com sede própria, entre os direitos e

<sup>9</sup> *Constituição federal brasileira* : comentários. Rio de Janeiro : Companhia Litho-Typographia, 1902. p. 297-308.

deveres individuais e coletivos, no Título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, prevendo que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, como já o fazia a Carta anterior<sup>10</sup>, sujeito à pena de reclusão (mais grave que a mera detenção), cabendo sua definição à lei. E mais, não satisfeito com essa garantia, o constituinte deferiu à lei a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais<sup>11</sup>. A Carta também constitucionalizou a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, determinando que a lei os considere inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia<sup>12</sup>.

Entretanto, o eminente Desembargador Alcino Pinto Falcão, comentando esse dispositivo, afiança “que não há texto semelhante em outros Diplomas pátrios ou estrangeiros; um particularismo, pois, do inciso em comentário, que, parece, por minguagem do material interno, ter mais um objetivo proclamatório, como o da Declaração da Revolução Francesa (África do Sul, o endereço certo!)<sup>13</sup>”.

Outrossim, erigiu, entre os objetivos fundamentais da República, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os nativos indígenas, bem como os negros, eram considerados coisas e podiam ser vendidos, como parte da terra, e os judeus, segregados, por leis que tinham até o respaldo divino<sup>14</sup>.

Alguns autores são unânimes em considerar o racismo uma realidade incontestável, no

<sup>10</sup> Cf. artigo 5º, XLII.

<sup>11</sup> GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 1989. p. 68; LOBO, Eugênio R. H., LEITE, Júlio C. *Comentários à Constituição federal*. Edições Trabalhistas, 1989. v. 1, p. 83; FALÇÃO, Alcino Pinto. *Comentários à Constituição*. Freitas Bastos, 1990. v.1, p. 270-272; MAGAHÃES, Roberto B. de. *Comentários à Constituição federal de 1988*. v. 1, p. 60.

<sup>12</sup> Cf. artigo 5º, XLIII. Consultem-se, sobre crimes hediondos, de João José Leal, *Crimes hediondos*. Atlas, 1996; TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos*. Revista dos tribunais, 1996; SZNICK, Valdir. São Paulo, 1993. (Edição Universitária de Direito) e FRANCO, Alberto da Silva. *Crimes hediondos*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 272.

<sup>14</sup> Op. cit., conflitos raciais.

Brasil, apesar dos inúmeros diplomas, em que se destacam: Lei Diogo Feijó (Lei de 7 de novembro de 1831 – 1ª lei contra o tráfico); Lei Euzébio de Queiroz (Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850 – 2ª lei contra o tráfico); Decreto dos africanos livres – Decreto nº 13.003, de 28 de dezembro de 1853; novo Decreto dos africanos livres – Decreto nº 3.310, de 24 de setembro de 1864; Lei Nabuco de Araújo (Lei nº 731, de 5 de junho de 1854); Lei do Ventre Livre (Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871); Lei dos Sexagenários (Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885); Lei Áurea (Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888) e de inúmeras medidas que gradualmente reduziram as agruras dos escravos africanos e das diversas disposições constitucionais.

Jorge da Silva, num lamentável rasgo de profundo pessimismo, acentua não ser com a legislação penal que a questão social das populações negras deve ser enfrentada, senão com outras medidas, porque sua emancipação ainda está longe de ocorrer e que existe na sociedade brasileira uma segregação racial concreta ou uma etiqueta<sup>15</sup>. Paranhos Sampaio acredita que, no Brasil, existe a segregação camuflada, ou seja, a discriminação puramente social<sup>16</sup>.

Os silvícolas também se beneficiariam de leis tuteladoras, que, na verdade, ao invés de protegê-los, prestaram-se mais para destruí-los.

No início da década de 50, surge o primeiro diploma infraconstitucional, com destino certo – a Lei Afonso Arinos (inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor) – Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, modificada pela Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985, conquanto de duvidosa aplicação e com efeitos meramente simbólicos, por tratar a matéria como contravenção, com penas reduzidíssimas, como desponta do julgado do Tribunal de Alçada Paulista, que absolveu o réu acusado de haver proibido a entrada de estudante negro no recinto de um clube, sob argumento não se ter configurado a infração – contravenção penal – mas sim apenas um mal-entendido entre ele e a diretoria do clube. Tratava-se, aduz a decisão, de indivíduo estranho na cidade que não se identificou, desde logo, como componente de uma caravana estudantil. Estava em causa a

inteligência do artigo 4º da Lei nº 1.390, de 1951: recusar a entrada de alguém, por preconceito de raça ou de cor, em estabelecimento público de diversões ou de esporte. A pena de prisão simples, de 15 dias a 3 meses<sup>17</sup>, é cômica.

Celso Bastos entende que o racismo não é um problema sério no Brasil, pois a elevação do negro, como a do índio, fica na dependência do aprimoramento dos padrões de vida e de cultura das camadas inferiores da população, mas não faz qualquer objeção a essa penalização<sup>18</sup>.

No âmbito local, a lei do Estado do Rio de Janeiro – Lei nº 1.814, de 24 de abril de 1991 – estabelece sanções de natureza administrativa aplicáveis a qualquer tipo de discriminação em razão de raça, etnia, cor, crença religiosa ou de ser portador de deficiência e o Decreto do Estado de São Paulo cria a Delegacia Especializada de Crimes Raciais, destinada especificamente, concorrentemente com as demais e não de forma exclusiva, a apurar as infrações penais resultantes da discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional.

No Município de São Paulo, a Lei municipal nº 11.995, de 16 de janeiro de 1996, veda qualquer forma de discriminação no acesso aos elevadores de todos os edifícios públicos municipais ou particulares, comerciais, industriais e residenciais multifamiliares, existentes no Município de São Paulo.

O artigo 3º desse diploma determina a fixação de cartazes com os seguintes dizeres:

“É vedado, sob pena de multa, qualquer discriminação em virtude de raça, sexo, cor, origem, condição social, porte ou presença de deficiência física e doença não contagiosa por contato social no acesso aos elevadores”.

Não que não possa haver, de forma sutil e velada, ácido desconforto e preconceito latente ou inconsciente; todavia, atualmente, a questão é mais social e econômica que racial. É, repita-se, intimamente ligada à educação, como fator preponderante e específico, haja vista a narração de um episódio grotesco, pelo cronista Millôr, que de imediato o fez lembrar-se de uma “historinha” infantil do tempo

<sup>17</sup> *Revista dos Tribunais*, n. 362/264.

<sup>18</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, 1989. p. 221.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 143.

<sup>16</sup> *Comentários à nova Constituição brasileira*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 123.

em que “se supunha que as crianças eram infantis”. Conta

“que uma senhora vai passando pela praça com a netinha de cinco anos e, de repente, vê um marmanhão com seu (his) de fora, lavando diureticamente uma árvore indefesa. A senhora não se conteve (era no tempo em que as senhoras não se continham): – O senhor não tem vergonha, um homem desse tamanho, urinando em público, em plena luz do dia? Não respeita nem a família? Não se pode nem passear na praça com uma menina? E a menina tão indignada quanto a avó, e mais competente do que ela acrescentou: – Pois é, vovó! E, além disso, judeu!”<sup>19</sup>.

O bárbaro assassinato do índio, em Brasília, por adolescentes da classe média, as tentativas de assassinatos de moças indefesas, nesta mesma cidade, o trucidamento de um homem por um casal de pouco mais de quinze anos, em Nova York, a degola assustadora, na Argélia, por motivos religiosos, a monstruosa recrudescência da violência na antiga União Soviética, hoje, Rússia, as gangues organizadas em diversas partes, de norte a sul e de leste a oeste do planeta, a “limpeza étnica” na antiga Iugoslávia, a execução de um membro da KKK, nos Estados Unidos, por haver cometido crime ligado ao racismo, projetam bem a imagem do mundo convulsionado, em que vivemos, agravado, sobretudo, pela via sensível e rápida de comunicação, atingindo qualquer lugar, em segundos. Tudo isso obriga o homem a repensar a sociedade e suas relações.

## 2. A Lei nº 9.459/97

*Serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação, preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*

A Lei nº 9.459<sup>20</sup>, de 13 de maio de 1997, alterou a lei vigente, para alargar significati-

<sup>19</sup> A gentália do Império. *Correio Braziliense*, Brasília, 8 mar. 1997. Caderno Dois, p. 5.

<sup>20</sup> Projeto de Lei da CD nº 1.240-A, de 1995, de autoria do Deputado Pedro Paim, transformado na Lei nº 9.459. O Relator, Deputado Jarbas Lima, teve seu parecer aprovado, por unanimidade, quanto à constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa e, no mérito, foi admitido nos termos do substitutivo aprovado (DCD 4.9.96. p. 24632). Vide a justificativa ao projeto original, uma verdadeira aula de humanismo, com o histórico dos que colaboraram para o êxito desse projeto (Advogados Bento Maia da Silva e Luiz Alberto da Silva), no *Diário do*

vamente seu alcance, como já o fazia a lei que define o genocídio, de sorte que não só o crime resultante de preconceito de raça ou de cor, mas também a discriminação é aqui pontuada expressamente, acrescentando-se ainda os crimes resultantes de preconceito ou discriminação de etnia, religião ou procedência nacional.

O crime de racismo, gizado pela Constituição, é inafiançável (a prisão não será relaxada em favor do criminoso) e imprescritível (a pena é perene, não ficando o Estado impedido de punir a qualquer tempo o autor do delito)<sup>21</sup>.

Trata-se de crime formal ou de mera conduta, isto é, sua consecução independe dos efeitos que venham a ocorrer. Não há necessidade do resultado para que se consuma o crime<sup>22</sup>.

Corrigiu a Lei nº 7.716, de 15 de janeiro de 1989<sup>23</sup>, modificando os artigos 1º e 20, e revogou o artigo 1º da Lei nº 8.081<sup>24</sup> e a Lei nº 8.882<sup>25</sup>, de 3-6-94.

Todavia, sem qualquer razão plausível, minorou as penas de alguns delitos e não aproveitou a oportunidade de aprimorar o § 1º do artigo 20, para agasalhar não só os símbolos, insígnias, emblemas e distintivos nazistas, como também os de outras seitas, que apregoam a discriminação e o racismo.

A redação do texto legal, contudo, continua obscura e duvidosa em alguns pontos, como bem observou Walter Ceneviva<sup>26</sup>.

*Senado Federal*, 30 nov. 1996. p. 1360, e no *Diário da Câmara dos Deputados*, 4 set. 1996. p. 24632.

<sup>21</sup> Artigo 1º da Lei nº 7.716, com a redação dada pela Lei nº 9.459; CRETELLA JR. *Comentários à Constituição de 1988*. p. 483-4.

<sup>22</sup> GARCIA, Basileu, *Instituições de Direito Penal*. Max Limonad, 1954. v. 1, t. 1-2, e, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. Saraiva, 1996.

<sup>23</sup> Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 668/88, do Deputado Carlos Alberto Cao, (no Senado PLC 52/88), que deu origem à Lei nº 7.716/89, sancionada pelo Presidente da República, com vetos (DCN de 5.4.89, p. 904).

<sup>24</sup> Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 5.239/90, do Deputado Ibsen Pinheiro, tendo como Relator o Deputado Sigmaringa Seixas. (no Senado 66/90). Transformou na Lei nº 8.081/90 (DCN de 30.10.90, p. 11.367).

<sup>25</sup> PL da Câmara dos Deputados nº 3.261/92, do Deputado Alberto Goldman (no Senado PLC 96/93), transformado na Lei nº 8.882/94.

<sup>26</sup> Cf. artigo, *Folha de São Paulo*, transcrito na página jurídica da Amatra X (Internet), em 31 de maio de 1997.



O comando constitucional, que fortalece o combate ao racismo<sup>27</sup>, não é auto-aplicável. O princípio da tipicidade cerrada, que subsidia o direito penal<sup>28</sup>, confirma a teoria do moderno direito penal de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia determinação legal, garantia basilar do Estado de Direito<sup>29</sup>. Para que um comportamento seja tido como criminoso, mister se faz que a lei o declare tal, antes da sua prática. O mesmo ocorre com a sanção.

O *crime* pode ser comissivo ou omissivo. No primeiro caso, o agente pratica a ação, tendo um comportamento positivo, de conformidade com o tipo penal. No segundo caso, o comportamento caracteriza-se pela inércia do autor. Não há ação. Assim, no crime de omissão de socorro, o autor deveria prestar socorro e não o fez.

A coincidência entre o fato e a descrição da norma penal dever ser absoluta. Será crime o comportamento humano que se enquadrar, na plenitude, em um dos modelos consignados nessa lei<sup>30</sup>.

Mas há que se indagar o elemento subjetivo, isto é, se o agente, sujeito ativo, o autor da ação quis ou não praticar o ato criminoso, o ato qualificado como crime pela lei. A vontade adquire importância fundamental na ocorrência do crime.

O *dolo* e a *culpa* são os elementos subjetivos, primordiais do direito penal.

O dolo configura-se pela consciência e vontade da realização do ato, tipificado como crime<sup>31</sup>. Para Damásio de Jesus, que adota a teoria finalista, basta a vontade de concretizar o ato, prescindindo da consciência do ato contrário à lei.

Para o Código Penal, ocorre o crime doloso direto, quando o autor da infração ou o sujeito ativo quer o resultado, quer especificamente realizar aquela conduta. Se apenas assume o

risco de produzi-lo, não se importando propriamente com o resultado, há que se falar em dolo eventual. Todavia, ele consente no resultado.

A culpa, no sentido restrito, porém, é o elemento subjetivo da infração penal, que se caracteriza pela ausência de vontade de produzir o ato. Tampouco, ocorre o risco de assumi-lo. O crime, isto é, a infração consuma-se em virtude da imperícia (falta de prática ou ausência de conhecimento), imprudência (imprevidência) ou negligência (falta de atenção ou de cuidado) do sujeito ativo (autor do crime). A culpa pode ser consciente (o sujeito prevê o resultado mas está certo de que nada aconteça) e inconsciente (o sujeito não a prevê, mas ela é perfeitamente previsível).

A culpa não se presume. O crime culposo será assim punido se estiver expressamente prevista a culpa. Do contrário, o crime será doloso.

Essa é a regra geral, insculpida no Código Penal, que se aplica tanto aos crimes previstos neste Código, quanto aos da legislação especial, como nas hipóteses da lei em apreço.

Assim, os crimes oriundos de discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional são dolosos.

A *pena* é de reclusão ou de reclusão e multa.

As penas privativas de liberdade podem ser de reclusão e de detenção.

A *reclusão* difere da detenção, entre outros motivos, pelo regime de cumprimento da pena, sendo que a pena de reclusão é bem mais rigorosa.

A *discriminação* e o *preconceito* são conceitos visceralmente distintos, para o legislador, a ponto de aquele diploma modificar o artigo 1º da Lei nº 7.716, de 1989, e reforçar, de vez, o combate a este mal, em favor dos valores éticos e fundamentais da natureza humana. Esta é também a opinião de Jorge da Silva, que empresta de Marie Jahoda o significado de *preconceito*, esclarecendo que este é “um sentimento, e mesmo uma atitude em relação a uma raça ou a um povo, decorrente da internalização de crenças racistas” (o sentimento que pode acompanhar o homem em todos os momentos de sua vida) e a discriminação, a sua manifestação<sup>32</sup>.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira enfatiza que preconceito vem do latim *praeconceptu* e, entre os significados que lhe dá, fornece o de

<sup>32</sup> Op. cit., p. 41.

<sup>27</sup> Inciso XLII do artigo 5º.

<sup>28</sup> Inciso XXXIX do artigo 5º.

<sup>29</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. *Dos Delitos e das Penas*. 6. ed. (Biblioteca Clássica, v. 22).

<sup>30</sup> Consultem-se de, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Saraiva, 1996; de CERNICCHIARO, Luiz Vivente, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1991.

<sup>31</sup> Nesse sentido, TOLEDO, Francisco de Assis. *Correio Brasileiro*, 26 maio 1977. Caderno Direito & Justiça, p. 3.

conceito ou opinião formados antecipadamente sem se levar em conta o fato que os conteste, e o de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões etc.; e discriminação é o ato ou efeito de discriminar; separação, segregação, apartação – a discriminação ou segregação racial<sup>33</sup>.

*Raça, cor, etnia, religião e procedimento nacional* têm significado próprio e determinado.

*Raça*, segundo o Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, é o conjunto de indivíduos, cujos caracteres somáticos, tais como a cor da pele, conformação do crânio e do rosto, o tipo de cabelo e outros traços, são semelhantes e se transferem, por hereditariedade, conquanto variem de pessoa para pessoa. Também apresenta outros significados, entre os quais, o conjunto de indivíduos com origem étnica, linguística ou social comum.

*Racismo* é a teoria que estabelece que certos povos ou nações são dotados de qualidades psíquicas e biológicas que os tornam superiores a outros seres humanos<sup>34</sup>.

*Etnia*, na definição de Aurélio, é um grupo biológico e culturalmente homogêneo.

*Religião*, ainda, na palavra de Aurélio, é a crença na existência de uma força ou forças sobrenaturais consideradas como criadoras do Universo e que como tal devem ser adoradas e obedecidas. Também dá como significado a manifestação de tal crença por meio de doutrina e ritual próprios que envolvem, em geral, preceitos éticos.

*Nacionais*, segundo o ensinamento de Hildebrando Accioli, são as pessoas submetidas à direta autoridade de um Estado, que lhes reconhece os direitos civis e políticos, ofertando-lhes proteção, inclusive para além de suas fronteiras<sup>35</sup>, através do Direito Internacional. Esse renomado autor explica que cabe ao Estado o direito e, ao mesmo tempo, o dever, pelo menos, moral de proteger seus nacionais, no exterior, pelos meios admitidos nesse ramo do Direito, o que, via de regra, faz-se pela via diplomática<sup>36</sup>.

A nacionalidade é a qualidade inerente a

<sup>33</sup> *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1986.

<sup>34</sup> Nesse sentido, SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p. 125.

<sup>35</sup> *Manual de Direito Internacional Público*. Saraiva, 1980. p. 70-71.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 81.

essas pessoas, marcando-lhes a presença na coletividade, permitindo sua identificação e localização.

A Lei nº 7.716 havia sido modificada pela Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, que deu nova redação ao artigo 20, e a Lei nº 8.882/94 acresceu-lhe o § 1º, renumerando os existentes.

A Lei nº 9.459 revogou as disposições em contrário, especialmente o artigo 1º da Lei nº 8.081/90, que dera nova reação ao artigo 20 da citada Lei nº 7.716 e a Lei nº 8.882 que modificara o artigo 20 citado, com a redação dada pela mencionada Lei nº 8.081.

Os artigos subseqüentes (3º a 18) da Lei nº 7.716 ficaram incólumes e descrevem minuciosamente as hipóteses que corporificam os crimes resultantes de preconceito e de discriminação.

*É crime impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração direta (ou centralizada) ou da indireta ou, ainda, das concessionárias de serviços públicos.*

*Concessão* é a atribuição, pela Administração Pública, de um serviço público a uma pessoa privada, para executá-lo na conformidade da lei, dos respectivos contratos e dos regulamentos, sob seu controle.

A permissão de serviço público, conquanto é dada, a título precário, também aí se inclui, posto que hoje se rege pela mesma lei<sup>37</sup> e tem o caráter contratual, como as concessões, segundo a doutrina dominante<sup>38</sup>.

A concessão pode ser atribuída com exclusividade ou não a pessoa jurídica ou física, exercendo a concessionária atividade puramente particular, seja com vistas à prestação de serviços, seja com relação ao seu pessoal<sup>39</sup>. Por exemplo, uma empresa concessionária de telefonia, de linha de ônibus, de eletricidade etc. A empresa permissionária não está excluída.

*Serviço público* é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a coletividade, é uma atividade essencial,

<sup>37</sup> Cf. artigos 1º e 40 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

<sup>38</sup> TÁCITO, TEIXEIRA, MOTTA apud MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos*. Saraiva, 2. ed. 1997. p. 17-18.

<sup>39</sup> Nesse sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 7. ed. Malheiros, 1992. p. 339.

necessária para a comunidade, exercitada pelo Estado ou por particular.

A administração direta e a indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive a fundacional (fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público), estão previstas na Constituição. A administração indireta compõe-se das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das autarquias. Todavia, não se há de olvidar as empresas, sob seu controle direto ou indireto.

*Impedir* ou *obstar* o acesso de alguém devidamente habilitado a cargo (função ou emprego) das empresas concessionárias (ou permissionárias) é crime, mas também o é impedir o acesso ou o uso de qualquer meio de transporte público, como aviões, trens etc. A lei apenas exemplifica as hipóteses, não as exaure.

*Impedir* é criar obstáculo, proibir, obstruir, estorvar, embaraçar, de qualquer maneira, o acesso de alguém, que esteja habilitado, a qualquer cargo, nas entidades descritas.

*Obstar* é opor-se, causar embaraço. Ambos os verbos são sinônimos. Se se tratar de obstrução ou impedimento de alguém não habilitado, forçosamente não se há de configurar o crime. Evidentemente, este impedimento deve calcar-se em motivos de preconceito ou discriminação.

No Código Penal existe a figura *impedir*, prevista no artigo 335, e também na Lei nº 8.666/93 – que dispõe sobre as licitações e contratos administrativos – (artigo 93). *Impedir* é obstruir, ensinam Diógenes Gasparini e Vicente Greco Filho<sup>40</sup>. O artigo 98 também usa as expressões *impedir* e *obstar*. Vicente Greco Filho, comentando essa disposição, menciona que essas expressões são sinônimas, de sorte que *obstar* é *impedir* através de obstáculos ou óbices; *impedir* é não deixar que aconteça, por qualquer meio, mesmo que por fraude ou violência<sup>41</sup>.

O dispositivo está pessimamente redigido, refletindo dúvidas a todo o momento, e não responde se a expressão *cargo* abrange também a função e o emprego, para se harmonizar com a estrutura legal dessas entidades. Efetivamente, basta que o sujeito passivo do crime (a vítima)

<sup>40</sup> *Crimes na Licitação*. NDJ, 1996. p. 112, e *Dos Crimes da Lei de Licitações*. Saraiva, 1994. p. 37, respectivamente.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 63.

seja impedido de ter acesso a cargo, devidamente habilitado, o qual deverá abranger o emprego ou função nestas entidades, para que a lei não caia no vazio, para estar configurado o crime. Não cremos que esta interpretação abale o princípio da tipicidade cerrada.

A gravidade do fato fez o legislador impor a pena de reclusão de 2 a 5 anos.

*Negar ou obstar emprego em empresa privada é a figura penal, que ocorrida, determinar a mesma pena.*

Basta a negativa ou o impedimento para que se materialize o crime. São figuras semelhantes (essa é a hipótese infra) tratadas de forma diversa. Por que também a recusa não foi prevista aqui? Omissão, esquecimento ou equívoco do legislador?

*Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador, constitui crime.*

Permitir o ingresso mas não o atender, servir, ou receber, calcado em preconceito ou discriminação, também é crime, porque de nada adiantará o dispositivo se, embora permitido o acesso, o cliente ou comprador não for atendido, recebido ou servido.

Se o cliente ou comprador adentrar o estabelecimento apenas para olhar, se não for atendido, também estará sendo vítima desse crime. Cometerá o crime o preposto, o dono ou o empregado do estabelecimento. A lei não o diz, mas será impossível entender diferentemente.

E o fornecedor não estará abrangido pela proteção legal? Claro que sim. A redação, sem dúvida, peca pela economia de palavras e má qualidade. No entanto, o fornecedor ou qualquer pessoa estão abrangidos pela deferência desta norma, cuja oração principal, o núcleo da oração, aponta uma seta imperativa e esclarece, de forma categórica, que o referido crime se consuma se o autor da ação criminosa impedir ou recusar o acesso (de alguém – sujeito indeterminado) a estabelecimento comercial. A negativa de atender, servir ou receber é meramente circunstancial, que não desnatura a idéia principal.

Se o estabelecimento for industrial e não comercial, como descrito, dar-se-á o crime? Literalmente interpretada a cláusula penal, chegar-se-á ao absurdo de que, naquela hipótese, não haverá o cometimento do crime. Essa interpretação atenta contra a própria filosofia da lei e deve ser recusada, porque serão dois pesos e

duas medidas para hipóteses idênticas, porque, como ministra Luiz Vicente Cernicchiaro, “o Direito, como sistema, é uno. Não admite contradição lógica. As normas harmonizam-se”<sup>42</sup>.

A pena cominada para este crime é menor que nas outras hipóteses sublinhadas nessa lei, ou seja, poderá variar de 1 a 3 anos de reclusão. Não há explicação lógica nem doutrinária para a diminuição da sanção penal.

*Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau.*

Esse dispositivo tem alguma semelhança com a previsão do artigo 98 da Lei nº 8.666 citada.

Recusar e negar têm o mesmo sentido: opor-se, rejeitar.

É o bastante a recusa de inscrever ou impedir o ingresso de aluno em estabelecimento de ensino, não importa se público ou privado, nem de que grau seja. A lei deve ser interpretada de forma inteligente, de modo a que não conduza ao absurdo ou torne-a inócua.

Há que se saber se, para a ocorrência do crime, não importa tratar-se de estabelecimento regular, reconhecido ou não pelo Poder Público. Escolas de dança, datilografia, informática, ou outras tantas, estarão enquadradas neste dispositivo, porque estabelecimento privado pode ser tanto uma faculdade reconhecida, quanto uma escola ainda não reconhecida, como ainda uma escola integrada a um órgão da Administração Direta ou Indireta. Se assim não for, a lei será apenas mais uma a não ser cumprida e terá nascido morta.

A pena mínima é superior às anteriores (três anos) e a máxima é idêntica. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos, a pena é agravada de um terço.

*Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou qualquer estabelecimento similar* constitui crime punido a pena de reclusão de três a cinco anos.

Esse dispositivo é superior aos demais. Pelo menos, pouca dúvida oferta esse dispositivo, mercê da oração final.

Hotel, estalagem, pensão ou qualquer estabelecimento similar: quando impedido o acesso ou negada a hospedagem, o infrator estará sujeito a uma pena mínima de três anos e à pena máxima de cinco anos.

Não importa onde estejam localizados esses estabelecimentos. O simples obstáculo ou a oposição à hospedagem é indicativo do crime.

Permitir o ingresso mas recusar hospedagem configurará o crime, porque de nada adiantará o ingresso nesses locais se houver recusa em hospedar a pessoa.

*Impedir o acesso ou recusar o atendimento em restaurantes, bares, confeitarias ou locais semelhantes abertos ao público* constitui crime punível com pena de reclusão de 1 a 3 anos.

Ao comentário acima, há de se ponderar que não se compreende a redução da pena para situações semelhantes.

*Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões ou clubes sociais abertos ao público* é crime penalizado também com reclusão de 1 a 3 anos.

A diferença de tratamento também é estranha, tendo em vista a similitude com o crime de impedimento de acesso ou recusa de hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou qualquer estabelecimento similar.

Valem os mesmos comentários aos dispositivos acima.

*Impedir o acesso ou recusar o atendimento em salões de cabeleireiro, barbearias, termas ou casas de massagens ou estabelecimentos com as mesmas finalidades* impõe a pena de reclusão de 1 a 3 anos.

Ainda aqui, é lamentável a pena menor em desconformidade com os dispositivos antes mencionados.

A cláusula final não deixa margem a qualquer dúvida. Não importa o nome que se der a esses locais ou estabelecimentos, porque o legislador visa resguardar sempre o bem protegido.

*Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escadas de acesso aos mesmos* faz também incidir a pena de 1 a 3 anos.

Consuma-se o crime ao se impedir qualquer pessoa de ter acesso a esses locais, determinando-lhe uma entrada específica e causando-lhe constrangimento e vergonha. Não há que impedir a um empregado, a empregada ou a um entregador de alimentos, por exemplo, o acesso pela entrada ou pelo elevador social, sob pena de, assim o fazendo, cometer o crime acima descrito.

<sup>42</sup> *Correio Braziliense*, 14 abr. 1997. Caderno Direito & Justiça, p. 1.

É muito comum o síndico de prédios residenciais, calcado em convenções de condomínio, regulamento ou regimento arcaicos e inconstitucionais, proibir o acesso de empregados ou entregadores, pela entrada ou pelo elevador social. Nesse caso, é fora de dúvida que estará cometendo o ilícito penal, pois não poderá alegar estar cumprindo norma estatutária, se contrária ao direito e corresponder a um tipo penal.

Faz-se o mesmo comentário com relação à dosagem da pena.

*Impedir o acesso ou o uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido* também prevê a pena de 1 a 3 anos de reclusão.

Fez bem dizer *qualquer outro meio de transporte concedido (ou objeto de permissão)*, porque, com o progresso vertiginoso da humanidade, é imprevisível o tipo de transporte que pode surgir a qualquer momento. E não teria sentido qualquer restrição.

Assim, o helicóptero, o táxi aéreo, a charrete, o táxi, a “motocicleta-táxi” estão perfeitamente enquadrados.

Entrincheiram-se, nessa cláusula, o transporte concedido ou objeto de permissão, gratuito ou não, os ônibus destinados ao transporte de escolares ou de servidores de serviço público ou operários de uma empresa.

Não se deve entender que somente estariam protegidos por essa norma quem fosse utilizar-se de transporte concedido, o que seria absurdo, porque um ônibus particular contratado para o transporte de funcionários de determinada empresa não deixa de ser público.

Essa interpretação comunga-se perfeitamente com o dispositivo, quando exemplifica os barcos. Basta que o meio de transporte se destine ao uso do povo.

*Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas* resulta como pena a prisão de 2 a 4 anos, sob o regime de reclusão.

As Forças Armadas constituem-se da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

A Constituição, em homenagem à convicção filosófica e política e à crença religiosa, faculta atribuir-se, em tempos de paz, serviço alternativo às pessoas que alegarem imperativo de consciência, para se eximirem das atividades essencialmente militares.

O obstáculo ou o impedimento de acesso ao serviço das Forças Armada é conduta punível.

As polícias militares e os corpos de bombeiros, como forças auxiliares e reserva do Exército, não escapam a essa norma, assim que também é crime obstar ou impedir o acesso ao serviço dessas corporações.

*Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social* tem a pena mínima e máxima prevista de 2 a 4 anos de reclusão.

Meio é o recurso empregado para atingir um objetivo. Tem como sinônimo expediente, método<sup>43</sup>. Forma é a maneira, o jeito, o modo<sup>44</sup>.

Destarte, não são expressões sinônimas. São situações distintas propostas pelo legislador.

A lei resguarda a família, que é o sustentáculo da sociedade, e tem proteção especial do Estado, com fonte no Texto Constitucional. A família abrange não só o marido e a mulher, unidos pelo casamento civil ou religioso, na conformidade da lei, e os filhos, como também a união estável entre o homem e a mulher, que perfazem a entidade familiar. Esta compreende, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. A lei é bastante ampla na sua expressão. Ao grifar a convivência familiar, envolve também os membros ligados por laços de parentesco e tem uma indicação certa: qualquer obstáculo ou impedimento a esta comunhão ou convívio constitui crime, não importando a forma ou o meio utilizados.

E, mais, a proteção vai além, porque também o convívio social entre amigos, ou pessoas que têm o trato diário, por exemplo, não necessariamente parentes, recebe o beneplácito desse diploma legal.

*Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional* teve a pena reduzida, para o mínimo de 1 ano de reclusão e o máximo de 3 anos, acrescida da multa, como novidade deste texto. Houve um abrandamento superlativo da pena, em 50%, para a pena mínima e, em quase 50%, para a pena máxima. Incompreensível.

A redação do artigo 20 da Lei nº 7.716, dada pela Lei nº 9.459, difere da redação do artigo 20 da Lei nº 7.716, com as modificações introduzidas pelas Leis nºs 8.081 e 8.882.

<sup>43</sup> FERREIRA, op. cit.

<sup>44</sup> Ibidem.

O artigo 20 da redação originária da Lei nº 7.716 apenas tratava da data da vigência da lei. A Lei nº 8.081 modificou o artigo 20, para definir, no *caput*, uma nova figura criminosa: *praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de 2 a 5 anos.*

Antes, o crime só ocorreria se se operasse através dos meios de comunicação social ou por intermédio de qualquer publicação.

Atualmente, a lei é elástica. Vale dizer, o crime concretiza-se independentemente do meio ou do veículo. Essa amplitude realmente é mais consentânea com a natureza do bem tutelado.

*Entretanto, se qualquer desses crimes for praticado por meio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, a pena é agravada. A pena mínima será de 2 e a máxima de 5 anos de reclusão, mais a multa.*

Praticar o crime é realizá-lo, por si mesmo. O próprio agente comete-o, diretamente.

Induzir ou incitar são figuras conhecidas. O Código Penal contempla essas figuras.

Induzir é persuadir, aconselhar, argumentar, pressupõe a iniciativa à prática, e pode fazer-se por qualquer meio.

Incitar é instigar, provocar, excitar a prática do crime, por qualquer meio ou de qualquer forma, sem necessidade de sê-lo pelos meios de comunicação social ou de publicação.

O crime é formal, independe do resultado ou da consequência da incitação e equipara-se à própria prática.

*Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada para fins de divulgação do nazismo.*

A Lei nº 7.716, na redação originária, não contemplava essas figuras criminais.

A Lei nº 8.882 adicionou um parágrafo, o 1º, para conceituar esses novos delitos, e reenumerou os anteriores §§ 1º e 2º, que passaram a ser os §§ 2º e 3º. O novo § 1º passou a ter a seguinte redação:

“Incorre na mesma pena quem fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem

a cruz suástica ou gamada para fins de divulgação do nazismo”.

O § 1º do artigo 20, com a redação da Lei nº 9.594 continuou a ter a mesma redação, manteve a pena anterior, de 2 a 5 anos de reclusão, e acrescentou a pena de multa.

Não se justifica a redução da pena para o crime desenhado na cabeça do artigo. Foi mais feliz o legislador ao manter a pena catalogada no § 1º, com a adição da multa.

Nesse caso, o magistrado poderá, depois de ouvir o Ministério Público, ou a seu pedido, mesmo antes de terminado o inquérito policial, mandar cessar as transmissões de televisão e rádio e recolher, incontinenti, ou proceder a busca e apreensão do material.

Como consequência da condenação, impõe a lei a destruição do material apreendido.

O legislador deveria ter aproveitado a oportunidade de rever o dispositivo para acrescentar que os crimes ocorreriam quaisquer que fossem os símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que se destinassem à propagação de doutrina racista ou atentatória à liberdade.

*Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, utilizando-se de elementos referentes à raça, cor, etnia ou origem, provoca a aplicação da pena de reclusão de 1 a 3 anos, além da multa.*

O artigo 2º da Lei nº 9.459 enriqueceu o Código Penal, que já regula o crime de injúria, acrescentando-lhe o § 3º, com fato novo, ou seja, se a injúria consistir na utilização de elementos que digam respeito à raça, cor, etnia, religião ou origem. Aumentou-lhe a pena e agravou sua natureza. Usou pela vez primeira a expressão *origem* ao invés de *procedência nacional*, como vinha fazendo, e permaneceu no artigo 1º, o que não altera a idéia ou a substância.

O artigo 140 do Código Penal trata do crime de injúria. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro, é punido com a pena de detenção de 1 a 6 meses, mais a multa.

A injúria consiste na ofensa ao decoro ou à dignidade de alguém.

Trata-se de crime contra a honra.

Helena Cláudio Fragoso ensina que nesses crimes cuida-se do respeito à própria personalidade e honra, assevera, é o valor social e moral da pessoa, inerente à dignidade humana<sup>45</sup>. Não se atribuem fatos à pessoa, mas vícios ou defeitos morais.

<sup>45</sup> *Lições de Direito Penal* : parte especial. 9. ed. 1987. v. 1, p. 191.

Dignidade é o sentimento do valor social da pessoa. Decoro, na expressão de Nelson Hungria, “é o sentimento da própria respeitabilidade da pessoa”.

A doutrina distingue a honra subjetiva e objetiva. A primeira é o sentimento de cada um acerca de seus atributos físicos, morais e intelectuais e outros dotes da pessoa. A segunda diz respeito ao que os outros pensam de alguém sobre suas qualidades morais, físicas, intelectuais.

A injúria visa atingir a honra subjetiva da pessoa ou, como acentua um julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, a honra subjetiva, objeto da injúria, é o sentimento próprio sobre os atributos físicos, morais e intelectuais de cada pessoa<sup>46</sup>.

O crime é formal, isto é, consuma-se, independentemente do resultado, e configura-se, por meio de meras palavras vagas e imprecisas, ao contrário do que ocorre com o crime de difamação, que exige a afirmação de um fato preciso, segundo decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo<sup>47</sup>. Não importa o meio de que se utilize, como despejar lixo na porta do vizinho, com a intenção de ofender, ou pela afixação de palavras injuriosas na porta da loja<sup>48</sup>.

O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiram que a injúria também ocorre, se proferida na ausência do ofendido, desde que chegue ao seu conhecimento<sup>49</sup>.

Esse crime tem a pena acrescida, cometido contra determinadas pessoas (Presidente da República, funcionário público), em razão de suas funções, na pessoa de várias pessoas, ou por meio que facilite sua divulgação, ou se for cometido através de pagamento ou promessa de recompensa.

*Se, contudo, a injúria consistir na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem, a pena será de 1 a 3 anos de reclusão, além da multa<sup>50</sup>.*

<sup>46</sup> JESUS, Damásio de. *Código Penal anotado*. 2. ed. Saraiva, 1991. p. 384, e ac. inserto na *Revista dos Tribunais*, n. 401, p. 298.

<sup>47</sup> Julgados 91/402.

<sup>48</sup> DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Renovar, 1991. p. 242.

<sup>49</sup> Decisões insertas na *Revista dos Tribunais*, n. 606/414 e 425/345, respectivamente.

<sup>50</sup> Redação dada pelo artigo 2º da Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997.

### 3. Orientação dos Tribunais

O Poder Judiciário não se tem furtado de dar sua preciosa contribuição, visando aperfeiçoar as instituições e garantir a harmonia social e a liberdade.

*O Supremo Tribunal Federal, em memorável decisão, assentou não ser tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe* (Relator Ministro Mário Guimarães, julgamento da 1ª Turma, em 5-9-53, RECR 20127, ADJ, 20-4-53, p. 1201).

*Essa Excelsa Corte, em outro julgado, de suma importância, relatado pelo insigne e combativo Ministro Ribeiro da Costa, deixou claro que “a limitação à liberdade de imprensa, sobrepondo-se ao interesse individual, atende as necessidades superiores do Estado e da coletividade, dentro das exceções que o conceito de liberdade há de juridicamente suportar, como imperativo imane ao procedimento humano, compatível ao convívio social. Essa limitação, entretanto, não a exerce a autoridade pública de forma arbitrária. A interdição de órgão de publicidade somente se justifica quando se demonstre o incitamento à subversão da ordem pública e social, ou a propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe”* (cf. RE25348/MG, julgado pela 1ª Turma, v. u., em 2-12-54, DJ de 5-11-54, p. 1998).

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pela Terceira Câmara Criminal, teve oportunidade de se manifestar, na Apelação Crime 695130484 – Porto Alegre, *acerca do artigo 20 da Lei nº 7.716, de 1989, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90*, proferindo um julgamento histórico e de suprema importância para as relações humanas, tendo participado da sessão, além do Relator, Desembargador Fernando Mottola, os Desembargadores José Eugênio Tedesco (presidente) e Aristides Pedroso de Albuquerque Neto<sup>51</sup>. Nesse processo, a Câmara deu provimento à apelação, por votação unânime, para condenar o réu-apelado à pena de 2 anos de reclusão, com *sursis* por 4 anos, com fundamento no *caput* do citado artigo 20.

Nesse rumoroso processo, o eminente promotor público ofereceu denúncia, imputando ao

<sup>51</sup> Nesse processo, funcionaram, como assistentes da acusação, o Dr. Mauro Juarez Nadvorny e a Federação Israelita do Rio Grande de Sul.

réu o crime descrito no artigo 20 do mencionado diploma legal, porque,

“de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores nacionais e estrangeiros que abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, procurando com isso incitar e induzir a discriminação racial, semeando sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”.

A ilustre magistrada que recebeu a denúncia, com alicerce no § 1º do aludido dispositivo legal, ordenou a busca e apreensão de todos os exemplares das obras incriminadas.

O juízo monocrático, porém, com a anuência do Ministério Público, absolveu o denunciado, sob o fundamento de que os textos dos livros publicados não implicam induzimento ou incitação ao preconceito e discriminação étnica do povo judeu, visto constituírem-se em manifestação da opinião e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo, simples opinião, no exercício constitucional da liberdade de expressão.

*A juíza de primeira instância enfocou a questão, sob prisma diverso da lei, entendendo que houve apenas manifestação de pensamento e relatos sobre fatos históricos contados sob outro ângulo, agasalhada no exercício constitucional da liberdade de expressão.*

Essa decisão dissente totalmente dos julgados do Supremo Pretório, antes citados, que, apesar de antiquíssimos, mostram-se atualíssimos, dada a sensibilidade dos julgadores, que marcaram definitivamente o cenário jurídico, com seu talento e inteligência.

Não obstante, a Instância Superior, em notável estudo, proclamou a ruína da sentença recorrida.

O relator, Desembargador Fernando Mottola, em peça bem elaborada, cita os diversos livros questionados e narra trechos expressivos, consignando que esse material expressa inverdades e falsificações históricas.

Um passeio pelas avenidas bem traçadas pela decisão superior permite conhecer o verdadeiro espírito e os desígnios malévolos do autor do crime e a configuração do dolo, de fundamental importância para o deslinde da *quaestio*.

Destarte, demonstra o culto julgador-relator que o réu, ao afirmar que sua editora é ideológica e pretende levar adiante um ideal, está

*a comungar com a vontade do “Führer”, com o que está a violentar, com suprema força, o texto da norma positiva.*

De fato, a liberdade, ao exteriorizar o pensamento, independentemente de censura, esbarra no supremo princípio constitucional da igualdade, que é o ponto maior da construção democrática, e vê-se reforçada pelas balizas estruturais da Constituição, que manda punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a prática do racismo, que constitui crime inafiançável, punido com pena de reclusão.

Gilmar Ferreira Mendes estudando, com profundidade, a questão da colisão dos direitos fundamentais, observa, com notável acuidade, que “no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito”. E, citando o Tribunal Alemão, prossegue: “Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação”<sup>52</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua severa observação, pondera que: “os direitos fundamentais estão, por vezes, em conflito com outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Impõe-se, nesse caso, a necessidade de ponderação (*abwägung*) de bens e direitos protegidos a nível constitucional”.

Jorge Miranda, outro eminente constitucionalista português, assentado em farta doutrina, sentença, com desbravada coragem, que:

“Há sempre que interpretar a Constituição como há sempre que interpretar a lei. Só através desta tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, seja ele qual for. Só através dela, a partir da letra, mas sem parar na letra, se encontra a norma ou o sentido da norma”<sup>53</sup>.

O esclarecido desembargador enriquece, ainda, seu voto, com opiniões valiosas de autores, como Celso Bastos e Cretella Júnior. Bastos escreve que a inspiração do dispositivo, sob

<sup>52</sup> Leia-se, a propósito, o excelente trabalho de Gilmar Ferreira Mendes, Colisão de Direitos Fundamentais, na *Revista de Informação Legislativa*, n. 121, p. 297-301.

<sup>53</sup> *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra Ed. t. 2, p. 224.



comento, foi a parte final do § 1º do artigo 153 da Constituição passada, que determinava a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, ordenando a punição do preconceito de raça. O segundo autor precisa que a Constituição se refere à lei penal, que deverá estar de acordo com a norma maior.

Não é demais repetir as lições ministradas pelas penas dos poucos autores que se preocuparam em lapidar a Lei nº 7.716.

Valdir Sznick<sup>54</sup> cumprimenta o legislador da Lei nº 8.081, que modificou o artigo 20, enquanto que Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer<sup>55</sup> lembram que o novo dispositivo mostra a tendência de reprimir, a todo custo, as práticas discriminatórias de qualquer natureza, com o objetivo de proteger na esfera penal o princípio isonômico.

O Desembargador José Eugênio Tedesco, presidente e revisor, traz ao Plenário uma prezada reflexão a respeito do papel da imprensa e da atuação do Poder Judiciário com relação a ela no Estado de Direito e na democracia, e conclui, com admirável sabedoria, que é

“inaceitável se deixe de punir a manifestação de opinião, quando transparece evidente e cristalina a intenção de discriminar raça, credo, segmento social ou nacional, ainda que sob o manto de mera *revisão* da história”.

Recorda, com muita propriedade, o parecer do Procurador da Justiça, Carlos Otaviano Brenner de Moraes, que inferiu, com absoluta precisão cirúrgica, haver relação dos pontos questionados com a dignidade do homem e da raça, e *indica, com plena certeza, a intenção única de criar outra verdade, isto é, a execração de uma raça, visando difundir uma realidade fincada em ideologia que chega às raias do fanatismo, sem base histórica comprovadamente séria e isso não pode ser considerado revisionismo.*

O crime objeto do presente decisório é formal, não se exigindo de tal sorte a realização do resultado. Basta a concretização do comportamento típico, acasalado com a descrição da lei e a intenção de realizá-lo. É o crime de mera conduta, ou seja, consuma-se independentemente de qualquer resultado.

<sup>54</sup> *Novos crimes e novas penas no Direito Penal*, 1992.

<sup>55</sup> *Revista dos Tribunais*, n. 714, p. 329-38.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, entretanto, “absolveu um réu que impediu a entrada de um homem preto num edifício residencial. A decisão baseou-se na falta de prova de que o fato estava vinculado a preconceito racial<sup>56</sup>”.

O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 208556/95-2 (Ac. SBDI2-943/96), relatado pelo Ministro designado Valdir Righetto, recorrente: Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A e recorrido: Vicente Francisco do Espírito Santo, ofertou verdadeira aula de civismo, ao corroborar a sentença da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de São José, no Estado de Santa Catarina, que contou com o enriquecimento, pelo Tribunal da 12ª Região, de lúcida e significativa manifestação.

Eis a decisão da Junta:

“ainda que o reconvinco não integrasse a administração pública indireta, ainda que não houvesse qualquer restrição de dispensa nas empresas estatais, como há, ainda assim o direito potestativo do empregador de dispensar seus empregados não poderia ter motivação racista. Se o racismo é crime inafiançável e imprescritível, considerado hediondo, punido pelo ordenamento jurídico, criminoso seria considerar tal motivo como válido para legitimar uma rescisão contratual”.

O Relator, em meticuloso exame microscópico, transcreve irretorquível pronunciamento do Tribunal Regional do Trabalho, que serve de alerta para aqueles que não mais se lembram de que há uma Constituição em pleno vigor e legislação adequada, mas antes de tudo a plena consciência do resguardo dos valores maiores da humanidade, que se incompatibilizam com o preconceito e com a discriminação, seja qual for.

A decisão do Tribunal Regional assim se consubstancia:

“Não basta a simples vontade. A observância da estrita legalidade e da motivação do ato se impõe.

“Além disso, ou seja, do dever da motivação do ato administrativo, no caso, o motivo que os autos revelam violenta os mais comezinhos princípios de

<sup>56</sup> AC nº 115463-3. Relator Des. Poças Leitão. 4 de março de 1992. *Ciência Jurídica* cit., p. 279.

dignidade do homem, consistente – os autos não autorizam a conclusão de que se trate de política empresarial – na prática do racismo, com despedida discriminatória, conforme apregoou o postulante desde sua primeira participação nos autos. A relevância do tema social posto à apreciação judicial me levou, secundado pela 2ª Turma do TRT, a anular o julgado primeiro para permitir às partes a demonstração da existência ou da inexistência do fatos.

*“O acerto daquela decisão vem agora ser confirmado, infelizmente, com a demonstração de que a despedida foi também motivada pela cor do postulante, em ato odioso, ilegal, antiético, imoral e criminoso.*

“A imputação de racismo como fato motivador da demissão do recorrido, apesar de fartamente demonstrada esta conduta criminosa e hedionda *por funcionário* da Eletrosul em relação ao empregado demitido, não pode ser a ela atribuída, uma vez que o sujeito ativo (autor da ação criminosa – explicação nossa) deste tipo penal é a pessoa física, e não a jurídica, circunstância devidamente considerada pelo *decisum*.

De toda sorte, a teor do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, *responde a pessoa jurídica, objetivamente, pelos danos cometidos pelos seus agentes*”.

Enfatizou ainda o Tribunal que o Poder Judiciário não pode permanecer inerte diante de uma situação como esta, porque se estaria distanciando de sua finalidade social e constitucional, e proferiu palavras de infinita grandeza, ao proclamar que:

“dizer que o fato não tem relevância nesta sede processual importa, *data venia*, em denegar a magnitude da função judicial e em desguarnecer a sociedade”.

Prossegue o discurso magno, demonstrando uma vez mais que repugna à consciência dos homens de bem e à nobreza do espírito humano qualquer espécie de segregação.

Leia-se a poética, não fosse dramática, advertência desse Pretório:

“Tal prática hedionda, além de ferir os princípios mais mezinhos da dignidade do homem, cuja garantia ultrapassa a lei escrita, por estar vinculada à gênese da humanidade e da sociedade, como direito natural de todos, cons-

titui-se em ato criminoso e violador da moral, gerando o dano coletivo e individual, este também passível de indenização, nos exatos termos do artigo 5º, inciso X, da CF. É que o sofrimento e a humilhação enfrentados pelo reconvincente, não só com a perda do emprego, que importa na dignidade funcional, mas também pela decorrência discriminatória do racismo, restam imensuráveis, por impossível de restituição do *statu quo ante*. O sofrimento decorrente do ataque moral, sopesado, se possível fosse, gerador da amargura, estaria no *rank* da mais profunda dor psíquica, equiparável à perda do ser amado. A dignidade do homem não tem mensuração econômica. Assim mesmo que a ré não fosse uma estatal, sem qualquer dúvida, eu teria deferido o direito à reintegração, porque resta, em bom direito e a um Estado que se diz de Direito e Democrático, restabelecer sempre a dignidade de sua Carta Magna, exigindo e impondo o cumprimento de suas regras e princípios, pena de negar sua concreta existência e fomentar, de resto, o confronto com suas regras<sup>57</sup>”.

E, mais recentemente, em Minas Gerais, Santa Catarina e no Rio de Janeiro, o Poder Judiciário tem repudiado, com energia, esse crime, *in verbis*:

“1 - O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou Yara Menez a indenizar seu vizinho Genésio Rodrigues em R\$ 5.000,00, a título de danos morais. Yara chamou Genésio, publicamente, de “macaco”, “nego fedorento” e “urubu”, palavras depreciativas e preconceituosas, ferindo a moral do ofendido”.

“2 - No Rio de Janeiro, o juiz da 7ª Vara Criminal condenou a 2 anos de detenção, com “sursis”, a empresaria Rosselita Lima que teria se referido a uma candidata a emprego como “negriinha maltrapilha e sem modos”.

<sup>57</sup> Os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho acordaram, por maioria, negar provimento ao recurso, mantendo-se a reintegração deferida, vencido o Ministro Nelson Antônio Daiha, relator. Reformulou o voto o Ministro Valdir Righteto, que redigiu o acórdão. Participou, também o Subprocurador Geral do Trabalho, João Batista Brito Pereira. Decisão de 7 de outubro de 1996.

“3 - O Juiz da Infância e Adolescência de Florianópolis, por seu turno, condenou menor que, em jogo de futebol na escola, chamou o colega de “negro feio”. O menor foi condenado a 6 meses de liberdade assistida (Folha de São Paulo, 15 maio 97)”<sup>58</sup>.

#### 4. Parte conclusiva

O Direito destina-se a disciplinar as relações humanas, para o convívio harmônico e para o bem-estar do homem, como de resto todas as coisas a ele se dirigem. Nada tem valor, se não estiver em função do ser humano. Na verdade, o universo tem sentido para o homem; os bens e as coisas existem para satisfazerem suas necessidades. Assim, também as regras.

O Brasil, desde o nascedouro da República, no final do século XIX, registra, no Texto Constitucional, a preocupação com o infortúnio daqueles que são vítimas de preconceito e discriminação, que encontraram neste século um ninho fértil para o seu desenvolvimento e, paradoxalmente, prosseguem céleres, no final deste milênio, disfarçados em perigosos fundamentalismos religiosos, limpeza de etnias e até segregação social e biológica, que, na verdade, ocultam todas as outras e devem ser combatidos a todo custo.

Há que se pensar ainda nos crimes transnacionais, ou, como quer Cernicchiaro, crimes organizados<sup>59</sup>, que ultrapassam as fronteiras e atingem em segundos os mais longínquos rincões do Planeta, via Internet, como ocorreu, há pouco, com a instigação do racismo por esse meio, sem que até o momento se tenha descoberto os autores desse nefando crime.

Deu-se um passo decisivo no campo legislativo infraconstitucional, quando, então, a

<sup>58</sup> Racismo from : “Gladston Mamede. <mamede@bhnet.com.br>

Subject: Pandectas 22 Date: Wed, 11 Jun 1997 14:31:13-0300

X-MSMail-Priority: Normal

P A N D E C T A S *Boletim Jurídico*, n. 22, 11/20 jun. 1997.

Organização : Gladston Mamede (mamede@bhnet.com.br) Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG.

<sup>59</sup> Crime organizado. *Correio Braziliense*, 16 jun. 1997. Caderno Direito & Justiça.

vítima passou a ser lembrada graças à vitimologia, cujas bases foram lançadas por Benjamim Mendelsohn em 1945<sup>60</sup>, nos seus estudos de Sociologia Jurídica e teve em Drapkin um dos seus mais bem sucedidos estudiosos, seguindo os passos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo discurso preambular é uma das peças mais bem polidas pelo homem, *in verbis*:

“Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade da palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum”<sup>61</sup>.

E o seu artigo II dispõe que:

“Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”,

conformando-se com o artigo I, molde primário de todos os demais dispositivos, com a seguinte dicção:

“todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Por ser um País imigratório, que forjou sua nação e o povo, pelo amálgama de povos, os mais diversos, de etnias, procedência, credos, cor e religião distintos, os direitos e garantias fundamentais de brasileiros e estrangeiros mereceram do constituinte extremo apreço desde o despertar da República.

<sup>60</sup> Cf. o excelente artigo de Paulo Tonet Camargo, *Direito & Justiça* cit., 2 jun. 1997, e o trabalho do pranteado jurista, Laércio Pellegrino, *Abuso do Poder*, exposto e debatido no 6º Simpósio Internacional de Vitimologia, realizado em Jerusalém, de 28 de agosto a 1º de setembro de 1988. *Revista dos Tribunais*, n. 637, p. 369.

<sup>61</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em Resolução da III Sessão Ordinária da Assembléia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

O preconceito e a discriminação foram objeto de disciplina no plano maior das leis, ganhando realce na última Constituição, precedida que foi de ampla discussão, com a participação de grandes parcelas do povo.

A prática do racismo continuou a ser considerada crime, com força constitucional, agasalhada na Carta, que inscreveu entre os princípios fundamentais a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e a regência por princípios, nas relações internacionais, de repúdio intransigente ao racismo.

Esses princípios viram-se transformados em norma positivo-constitucional, consubstanciando direitos e garantias, encimando a declaração impositiva de que todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, reforçando que a lei punirá qualquer discriminação, que atinja os direitos e liberdades fundamentais, e que a lei criminal punirá a prática de racismo.

O artigo 5º, inciso VI, abraça ainda uma garantia de invulgar interesse e importância, tornando a liberdade de consciência e de culto inviolável e assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção aos locais de culto e as suas liturgias.

Mas esse documento, de rara grandeza, não pára aí.

O artigo 210 determina que o ensino religioso, conquanto de matrícula facultativa, será ministrado em horário normal das escolas públicas de ensino fundamental (leia-se o ensino religioso, qualquer que seja, sem restrição, porque essa norma deve ser lida em consonância com as regras estudadas e no contexto do sistema).

A Constituição, ao reconhecer às comunidades indígenas o uso de suas línguas maternas e os processos próprios de aprendizagem, consagrou uma notável inovação<sup>62</sup>, como forma de preservar sua cultura.

O Estado, cumprindo a ordem constitucional, deverá oferecer proteção não só às manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras, como também às de outros grupos que contribuem para o processo da nacionalidade. É tão significativo esse fato, que a lei deverá dispor sobre as datas de alta relevância dos diversos agrupamentos étnico-sociais<sup>63</sup>.

A manifestação cultural faz-se presente por meio da criação artística, distinguindo-se os concertos, as danças, a música, exposições, literatura etc.

Ao índio, destinou, ainda, o constituinte um capítulo inteiro, reconhecendo-lhes sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Da Lei Afonso Arinos até a Lei nº 9.459, passando pela legislação anti-escravista, há um longo caminho percorrido e um intenso esforço produzido, no sentido de concretizar os postulados da igualdade e da preservação de uma vida livre de preconceitos e discriminação, nem sempre feliz, todavia pontilhado de relativo sucesso, no plano legal, visando a harmonização dos diversos grupos e segmentos da sociedade, para, de vez por todas, comungar-se com a voz dos Salmos, que não distingue entre seus filhos, que os considera todos iguais, todos irmãos, ao proclamar:

“Ele ama a retidão e a justiça; a Terra está cheia de benignidade do Eterno... O Eterno olha lá do céu, vê todos os filhos dos homens. Lá do lugar da Sua habitação, dirige Seu olhar para todos os habitantes da Terra. É Ele quem forma o coração de todos eles, quem considera todas as suas obras<sup>64</sup>.”

<sup>62</sup> Cf. A Constituição na Visão dos Tribunais, pelo Tribunal Regional da 1ª Região, sob a direção do Juiz Tourinho Neto, 3/1348.

<sup>63</sup> Cf. artigos 210, 215, 216, § 5º.

<sup>64</sup> Cf. Salmo 33.

# A Constituição e a reinvenção do território: algumas implicações jurídicas em face da globalização

PAULO R. RIBEIRO NALIN

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Quanto à globalização. 3. Diferenças entre os blocos econômicos. 4. O conceito de Estado e o território nacional. 5. Conclusão.*

### 1. Introdução

O tema proposto aborda a questão atualíssima do comportamento constitucional frente aos mercados emergentes, especialmente quanto a questão do território nacional, da soberania e, principalmente, sobre os papéis do Estado diante da globalização.

A exposição enfrentará, em ordem metodológica, os seguintes tópicos, aqui genericamente sugeridos: aspectos da globalização frente ao Estado; a diferenciação entre os diversos tipos de blocos econômicos; o conceito de Estado e território nacional e, ao final, a conclusão.

### 2. Quanto à globalização

Superadas as questões formais, adentro ao tema da globalização, enquanto fenômeno sócio-econômico com necessários reflexos para o Mundo do Direito.

A globalização econômica não é fato recente. Na Europa surge com a União Econômica Belgo-Luxemburguesa (Benelux – 1957), mas com maior importância, seja no plano das intenções sócio-políticas, seja no plano dos atores envolvidos, a Comunidade Econômica Européia (CEE – 1957), foi o primeiro passo,

Paulo R. Ribeiro Nalin é advogado, mestre em Direito Privado pela UFPR, professor de Direito Civil da PUC/PR e da Faculdade de Direito de Curitiba, professor da Escola de advocacia da OAB/PR, com aperfeiçoamento em Direito Comunitário pela *Harvard Law School*.

Aula proferida na Faculdade de Direito de Coimbra, na cadeira de Direito Comunitário, em novembro de 1996, por ocasião de estudos preparatórios para Jornadas de Coimbra “20 anos da Constituição de 1976”.

hoje aparentemente distante, para o surgimento de tantas outras comunidades internacionais e mercados comuns, espalhados pelo mundo afora<sup>1</sup>. Nesta mesma ordem, mas face ao volume do seu mercado, cujo potencial econômico é respeitável, destaca-se o *North-American Free Trade Agreement* (Nafta). De minha experiência natal saliento o Mercado Comum do Sul, identificado pela sigla Mercosul, surgido no ano 1991, por força do Tratado de Assunção.

Justificaram suas participações os países-membros dos mercados e comunidades mundiais, na queda de barreiras alfandegárias e equalização de suas economias, a partir da formação de blocos comunitários, mediante livre circulação de pessoas, serviços e capitais. Caso recente, por exemplo, do Chile, que desde 1º de outubro do corrente aderiu à denominada “lista de desagravo”, com redução de 40% das taxas alfandegárias e impostos, em aproximadamente 60% dos produtos de intercâmbio comercial entre os quatro países do Mercosul. A partir de 1º de janeiro vindouro, a redução dos impostos alfandegários atingirá a 48%, chegando a 100%, até o ano de 2004. A adesão à “lista de desagravo” dos membros do Mercosul, põe o Chile no caminho, a passos largos, para tornar-se o mais novo parceiro formal desse bloco sul-americano.

Não só o Chile parece voltar seus olhos para o Mercosul, mas ainda Portugal. Conforme visita oficial de empresários da Região do Porto ao Brasil, na primeira semana de outubro passado próximo, deseja Portugal incrementar em até cinco vezes suas exportações para a América Latina, atualmente na ordem de Us\$ 93.000.000,00, mediante a ampliação das exportações de alimentos, roupas e tecnologia, utilizando-se do Brasil como porta de ingresso junto ao Mercosul. Oferece em troca seus limites alfandegários como porta de entrada do Brasil na Comunidade Européia.

O mundo, assim visto, parece ser cada vez menor e os povos cada vez mais próximos.

Instituída a globalização econômica, resta a jurídica, pois o Direito não passa ao largo do fato sócio-econômico.

<sup>1</sup> Para citar em alguns continentes: Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEA – 1957); Associação Americana do Livre Comércio (ALALC – 1960); Comunidade do Caribe (CARICOM – 1973); Comunidade Econômica da África Ocidental (CEAO – 1974); A Liga dos Estados Árabes (LEA – 1945), e tantos outros.

Desde os momentos iniciais dos blocos econômicos, pensou-se na necessidade de unificação legislativa, sendo dominante tal entendimento, conforme palavras de Marie-Françoise Labouz, no seu livro *Le système communautaire européen* (1986), tratando como uma necessidade vital à aproximação das legislações nacionais, na medida do bom funcionamento da Marcha Comunitária. E mais, salienta a indispensável primazia que deve ter o sistema comunitário sobre os direitos nacionais, especialmente face aos constitucionais e legislativos que lhe sejam contrários<sup>2</sup>. Sob um prisma mais individualista, regras trabalhistas, previdenciárias, de concorrência, societárias, de consumo e contratuais em geral carecem de sistematização unificada.

Sob o enfoque da legislação constitucional, torna-se a situação mais crítica, pois calçado o Estado de Direito, dito moderno, em pilares de inspiração liberal-clássico, dos quais salientam-se como elemento a *soberania nacional*, a *idéia de Constituição* (constitucionalismo), e o *equilíbrio entre os Poderes do Estado*<sup>3</sup>. Pilares esses que não suportam a estrutura do Estado agregado a bloco econômico, mais especialmente no que tange à soberania externa referida ao território nacional.

Bem verdade que no Brasil a estrutura do Estado de Direito, sugerida pelas ideologias do liberalismo, já havia perdido força, com a edição da Carta de 1934, período historicamente conhecido como o da “Segunda República” brasileira, seguida pela Constituição de 1946 (“Terceira República”) e a atual Carta Constitucional, de outubro de 1988, todas fortemente influenciadas pela Carta de Weimar, e a atual Constituição pela Lei Fundamental de Bonn, valorizativas dos direitos fundamentais da pessoa humana, atribuindo sentido social aos novos direitos, e superioridade da sociedade face ao Estado<sup>4-5</sup>. A propósito da influência

<sup>2</sup> LABOUZ, Marie-Françoise. *Le système communautaire*. Paris : Berger-Levrault, 1986. p. 253.

<sup>3</sup> FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 5.

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 332-333.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 334-335. A segunda Constituição republicana brasileira tinha indissolúvel apego à Carta de Weimar, assim como a Constituição de 1946, em que a “sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos”. Cita

alemã, passa o Estado a carregar o adjetivo de “Estado de Direito” (*Rechtsstaat*), mediante conquistas a garantias jurídicas e de respeito às liberdades do homem e do cidadão<sup>6</sup>.

Entretanto, o rompimento institucional flagrante com o Estado Liberal ou Burguês dos séculos XVIII e XIX, e mesmo com o Estado Social (dito Providência) do século XX, se dá, e de forma mais acentuada, diante da queda dos blocos socialistas<sup>7</sup>, a propósito da globalização, notadamente a partir da década de 80<sup>8</sup>. Sob este prisma, define J. Dunn<sup>9</sup> (jurista inglês), quatro rupturas fundamentais do Estado dito Moderno com a vigente ordem mundial: *a primeira* relacionada à proteção do indivíduo e a integridade territorial, atualmente modificada por força do encerramento da guerra fria; *a segunda* causa, referida à mundialização da economia, com um regime econômico ao nível planetário, e conseqüente impossibilidade de aplicação de políticas keynesianas em um só país<sup>10</sup>; *a terceira*, a internacionalização do Estado, diante da sua participação em inúmeras organizações internacionais (ONU, CEE, FMI, BIRD, OIT, etc.); e, por fim, *a quarta*, como sendo o fenômeno da valorização do Direito Internacional, inclusive com mais poder atual de coerção, frente a abusos individuais e ainda outros patrocinados por Estados soberanos, passando, então, o cidadão a ter um foro para reclamar (por exemplo a Corte Européia dos Direitos do Homem). De um modo ou de outro, todas as rupturas se relacionam ao fato da globalização, impositiva da inadequação das conhecidas estruturas do Estado.

o autor a natureza das conquistas sociais como: subordinação do direito à propriedade ao interesse social e coletivo, a ordem econômica e social, a instituição da Justiça do Trabalho, o salário mínimo, férias anuais remuneradas ao trabalhador, indenização pela dispensa imotivada ao trabalhador, socorro às famílias de prole numerosa, colocação da família, educação e cultura sob o manto do Estado.

<sup>6</sup> FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1975. p. 101.

<sup>7</sup> ROTH, André-Noël. *O Direito em crise : fim do estado moderno?* p. 18.

<sup>8</sup> FARIA, op. cit., p. 10.

<sup>9</sup> Political science, political theory and policy-making in an interdependent world. *Gouvernement and Opposition*, v. 28, n. 2, p. 242-260. In ROTH, op. cit., p. 18-19.

<sup>10</sup> Cita como exemplo o caso da falência do governo socialista francês de 1981-1983 e do governo Clinton, com práticas protecionistas mais prudentes.

Face às ditas rupturas, entende-se que o Estado Nacional perde seu poder de soberania e autonomia, quando da formulação de políticas internas<sup>11</sup>. Quanto às externas, o Estado Nacional nem ao menos pode pretender regular a sociedade civil de forma soberana<sup>12</sup>.

Constata-se, desta forma, um Estado *impotente e ilegítimo*, decorrendo sua impotência do distanciamento entre a sua vontade (manifestada por meio da lei) e a realidade social. Já a situação de ilegitimidade decorre da necessidade imperiosa e irresistível de partilha do poder estatal com forças que transcendem o nível nacional (ONU, CEE, Câmaras Arbitrais, etc.), mostrando-se incapaz de uma regulamentação social, pois nem ao menos pode editar uma lei sem consulta às determinações internacionais do Bloco, Mercado Comum ou organização internacional a que está filiado, concluindo-se por um Estado, conforme palavras de André-Noël Roth, “aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura liberar-se de sua tutela”<sup>13-14</sup>.

Conclui o mesmo autor francês, pela constatação de uma busca e resgate do “aparato” estatal tradicional, por forças nacionais e regionais (empresas, entidades não-governamentais internas, sindicais e outras), visivelmente por meio de reivindicações federalistas, regionalistas ou nacionalistas. É o caso do surgimento ou ressurgimento das nações da ex-União Soviética<sup>15</sup>, e ainda pelo qual podem passar os Estados Unitários.

<sup>11</sup> ROTH, op. cit., p. 19.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> No que tange a um notório exemplo de influência internacional recente no Brasil, diz respeito ao Tratado 158 da Organização Internacional do Trabalho que, essencialmente, veda a demissão de empregado sem justa causa absolutamente justificada.

O Tratado está sendo aplicado pelos tribunais regionais brasileiros competentes, e mesmo pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao arpejo das normas constitucionais que tratam da recepção de tratados e convenções internacionais. E ainda, contraria o Tratado não somente a Carta Constitucional brasileira no que tange à sua recepção, mas ainda dispositivo constitucional autorizativo da demissão de empregado, mesmo que injustificadamente (art. 7º, inc. I).

<sup>15</sup> Ibidem.

Nesse passo, a globalização sugere uma situação paradoxal. Encontra-se o Estado moderno premido entre sua agenda internacional e as exigências das forças intestinas, conforme anteriormente dito.

Portugal, por exemplo, enquanto Estado Unitário, conforme o art. 6º, nº 1, de sua Carta Constitucional, encontra-se nessa passível condição de sofrer pressões intestinas de índole regionalista e/ou federalista. É notório o esforço português de enquadramento na Comunidade Européia, desde o seu ingresso em 1986, face aos dados econômicos e tecnológicos desfavoráveis diante dos demais membros do bloco, abrindo brechas internas de discussão acerca da eficácia do Estado em resolver as questões nacionais.

Sobre o Estado-Providência, diante do fato da globalização, torna-se clara sua derrocada enquanto gerente da atividade econômica privada, e não somente pública, vez que o princípio isonômico entre empresas e profissionais, em virtude da movimentação imprescindível de capitais, serviços e trabalhadores do bloco econômico, alcança dimensões para além da fronteira do Estado-membro, de modo a atingir todas as empresas e trabalhadores de um determinado mercado ou comunidade. Encontra-se mitigada a vocação natural do Estado-Providência em socorrer seus administrados, sob pena de ser taxado de protecionista ou construtor de reservas econômicas, nestes tempos de neo-liberalismo marcante.

O Estado, sob esta ótica, deve abandonar sua postura paternalista de socorro às empresas nacionais públicas e privadas, pois, do contrário, estará quebrando a harmonia comunitária. O interesse econômico do Estado, assim, passa a ter um escopo que transpõe as fronteiras nacionais, devendo as regras de competição ser rigorosamente observadas.

### 3. Diferenças entre os blocos econômicos

O Brasil, enquanto membro do Mercosul, e por enquanto, no plano externo do território, não vive a crise presenciada pela Comunidade Européia.

Tal situação brasileira, diga-se rapidamente, momentânea, de maior comodidade, se dá em virtude da natureza mais restrita do tipo de bloco regional em que está incurso o Brasil, no caso, um Mercado Comum.

Genericamente, são conhecidas três modalidades de bloco regional: a Zona de Livre

Comércio, o Mercado Comum e a Comunidade Econômica ou União.

A *primeira das modalidades*, tipicamente exemplificada pelo Nafta, em que os objetivos são estritamente comerciais de integração econômica, sem qualquer apelo ao intercâmbio cultural, social e solidário entre os povos envolvidos, estabelecendo somente algum esforço mínimo na eliminação das barreiras comerciais. Curiosamente, a posição do México, enquanto parceiro do referido bloco, sempre foi contrária à criação de ao menos um Mercado Comum, pois, segundo Saxe Fernández<sup>16</sup> (autor mexicano), a integração proposta pelo então Presidente Bush, em meados de 1991-1992, teria natureza de subordinação econômica, pois o parceiro, no caso os Estados Unidos da América, é detentor da maior economia mundial. Tornou-se arredo o México, portanto, a uma forma mais evoluída de integração regional, pelo receio de esmagamento de sua economia terceiro-mundista pelos demais parceiros ricos.

A *segunda das modalidades*, a do mercado comum, é o típico caso do Mercosul.

Surgiu o bloco ora enfocado com o escopo de inserção precisa nas economias mais centrais<sup>17</sup>. Entretanto, a frustrada experiência anterior latino-americana da Alalc (Tratado de Montevidéu de 1960), antecessora da atual Aladi, que não previa o escopo integrativo entre os povos daquele continente<sup>18</sup>, indicou como melhor caminho a fundação de um mercado comum, com olhos voltados a uma possível e futura comunidade econômica.

Assim para adiante do que uma zona de livre comércio, estabeleceu o art. 4º do Tratado de Assunção que os

“(…) Estados-partes assegurarão condições equitativas de comércio... e...

<sup>16</sup> LIPOVETZKY, Jaime César, LIPOVETZKY, Daniel Andrés. *Mercosul : estratégias para a integração*. São Paulo : LTr, 1994. p. 41.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>18</sup> Discutiam-se políticas conjuntas entre Brasil, Argentina e Chile, todos então com regime militar autoritário, enquanto os generais argentinos preparavam, hipoteticamente, modelos de defesa de uma eventual invasão brasileira naquele território. Faticamente, e na mesma época, um conflito militar de grandes dimensões quase ocorreu entre Argentina e Chile, na disputa dos territórios ao sul de ambos os países. Não havia, em suma, vontade política integrativa.



*paralelamente coordenarão suas respectivas políticas nacionais, com o objetivo de elaborar normas comuns sobre competência comercial”.*

O art. 1º do Tratado toma como escopo da proteção de mercado, e garantia equitativa de concorrência, a coordenação de políticas econômicas globais e setoriais. O art. 5º, inciso “b”, por sua vez, indica a coordenação de políticas macroeconômicas, ao passo que pelo inciso “c”, a fixação conjunta de tarifa externa comum, visando afastar prejuízo aos interesses dos Estados-Membros ou aos objetivos do Mercado Comum<sup>19</sup>. É notória, destarte, que a natureza do Tratado de Assunção é de constituição de um mercado, face às instituições supranacionais que desenvolve, sendo, portanto, um projeto latino-americano de integração, mas sem a mera conotação de *agreement to agree in the future*<sup>20</sup>.

De qualquer modo, caminha o Mercosul para a ampliação de suas tarefas supranacionais, o que sugere um ingresso antecipado no modelo da Comunidade Econômica. Fato evidente dessa nova realidade é a preocupação dos países-membros com a criação de um Tribunal Jurisdicional Supranacional. É que o Mercosul conta para a solução de seus litígios, e em última instância (art. 21 do Protocolo de Brasília), com um Tribunal Arbitral, de reconhecida competência e soberania pelos Estados-Membros, conforme o art. 8º daquele mesmo protocolo (17 de dezembro de 1991). O sistema arbitral<sup>21-22-23</sup>, e o voluntário anterior a este<sup>24</sup>, a

que se submetem as partes do conflito, conforme o Tratado de Assunção, é provisório, havendo sugestão doutrinária no sentido de que a experiência da Comunidade Européia seja levada em conta, para a definição do sistema definitivo<sup>25</sup>. A propósito, em meados de setembro passado próximo, reuniram-se no Brasil estudiosos dos países-membros do Mercosul, para tratarem da criação mais célere do dito Tribunal Jurisdicional<sup>26</sup>.

Ao menos no que se refere ao Estado brasileiro, encontram amparo constitucional seus interlocutores junto ao Mercosul, para ampliar as instituições supranacionais, conforme o parágrafo único do art. 4º da Carta Magna, que assim determina:

“A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma *comunidade* latino-americana de nações” (grifo nosso).

Destaca-se estar inculcado tal comando constitucional dentre os princípios fundamentais da Constituição brasileira, não sendo sem propósito o emprego da expressão “comunidade” em seu texto.

Após aquele estágio do Mercado Comum, surge a perspectiva da União ou Comunidade Econômica. Atinge-se essa fase, conforme afirmam Jaime e Daniel Lipovetzky<sup>27</sup> (renomados juristas argentinos), mediante a

“(…) coordenação afinada de setores da

exposição da controvérsia, recomendações para solucioná-las (arts. 5º e 6º do Protocolo).

O Grupo do Mercado Comum é órgão executivo do Mercosul, coordenado pelos ministros das relações exteriores dos países-membros (art. 13, inc. I, do Tratado de Assunção).

<sup>25</sup> FERREIRA, Aldo Leão. *Mercosul: comentários sobre o Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994. p. 47.

<sup>26</sup> Reclamações de Particulares – Capítulo V do Protocolo de Brasília. Afeta a pessoas físicas ou jurídicas, por força de sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados-Membros, de medidas legais ou administrativas, discriminatórias ou de concorrência desleal, de efeito restritivo ao Tratado de Assunção, dos acordos dele decorrentes, ou do Conselho do Mercado Comum (art. 25). Aplicável também no caso de ofensa aos comandos dos art. 2º e 3º da Aladi (Ibidem, p. 53).

<sup>27</sup> LIPOVETZKY, LIPOVETZKY, op. cit., p. 56.

<sup>19</sup> LIPOVETZKY, LIPOVETZKY, op. cit., p. 43.

<sup>20</sup> SAMTLEBEN, Jürgen, SALOMÃO FILHO, Calixto. *Contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. 303 p. p. 276: *O mercado comum sul-americano : uma análise jurídica do Mercosul*.

<sup>21</sup> O Tribunal Arbitral, para ser invocado, no âmbito do Mercosul, prescinde de cláusula ou acordo arbitral anterior entre os litigantes (art. 8º do Protocolo).

<sup>22</sup> O Tribunal Arbitral não possui sede fixa (art. 15 do Protocolo), formando-se de maneira *ad hoc*, ou seja, não é permanente.

<sup>23</sup> O Tribunal Arbitral tem competência para proferir decisões emergenciais – “medidas provisórias” – para evitar danos graves e irreparáveis (art. 18 do Protocolo).

<sup>24</sup> Submetem-se as partes, primeiramente, às negociações diretas. Frustradas, passa-se a questão à análise do Grupo do Mercado Comum (art. 4º do Protocolo). É sua tarefa formular, em trinta dias da

economia que transcendem o tarifário, o tributário, o mercantil propriamente dito, para desembocar em tarefas tais como os regimes de propriedade privada e pública de posse de terra, monetários, cambiais, financeiros e fiscais *lato sensu*.”

Prosseguem os referidos autores, que passo decisivo é a criação da moeda comum, primeiramente contábil ou escritural, e após de circulação aberta. É este o atual retrato da Comunidade Européia que, conforme entendo, e a partir do Tratado de Maastricht (1991), está em vias de superação da questão menor, nessa modalidade de bloco, mas indispensável dos aspectos econômicos da unificação, em elevação do resguardo internacional e valorização dos povos envolvidos.

É justamente a amplitude de abordagens supranacionais do bloco que o retira da condição de mero mercado internacional. Acerca de tal ponto, dúvida alguma subsiste, face às dezessete comissões e vinte e três das mais variadas diretivas comunitárias que afastam do aspecto econômico o núcleo da Comunidade Européia.

#### 4. O conceito de Estado e o território nacional

Segundo ponto nuclear da presente exposição, é a questão comparativa e comportamental do território nacional, enquanto elemento fundamental do Estado, e as fronteiras externas, diante do fato irresistível da globalização.

Para levarmos adiante tal análise, necessária a incursão quanto ao conceito de Estado e seu elemento territorial.

O território sempre foi elemento decisivo para a configuração do Estado. Desde os gregos, através da concepção da *polis*, o Estado estava relacionado e limitado ao seu enquadramento, dentro de certas extensões territoriais da Cidade-Estado, até a marcante concepção de Maquiavel (século XVI), vista em *O Príncipe*, ao consagrar a expressão relacionada aos domínios de império sobre o homem<sup>28</sup>.

Bem verdade que na Idade Média a questão

<sup>28</sup> FERREIRA, Pinto. *Teoria geral do estado*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1975. v. 3, p. 96. Parafraseando Maquiavel: “Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre o homem, foram e são ou repúblicas ou principados”.

territorial perdeu seu brilho, superada que foi pela relação feudal de vassalagem<sup>29</sup>, empregada a palavra Estado para definir os *estamentos do reino*, como o clero, a nobreza, a burguesia, etc<sup>30</sup>.

Todavia, a concepção moderna de Estado é uma impositiva história do poder territorial. Afirma Martin Kriele que no “século XX o princípio territorial é o fundamento da divisão política do mundo”, sendo, por conseqüência, todos os Estados do mundo Estados territoriais<sup>31</sup>.

Dessa maneira, verificam-se inúmeros conceitos de Estado, dos clássicos constitucionalistas europeus, por exemplo Santi Romano, em sua obra *Principii di Diritto Costituzionale*, que trata o Estado como “ordem jurídica territorial soberana” ou, se dotado de personalidade jurídica, como “pessoa jurídica territorial soberana”. Ainda pelo entendimento italiano clássico, a opinião de Agostino Sisto, conceituando o Estado “como a organização política do povo vivendo em um território determinado, entendendo por organização política o ordenamento do povo sob uma autoridade suprema”<sup>32</sup>.

Louis Le Fur, na França, conceituava o Estado como sendo “um grupo de homens estabelecidos sobre um território fixo e obedecendo a uma autoridade soberana, (...)”<sup>33</sup>.

Jellinek, na sua tradicional obra *Teoria Geral do Estado*, não foge à regra daquelas opiniões, encarando o Estado como uma corporação de homens sedentários dotada de um poder originário de dominação e fixada sobre um território determinado<sup>34</sup>. Bem verdade que o clássico conceito de Jellinek encontra críticas, na medida em que sugere a idéia equivocada de que o território de um Estado estende-se a todo território em que se constate um povo sedentário. Ou seja, privilegiaria a conceituação de Jellinek uma fronteira natural, decorrente da influência cultural do povo que habita certa região, em detrimento da fixação política do território. Conceitos como aquele conduzem a flagrantes disputas territoriais, como se deu, por exemplo, na Europa, com a

<sup>29</sup> KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires : Depalma, 1980. p. 123.

<sup>30</sup> FERREIRA, P. op. cit., p. 95.

<sup>31</sup> KRIELE, M. op. cit., p. 123.

<sup>32</sup> FERREIRA, P. op. cit., p. 97-98.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Ibidem.

região da Alsacia, incorporada à Alemanha em 1871, à França em 1918, após novamente à Alemanha em 1940, e finalmente retornando à França em 1945. A iminência de conflito armado em tais casos é sempre presente.

Opinião resumida de Pinto Ferreira indica a constatação moderna de Estado, quando reunidos os elementos da associação humana, fixada sobre um território determinado e dotada de soberania<sup>35</sup>. Particularmente, pela visão clássica, seria o território um de seus elementos constitutivos<sup>36</sup>. Por tal razão, desde 1822, declarando-se independente e soberano o Estado brasileiro, fez-se senhor de mais de oito milhões e meio de quilômetros quadrados, mantendo-se assim até a presente Constituição da República<sup>37</sup>. A atual Carta portuguesa também não deixa dúvidas quanto à importância que dispensa ao elemento territorial, no histórico quadro geográfico europeu e de além-mar, conforme art. 5º, nºs 1, 2 e 4 da Constituição.

Nesta ordem, surgem, agregados, os elementos do território com o da soberania do Estado, pois é naquele espaço “(...) dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens”<sup>38</sup>, que se dá sua *potestatividade* de modo pleno e irrestrito.

A questão que atualmente me ocorre, é a de se saber se estariam os constitucionalistas ainda autorizados a tomar os clássicos elementos do território e da soberania, como fundamentais para a caracterização de um Estado que se diz ter superado o liberalismo clássico.

Explico-me. É que o território, enquanto pano de fundo para o desempenho da potestatividade do Estado, conforme leciona Paolo di Ruffia, “encontra seu exercício em direito real de caráter público (semelhante ao direito de propriedade no campo do direito privado)”<sup>39</sup>, ao passo que as soberanias, seja a interna, ou do governante, seja a externa, ou da nação, foram forjadas no berço do liberalismo inglês

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo. *Derecho constitucional*. 2. ed. Madrid : Tecnos, 1982. p. 109.

<sup>37</sup> A federação veio em 1889, com a proclamação da República.

<sup>38</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 87.

<sup>39</sup> BISCARETTI DI RUFFÍA, op. cit., p. 110.

e posteriormente do francês, após a Revolução de 1789. Tanto a propriedade privada, como bem supremo do homem, associada à soberania, enquanto renúncia ou antítese à liberdade, da mesma forma sumo bem do homem, são conquistas do mais puro liberalismo.

Entretanto, e como visto a linhas passadas, o Estado liberal é letra morta nos países democráticos do Ocidente, tendo cedido espaço ao Estado social após a Carta de Weimar.

Não entendo possível, dessa forma, que ante a guinada quanto a orientação ideológica do Estado moderno, faça ele ainda uso dos mesmos elementos constitutivos clássicos, quais sejam: território, soberania e povo.

Impositiva, dessa maneira, faz-se a mudança de seus fundamentos, para podermos inclusive tê-lo enquanto Estado frente ao fenômeno da globalização, em que as fronteiras já não são tão nítidas e a soberania de relativo império.

Sem resposta pronta para essa problemática, pois, ao menos quanto Mercosul, somente demos a arrancada para a formação de uma comunidade, em que tais complicações fazem-se presentes, caberia aqui deixar, talvez, a lembrança de duas teorias que caracterizam o Estado não pelos seus elementos clássicos, mas sim por outras variantes teóricas igualmente válidas. Refiro-me à escola de Viena, capitaneada por Hans Kelsen e seus seguidores Verdross e Kunz, e mesma à escola empírica ou realista, de quem é adepto Leon Duguit.

Pela primeira (escola de Viena), apropriadíssima sua opinião quanto à discussão em tela, pois invoca a supremacia do Direito Internacional Público (e é justamente disso que ora tratamos), sobre o Direito Constitucional, levando em conta a superioridade da ordem jurídica internacional, face à vontade de seus Estados-membros. Sustenta Kelsen tal prevalência da ordem internacional, tanto na sua Teoria Geral do Estado, quanto na Teoria Pura do Direito, seguindo na mesma ordem Kunz e Verdross. Segundo tal corrente de pensamento, o Estado assim se caracteriza pela constatação da imediatidade de sujeição ao direito das gentes e uma autonomia constitucional. Verificados esses dois elementos, configuraria-se um Estado<sup>40</sup>.

Por outro lado, o realismo ou empirismo toma como parâmetro a verificação de um Estado, conforme opina Radomir Lukic (lente da Universidade de Belgrado) a reunião de duas

<sup>40</sup> FERREIRA, P. op. cit., p. 99.

organizações profundamente distintas: a organização da classe dirigente e a organização social geral. A primeira, protegida e detentora do poder de coação física, sem o qual não poderia atingir a seus fins, e a segunda, divorciada de qualquer poder coativo, cuja realização se dá mediante atividade central coordenada, ao nível econômico, educacional, cultural e outros<sup>41</sup>. As duas organizações estariam umbriamente ligadas, relacionando-se por um liame hierárquico que seria o Estado<sup>42</sup>. Duguit destaca a existência de um Estado, sempre que verificado um poder de coação, imposto por uma classe de governantes sobre outra de governados. Enfim, o termo Estado se vincula à autoridade governamental, ou ao poder político de governo<sup>43</sup>.

Percebe-se, assim, que necessariamente não recorrem os autores, por fim citados, aos clássicos elementos do Estado para defini-lo, não obstante ser certo que a relação de poder entre governante e governados decorrer da soberania do primeiro.

## 5. Conclusão

É certo que o conceito de Estado vem de uma evolução cambiante, sendo imprescindível ao estudioso enfocá-lo em relação a um parâmetro histórico atual.

O Estado, mesmo frente a toda complexidade da globalização, há de resistir, sendo tarefa dos juristas encontrar novos parâmetros fundamentais que não aqueles classicamente empregados

O recurso a antigas e novas concepções de uma teoria geral do Estado, é somente um dos mecanismos para se dizer que a atual relativa importância de uma fronteira externa não é sinal de desaparecimento dos Estados-membros de um bloco econômico ou comunitário. Talvez, e isso sim, o valor regional de um país e seus limites territoriais, em uma escala axiológica, não seja, hodiernamente, tão significativo como fora outrora, devendo tal elemento constitutivo do Estado moderno ser repensado.

## Encerramento

São essas as singelas palavras de um privatista, consciente de que a solidariedade entre os povos não se dá mediante a discussão de um contrato nacional ou internacional, por meio da disputa mesquinha de um punhado de terra ou quinhão de herança, não resistindo, em última análise, à magnitude do Direito Constitucional, na esperança de um dia encontrar um mundo mais equânime e homogêneo, enfim, um mundo mais *Comunitário*.

---

<sup>41</sup> LUKIC, Radomir. *Théorie de l'état et du droit*. Paris : Dalloz, 1974. p. 184.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

# Servidor público: regime privado e estatutário

JOSÉ PITAS

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Regime próprio da empresa privada.* 3. *Administração pública direta.* 4. *Nova ordem jurídica - status profissional diferenciado.* 5. *Regime único e regime transitório.* 6. *Fundamento lógico do regime privado transitório.* 7. *Peculiaridades do modelo jurídico privado.* 8. *Casuísmo.*

### 1. Introdução

Antes de 1988, imperava na relação servidor público-Estado, principalmente nas entidades políticas municipais, a utilização do regime privado da legislação comum trabalhista, a despeito da relação estatutária, material, originária e teleologicamente destinada à disciplina do regime aplicável ao servidor da Administração Pública Direta.

Após a Constituição de 1988, nova ordem jurídica foi estabelecida, mediante tratamento novo a relações antigas.

O artigo 39 da Lei Fundamental introduziu nova concepção de servidor público e preconizou *para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas* o regime único com planos de carreira, como modelo a ser perseguido pela Administração Pública.

O Estatuto do Servidor Público – *preceitua o § 1º do artigo 39 da Constituição Federal* – assegurará a isonomia de vencimentos, com as ressalvas próprias.

Por seu turno, o § 2º institui o regime provisório de transição entre o antigo *regime privado* e a nova ordem constitucional, ditando o contorno do que se pode denominar *CATEGORIA CONSTITUCIONAL DIFERENCIADA*, aplicável, imediatamente, ao servidor público

da administração direta, que não é estatutário, nem sujeito ao regime da empresa privada previsto no § 1º do artigo 173 da *Lex Legum*.

Hoje, a questão jurídica – Da Aplicação do Direito à Relação de Emprego Público – é intrinsecamente polêmica.

O peso do condicionamento histórico anterior à Constituição de 1988 impede o discernimento da situação nova e desencoraja a adesão a um sistema coerente, diante das conseqüências usualmente não aplicáveis.

Essa atitude é natural e corresponde ao fenômeno psicológico da *configuração das formas*, pelo qual a formação cerebral incipiente do recém-nascido ou os olhos (*ou intelecto*) do adulto, ao adentrar no escuro (*ou no desconhecido*), necessitam do processamento temporal das formas até que o cérebro consiga organizar os novos estímulos, as novas formas e assim assimilar, dominar, com nitidez, os contornos do novo.

## 2. Regime próprio da empresa privada

A Constituição Federal, em seu artigo 173, § 1º, determina a observação obrigatória do *regime próprio das empresas privadas* (CLT – *Consolidação das Leis do Trabalho*) ao Estado, nos casos de exploração econômica, por meio da empresa pública, da sociedade de economia mista ou de outras entidades.

Tal dispositivo não se refere à atividade desempenhada pelos servidores da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional, sem finalidade de exploração econômica. Isso é claro.

## 3. Administração pública direta

Dispõe o artigo 39 da Constituição Federal que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, *regime jurídico único e planos de carreira* para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

## 4. Nova ordem jurídica - *status* profissional diferenciado

A tradição da aplicação do Direito do Trabalho ao servidor público, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, até a Consti-

tuição de 1988, tem condicionado a interpretação das relações novas sob a equivocada diretriz simplista do direito privado, sem se atinar para a inovação trazida pelo artigo 39 e seus parágrafos, que outorgam a essa categoria de trabalhadores “*status*” *diferenciado constitucional*, à semelhança do que fez, *mutatis mutandis*, o parágrafo único do artigo 7º, ao modelar o “*status*” *profissional* constitucional do empregado doméstico.

## 5. Regime único e regime transitório

Têm-se, portanto, no Ordenamento Jurídico, até que o Ente Político venha a instituir o *regime único*, dois regimes: a) privado ou transitório, b) estatutário.

Em relação ao regime estatutário, não resta dúvida quanto ao universo do direito aplicável e quanto à competência da Justiça Comum (STF. ADIn 492-1/DF. Relator: Carlos Veloso. DJ, 16 nov. 1992).

No que concerne ao regime privado, observa-se constituir situação transitória, à qual o legislador constituinte aponta, no § 1º, art. 39, a legislação de *lege ferenda*, a ser positivada por ocasião da adoção do regime único; enquanto no parágrafo 2º, o constituinte fixa os contornos, imediatamente, aplicáveis aos contratos vigentes.

Portanto, a reta aplicação do Direito ao servidor público, sob o regime privado, observará, obrigatoriamente, o “*status*” *profissional* inovado pela Constituição Federal, por meio de seu § 2º, artigo 39.

Não se trata, portanto, do regime privado previsto no § 1º do artigo 173 – *regime jurídico próprio da empresa privada* – mas, regime privado diferenciado (CF, 39 § 2º).

## 6. Fundamento lógico do regime privado transitório

A disciplina aplicável ao regime do servidor público não-estatutário presume a observação de um postulado elementar, raiz da qual emerge o fundamento lógico da legitimidade do direito: a inexistência de contradição sistemática dos preceitos aplicáveis.

Ante a Nova Ordem Constitucional, daquela premissa essencial decorre a conclusão de que o perfil da categoria dos servidores públicos, tradicionalmente denominados “*celetistas*”, identifica-se pelos seguintes elementos:

I- "*status*" profissional básico: aplicação imediata dos direitos indicados pelo § 2º do artigo 39 da Constituição Federal;

II- *disciplina Integrativa*: aplicação do modelo jurídico privado, decorrente da necessidade de integração sistemática, ou de normas de formação autônoma, nos termos dos artigos 442 e 444 da CLT, naquilo que não venha contrariar a ordem jurídica ou norma de ordem pública.

## 7. Peculiaridades do modelo jurídico privado

Conseqüentemente, ressalvado o direito legitimamente adquirido pelo contrato de trabalho (CLT, arts. 442 e 444), não se aplicam ao servidor público celetista as normas excluídas, por opção da própria Constituição Federal, do rol discriminado no art. 39, § 2º:

### a) Aviso prévio / direito potestativo

A exclusão do aviso prévio (art. 7º, inciso XXI) e da despedida (inciso I) leva necessariamente à adoção da disciplina residual do servidor público.

Conseqüência: aplica-se a esta categoria o artigo 41 da Carta Magna: "São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público".

### b) Seguro-desemprego

Inciso II: não tem direito ao seguro-desemprego.

### c) FGTS

Inciso III: a Constituição Federal não obriga a aplicação da Lei nº 8.036/90 (FGTS) ao servidor da administração direta, autárquica ou fundacional, que não explore atividade econômica.

### d) Participação nos lucros

Inciso XI: inaplicável a esta categoria a disciplina sobre participação nos lucros, ou resultados.

### e) Turno de revezamento

Inciso XIV: inaplicável ao servidor público celetista o regime do turno de revezamento.

### f) Aposentadoria

Inciso XXIV: inaplicável a disciplina prevista na legislação do trabalho sobre a aposentadoria.

Conseqüência: os efeitos contratuais decorrentes da aposentadoria são distintos daqueles oriundos do regime privado. Enquanto no

regime privado, a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho (Lei nº 8.213/90, arts. 49 e seguintes e Medida Provisória nº 1.523/97), no regime público, esta é a regra pacífica: o vínculo do servidor público, seja estatutário ou não, rompe-se com a aposentadoria espontânea (entendimento que é reforçado com o disposto na Medida Provisória nº 1.523/97, que introduziu o parágrafo único no artigo 453, deixando claro este efeito em relação à empresa pública e sociedade de economia mista).

### g) Convenções e acordos coletivos

Inciso XXVI: não reconhece a Constituição Federal a criação de normas coletivas aplicáveis ao servidor público.

### h) Prescrição

Inciso XXIX: o prazo de prescrição aplicável ao servidor público federal, por consequência de regra residual, é de cinco anos, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, contado do ato de violação do direito, nos termos do disposto no artigo 110, inciso I, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e em relação aos demais entes políticos, o prazo previsto em seu próprio estatuto.

i) Discriminação de trabalho e do profissional.

Inaplicável a disciplina sobre proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII).

## 8. Casuísmo

Casuísmo: trabalhador aposentou-se, por tempo de serviço, em 3 de abril de 1996. Seu contrato de trabalho, portanto, dissolveu-se na respectiva data, fato que por si afasta a estabilidade, porque incompatíveis entre si tais institutos.

O período compreendido entre a rescisão do contrato de trabalho em 3 de abril de 1996 e o seu afastamento em 6 de janeiro de 1997, constitui novo contrato de trabalho, que a rigor só seria possível mediante novo concurso público e sem acumulação de vencimentos e proventos. Nula, portanto, a nova contratação, tácita (CLT, 442), nos termos do artigo 37, § 2º da Constituição Federal.

Indevido o aviso prévio, primeiro, porque o regime do servidor público da administração pública direta, admitido por concurso público,

é incompatível com o poder potestativo do empregador por força do que dispõe a norma constitucional (CF, 37, II, 39, § 2º e 41), *segundo*, porque não contemplado pelo § 2º do artigo 39 da *Lex Legum*, *terceiro*, porque o contrato foi extinto por aposentadoria, e *quarto* porque o segundo contrato é nulo.

Embora, *in casu*, o FGTS tenha sido integrado o contrato, como direito do trabalhador, a rescisão do vínculo, por aposentadoria, não autoriza a aplicação da multa de 40%, uma vez que esta só é devida “na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa” (*Lei n.º 8.036/*

*90, art. 18, § 1º*).

Não procede, também, a multa de 40% incidente sobre o segundo contrato de trabalho, por exigência de norma constitucional (“A não-observância do disposto nos incisos II e III importa a *nulidade do ato* e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”, art. 37, § 2º, da Constituição Federal).

Observe-se que o comando constitucional não comina sanção apenas ao administrador público, mas reputa o próprio ato sem a garantia que lhe confere os efeitos normais previstos em lei.



# Correlações entre a nova LDB e o ensino jurídico

ÁLVARO MELO FILHO

*“La formación de juristas universitarios exige una sabia y prudente combinación de orientación práctica, de desarrollo serio y profundo de los planteamientos tradicionales de la dogmática, con las necesarias correcciones que exige el mundo dinámico y dominado por la tecnología en que vivimos, y, por último, de constante preocupación por una reflexión teórica que haga consciente al jurista tanto de los instrumentos conceptuales y metódicos que maneja, o debe manejar, como de la función política y social que cumple el Derecho en la sociedad”.*

Gregorio Robles

Propõe-se este trabalho a destacar relevantes aspectos da Lei de Diretrizes e Bases – LDB (Lei nº 9.394, de 20.12.96) e suas conexões com o Ensino Jurídico, sem a menor veleidade de esgotar a matéria, quer em sua extensão, quer em profundidade. Demais disso, busca-se propiciar e animar um debate mais profundo em derredor do tema, sem pretensão de ser ponto de partida ou de chegada, até porque “nem tudo o que se pode é lícito, pois quem faz tudo o que pode, está muito perto de fazer o que não pode”.

A “garantia de padrão de qualidade” (art. 3º, IX) insculpida no elenco de princípios da LDB é preocupação evidente e concreta da Portaria MEC nº 1.886/94, que fixou as diretrizes curriculares e conteúdo mínimo do curso jurídico, cogentes a partir do ano letivo de 1997. Com efeito, a integração das matérias e disciplinas componentes dos currículos mínimo e pleno, as quantidades didáticas, as atividades complementares, o acervo bibliográfico, a obrigatoriedade do Estágio de Prática Jurídica e a exigência de monografia jurídica final para a conclusão do curso são parâmetros e instrumentos conducentes à “garantia do padrão de qualidade” do ensino jurídico.

Álvaro Melo Filho é Professor e Diretor da Faculdade de Direito da UFC, Advogado, Membro de Comissões de Ensino Jurídico e de Exame de Ordem do Conselho Federal da OAB.

Impende, nesse passo, correlacionar com o ensino jurídico as finalidades da Educação Superior expressas no art. 43 da nova LDB.

a) “I – estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo”.

O ensino jurídico proinado da Portaria nº 1.886/94 não está adstrito a disciplinas jurídicas profissionalizantes, contemplando as matérias categorizadas como fundamentais, que “estimulam a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico”, ao facultar o conhecimento dos pressupostos socioeconômico-político-filosóficos, sobretudo por meio da Filosofia, Sociologia, Economia e Ciência Política, que contribuem para uma formação humanística, para que o profissional do Direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais. Nesse passo, João Baptista Villela anota que

“é necessário que no estudo de Direito jamais se perca de vista o seu pertencimento a uma tessitura maior, sob pena de não se entender o fenômeno social de que ele é um dos instrumentos de controle e de não se entender nem mesmo o seu próprio objeto estritamente considerado. A recorrência torna-se, por conseguinte, uma atitude inabdicável no ensino jurídico, sob este sentido, de que é imperioso sustentar uma via permanente de alimentação do Direito pelas outras ciências sociais, sobretudo as humanas”.

Acresça-se que “o desenvolvimento do espírito científico” faz com que o ensino jurídico continue a acolher o Código Comercial de 1850, o Código Civil de 1917 e o Código Penal de 1940, concebidos com lastro em valores, motivação e interesses socioeconômico-culturais ultrapassados. Com efeito, o Direito Comercial, o Direito Civil e o Direito Penal quadram-se, ainda, entre as dez (10) matérias obrigatórias profissionalizantes (art. 6º, II, da Portaria nº 1.886/94), conquanto essenciais ao exercício da atividade jurídico-profissional. E mais, hão de estar sempre permeáveis aos novos conceitos e concepções jurídicas que regem as necessidades e aspirações do mundo atual, compelindo docentes e discentes a pensar os novos códigos e não apenas raciocinar com os códigos já existentes. Por sinal, Dalmo Dalari verbera contra os “professores que concebem e

praticam o ensino jurídico como sendo a transmissão de informações sobre textos de códigos e leis. O professor lê o texto para os seus alunos, como se estes fossem analfabetos, e faz comentários superficiais, que são pouco mais que a releitura do texto por meio de sinônimos”. Observe-se também que, na seara didático-pedagógica, “o código comentado é apenas um momento, não o principal, na formação dos operadores jurídicos que possuam agilidade de adaptação a uma sociedade dinâmica e que necessariamente evolui, mesmo sem a mudança dos textos legais”, na análise de Horácio Rodrigues.

Outrossim, o desenvolvimento do “pensamento reflexivo” constitui-se na maior preocupação metodológica do ensino jurídico de graduação, que deve ser capaz de estimular o raciocínio e a criatividade, de exercitar uma visão crítica e de formar cidadãos conscientes de seu papel na sociedade, ou seja, aptos para entender o contexto onde vão operar e o sentido de sua ação no mundo. Com efeito, o ensino jurídico não pode estiar-se por força da legislação, doutrina e jurisprudência que se repetem mecanicamente, perpetuando a reprodução rotineira do velho, sem lugar para a atividade crítica das fórmulas vigorantes e criadoras de uma regulação jurídica até então desconhecida.

Nesse diapasão, no âmbito do ensino jurídico não há nem deve haver assertivas indiscutivelmente verdadeiras, verdades eternas, e as afirmações devem ser suscetíveis de discussão e de adequação às realidades. Nos domínios do ensino jurídico há, sobretudo, *questões* que admitem mais de uma resposta, onde a descoberta do *problema* é mais importante que a *conclusão*. No ensino jurídico vive-se numa zona de fronteira entre o *problemático* e o *sistemático*, onde se circula à volta do problema, por meio de diferentes argumentos e dos mais variados pontos de vista e opiniões, buscando, de maneira interdisciplinar e pelo “pensamento reflexivo”, preparar segmentos jurídicos não só para trabalhar com a complexidade das questões jurídicas, principalmente em um mundo que se transforma com velocidade inimaginável, em termos políticos, econômicos, tecnológicos e sociais, como também para colaborar, com criatividade, na lapidação de um novo ordenamento jurídico, como se faz indispensável.

b) “II – formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação

no desenvolvimento da sociedade brasileira e de colaborar na sua formação contínua”.

A nova formatação do curso jurídico moldada na Portaria nº 1.886/94 abre ao futuro bacharel em direito um leque significativo de opções profissionais, das quais a advocacia é apenas uma via, ao lado de tantos outros setores jurídico-profissionais, como a magistratura, o Ministério Público, a carreira de delegado de polícia, o magistério jurídico e a diplomacia. A par disso, a mencionada Portaria possibilita ao curso jurídico “concentrar-se em uma ou mais áreas de especialização” (art. 8º), estimula a verticalização dos estudos jurídicos em áreas específicas e motiva um conhecimento mais aprofundado de “diferentes áreas de conhecimento” jurídico, ao longo da graduação, que deve estar, umbilicalmente, ligada às vocações de cada curso, às demandas sociais e ao mercado de trabalho. De outra parte, os novos paradigmas e as avançadas estratégias inseridas na Portaria nº 1.886/94 têm por escopo fazer os discentes entender e participar da transformação e do “desenvolvimento da sociedade brasileira”, tanto no plano institucional, quanto na órbita sócio-político-econômica, sem olvidar o estímulo que representam para o auto-aprimoramento contínuo ou “formação contínua” na área jurídica.

Com efeito, os diplomados em Direito refratários a *lifelong learning* ou “formação contínua” devem estar alertados que o diploma vale cada vez menos, tamanha a velocidade do conhecimento, inclusive jurídico. Por isso, a recusa ao aprendizado permanente torna-los-á marginalizados do mercado competitivo como decorrência da

“expansão desordenada das normas dispositivas, programáticas e de organização, o aumento incessante de regras editadas por fatores meramente conjunturais, a expansão irracional das matérias submetidas a controle jurídico, a diluição das fronteiras entre o público e o privado, a emergência de um sem-número de fontes materiais de direito abrindo caminho para o efetivo pluralismo jurídico”.

no magistério de Eduardo Faria. Seja como for, o Direito é maior do que a soma das leis, vale dizer, está acima de suas fontes formais, e, não fora assim, seria inútil ensinar Direito (Ripert).

Aliás, a “formação contínua” propugnada pela nova LDB conduz, no campo da pedagogia

do Direito, à adoção do método ativo “em que o trabalho intelectual é um trabalho pessoal que se baseia não em uma ciência adquirida de fora para dentro, dogmaticamente, senão um saber conquistado pelo espírito, organicamente, de dentro para fora”, no dizer de Ferrière.

c) “III – incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica visando ao desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive”.

O ensino jurídico reserva espaço ao “trabalho de pesquisa e investigação científica” quando inclui entre as atividades complementares (art. 4º da Portaria nº 1.886/94) a “pesquisa” e a “iniciação científica”. Vale dizer, como parte do ensino jurídico do aluno, a *pesquisa* pode ser investigação teórica – levantamentos bibliográficos, seleção de jurisprudência, etc. – ou empírica – questionários estatísticos, entrevistas, etc. –, preparando o futuro bacharel não só para interpretar e aplicar o direito, mas também para equacionar problemas e buscar soluções harmônicas com o “desenvolver do homem e do meio em que vive”. Por outro lado, a *iniciação científica* estimula, no plano jurídico, elaboração de trabalhos voltados para o “desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura”, ao provocar a análise crítica e reflexão sobre as questões determinantes das interpretações jurídicas e decisões judiciais. Há de elidir-se aqui a patologia hermenêutica que conduz à “interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”, denunciada por Luis Roberto Barroso. A propósito, não se pode olvidar a sentença de Ascarelli quando proclama que “o mundo pede aos juristas idéias novas, mais que sutis interpretações”.

Ademais, a exigência da monografia jurídica final (art. 9º da Portaria nº 1.886/94) enseja ao discente desenvolver “conteúdos jurídicos epistemológicos e procedimentos metodológicos” indispensáveis à “investigação científica”, tornando-se incentivo à realização do “trabalho de pesquisa”. Na concepção de José Geraldo S. Júnior a pesquisa

“forma o novo tipo de jurista capaz de empreender, para superar a distância que

separa o conhecimento do Direito de sua realidade social, política e moral, a edificação de pontes sobre o futuro, por meio das quais transitam elementos de uma nova teoria do Direito e um novo modelo de ensino jurídico”.

Por outra parte, “desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive”, no plano do ensino de direito, é reconhecer e debater em sala de aula um sistema jurídico repleto de “leis de circunstância” e “regulamentos de necessidade” condicionados por conjunturas específicas e transitórias e por contextos heterogêneos que levam, muitas vezes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário a não perceber o divórcio entre o modelo e a realidade, bem como a perder a dimensão exata da importância jurídica das regras que editam, dos comportamentos que regulam e dos casos que julgam, porque jungidos a escaninhos mentais delimitados e apegados a uma visão míope, dogmática e legalista do Direito.

Paulo Bonavides observa que “o Direito não é ciência que se cultive com indiferença ao modelo de sociedade onde vive e atua”, daí a impossibilidade de “quedar-se surdo às exigências do real e da vida” (De Page). Na mesma diretriz, sustenta Recásens Siches que

“esa vida social tiene tanta flexibilidad, tanta riqueza de matices y que se encuentra en continua y constante transformación, lo que significa que el jurista debe aproximarse a este objeto de conocimiento con un espíritu abierto y dinámico, para evitar una esclerosis que le impida comprender las constantes transformaciones que se operan en el ordenamiento jurídico”.

E nesse contexto em que “a ordem jurídica é sempre provisória” (Burdeau), impende ao ensino jurídico conglobar o saber-puro, o saber-fazer e o saber-agir, sem olvidar que há uma constante luta de princípio superior contra princípio inferior, uma tensão que tanto pode ser da *natureza* contra a *aparência*, como do *conhecimento* contra a *opinião* ou do *essencial* contra o *acidental*, dado que o Direito surge dos conflitos concretos que envolvem subjetividade, interesses econômicos, interesses políticos, trabalha em um mundo da materialidade das coisas e da espiritualidade das condutas.

d) “IV – promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comu-

nicar o saber através do ensino, de publicações ou outras formas de comunicação”.

Harmônico com essa finalidade da LDB, o art. 5º da Portaria nº 1.886/94 exige de cada curso jurídico, pelo menos, 10 mil volumes de obras jurídicas atualizadas e de periódicos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Vale dizer, sem atender a essa condição objetiva e quantitativa, não será permitido o funcionamento de curso jurídico, configurando essa exigência uma forma de “comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação”. Destaque-se, no acervo bibliográfico requerido, a importância das revistas jurídicas, porquanto são publicações periódicas que condensam resultados das investigações da maior atualidade, dado que os autores primeiro divulgam seus trabalhos em revista, e, só depois, fazem-no em manuais, tratados e monografias.

Acrescente-se que, além do acervo bibliográfico quantitativo e qualitativo, ganha realce a necessidade de sua integração em rede cibernética com outras bibliotecas, por ser indissociável da questão do fluxo de informações em uma sociedade global, pois, se assim não ocorrer, docentes e discentes estarão condenados a conviver como que em uma ilha sem comunicações regulares com o resto do arquipélago jurídico.

Ainda no tocante às “publicações ou outras formas de comunicação” o Conselho Federal da OAB, por intermédio da Comissão de Ensino Jurídico, inseriu entre os indicadores de avaliação externa dos cursos jurídicos a produção científica dos docentes nos últimos 5 (cinco) anos – artigos, ensaios, trabalhos, livros e teses publicadas. Ressalte-se, ainda, que a publicação de periódicos pelo curso de Direito é um indicador de avaliação considerado de grande relevância pelas Comissões de Ensino Jurídico do MEC e da OAB.

e) “V – suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração”.

A moderna gnoseologia impõe a necessidade de colaboração entre as disciplinas diversas ou entre os setores heterogêneos, na busca das interações e dos mecanismos comuns, permitindo-se, graças à interdisciplinariedade, um total enriquecimento mútuo, valendo

acrescentar, nesse particular, que o Direito não é um fenômeno isolado, afastado, nascido de geração espontânea, mas um fenômeno fundamentalmente conectado e interligado com outros fenômenos sócio-econômico-político-culturais. Vale dizer, a época do Direito puro acabou e os tempos atuais estão a reclamar a época do Direito não separado da sociedade e atento às suas necessidades e demandas, pois, nos dias de hoje, no plano do conhecimento a única coisa eterna é a provisoriedade e a única coisa absoluta é a relatividade.

Se, de um lado, é possível uma fragmentação do saber, cada vez mais acentuada, por outro lado, nenhuma disciplina ou ciência possui autonomia, daí a cogência da *interdisciplinariedade* (parágrafo único do art. 6º da Portaria nº 1.886/94), tornada componente basilar do currículo de Direito e erigida como “pressuposto fundamental de uma análise dialética do fenômeno jurídico”, permitindo “compreender a totalidade estruturada que os contém em interseção de múltiplos conhecimentos”. Como define Miguel Reale, “a interdisciplinariedade é uma das condições básicas do conhecimento contemporâneo de tal forma que uma descoberta feita num dado setor do conhecimento, desde logo repercute nos demais, formando um todo indecomponível”. Sem ela, não há como estabelecer modos possíveis de consideração da realidade e constituir processos de sínteses criadoras para “possibilitar a correspondente concretização do desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional”, na dicção do inciso V do art. 43 da LDB, pois, segundo Miaille, o “Direito nunca está só” e “torna-se compreensível unicamente em relação com outros fenômenos sociais”. Por isso mesmo, afigura-se necessária a ação integrada dos juristas com os diversos cientistas sociais no equacionamento do problema da violência, da concentração urbana, da redistribuição da renda, da representação política, da estrutura judicial, da solução dos conflitos, da independência tecnológica e de tantos outros, dado que, “assim como os problemas sobre os quais intervirá o operador jurídico não constituem manifestação singela de causa homogênea, também as soluções deverão conciliar alternativas científicas diversas”.

Aduza-se que a “integração de conhecimentos que vão sendo adquiridos”, assim como a “estrutura intelectual sistematizadora”, têm grande significado para o ensino jurídico, enquanto o

“direito e a própria vida não se constroem à força de opções sempre radicais, e menos ainda de golpes de espetaculares, senão com a paciência de combinar elementos heterogêneos e tentar costurá-los, sem grande alarde, sem demasiada ambição, num conjunto possível harmonioso”,

como averba Barbosa Moreira. Aliás, a divisão do fenômeno jurídico em ramos existe por uma razão eminentemente didático-pedagógica. Não há como negar que as chamadas províncias ou disciplinas jurídicas estão estreitamente conexas na unidade de ordenação, caracterizada pela indivisibilidade e indecomponibilidade.

Demais disso, a absorção “do conhecimento de cada geração” inibe que o ensino jurídico siga dando respostas mortas a perguntas vivas, encastelando-se no formalismo das normas legais em atrito e dessintonia com a evolução social e científica. Ademais, os cursos jurídicos não devem limitar-se a encontrar pequenas respostas, devem formular grandes e novas perguntas, pois é no momento em que o saber jurídico se renova por meio “do conhecimento de cada geração” que o ensino jurídico cumpre plenamente seu papel.

f) “VI – estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade”.

Essa finalidade, em se tratando do ensino jurídico, dissemina-se em dois ditames da Portaria nº 1.886/94, a saber:

a) o parágrafo único do art. 6º prevê “novos direitos” com disciplinas, tais como, Direito do Consumidor, Direito Ambiental, Direito de Arbitragem, Direito Municipal, Informática Jurídica, *et alii*, que resultam do progressivo surgimento de normas para resolver problemas criados por emergentes e novas realidades “nacionais”, sem inibir as peculiaridades, necessidades e preferências “regionais” de cada curso jurídico;

b) o art. 10, que trata do cogente estágio de prática jurídica, no seu § 1º prevê que o “atendimento público” será parte do treinamento das atividades profissionais e no § 2º abre a possibilidade de convênios com “entidades públicas, judiciárias, empresariais, comunitárias e sindicais que possibilitem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos”.

Adite-se que a globalização econômica,

como um dos “problemas do mundo presente”, tem reflexo e incidência direta no ensino jurídico ao se constatar que, para os operadores do Direito, não se trata mais de “pensar uma situação em função das categorias abstratas do Direito Civil”, mas, liberando-se do condicionamento da estrita legalidade e do horizonte exclusivamente retrospectivo por ela imposto, de pensá-la em função de suas características concretas. Desse modo, “o sujeito de direito cede seu lugar ao assalariado, ao consumidor, ao profissional; a noção de contrato estilhaça-se numa multiplicidade de tipos de contratos suscetíveis de ser, cada um deles, regidos por uma regulamentação particular”.

Nessa linha de raciocínio, torna-se ingente ao ensino jurídico formatar “cientistas do direito, investigadores objetivos dos processos jurídicos, técnicos legisladores, juizes de personalidade, e não meros leguleios, exegetas, hermeneutas, homens de lei no sentido antigo”, para que o Direito possa assumir uma postura prospectiva e dirigida a uma realidade onde não há *habitat* para as categorias tradicionais, modelos fechados, visões formalistas e soluções abstratas, conquanto o Direito é “ciência brotada da vida e destinada a própria vida” (Max Rumpf).

g) “VII – promover a extensão, aberta a participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica gerados na instituição”.

No âmbito do ensino jurídico, está sedimentada a concepção de que sem extensão não há o cumprimento da função social do conhecimento produzido, daí porque a extensão integra, taxativamente, as nominadas atividades complementares (art. 4º da Portaria nº 1.886/94), propiciando a prestação de serviços jurídicos, sobretudo às populações carentes, em questões de cidadania, família, saúde, educação, conflitos agrários, moradia, etc., até porque “o Direito é experiência desenvolvida pela razão e razão provada pela experiência” (R. Pound), ou, no dizer de Holmes, “the life of the law has not been logic, it has been experience”.

Tais colocações harmonizam-se com a diretriz postulada para os cursos jurídicos, fundada em Ortega y Gasset ao prelecionar que “a realidade é o único pedagogo do homem”, e, com lastro em Edmond Piccard para quem

“um bom método deve reconduzir, ligar o Direito à vida real, isto é, à massa, ao

povo, aos fatos, ao pragmatismo. O Direito deve situar-se na vida jurídica real com exemplos vários, do meio onde atua. Misturar o mais possível a vida às palavras, os fatos às regras, imaginar e concretizar estas últimas; ilustrar os textos com exemplos práticos concretos, preencher o vazio”.

Ainda no campo da extensão, ressalta-se que o § 2º do art.10 da Portaria nº 1.886/94 com o *animus* de socializar os resultados do ensino e pesquisa, dispõe sobre convênios complementares às tarefas de estágio de prática jurídica “que possibilitem a participação dos alunos na prestação de serviços jurídicos e em assistência jurídica”, ensejando à população carente de direitos e de justiça “benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica” gerados no curso jurídico, além de treinar os futuros profissionais para distinguir o saber real do saber imaginário e de abrir canais de interligação escola/comunidade.

Curioso repontar que a filosofia e objetivos subjacentes nos analisados incisos I a VII do art. 43 da nova LDB amoldam-se e harmonizam-se *in totum* com o perfil para o bacharel em Direito delineado pela Comissão do Exame Nacional de Cursos Jurídicos, a saber:

- internalização de valores de responsabilidade social, justiça e ética profissional;
- formação humanística e visão global que o habilite a compreender o meio social, político, econômico e cultural no qual está inserido e a tomar decisões em um mundo diversificado e interdependente;
- formação técnica e científica para atuar na administração das organizações e desenvolver atividades específicas da prática profissional;
- competência para empreender ações, analisando criticamente as organizações, antecipando e promovendo suas transformações;
- capacidade de atuar de forma interdisciplinar;
- capacidade de compreensão da necessidade do contínuo aperfeiçoamento profissional e do desenvolvimento da autoconfiança.

O art. 46 da nova LDB no seu *caput* dispõe que a “autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação”.

Há de ter-se claro que reduzir a *avaliação* do ensino jurídico a uma listagem quantitativa de carências ou a um rol de deficiências sem debater as questões reais que deram origem a elas é uma mistificação. Fazer a avaliação tão apenas para fixar critérios de distribuição de verbas é uma fraude que permitirá às instituições que já têm recursos e pessoal altamente qualificado ampliar a diferença em relação àquelas que não os possuem. Demais disso, restringir a avaliação tão-só a um exame final de curso – “provão” – cujo resultado mede apenas os *efeitos*, mas não as *causas* que concorrem para a “má formação” dos bacharéis em Direito é um equívoco que corresponde à vã tentativa de quantificar a qualidade, em vez de empenhar-se pela qualificação da quantidade. Em síntese, a avaliação, antes de ser concebida como apenação, deve ser mecanismo de estímulo para transformações qualitativas no ensino do Direito.

Reponte-se que, inobstante a Portaria nº 1.886/94 não faça referência expressa à avaliação de cursos jurídicos, a CEJ – Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB, com o *animus* de implementar um sistema de avaliação periódica, elencou os seguintes indicadores de qualidade e critérios que podem servir de parâmetros para análise de pedidos de autorização e reconhecimento de Cursos de Direito:

– *capacitação docente* (composição, regime de trabalho, titulação, programa de qualificação docente, recrutamento por concurso ou seleção públicos, progressão por mérito na carreira);

– *desempenho da atividade docente* (distribuição da carga horária, tempo disponível para alunos, assiduidade, metodologia adotada, orientação de pesquisa e iniciação científica, participação em eventos culturais e científicos);

– *estrutura material* (número de salas de aula, salas privativas de professores, salas para projetos de pesquisa e extensão jurídicas, escritório modelo, equipamentos didáticos e audiovisuais, biblioteca com número mínimo de livros e periódicos jurídicos atualizados, apoio para cópias xerográficas, publicação regular de revista ou periódico jurídico);

– *estrutura acadêmica* (utilização do curso no tempo mínimo – cinco anos, carga horária total mínima de 3.300 horas, variedade de formas de avaliação de desempenho do aluno, número de alunos por turmas – no máximo 50 –, sistema de avaliação interna de curso, política

permanente de pesquisa e extensão, funcionamento regular de órgãos colegiados, planejamento acadêmico do curso, planejamento anual de atividades dos professores);

– *capacitação discente* (participação em atividades extracurriculares e complementares, frequência de utilização da biblioteca, publicação de trabalhos, participação em projetos de pesquisa, iniciação científica e extensão, número de formandos e taxa de evasão em cada período, resultados obtidos pelos graduados em Exame de Ordem e concurso públicos para ingresso em carreiras jurídicas, serviços de integração do aluno com o mercado de trabalho – escritório-modelo, estágios, etc.);

– *estrutura curricular* (composição e integração das disciplinas formativas, profissionais e práticas, previsão de parte flexível integrada por atividades de seminários, palestras, temas interdisciplinares, disciplinas avulsas, obrigatoriedade de monografia jurídica com defesa perante banca, estágio curricular, frequência prática aos órgãos de estrutura do Poder Judiciário).

Acresça-se que a maioria desses parâmetros e critérios são utilizados pela OAB para inibir a “proliferação descriteriosa” de cursos desqualificados para a tarefa de formar bacharéis em Direito e para frear a mercantilização do ensino jurídico. Quando a CEJ faz análise e verificação dos projetos de novos cursos, emite um parecer prévio, que, a seguir, submete-se à Comissão de Especialistas de Exame de Direito do MEC, para, finalmente, ser remetido para manifestação conclusiva do Conselho Nacional de Educação.

Cabe ressaltar que a mensuração e ponderação dos dados coletados permite uma radiografia e diagnóstico dos cursos jurídicos, daí porque a avaliação exigida no art. 46 da nova LDB, no caso de ensino jurídico, pouco discrepará desse modelo, que garante um processo contínuo e consistente de avaliação, sem dar margem ao subjetivismo ou favorecimento deste ou daquele curso jurídico. É natural que o processo de avaliação seja recebido com ressalvas e temores, posto que, de *avaliadora* – tanto do trabalho escolar dos discentes, quanto da atuação dos docentes e funcionários – a instituição superior de ensino jurídico transfunde-se em *avaliada*.

Adite-se que o modelo vigorante na área jurídica conjuntemente os indicadores quantitativos e qualitativos para que não resulte numa

avaliação vesga, míope e incompleta, cujos distorcidos resultados implicariam uma censura pública, com efeitos penosos e irreversíveis. De outra parte, o “processo regular de avaliação” não deve ser vislumbrado como sinônimo de fiscalização, mas, isto sim, entendido como tomada de consciência e racionalização e como instrumento de melhoria da qualidade do ensino jurídico. E, para Loussia Felix, há “um desafio que deve ser enfrentado, nos próximos cinco anos, de definição dos critérios de avaliação não mais dos cursos em si, mas das habilidades e conhecimentos do profissional de Direito para o novo milênio”.

O *caput* do art. 47 da nova LDB impõe que o ano letivo regular, independente do ano civil, tenha, no mínimo, duzentos (200) dias de trabalho acadêmico efetivo, excluído o tempo reservado aos exames finais.

Esse dispositivo vem reservar espaço e reforçar as Atividades Complementares (art. 4º da Portaria nº 1.886/94) que se configuram como “trabalho acadêmico efetivo” desdobrado sob a forma de “pesquisa, extensão, seminários, simpósios, congressos, conferências, monitoria, iniciação científica e disciplinas não previstas no currículo pleno”. Aliás, com a ampliação do tempo disponível – duzentos (200) dias ao invés dos tradicionais cento e oitenta (180) dias (art. 72 da revogada Lei nº 4.024/61) – os cursos jurídicos, com imaginatividade e novas concepções do ensino jurídico, poderão flexibilizar o currículo e ensinar maior plasticidade na individualização do curso para cada aluno. No entanto, para inibir abusos, fraudes e cumprimento fictício dessas atividades complementares, o art. 4º referido exige sejam elas previamente ajustadas entre os discentes e a administração acadêmica do curso, a quem caberá o controle e a orientação dos estudantes na escolha dessas atividades que albergam ensino, pesquisa e extensão.

O § 4º do art. 47 da nova LDB (Lei nº 9.394/96) dispõe que “as instituições de educação superior oferecerão, no período *noturno*, cursos de graduação nos *mesmos padrões de qualidade mantidos no período diurno*, sendo obrigatória a oferta noturna nas instituições públicas, garantida a previsão orçamentária” (grifou-se).

A Portaria nº 1.886/94, antecipando-se à LDB, expressa no art. 2º que, na área jurídica, “o curso *noturno*, que observará *omesmo padrão de desempenho e qualidade do curso no período diurno*, terá um máximo diário de quatro horas de atividades didáticas”. (grifou-se).

A coincidência terminológica não deixa margem a qualquer dúvida quanto a convergência e harmonia entre os dois dispositivos, tanto no seu sentido quanto no seu alcance.

Ao explicitar a necessidade de garantir o “mesmo padrão de desempenho e qualidade”, independentemente de ser curso jurídico noturno ou diurno, o que se pretendeu foi elidir um tratamento didático diferenciado e prejudicial à qualidade e ao aproveitamento das aulas de Direito ministradas à noite. Assim, mesmo reconhecendo a condição de aluno-trabalhador como clientela básica e preponderante do curso noturno, o art. 2º procura assegurar formação jurídica sem comprometimento das exigências mínimas e do “padrão de desempenho e qualidade”.

É evidente que o aluno do curso noturno, após um desgastante dia de trabalho, não pode dispensar, com proveito, às aulas e aos estudos jurídicos, o tempo, a carga e o ritmo de trabalho dos discentes do período diurno. Além disso, a redução da disposição física e mental dos docentes, com reflexos na qualidade metodológica das aulas no período noturno, estão a exigir um tratamento diferenciado, daí a delimitação da carga horária a “um máximo diário de quatro horas de atividades didáticas”. Esse *quantum* de quatro (4) horas diárias máximas é contributo essencial para que não haja uma programação excessiva nem parcimoniosa no curso jurídico noturno, ao mesmo tempo que se amolda às circunstâncias e vicissitudes do aluno-trabalhador, explicitando, por via transversa, que o “padrão de desempenho e qualidade” ficará comprometido, caso as atividades do curso jurídico excedam de quatro horas diárias.

A autonomia constitucionalmente assegurada às universidades (art. 207 da *Lex Magna*), e reiterada no art. 53 da LDB, não as permite fazer *tábula rasa* do currículo mínimo, conquanto o inciso II do citado art. 53 possibilita-as “fixar os currículos dos seus cursos e programas, *observadas as diretrizes gerais pertinentes*”, que, na hipótese do curso jurídico, estão consubstanciadas na Portaria nº 1.886/94.

Ressalte-se, por oportuno, que a Educação Física (art. 7º da Portaria nº 1.886/94), outrora *obrigatória* em todos os currículos dos cursos superiores (art. 22 da Lei nº 4.024/61, alterada pelo Decreto-Lei nº 705/69) transformou-se em *optativa*, dado que o § 3º do art. 26 da nova LDB tornou-a tão apenas “componente curricular da Educação Básica”. Com efeito, como a LDB é silente no capítulo dedicado à educação



superior e, no seu art. 92 expressamente revogou a Lei nº 4.024, de 20.12.61, infere-se, sem dificuldade, que a Educação Física transfundiu-se em atividade ou disciplina optativa, daí porque cabe a cada curso incluí-la, ou não, na sua grade curricular.

Nas instituições públicas de educação superior, “o professor ficará obrigado ao mínimo de oito (8) horas semanais de aulas”, como se deflui da regra corporificada no art. 57 da nova LDB.

A imposição legal de uma carga didática mínima de oito (8) horas semanais é salutar na esfera do ensino jurídico, posto que irá exigir uma dedicação mais integral e efetiva às aulas de Direito, com reflexos positivos na pedagogia jurídica, induzindo a alteração, reversão e até “imposição” de :

a) mentalidade prevalentemente auto-suficiente dos professores de direito que, ao rotinizar episódicas atuações em aula, consideram não necessitar de qualquer metodologia, senão seu próprio saber jurídico, usando processos típicos dos que se postam como “donos da verdade”, com “recurso a uma erudição ligeira, retórica, burocrática, sempre subserviente aos clichês e estereótipos dos manuais”;

b) metodologias de ensino (didáticas) infensas a qualquer inovação, com a dominância da aula-conferência, responsável maior pelas “rotinas ineficazes” e pela “castração intelectual” dos alunos que, “condenados ao silêncio”, são compelidos a um comportamento passivo e não-questionador, num desestímulo a qualquer reflexão crítica;

c) refratibilidade a qualquer método de ensino que escape à retórica e à tradição verbalística habitual e esotérica dos profissionais do direito, daí por que poucos se afastam do padrão clássico da aula expositiva, que resulta na “banalização da formação teórica e na trivialização da cultura técnica dos estudantes”;

d) superficialidade no trato das questões jurídicas apresentadas em sala de aula, simplificação grosseira de teorias jurídicas, além da inarticulação entre atividades de ensino, pesquisa e extensão, formando apenas “técnicos adestrados na manipulação dos códigos e das leis”, mas incapazes de “pensar” juridicamente a realidade na qual e sobre a qual devem atuar;

e) redundâncias, ênfase horizontal e desatualização de conteúdos programáticos de disciplinas jurídicas, além da concepção medíocre, que reduz a missão do professor com

o cumprimento de programas enciclopedistas e pouco profundos, ministrados de modo autoritário, por meio de “ditadura da aula-conferência”, que pouco ou nenhum espaço deixa à participação dos alunos.

Vale dizer, a insuficiente carga didática semanal de aulas jurídicas de cada docente tem sido uma das razões por que o ensino jurídico

“continua a ser ministrado através do árido e fatigante método formalístico e dogmático dos monólogos catedráticos de docentes imobilizados numa posição didática que os petrifica em desoladora estagnação cultural. Na monotonia desse aprendizado ‘nacionístico’, apodera-se dos estudantes, da geração mais nova, difuso sentimento de dúvida, de desconfiança, de desespero ou de rebelião”,

como preleciona Orlando Gomes.

É tão palmar a relevância do *quantum* de horas-aulas mínimas semanais que o inciso III do art. 52 da LDB impõe que “um terço do corpo docente em regime de tempo integral”, regra que assume dimensões significativas não só para as aulas de direito, pois a dedicação integral é essencial na implementação das Atividades Complementares, para o Núcleo de Prática Jurídica e para a orientação da Monografia Jurídica conclusiva do curso. Nessa linha de raciocínio, acentua João Maurício Adeodato que “a Portaria nº 1.886/94 aumenta o ensino fora de sala de aula, o ensino extraclasse, o que exigirá maior disponibilidade de tempo do professor”, sob pena das atividades docentes continuarem a ser um jogo floral de exercícios intelectuais, sem nenhuma consequência prática para a aplicação do direito.

O art. 66 da nova LDB determina que “a preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado”. Esse dispositivo deve ser conjuminado com o inciso II do art. 52 da referida LDB, que exige “um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado”.

Induvidosamente, a qualificação do cargo docente é que vai imprimir um “selo de qualidade” ao magistério jurídico. Com efeito, em boa parte dos atuais 246 cursos jurídicos o corpo docente é, em sua maioria, formado por professores que só ouviram falar em didática no dia em que foram convidados a lecionar, tornando-se meros reprodutores de um saber

cansado e estéril. Na verdade, a única diferença entre o professor e o aluno na maior parte dos cursos de Direito está em que o docente já se formou, dado que nenhum acréscimo no curso de bacharelado é necessário para que o formando passe a exercer o magistério jurídico. Por isso, explica-se que, nas aulas de Direito, “no lugar dos fatos a versão, no lugar da teoria a opinião e no lugar do modelo epistemológico é entronizado o mais deslavado senso comum”. Nesse contexto, os professores, sem formação pós-graduada e sem vocação, acabam por transformar as aulas de disciplinas jurídicas em palco onde se “preserva a alienação feliz e a reprodutividade satisfeita”.

Aliás, a qualificação do corpo docente é de importância basilar, tanto que a Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB, ao estabelecer os parâmetros para análise da qualidade dos projetos de criação e reconhecimento de cursos jurídicos, decidiu que “o corpo docente deve ser composto de, no mínimo, trinta por cento (30%) de mestres e doutores”. Outrossim, guarda-se entre tais parâmetros a imperiosidade do curso apresentar um cronograma ou um plano de capacitação docente que possibilite o acesso de, no mínimo, 30% (trinta por cento) do quadro docente a programas de pós-graduação *stricto sensu*.

Sem essa exigência de docência qualificada, e sem preparo pedagógico, os professores da área jurídica transfundem-se em “fariseus do diploma superior”, incapazes de superar o senso comum ralo que nutre as aulas de Direito. Além disso, tornam-se inabilitados para combater o superficialismo, a erudição gratuita e a desconexão que as caracterizam, porque reduzidas ao ensino da legislação vigente, produto de uma cristalização do passado, com a preocupação única de decodificá-la ou justificá-la, quando “seu verdadeiro papel seria o de *preceder*, pela pesquisa e pela reflexão criadora, a intervenção do juiz e do legislador”. Ou, na arguta observação de Adriano Pinto,

“a formação jurídica não se confunde com o simples conhecimento das leis vigentes, para a sua aplicação mecânica aos casos concretos, mas corresponde à compreensão do Direito em todas as suas dimensões, com os valores de dignidade humana, liberdade, segurança e justiça social”.

Deflui-se dessa análise que a Portaria nº 1.886/94, de irrecusável substrato de legitimidade, conquanto exurgiu de significativos de-

bates, propostas, relatórios e conclusões de seminários regional e nacional, ou seja, fruto de um autêntico processo de “construção democrática coletiva e compartilhada, que caracteriza o regime democrático, “é dotada de uma visão dilargada e prospectiva, que antecipou, para o ensino jurídico, diretrizes e bases só agora espraiadas para outras áreas de conhecimento pela nova LDB.

A sintonia e convergência de filosofia e ditames da LDB e da Portaria nº 1.886/94 propiciarão aos cursos jurídicos condições e possibilidades de uma reflexão mais profunda de como induzir e produzir a melhoria da qualidade, seja identificando os fatores de ordem estrutural e operacional responsáveis por disfunções no seu desempenho acadêmico e administrativo, seja para evitar a postura imobilista, desatenta às mutações sociais e incompatível com a natureza conceitualmente dinâmica do ensino jurídico, que não pode mais continuar “preso a abstrações de realidades mortas, no comodismo da rotina e no temor da novidade”.

Reponte-se que o ensino jurídico não pode ficar jungido a modelos assentados no passado trabalhando na perspectiva da conservação do sistema jurídico em vigor, pois, como sustenta Fábio Comparato,

“o papel que incumbe aos juristas não é, apenas, a melhor compreensão do direito vigente, no preciso sentido etimológico do adjetivo, isto é, do direito que existe como componente vivo da realidade social, mas também a produção de instituições jurídicas do futuro, aptos a harmonizar o comportamento humano em meio à radical mudança de valores”.

Não é despidendo, nesse passo, repetir a percuciente observação de Roberto Aguiar, para quem a desfuncionalização do ensino jurídico é a maior responsável pela (de)formação do profissional de Direito que

“é artesanal no mundo da tecnologia, é retórico no mundo da demonstração, é individual onde o coletivo se defronta, é monista quando o mundo é pluralista, é uno quando o mundo concreto é fragmentário, é ineficaz no mundo do planejamento e da eficácia”.

Traga-se à colação, por oportuno, a preciosa lição de San Tiago Dantas de que

“nenhum estudo, nenhum ideal, nenhum programa, nenhum organismo, profissão

ou atividade está bem justificado aos nossos olhos se não o sentirmos radicado no futuro, se não podemos ter os sinais e a garantia da sua sobrevivência às transformações que passam”.

Por isso mesmo, impõe-se outorgar ao ensino jurídico uma nova fisionomia calcada em densidade teórica, crítica e técnica, com o objetivo de fugir do jargão que tem caracterizado a maioria das escolas de Direito, tidas como centros reprodutores de conhecimentos codificados, em prejuízo das atividades criadoras, das funções críticas e das finalidades de produção científica e da elaboração reflexiva do pensamento jurídico.

Diante desse quadro delineado, a conjunção da emergente LDB com a Portaria nº 1.886/94 é essencial para a modelagem do novo “engenheiro social” dotado de inarredável função social, sobretudo diante do processo de globalização que, no plano jurídico, acelerou o surgimento dos direitos de 3ª e 4ª gerações, por força dos novos atores sociais, das emergentes estratégias de ação coletiva e das novas dimensões da cidadania, donde promanarão novas formas de tratamento das relações humanas e dos problemas institucionais que hoje são significativamente diferentes.

Por sinal, com a reengenharia feita no ordenamento jurídico-educacional (nova LDB e Portaria nº 1.886/94), os futuros profissionais do Direito receberão uma formação que os habilitará a atuar não só como garimpeiros extraindo, da ordem jurídica posta, soluções para os problemas do dia-a-dia como se fora um metal precioso em estado bruto, mas também conduza-os a agir como artífices de peças de uma bela joalheria, dando seu contributo criativo na proposição de novas instituições para tornar menos iníquo, e mais humano, o perfil da sociedade. Outrossim, como ressalta Aurélio Wander Bastos, esses diplomas legais “iniciam a nova fase de esperanças na consolidação de um ensino jurídico comprometido com o aperfeiçoamento democrático do Estado brasileiro e a modernização de nossa sociedade”.

Espera-se que as mutações legais e infralegais, no plano do ensino jurídico, tenham não só validade, mas sobretudo eficácia, propiciando

a formação de profissionais de Direito capazes de elaboração própria, de confecção de projetos criativos e autônomos, de imaginar soluções engenhosas diante de dificuldades novas. Em outras palavras, augura-se que a passagem do formal para o real apoiada na nova LDB e na Portaria nº 1.886/94 faça brotar um “profissional de Direito mais preparado, atuante, consciente de sua responsabilidade social, imbuído da vocação de reafirmar o justo e resgatar as vulnerações acumuladas, conduzindo o semelhante à condição de ser humano digno”, na colocação de Renato Nalini. Em aditamento, como realça Paulo Lôbo, “está havendo a confluência de providências legais que podem conduzir à sensível elevação do nível de qualidade dos profissionais do Direito”, porquanto as transformações provocadas pela Portaria nº 1.886/94 e pela nova LDB não são apenas rotulares, semânticas ou epidérmicas, mas, no próprio conceito de ensino jurídico, “descartando” as concepções estáveis e pacíficas de 1827 e “absorvendo” o dinamismo e a insegurança da contemporaneidade.

As idéias aqui esboçadas não têm conformação de produto final e acabado, porém, de qualquer sorte, elas contribuem para a construção do hoje e do amanhã, que, certamente, será melhor do que o ontem do ensino jurídico. Por isso, impõe-se-nos a grande tarefa de encontrar meios de eliminar deficiências, rever prioridades, sem despojar-se do objetivo permanente de tornar o ensino jurídico uma realidade histórica nova, qualitativa e ajustada às demandas diagnosticadas pela Comissão de Ensino Jurídico da OAB, a saber: demandas sociais de novos sujeitos, demandas tecnológicas, demandas éticas, de especialização, de novas formas organizativas, de efetivação do acesso à justiça, de refundamentação científica e de atualização de paradigmas. Só assim, os cursos jurídicos, que em 1997 comemoram 170 anos de criação, voltarão a desempenhar seu histórico e tríplice papel de propiciar base humanística no processo de formação jurídica, conhecimento jurídico-científico e *know-how* jurídico-profissional, delineando um novo perfil para o bacharel em Direito do terceiro milênio.

# Aspectos do Direito Autoral no interesse do professor universitário como conferencista e publicista

FÁBIO MARIA DE-MATTIA

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. O professor universitário como conferencista, publicista e escritor: a) O professor universitário como conferencista. 3. Direito moral de autor do professor universitário como conferencista e escritor: a) Obras orais. b) Obras escritas. 4. Direito patrimonial de autor do professor universitário como conferencista e publicista ou escritor: a) Obras orais. b) Obras escritas. Artigos em revistas. 5. Importância da arbitragem como meio de solução dos litígios. 6. O impacto das novas tecnologias sobre as prerrogativas dos autores: a) A reprografia. b) A escanerização da obra escrita.*

## 1. Introdução

A análise do tema desenvolve-se tendo presente que o Direito de Autor está estruturado com base em duas grandes prerrogativas: o direito moral de autor e o direito patrimonial de autor.

O direito moral de autor, de acordo com o artigo 25 da Lei nº 5.988/73, compõe-se dos seguintes direitos:

I- o de reivindicar, a qualquer tempo, a paternidade da obra (é o *direito à paternidade da obra*);

II- o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização da obra (é o *direito à nomeação*);

III- o de conservá-la inédita (é o *direito ao inédito*);

IV- o de assegurar-lhe a integridade, *opondo-se a quaisquer modificações*, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la, *ou atingi-lo como autor*, em sua reputação ou forma (é o *direito à integridade da obra*);

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.

V- o de modificá-la, antes ou depois de utilizada (é o *direito à modificação da obra*);

VI- o de retirá-la de circulação ou de lhe suspender qualquer forma de utilização autorizada (é o *direito de arrependimento*).

Os direitos morais de autor estão fundamentados, ainda, em duas diretrizes importantes:

1ª o direito de transmissão: a do §1º do artigo 25 da Lei nº 5.988/73:

“Por morte do autor, transmitem-se a seus herdeiros os direitos a que se referem os incisos I a IV deste artigo”.

E a regra do artigo 28 pelo qual:

“Os direitos morais do autor são inalienáveis e intransmissíveis”.

Os direitos a que se referem os incisos I a IV são: direito à paternidade da obra, o direito à nomeação, direito ao inédito, direito à integridade da obra.

A 2ª diretriz importante: não se transmitem o direito à modificação e o direito ao arrependimento.

Daí a regra da inalienabilidade e intransmissibilidade dos direitos morais de autor.

Esses direitos morais de autor integram o gênero dos Direitos da Personalidade, daí também se qualificarem como direitos pessoais do autor.

A outra vertente dos Direitos de Autor está consubstanciada nos *direitos patrimoniais de autor* definidos pelo artigo 29 da LDA:

“Cabe ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor de obra literária, artística ou científica, bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte”.

Mas quais são as obras protegidas?

O artigo 6º da LDA exemplifica ao indicar as obras intelectuais protegidas:

“São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como:

I- os livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas e outros escritos;

II- as conferências, aloções, sermões e outras obras da mesma natureza;

III- as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV- as obras coreográficas e panto-

mímicas, cuja execução cênica se fixa por escrito ou por outra qualquer forma;

V- as composições musicais, tenham ou não letra;

VI- as obras cinematográficas...;

VII- as obras fotográficas...;

VIII- as obras de desenho, pinturas, gravura, escultura e litografia;

IX- as ilustrações, cartas geográficas e outras da mesma natureza;

X- os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, topografia, engenharia, arquitetura, cenografia e ciência;

XI- as obras de arte aplicada, desde que seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas;

XII- as adaptações, traduções e outras transformações de obras originárias, desde que, previamente autorizadas e não lhes causando dano, se apresentarem como criação intelectual nova”.

## 2. O professor universitário como conferencista e publicista

O professor universitário como conferencista, como ministrador de aulas encontrará o conjunto de suas prerrogativas na regulação de obras orais a que se refere o art. 6º, II; e em geral como autor de obra científica a proteção se encontra nos arts. 4º, IV, 29, 30, entre outros, da Lei nº 5.988/73.

O professor universitário como conferencista e como ministrador de aulas encontra sua proteção no artigo 6º II: “as conferências, aloções, sermões e outras obras da mesma natureza;” sendo certo que devemos complementar indicando os cursos ministrados pelos professores universitários.

As obras orais e, entre outras, os cursos são obras submetidas ao direito exclusivo do autor.

Já o professor universitário como publicista encontrará proteção no Direito de Autor com relação às obras escritas e quanto à sua utilização por meio da reprodução ou mesmo da representação quando se tratar de videogramas, ou na transmissão pela radiodifusão do conteúdo da obra.

#### a) O professor universitário como conferencista

As conferências são protegidas enquadrando-se na categoria das obras orais que abrangem, também, as leituras, os discursos, as aulas.

A oralidade da obra – sua comunicação ao público – nada mais é que a sua representação, e, pois, lícito exercício de uma prerrogativa autoral, já que o improvisado é a produção no momento de sua criação e gera direitos autorais plenos, na lição do consagrado e saudoso Eduardo Vieira Manso (*Direito Autoral*. São Paulo : J. Bushatsky, 1980. p. 111).

Ao falarmos em conferências, referimo-nos à atuação do professor universitário em atividades no âmbito da Universidade e em atividades externas junto à coletividade, o que se revela de modo esporádico.

Mas existe a proteção às obras intelectuais que se concretizam na ministração de aulas, atividade caracterizada pela constância e continuidade.

Portanto, o professor universitário é titular de direitos sobre as obras intelectuais exteriorizadas na forma de obra oral, sendo suas manifestações as conferências, as aulas.

As obras orais, sejam discursos ou improvisações, são protegidas em benefício de seus autores, estando proibida sua difusão por meio de *reprodução* (edição de livros ou discos, gravações) ou *execução pública* (radiodifusão direta ou de discos, cassetes), na medida em que exceda os objetivos do orador. (SATANOWSKY, Isidro. *Derecho Intelectual*. Buenos Aires : Tipografia Editora Argentina, 1954. v. 1 p. 173).

A Lei nº 5.988/73 aceita a distinção entre obras literárias e científicas, e no nosso estudo trataremos de obras científicas.

A obra oral deve ser considerada como um modo particular de publicação da obra intelectual, na lição de Ettore Valerio e Zara Algardi.

Mas é necessário salientar que as manifestações orais para serem tuteladas devem preencher sempre os requisitos de obra intelectual, ou seja, revelar aquele mínimo de atividade intelectual original e criativa, na lição de Ettore Valerio e Zara Algardi (*Il Diritto d'Autore*. Milano : Dott. A. Giuffrè, 1943. p. 26).

Para Alain le Tarnec o autor de uma obra oral deve comprovar um espírito criador seme-

lhante ao de uma obra escrita; a originalidade pode manifestar-se na composição ou na expressão de uma obra oral como na de uma obra escrita (*Manuel de la Propriété littéraire et artistique*. Paris : Dalloz, 1966. p. 202).

Lembra Henri Desbois que isso é válido tanto para as improvisações como para as obras redigidas com antecipação e pronunciadas tal como são escritas, o mesmo sucedendo com os cursos ministrados pelos professores.

As conferências são protegidas quer seja seu autor um simples particular quer um político. Nesta última hipótese as limitações ao seu direito de autor serão mais extensas. (COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique*. Paris : Dalloz, 1966. p. 47-48).

Cursos ministrados aos alunos, por serem frutos de uma pesquisa pessoal, destinados a uma comunicação oral, não podem ser reproduzidos sem a autorização do seu autor, pois o professor está obrigado ao ensino apenas para o seu público (Ibid., p. 49).

Mas há sistemas jurídicos em que as exigências para a atribuição de proteção são maiores.

### 3. Direito moral de autor do professor universitário como conferencista e escritor

#### a) Obras orais

Neste item há de se ressaltar um enfoque especial motivado pelas características peculiares da obra oral.

O professor universitário que ministra uma aula, que profere uma conferência está investido do poder de autorizar ou não a reprodução de sua obra oral, pois, investido nesse poder de autorizar ou não, resguardará o seu direito de corrigir as imperfeições na forma e substância que ocorrem na obra oral.

Essa prerrogativa concedida ao autor da obra oral evita que sua vontade seja violada quando não desejar que a obra se submeta a uma publicidade mais ampla que objetivara (STOLFI, Nicola).

O fato de o conferencista, do professor se dirigir a um certo público, comunicando-lhe sua obra, não implica o entendimento de que a queira colocar em contato com todo o público, daí se justificar a necessidade de autorização para a reprodução (Ibid., p. 47-48).

“É com base no *direito moral de autor* que o professor universitário pode se opor à divulgação de sua exposição além do círculo das aulas, pois julgando seu curso imperfeito, deseja melhorá-lo, atualizá-lo, pô-lo em condições que o satisfaçam.”

Todos sabemos da diferença entre a exposição oral – *na qual as qualidades pedagógicas são primordiais* – e a obra escrita. Daí a necessidade de se verificar as fontes de informação, completar as referências a autores, legislação etc., enriquecer e aprofundar uma argumentação ou redigir de forma mais feliz (CAEN, Gérard Lyon. La publication des cours des professeurs d' Université. *Revue Internationale de Droit d' Auteur*, v. 52, p. 159 e 161).

Michele Salczer – Sanchez ressalta

“a importância da liberdade de que gozam os professores, tanto para com eles como em relação aos próprios alunos.”

“O controle pelo professor da publicação de seu curso permite se evitar a desnaturação de seus fins, o que poderia surgir com a simples transcrição do mesmo, por mais fiel que ela seja.”

Isso porque a forma falada permite variações e retoques e efeitos oratórios que fixados por escrito podem desagradar seu autor (Le droit d'auteur et des nécessités de l'enseignement. *Revue Internationale de Droit d'Auteur*. v. 110, p. 143).

Ainda, ensina Michele Salczer:

“a necessária autorização pelo professor para a divulgação de sua obra – por reprodução ou representação – configura garantia da qualidade do ensino.” (Ibid., p. 143).

Em verdade o direito moral de autor do conferencista, do professor universitário se calça numa tríplice fundamentação constante dos incisos III, IV e V do art. 25 da Lei nº 5.988, a saber:

- a) de conservá-la inédita;
- b) o de assegurar-lhe a integridade, opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la, ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
- c) o de modificá-la antes ou depois de utilizada”.

## b) Obras escritas

Com relação ao direito moral de autor do professor universitário como autor de obra escrita, está ele protegido pelos vários institutos de que se compõe aquele tipo de direito de autor, nada havendo de especial a ser ressaltado, não se tendo encontrado nenhum subsídio particular.

Um exemplo pode ser dado pela atividade intelectual do professor universitário sem que se refira propriamente à publicação de obra escrita ou aproveitamento de obra oral. “É o direito à paternidade de que desfruta o professor universitário quando organiza e dirige uma revista e se configura sua co-autoria.”

Outro exemplo encontramos no direito à paternidade, quando um professor universitário elabora sumários, índices remissivos de uma coletânea de artigos, de diplomas legais impondo-se que tal autoria deva ser reconhecida em respeito ao seu direito moral de autor.

É necessário, também, falar do professor universitário como diretor de revista: como o direito positivo considera quem organiza e dirige a revista como autor da obra coletiva, está ele investido do direito de reivindicar a paternidade da obra coletiva e de se opor, no exercício do direito moral de autor, a qualquer deformação, utilização ou qualquer modificação que possa atentar à sua honra ou reputação.

## 4. Direito patrimonial de autor do professor universitário como conferencista e publicista

### a) Obras orais

O autor de obra oral – conferência, aula, curso – está investido na *faculdade de publicá-la através da transcrição* de improvisações, de leituras e ensinamentos orais, *ainda que efetuados em público*, o que poderá ser realizado mediante os meios de fixação material.

O direito de autor reaparece com suas prerrogativas, e o autor – conferencista – encontra, como qualquer outro autor, os meios de defender sua obra contra todas as iniciativas tomadas por terceiros (TARNEC, op. cit., p. 203).

Portanto apenas os autores – como titulares de direitos – podem autorizar sua publicação. Quer a criação seja escrita, quer oral, somente seu autor poderá dela dispor, e a ele, tão somente, cabe a escolha do processo de repro-

dução e se a reprodução ou representação se fará a título gratuito ou oneroso.

É importante ressaltar que “as conferências não podem ser transcritas em jornais e diários sem a autorização do seu autor”, vez que a limitação constante do art. 49, I, c, da Lei nº 5.988 refere-se a reprodução “em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza” e devemos distinguir as conferências dos discursos admitindo-se apenas notícias, resumos e, quando for o caso, da transcrição integral, daquelas quando proferidas em reuniões públicas (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro : Forense, 1980. p. 257 e Carlos Mouchet e Sigfrido Radaelli).

Há distinção entre a conferência, a aula de um professor universitário e as limitações decorrentes do direito à informação a que se subordinam os discursos em reuniões públicas por certas pessoas.

O professor universitário deverá autorizar a reprodução de sua conferência, de seu curso, “sem o que haverá violação ao seu direito patrimonial de autor”.

Também se submete à mesma regra a transmissão da aula por radiodifusão, fixação material em suporte magnético ou mecânico etc. (LYON-CAEN, op. cit., p. 159).

Isso se justifica na defesa do direito de utilização pelo professor universitário como prerrogativa de seu direito pecuniário de autor.

A pergunta: os cursos ministrados pelos professores universitários são tutelados?

Devemos responder que o são, sofrendo apenas a limitação prevista no art. 49, IV da Lei nº 5.988/73, quando dispõe no *caput*:

“Não constitui ofensa aos direitos de autor:

V- o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada, porém, sua publicação, integral ou parcial, sem autorização expressa de quem as ministrou”.

A salvaguarda da precisão do pensamento do professor justifica que não se possa atribuir a qualquer pessoa a faculdade de publicar as aulas mesmo em forma de apostilas, portanto, para o uso dos discentes (Nicola Stolfi).

A proteção outorgada aos cursos dos professores universitários é matéria insuscetível de discussão.

O argumento de que o professor universitário estaria obrigado à publicação de seu curso em decorrência de sua ligação para com o estabelecimento de ensino quer público, quer privado é unanimemente refutado. Nada impede, contudo, que, contratualmente, o professor universitário assumam tal obrigação.

## b) Obras escritas

A prerrogativa do autor de só ele autorizar a divulgação de resumos de seus cursos, de apostilas calçados nos mesmos, etc., liga-se ao seu direito patrimonial de autor, que poderá ser prejudicado quando desejar publicar seu manual ou tratado sobre a matéria que ele domina e ensina.

Tal cautela é importante até para possibilitar a publicação de sua obra, pois o editor sabendo que não haverá demanda para a aquisição pelos alunos desinteressar-se-á da publicação, obstando a fixação material dos seus conhecimentos de professor, o que é indispensável para o progresso científico.

Daí a necessidade de se combater a publicação de apostilas por ferir o direito patrimonial de autor, quer conseguidas por meio da fixação material das aulas, quer quando apenas extratos, excertos, resumos sejam objeto de publicação, partindo de referidos meios de fixação material ou mesmo quando resumos de textos publicados são reproduzidos e distribuídos entre os alunos.

## Artigos em revistas

O professor universitário que fornece um artigo para ser publicado em revista, portanto, em obra coletiva mantém o direito de reproduzi-lo em *estratti separati* como obra independente e em volume em que também são aproveitados outros trabalhos seus.

Contudo, está obrigado a indicar a obra coletiva em que o artigo foi publicado, com indicação do volume, data da publicação, numeração das páginas, etc.

Por outro lado, o professor universitário mantém o direito, salvo pacto em contrário, de reproduzir em outras revistas os artigos anteriormente publicados em revistas ou jornais respeitado o que se indicou no parágrafo anterior (PADELLARO, Giuseppe. *Il Diritto d'Autore* : la disciplina giuridica degli strumenti di comunicazione sociale. Milano : Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1972. p. 33).



O professor universitário que enviar artigo para publicação em uma revista sem que tenha sido solicitado não poderá reclamar do editor ou diretor da revista a devolução dos originais ou que o conserve em seus arquivos, pois não existe a obrigação, por parte do editor, de conservar ou restituir os manuscritos, os originais dos artigos não reproduzidos por não terem sido solicitados (Ibid., p. 33).

Tratando-se de artigo para revista ou jornal, se é enviado por pessoa estranha à redação e sem que algo haja sido pactuado a respeito, o autor retoma o direito de dispor livremente quando não tenha recebido notícia da aceitação (Ibid., p. 32).

Tem ocorrido de o professor universitário publicar um artigo científico em revista especializada e depois ver o referido artigo publicado em outra revista científica sem que o tenha autorizado.

Configurar-se-á, então, uma dupla violação: ao direito moral de autor, porque o professor poderá não desejar nova publicação daquele trabalho por várias razões, como não estar satisfeito com aquela obra intelectual, porque ela perdeu atualidade ou porque ela deva ser retocada para ser atualizada etc.

A infração ao direito patrimonial do autor caracterizar-se-á com a publicação sem sua autorização importando em desrespeito à sua prerrogativa de ser remunerado pela reprodução de seu trabalho.

## 5. Importância da arbitragem como meio de solução dos litígios

Com frequência, violação ao direito patrimonial ou moral de autor deixa de ser objeto de sanção por causa das dificuldades e custos para se recorrer ao Poder Judiciário.

Por esse motivo passou-se a prever em contratos de direitos autorais cláusula em que as partes escolhem a via arbitral para decidir seus litígios.

A OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual – tem incentivado a utilização da arbitragem e inclusive organizou e instituiu uma Comissão de Arbitragem, que está constituída por especialistas internacionalmente reconhecidos.

Ao mesmo tempo tem-se revelado eficaz inserir nas novas Leis de Direito de Autor ou nas atualizações das em vigor a arbitragem

como um mecanismo adequado para a solução de litígios, regular seu funcionamento por meio de Comissões de Arbitragem.

## 6. O impacto das novas tecnologias sobre as prerrogativas dos autores

### a) A reprografia

Tem-se apresentado como violadora dos direitos autorais dos professores universitários autores de monografias, capítulos de livros, artigos para revistas, etc., quando exercida sem autorização dos titulares de seus direitos ou de seus representantes.

A tendência será embutir no preço das xerocópias percentual destinado a remunerar os autores e editores. Para tanto há o sistema adotado na Espanha por acordo entre a entidade representativa dos editores e aquela que atua em nome das empresas ou particulares que, profissionalmente, têm por escopo reprodução de textos.

No Brasil há a ABDR – Associação Brasileira de Direitos Reprográficos –, encarregada da cobrança de remuneração pelas cópias executadas.

Necessário ressaltar que devem ser respeitadas certas limitações ao direito de remuneração por reprodução da obra intelectual no interesse do ensino.

### b) A escanerização da obra escrita

O professor universitário poderá ser atingido nas suas prerrogativas de direito moral de autor e direito patrimonial de autor quando suas obras forem fornecidas ao público por terceiros não autorizados por meio da escanerização, que se processa pelo OCR (reconhecedor ótico de caracteres).

A escanerização não autorizada, tendo por escopo a comercialização do *corpus mechanicum*, viola direito do autor e do editor, além de tipificar sua conduta como *ato de concorrência desleal*.

A escanerização desautorizada de obra intelectual atenta, portanto, contra o direito à paternidade tanto do autor quanto do editor.

Utilizar obra de terceiro sem a autorização e reproduzir o *corpus mechanicum* que o autor contratou com terceiro – o editor – revela que o empresário que faz da obra uma nova utilização não autorizada é um contrafator.

O empresário que copia o texto para criar a versão em CD-ROM “não pode beneficiar-se com limitação ao Direito de Autor”. Isso porque o autor, que não autorizou tal aproveitamento, será prejudicado por não perceber direitos autorais pela comercialização dos CD-ROM caso não tenha autorizado tal utilização, mediante a necessária e prévia negociação, inclusive quanto aos

direitos autorais exsurgidos da nova utilização.

Cada exemplar comercializado de CD-ROM corresponde a uma cópia não autorizada que não beneficiou autor e editor. Sendo assim, a reprodução desautorizada de obra por CD-ROM configura colocar no mercado exemplares que substituem aqueles destinados ao comércio pelos legitimados a fazê-lo.

# Seguro-saúde, responsabilidade civil médica e ordem social

VOLTAIRE MARENSI

Seguro-saúde, responsabilidade civil médica e ordem social, *stricto sensu*, é o tema proposto nestes comentários, que acredito atuais frente à realidade palco de novos fatos sociais.

Assim, cabe, em primeiro lugar, o registro de que a instituição do seguro-saúde foi prevista pelo legislador ordinário, com o advento do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que dispôs em seu art. 129, *verbis*:

“Fica instituído o seguro-saúde para dar cobertura aos riscos de assistência médica e hospitalar”.

Esse seguro-saúde ainda não foi regulamentado adequadamente, dando azo a leis esparsas em torno de uma matéria que, a meu juízo, mereceria um melhor estudo por parte de todos os brasileiros, já que se trata de um dever do Estado. Assim, enfermidades que atingem os indivíduos, tais como doenças infecto-contagiosas, crônico-degenerativas, Aids, transplantes, etc., são, via de regra, excluídas dos contratos de seguro-saúde.

Com o aumento significativo do número de casos de Aids e das doenças acima ressaltadas, no Brasil, a par de um Sistema Único de Saúde sem recursos suficientes para atender o grande número desses pacientes, os enfermos com planos privados de saúde a eles recorrem, sem que obtenham a devida cobertura legal para essas doenças.

Diante desse quadro caótico, em 11 de novembro de 1993 foi editada a Resolução nº 1.401, do Conselho Federal de Medicina, que, a seu tempo, foi objeto de altas polêmicas, hoje suspensa sua aplicabilidade pela Justiça. O art.1º dessa Resolução, dizia:

“As empresas de seguro-saúde, empresa de medicina de grupo, coope-

rativas de trabalho médico, ou outras, que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médicos hospitalares, estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza”.

Com a edição daquela Resolução, as companhias de seguro, com a autorização dos órgãos competentes, normatizaram, por meio de cláusulas previstas em suas condições gerais, que

“estão expressamente excluídos de cobertura os tratamentos realizados em pacientes portadores de Aids, sintomáticos, ou em pacientes portadores do vírus da Imunodeficiência, não sintomáticos, anteriormente à contratação do seguro”.

A matéria inclusive já foi palco, em 22.4.96, de julgamento pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando no Recurso Especial 86.095, sendo relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, assim se decidiu:

“A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. A interpretação de cláusula contratual, sobre a exclusão de despesas decorrentes de epidemia, está fora do âmbito do recurso especial”.

No bojo do voto preferido, disse o eminente relator:

“A Aids não é uma doença de hoje, já que detectada no início do decênio de 1980. Tem se alastrado, isso é certo, pelo mundo a fora, nesses anos todos, de forma vertiginosa e preocupante.

Quando o apelado, *rectius*, recorrido ingressou no plano de saúde mantido pela apelante (no caso a seguradora), a doença e suas conseqüências já eram por demais conhecidas, e nem poderiam ser ignoradas, especialmente pela apelante, dado o ramo de sua atividade. O número de portadores da Sida, nessa ocasião, já era considerável, com projeções alarmantes de grande aumento, o que se

constituía em preocupação para os órgãos mundiais de saúde”<sup>1</sup>.

De outra parte, cabe o registro de que a matéria não está pacificada nos Tribunais Estaduais. Nesse sentido, a título ilustrativo, colho passagem de julgamento proferido em Agravo de Instrumento nº 2.585/96, da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relator Desembargador Marlan Marinho, assim vasada:

“Aliás, a inteira falta de fundamento da decisão liminar deixa à mostra tal circunstância, pois o fato de ser o Código Civil de 1916, não autoriza o juiz desconhecer suas regras ou a descompri-las, como aconteceu na espécie. A vetustez das normas do contrato de seguro, por si só, convenhamos, não as torna ineficazes, nem torna a cláusula contratual através da qual as partes limitaram os riscos do seguro, como a que, na hipótese, exclui a cobertura da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids).

Não fosse isso, ainda que se entenda flagrantemente nula a cláusula limitadora de risco, por se tratar de contrato de seguro de saúde, de natureza especial, mesmo assim, a liminar não poderia ser deferida como o foi, sem qualquer restrição. Porque, como informa o próprio agravado, a apólice cobre, no máximo, noventa (90) dias de internação”<sup>2</sup>.

Calha, ao ensejo, pronunciamento da sanitarista Lígia Bahia, *verbis*:

“As seguradoras brasileiras deveriam seguir o exemplo das empresas americanas do ramo. Nos Estados Unidos, quem fizer exames médicos periódicos paga menos pelo seguro de vida. Aqui não há investimentos na medicina preventiva. Os exames periódicos são mal aplicados, não servem para detectar um mal, mas para empregar ou desempregar”<sup>3</sup>.

A saúde, por outro lado, foi alçada a nível constitucional, na Constituição Federal de 1988, que ao cuidar do artigo 196 estabelece:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas

<sup>1</sup> MARENSEI, Voltaire. *O seguro no Direito brasileiro*. 3. ed. Síntese, 1996. p. 193.

<sup>2</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 735, p. 376-377, jan. 1997.

<sup>3</sup> *Revista de Seguros*, p. 16, jan./mar. 1997.

sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Vislumbra-se nessa formulação o enfoque social, inclusive referendado pela sanitarista acima nominada, no sentido de que os exames periódicos viabilizam, por parte dos segurados, um pagamento menor dos prêmios efetivados junto às seguradoras, a exemplo do que já se verifica em legislações estrangeiras.

É verdade que, com o evoluir dos fatos sociais, as companhias de seguro adotam, atualmente, as chamadas *coberturas opcionais*, desde que haja uma solicitação feita por escrito pelo segurado e uma vez pago o prêmio adicional respectivo, resguardando às condições gerais da apólice de seguro-saúde.

O respaldo legal dessas manifestações elevadas a nível contratual está estribada, a meu sentir, na disposição do art. 1.466 do Código Civil, que assim reza:

“Pode ajustar-se o seguro, pondo certo número de segurados em comum entre si o prejuízo, que a qualquer deles advenha, do risco por todos corrido”.

Por outro lado, as empresas que administram planos e seguros de saúde poderiam oferecer descontos, como acontece nas legislações mais adiantadas, onde o controle dos riscos, como assinalou a ilustre sanitarista acima nominada, é efetivado com o auxílio da medicina preventiva.

O fato é que a nossa legislação é totalmente omissa nesse particular, com a existência de programas de medicina preventiva de pouca significação, além de se contar com impedimentos previstos pelo Código de Ética Médica.

Porém, a grande realidade é que o Sistema Financeiro Nacional, previsto pelo legislador na Constituição Federal de 88, especificamente o inciso II do art. 192, vislumbra a regulamentação da matéria em sede de lei complementar, com autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguros, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador.

De tal arte, na falta de uma sistematização atualizada da matéria, aliada à falta de exames médicos preventivos, bem como o incremento cada vez maior de doenças desconhecidas carregam a todos os segmentos, que gravitam em torno desse tema a uma determinada *zona*

*griz*, atuando como verdadeiro flagelo à saúde brasileira.

É por isso que o Ministro da Saúde, Carlos César de Albuquerque, ao tratar do Ano da Saúde no Brasil/97, enfatizou:

“O Ano da Saúde tem o objetivo de organizar de forma conseqüente e articulada as ações do Governo Federal relacionadas com a saúde, fazendo com que Estados e municípios assumam integralmente suas responsabilidades, convocando os meios de comunicação para a tarefa de conscientizar as pessoas sobre a prevenção de doenças, controlando e fiscalizando planos de saúde privados e, destarte, agindo com coragem e firmeza no combate às fraudes, garantindo à população um atendimento digno nos postos de saúde e nos hospitais”<sup>4</sup>.

Diante deste quadro, inclusive com a discussão da matéria relativa ao Sistema Financeiro Nacional, que regulamenta o art. 192 da Constituição Federal, sob Projeto de Lei Complementar nº 47, de 1991, hoje com o substitutivo do Parecer do Relator desta Comissão, Deputado Saulo Queiroz, levado em sala da Comissão aos 13 de maio próximo passado se acelerou o Grupo de Trabalho Interministerial, dos Ministérios da Saúde, Justiça e Fazenda, no sentido de regulamentar os Planos e Seguros de Assistência à Saúde.

Num esboço superficial deste anteprojeto, que se declinará a título de ilustração, se abordará os temas tratados neste trabalho. O primeiro diz respeito ao caráter abrangente da regulamentação, que engloba as empresas ou entidades de medicina de grupo, cooperativas de serviços médicos ou odontológicos, seguradoras, empresas ou entidades de autogestão e outras pessoas jurídicas que ofereçam ou comercializem planos de assistência à saúde.

Na definição de assistência à saúde se prevê, em seu art. 5º, a assistência ambulatorial, hospitalar, odontológica, laboratorial e outras.

Dentro dos limites operacionais de atuação se propõe a forma de medicina de grupo, cooperativas, seguradoras e autogestão com reembolso no atendimento de prestadores credenciados, em caráter exclusivo aos associados, empregados ou dirigentes, vedada à comercialização pública.

<sup>4</sup> ALBUQUERQUE, Carlos César de. *Ações e metas prioritárias*. Ministério da Saúde, 1997. p. 7.

As entidades operadoras também foram previstas nesse projeto de lei. Como órgão regulador e normatizador estabeleceu-se o Conselho Nacional de Seguros Privados, que, se for aprovado o Projeto de Lei Complementar nº 47/91, acima referido, será modificado por uma composição mais abrangente, com a nomenclatura de Conselho Financeiro Nacional, *ex vi*, do art. 4º.

O órgão executivo, vale dizer, o qual fiscalizará essas entidades, estará afeto a Susep, aliás, mantida na regulamentação da norma constitucional.

Existem exigências básicas de operação, tais como registro prévio nos conselhos profissionais, discriminação dos serviços próprios e credenciados, definição da capacidade básica e técnica de atendimento, com viabilidade econômico-financeira, inclusive com especificação da área geográfica de atendimento.

Nesses seguros e planos estarão englobados todos os eventos constantes da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde, da OMS, bem como atividades de promoção e proteção à saúde definidas pelo Ministério da Saúde, resguardando o caráter de excepcionalidade em cada negócio jurídico avençado.

O projeto limita o tempo de internação hospitalar, que, a meu juízo, retrata a verdadeira estratificação estabelecida em dados atuariais. Uma das grandes disposições previstas nesta legislação contempla a figura do idoso, que não mais ficará alijado destes planos ou seguros, aliás, guardando identidade com princípio de isonomia constitucional.

A questão da livre resolubilidade pela seguradora, matéria que adiante traço um paralelo com o direito português, está prevista no anteprojeto, salvo os casos de inadimplência do associado ou segurado.

Há, também, a garantia de ressarcimento ao SUS, inclusive com a instituição do fundo de custeio dos procedimentos de alto custo.

Quanto aos prestadores de serviços, a lei prevê definição de deveres, obrigações e limitações notadamente nas entidades sem fins lucrativos.

A regulamentação da corretagem do seguro, bem como os direitos e deveres dos associados e segurados estão tipificados nesse anteprojeto.

Quanto à fase de transição destes planos e seguros, o legislador utilizou-se da Lei nº 6435/77, que trata da Previdência Privada.

No tocante às reservas técnicas e respectiva fiscalização da Susep, a lei também não deixa de regrear em relação à matéria.

Há obrigatoriedade, pela regulamentação, no sentido de que as entidades operadoras obrigam-se a fornecer, em caráter mensal, informações epidemiológicas gisadas em portaria do Ministério da Saúde, assim como de participar de Campanhas de Prevenção e Educação à Saúde.

As hipóteses de intervenção e liquidação extrajudicial, como também das penalidades legais aos dirigentes, não escapuliram do arguto juízo de valor previsto pelo legislador, muito embora as punições de ordem penal não sejam bem vistas, *data venia*, pela boa doutrina em matéria de legislação repressiva extravagante.

A outra parte objeto deste trabalho se relaciona ao tema da responsabilidade civil, médica e hospitalar, que se abordará, em linhas gerais, a fim de seguir a exposição do tema acima previsto.

Um dos melhores trabalhos, atuais, já escritos sobre a responsabilidade civil do médico foi elaborado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ilustre integrante do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que em certa altura de seus ensinamentos ao tratar da matéria, assim enfatizou:

“As expectativas do doente não só por isso se ampliaram: a seguridade social estendeu o uso dos serviços médicos. E o doente, que também é um segurado, confunde facilmente o direito à seguridade com o direito à cura: se esta não ocorre, logo suspeita de um erro médico. “Chammard, Georges Boyer, et Monzein, Paul, *La responsabilité médicale*, Presses Universitaires, 1974, p. 2”<sup>5</sup>.

Nesse sentido, em princípio, médicos e cirurgiões não podem empreender nenhum tratamento ou intervenção, sem haver tido o consentimento do enfermo.

Ao azo desta colocação acima registrada, valho-me de uma passagem de “Mazeaud e Tunc – Responsabilidade Civil”, quando afirmam:

“A questão se apresenta com bastante freqüência quando o cirurgião descobre, no curso de uma operação, uma lesão mais grave de que havia diagnosticado,

<sup>5</sup> AGUIAR JR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade civil do médico*. RT, 718, p. 34.

mas que exigiria uma intervenção mais ampla ou diferente da que se havia previsto”<sup>6</sup>.

Com base no exemplo acima registrado por aqueles notáveis cultores da responsabilidade civil, apresso-me em constatar a seguinte hipótese fática:

E se o médico pensando, no curso de uma operação cirúrgica, tratar-se de uma simples hérnia de hiato, posteriormente vem a se deparar com uma úlcera perfurada, apresentando, ainda, o paciente sérios problemas cardiovasculares devido à obstrução de várias artérias, o que deve fazer? Diligenciar para salvar o paciente, ou consultar a entidade que agrega este participante ou segurado, a fim de saber se aquele terá cobertura em seu plano de seguro-saúde?

Sob o ponto de vista da ética médica, acredito que não haveria nenhuma resistência em adotar a conduta mais humana possível, já que o valor vida está sobreposto a qualquer outro bem. Mas esta indagação é jogada nesta palestra, apenas como elemento de reflexão, visando apresentar uma hipótese em “n” possíveis de ocorrer e, de consequência, de se deparar a medicina frente à responsabilidade civil e suas coberturas nos respectivos planos de seguro-saúde.

A matéria da responsabilidade civil dos médicos, lembra Aguiar Dias, que a tendência observada por Jossierand na jurisprudência francesa acabou por firmar-se definitivamente, depois do famoso julgado de 20 de maio de 1936, pela Câmara Cível da Corte de Cassação. Mostra, ainda, com razão, que, malgrado colocada entre os casos de responsabilidade aquiliana, no nosso Código Civil a responsabilidade desses profissionais é contratual<sup>7</sup>.

Diante desse exemplo dado, à guisa de ilustração, no Recurso Especial nº 27.039/SP, relator Ministro Nilson Naves, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“Médico. Direito de internar e assistir seus pacientes. Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM 1.246/88, artigo 25. Direito de propriedade. Código Civil, art. 524. Decisão que reconheceu

o direito do médico, consubstanciado na resolução, de “internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição, não ofendeu o direito de propriedade, estabelecido no artigo 524 do código Civil. Função social da propriedade, ou direito do proprietário sujeito a limitações. Constituição, artigo 5º, XXIII”<sup>8</sup>.

A decisão acima transcrita parece que não se harmoniza com as observações tecidas por “Jean Penneau, *La Réforme*, p. 528; Markesinis, Basil, *Problèmes de Responsabilité Médicale en Droit Anglais, Revue Internationale de Droit Comparé*, 1988, nº 2, p. 351-356. Para esses autores mencionados, uma seria a relação constituída entre o médico e a empresa ou o hospital público, e outra entre empregado com a empresa, ou entre o segurado com a instituição de seguridade, mas não haveria contrato entre o médico e seu paciente”<sup>9</sup>.

Por outro lado, em recente publicação na *Revista dos Tribunais*, janeiro de 1997, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, nos embargos infringentes, na Apelação Cível nº 197.047-8/01, relator Juiz Almeida Melo, decidiu:

“É devida a indenização, inclusive pelos danos morais e estéticos sofridos por paciente menor de idade, quando a lesão nele causada decorreu de inadequado atendimento médico prestado no primeiro hospital em que fora internado, não configurando a culpa concorrente de seus genitores o fato de o haverem retirado daquele estabelecimento em busca de melhores serviços em outro nosocômio, hipótese em que incide a regra da responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal”<sup>10</sup>.

Cuidando-se de obrigação de meio, salvo as hipóteses de medicina estética em que o resultado visado é aquele em que as partes contratantes, vale dizer, o cirurgião e o paciente previram o final da operação realizada por meio de gráficos, desenhos, ou projeção computadori-

<sup>6</sup> MAZEAUD, TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*. Buenos Aires : Ed. Jurídicas Europa América, 1962. p. 179.

<sup>7</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Da responsabilidade civil*. Saraiva, 1995. p. 265.

<sup>8</sup> *A Constituição na visão dos Tribunais*. 1997. v. 3, Saraiva, p. 1273.

<sup>9</sup> AGUIAR JR, op. cit., p. 35.

<sup>10</sup> *Revista dos Tribunais*, v. 735, p. 384.

zada etc., o médico tem sua responsabilidade civil gizada no art. 1.545 do Código Civil, que preceitua:

“Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

Em igual sintonia a matéria está versada na Lei nº 8.078/90, conhecida como Código do Consumidor, quando no parágrafo 4º, do art. 14 determina

“que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Por fim, quanto ao tema da responsabilidade civil, em sede Judicial ficará adstrita a todos os meios de prova em Direito admitidos, levando-se em conta sempre o princípio da boa-fé, aliás, consagrado, de modo expresso, no parágrafo 242 do BGB, sem se olvidar que no contexto da responsabilidade estabelecida no contrato de prestação médica, o paciente terá que demonstrar que o serviço não foi cumprido adequadamente.

Via de regra, como ressaltou J.M. de Carvalho Santos, respaldado na literatura estrangeira, o médico, no exercício de sua profissão, só pode ser responsabilizado quando se prova ter ele cometido uma falta grave indicativa de inexperiência e imperícia manifestas. – Dec. do Trib. Civil de Marselha, de 4 de junho de 1903. F. PHYLY AINÉ, Jurisp. cit., n. 374, p. 97.<sup>11</sup>

Nesta linha de pensamento, pode-se atribuir em matéria de responsabilidade civil médica indicativo registrado na erudita obra do jurista português Luiz da Cunha Gonçalves, de que

“o norte a atender em matéria de responsabilidade é este: deve reparar o dano quem se arriscou, com ou sem intenção de tirar proveito, a exercer, por si ou por via doutrem, uma atividade qualquer, positiva ou negativa que resultou esse dano”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. 31, Freitas Bastos, 1961, p. 265.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. v. 1, t. 2, - Ed. Max Limonad, 1955. p. 523-524.

Tal interpretação, registra o ilustre jurista Ruy Rosado de Aguiar Júnior,

“mais recentemente, vale dizer, em 21.02.91, a Corte de Versailles, reconhecendo a existência de uma obrigação de meios, condenou o cirurgião plástico que não comparou convenientemente os riscos e os benefícios de uma operação considerada prematura, deixando de fornecer a exata informação de todos os riscos (Recueil Dalloz-Siry, 1993, p. 29)”<sup>13</sup>.

Para arrematar esta exposição quanto ao tema da responsabilidade civil médica, pode-se constatar que o uso do seguro devido a erro médico, ou profissional, é pouco utilizado, quer porque a renda destinada ao uso do seguro no Brasil ainda não se generalizou como nos demais países adiantados, quer porque, em verdade, existem poucas ações de indenização em relação aos inúmeros casos em que as partes acreditam terem sido lesadas, mas que, por um motivo ou outro, não são levadas adiante.

Por derradeiro, atendendo em última análise programas de ordem social para a melhoria e a qualidade dos serviços de saúde, o titular da Pasta traçou a seguinte mensagem como perspectiva de uma visão a ser logo desencadeada:

“Será estimulada a criação de consórcios intermunicipais e interestaduais de saúde, de maneira que os hospitais, as emergências e os serviços especializados de determinada região atuem de maneira integrada e coordenada. A formação de consórcios intermunicipais será coordenada pelos Estados, e os interestaduais diretamente pelo Ministério.

Será feito um esforço especial para integrar na gestão plena, sob a forma de consórcio, os municípios que façam parte das regiões metropolitanas das grandes cidades brasileiras”<sup>14</sup>.

Com estas determinações acredito que se atenderá à descentralização política e administrativa, cabendo, no dizer abalizado de José Afonso da Silva,

“a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos respectivos programas às esferas estaduais e municipais, bem como a entidades beneficentes e de assistência social”.

<sup>13</sup> AGUIAR JR. op. cit., p. 39-40.

<sup>14</sup> ALBUQUERQUE. op. cit., p. 9-10.



Também, como arremata o festejado constitucionalista, “a participação da população”, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis certamente contribuirá para uma efetiva realização de uma autêntica assistência social à população brasileira<sup>15</sup>.

Penso que com estes propósitos somados à elaboração de um diploma dirigido ao mercado de seguros, a exemplo de uma codificação securitária, poderiam melhor estruturar e reordenar métodos e normas dirigidas ao bem comum.

Nesta esteira de pensamento, a “Proposta de Regulamentação dos Planos e Seguros de Assistência à Saúde”, elaborada pelos Ministérios da Saúde, da Justiça e da Fazenda, como se ressaltou anteriormente neste trabalho, prevê no parágrafo único de seu art. 39 que

“As Entidades Operadoras submeterão à Susep o seu programa de ajustamento, indicando os recursos que serão aportados ao capital ou ao patrimônio líquido”.

Por outro lado, existem inúmeros projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, sem que se tenha, até o presente momento, um estatuto orgânico e sistemático a teor do enunciado constitucional previsto no artigo 197 da Constituição Federal de 1988.

Acredito que a regulamentação, fiscalização e controle, com sua execução, quer por pessoa física ou jurídica de direito privado, imporá aos serviços de saúde uma melhoria a todos os que possam deles se valer, evitando-se procedimentos legais, a exemplo de várias ações diretas de inconstitucionalidade, com pedidos de efeitos cautelares interpostas perante o Supremo Tribunal Federal, com o escopo de cassar dispositivos legais. Essas ações, em síntese apertada, procuram alforriar as seguradoras da responsabilidade pela cobertura de custos e gastos decorrentes de tratamentos médicos de enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde (OMS), independentemente da vontade das seguradoras, posto que essas doenças não se acham previstas nos respectivos contratos de seguros. Esses pedidos têm encontrado guarida, com voto favorável pela maioria do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da ADIn

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. Malheiros, p. 764.

nº 1.595-8-SP, que teve como relator o Ministro Nelson Jobim.

Isso também se deve ao fato de não termos uma situação legal conhecida nos contratos de seguro de doenças como “*a questão da livre resolubilidade pela seguradora*”, a exemplo do direito português, art. 21, do Decreto-Lei nº 176/95, de 26 de julho, e da legislação francesa, de modo específico. Esse direito de resolução, relativamente ao seguro de doença, segundo a previsão do nº 2 do sobredito art. 21 da lei portuguesa inclui a não-renovação, quer pela seguradora, quer pelo tomador, vale dizer, o segurado<sup>16</sup>. Por isso, como ressaltai no decorrer desta exposição, o referido anteprojeto encampado pelos Ministérios citados prevê, de modo expresso, tal hipótese legal.

Como derradeiro, quanto ao tratamento jurídico no direito pátrio, dispensado a enorme gama de endemias, que seriam objeto ou não de cobertura securitária, o legislador ordinário andou bem, quando previu no art. 26, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que os critérios e valores da cobertura assistência serão aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde, para, logo em seguida, no parágrafo 2º, deste dispositivo, estabelecer:

“Parágrafo 2º – Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS, mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”.

Para finalizar, penso que o equilíbrio econômico e financeiro do contrato estabelece o princípio da proporcionalidade, que como se registrou alhures, está consagrado em dispositivo do Código Civil, denominado como seguro mútuo. Neste ajuste, se encontra imbricada aquela regra, de que

“certo número de segurados em comum repartem o prejuízo, que a qualquer deles advenha, do risco por todos corrido”.

Diante deste princípio, vale dizer, da proporcionalidade se cristaliza o binômio custo-benefício, para o qual tanto os segurados como os seguradores estarão acobertados em normas e preceitos éticos, equação fundamental para bom termo de todo e qualquer contrato jurídico.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Arnaldo Filipe. Contratos de seguros face ao regime das cláusulas contratuais gerais. *Boletim do Ministério da Justiça*, v. 448, p. 73 e 84, jul. 1995.

# A Constituição de 1988 e a intervenção estatal no domínio econômico

ROBERTO MOREIRA DE ALMEIDA

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Atuação estatal no domínio econômico. 2.1. Considerações gerais. 2.2. Intervenção estatal direta. 2.3. Intervenção estatal indireta. 3. Conclusões.*

### 1. Introdução

Hodiernamente, temos constatado nos meios político e jurídico discussões concernentes ao verdadeiro papel que o Estado deve exercer na economia, principalmente após as recentes privatizações levadas a efeito pelo Executivo brasileiro.

As questões centram-se basicamente em saber-se se é preferível termos um Estado intervencionista ou liberal.

Sem adentrar no cerne dos questionamentos, sobretudo por constatarmos que existem argumentos contundentes favoráveis e contrários a qualquer das alternativas, resolvemos analisar a Constituição econômica vigente. Descobrimos que o pensamento do constituinte de 1987/88 foi em atribuir apenas excepcionalmente ao Estado e, em regra, à iniciativa privada, por meio da livre concorrência, o exercício da atividade econômica.

O modesto trabalho que ora se apresenta, em síntese, terá por desiderato analisar a atuação estatal no domínio econômico, à luz da Lei Fundamental, promulgada em 5 de outubro de 1988.

### 2. Atuação estatal no domínio econômico

#### 2.1. Considerações gerais

Muito embora a expressão “atuação estatal no domínio econômico” seja deveras ampla,

utilizá-la-emos no sentido de como o Estado atuará dentro da seara econômica.

De um lado, analisaremos o Estado-empresário, como forma de intervenção estatal direta. Em seguida, sob o enfoque da intervenção indireta, quando o Estado atua como agente fiscalizador, incentivador e planejador da atividade econômica, visando atingir os fins a que se propõe.

## 2.2. Intervenção estatal direta

Na intervenção estatal direta, a participação do Estado na economia ocorre na modalidade de empresário, através de suas empresas. Aqui, o Poder Público participa diretamente da atividade econômica, comprometendo-se com a atividade produtiva.

Em consonância com o estatuído na vigente Carta Magna, o Estado brasileiro intervirá diretamente no domínio econômico sob dois regimes: monopolista e concorrencial. Analisemos cada um *de per si*:

### *I - Regime estatal monopolista*

#### *a) Conceito de monopólio*

Segundo Aurélio Buarque de Holanda<sup>1</sup>, “monopólio, do grego *monopólion*, latim *monopolium*, consiste no tráfico, exploração, posse, direito ou privilégio exclusivos”.

De Plácido e Silva<sup>2</sup> averbera no mesmo dia-pasão, “monopólio, derivado do latim *monopolium*, de origem grega (*monos* – só e *poliem* – vender), quer exprimir o regime em que se dá o direito ou a faculdade a uma pessoa ou a um estabelecimento para que, com exclusividade, produza e venda certas espécies de produtos”.

Monopólio, portanto, consiste na concessão, a uma única pessoa ou grupo, a prática exclusiva de determinada atividade.

#### *b) Monopólio na Constituição*

A Lei Maior mostrou-se arredia ao monopólio. Vê-se, uma vez existentes, previsão à repressão a monopólios privados, porquanto estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º, CF).

<sup>1</sup> HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, p. 1155.

<sup>2</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, p. 206.

No que pertine ao monopólio público, todavia, embora exceção, há previsão constitucional.

Com efeito, assevera o art. 177 da Lei das Leis:

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados”.

Com a flexibilização ocorrida com o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, a União poderá contratar com empresas públicas ou privadas a realização das atividades suso-mencionadas, exceto quanto à pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minerais nucleares e derivados, que ficarão sob a égide daquele ente federativo.

Em suma, o monopólio será combatido, porquanto prática econômica indesejável, caso praticado pela iniciativa privada e, excepcionalmente, permitido ao Poder Público nos casos expressamente elencados na Constituição.

### *II - Regime estatal concorrencial*

#### *a) O Estado concorrente*

Além das hipóteses de monopólio vistas acima, o Estado poderá, outrossim, intervir diretamente na atividade econômica, concorrendo em igualdade de condições com o particular. É preciso, entretanto, que sejam atendidas certas condições.

De fato, afirma o art. 173 da CF/88 que

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será

permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Dessume-se do dispositivo constitucional em tela que não é em qualquer atividade econômica que o Estado poderá atuar como empresário. Esta deve pautar-se aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, a ser definidos em lei ordinária.

Destarte, não havendo o preenchimento dos requisitos mencionados, o Estado não exercerá atividade econômica. Deixará a cargo da iniciativa privada o seu exercício.

#### *b) Instrumentos de participação direta do Estado na economia*

O Estado concorrerá com a iniciativa privada através das empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais.

Sobre o assunto é oportuno lembrar o ensinamento de José Afonso da Silva<sup>3</sup>, a saber:

“Instrumento de participação do Estado na economia são a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais, como são as subsidiárias daquelas. As empresas e entidades que explorem atividade econômica terão que ser criadas por lei específica, assim como depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de suas subsidiárias (art. 37, XIX e XX) e sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, e não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. Recordemos que essas exigências não se aplicam às empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos.”

Dessume-se, que o constituinte resolveu estabelecer critério isonômico de tratamento entre as empresas públicas, privadas e de economia mista. Tal entendimento é compartilhado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>4</sup>, veja-se:

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, p. 736.

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, v. 4, p. 173.

“Em setores não monopolizados da economia, portanto, em setores onde concorram empresas privadas e públicas e sociedades de economia mista, deve existir, segundo o dispositivo que ora se comenta, igualdade jurídica. Assim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista estarão sujeitas às mesmas normas que se aplicam às empresas privadas, especialmente quanto ao direito do trabalho e ao direito das obrigações”.

### 2.3. Intervenção estatal indireta

O Estado, ao disciplinar a ordem econômica, observando certos princípios, tem determinadas metas a atingir.

*Exempli gratia*, a Constituição vigente estabelece em seu art. 170 que

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

Para a consecução de tais escopos urge a participação estatal, sobretudo como agente normativo e regulador da atividade econômica. Eis aí a intervenção estatal indireta.

Nesse sentido, o Estado somente estará intervindo na ordem econômica de forma indireta, ou seja, um mero agente disciplinador da economia. No dizer de Celso Ribeiro Bastos<sup>5</sup>:

“A intervenção indireta ocorre quando o Estado condiciona, motiva ou enquadra a atuação dos atores econômicos, nada

<sup>5</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, v. 7, p. 108.

obstante o fato de ele mesmo não assumir nenhum papel como produtor ou distribuidor de bens e serviços”.

A intervenção estatal indireta na ordem econômica está disciplinada no art. 174 da Constituição Federal vigente.

Com efeito, aduz o dispositivo em epígrafe:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Na expressão de José Afonso da Silva<sup>6</sup>, a intervenção indireta na economia caracteriza-se “pelo Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica”.

#### *I - O Estado regulador da atividade econômica*

“A atuação reguladora da atividade econômica por parte do Estado, na concepção de João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>7</sup>, está sujeita ao princípio da subsidiariedade, no que tange a deixar aos indivíduos a tarefa de regulamentar a própria atividade, ou de não criar regras que dificultem, em lugar de viabilizar, a atividade econômica. É o fenômeno atualmente conhecido como desregulamentação da economia”.

Como agente regulador da atividade econômica, o Estado exercerá a função fiscalizatória sobre os sujeitos econômicos.

Verificará e coibirá, v.g., o abuso do poder econômico, tendente à dominação dos mercados, à eliminação de concorrência através de formação de cartéis, oligopólios e outras práticas nocivas a uma economia de mercado.

Visando regular e fiscalizar a atividade econômica, surgiu a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em autarquia, e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

#### *II - O Estado promotor da atividade econômica*

O Estado poderá ainda intervir indiretamente como promotor da atividade econômica, sob a forma de incentivo.

Para José Afonso da Silva<sup>8</sup>,

“Incentivo, como função normativa e reguladora da atividade econômica pelo Estado, traz a idéia do Estado promotor da cidadania. É o velho fomento, conhecido dos nossos ancestrais, que consiste em proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, as atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral. A própria Constituição já determinou apoio, estímulo e favorecimento a atividades específicas: o cooperativismo e o associativismo, as microempresas, nos termos dos arts. 174, §§ 3º e 4º, e 179”.

#### *III - O Estado planejador da atividade econômica*

A instrumentalização do planejamento dar-se-á mediante a elaboração por parte do Estado de planos com o fim de organizar determinadas atividades econômicas com o afã de obter resultados previamente colimados.

No dizer de Eros Roberto Grau<sup>9</sup>,

“...a forma de atuação estatal, caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual se procura ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social em condições de mercado”.

A Constituição vigente, ao se referir a planejamento econômico, estatui que ele será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174, *caput*). Ademais, acrescenta em seu parágrafo primeiro, que as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado serão estabelecidas por lei, com a incorporação e compatibilização dos planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

### 3. Conclusões

Ante o exposto, sobre a intervenção do Estado na ordem econômica, sob a ótica da Lei Fundamental de 1988, poderemos tecer as

<sup>6</sup> SILVA, J. A. da. Op. cit., p. 738.

<sup>7</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro : Forense, p. 190.

<sup>8</sup> SILVA, J. A. da. Op. cit., p. 739.

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo : RT, 1981. p. 45.

seguintes conclusões:

a) a opção do constituinte, foi por um sistema econômico capitalista, a cargo da iniciativa privada e excepcionalmente com a participação do Estado;

b) o Estado, em certas situações, intervirá diretamente ou indiretamente na ordem econômica;

c) a intervenção direta dar-se-á sob o regime monopolista ou concorrencial;

d) o regime de monopólio da União será exercido unicamente nos casos estritamente elencados pela Carta Federal;

e) o monopólio público, bastante limitado, incidirá sobre petróleo, gás natural e minerais nucleares (art. 177, CF/88);

f) com o advento da Emenda Constitucional nº 9/95, houve uma flexibilização no monopólio estatal, podendo a União contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades retromencionadas, exceto quanto à pesquisa, à lavra, ao enriquecimento, ao reprocessamento, à industrialização e ao comércio de minérios e minerais nucleares, que por uma questão de segurança nacional continuam exclusivos daquele ente federativo;

g) em regime concorrencial, o Estado atuará, por meio de suas empresas públicas, sociedades de economia mistas e outras entidades, apenas nos casos necessários aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173, CF/88);

h) a intervenção estatal indireta ocorrerá com a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, quando exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento;

i) a intervenção indireta caracteriza-se pelo Estado regulador, promotor e planejador da atividade econômica;

j) como agente regulador da economia, observando o princípio da subsidiariedade, o Estado exercerá a função fiscalizatória da atividade econômica;

k) como promotor, o Estado atuará como incentivador da atividade econômica;

l) o planejamento da atividade econômica será exercido por meio da elaboração de planos por parte do Estado com o fito de organizar determinadas atividades econômicas com o escopo de obter resultados previamente estabelecidos;

m) o planejamento será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

## Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 6, t. 1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1995. v. 4.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário ortográfico da língua portuguesa*. São Paulo : Nova Fronteira, 1990.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.

# Constituição, desenvolvimento e modernidade

JOSAPHAT MARINHO

## SUMÁRIO

*1. Destino do Instituto dos Advogados. 2. A Constituição brasileira. 3. A Constituição e o desenvolvimento. 4. Globalização. 5. Modernidade. 6. Supremacia da Constituição.*

### 1. Destino do Instituto dos Advogados

O Instituto dos Advogados da Bahia, menos pelo respeito à norma estatutária, que o rege, do que por seu destino histórico, guarda tradição de permanente fidelidade à cultura e ao regime constitucional e de liberdade. Ao longo de um século, ora justamente comemorado, não cedeu à força, não confundiu firmeza com exagero inútil, manteve-se coerente no exercício enérgico e polido da autonomia de pensar.

Coube-lhe, na centúria relembrada, ser defensor da ordem jurídica diante de governos arbitrários – na Primeira República; após a Revolução de 1930; durante o Estado Novo e no regime de 1964 –, bem como enfrentar os efeitos de duas grandes guerras. Num como noutro pós-guerra, em face de transformações profundas de natureza social e econômica, houve que se dedicar, em conferências e outros estudos, muitos publicados na *Revista Forum*, ao esforço de reconstrução de conceitos e instituições. As idéias de socialização e democracia, que repercutiam intensamente na política, no direito e na economia, exigiam revisão de princípios e convicções. Jamais o Instituto reduziu a legalidade ao texto inerte das formulações adotadas. Lutou sempre por lhes dar vida, se adequadas, ou por substituí-las ou aperfeiçoá-las, se impróprias.

Na dimensão desse tempo de insigne

Exposição feita em 13 de junho de 1997, no Seminário comemorativo do centenário do Instituto dos Advogados da Bahia.

responsabilidade da inteligência, não faltou à sua missão cultural. Em 1931, imperante o Governo Provisório originário da Revolução, reclamou do “eclipse da ordem jurídica”, propugnando a reconstitucionalização do país, em Manifesto elaborado pelo saber de Odilon Santos. Em 1944, invocando a participação do Brasil na guerra e para que melhor se promovesse a “reedificação democrática”, defendeu a concessão de anistia, como “indispensável à unidade nacional”. Participando das comemorações do centenário de nascimento de Rui Barbosa, em 1949, promoveu extraordinário Congresso de Direito Constitucional, a que compareceram juristas de diversos pontos do país, discutindo teses e problemas relevantes, com nítido espírito de renovação institucional.

Na transição presente, cabe-lhe, outra vez, postura resoluta e de equilíbrio. Na expansão do ideário social ou socialista, tornou-se necessário conter o ímpeto de tendências e mecanismos novos, como os do Estado intervencionista, para que a força da coletivização fosse disciplinada, e não anulasse o poder de iniciativa e os atributos da personalidade do indivíduo. Era imprescindível situá-lo no processo de socialização, de sorte que, como *ser*, desempenhasse papel de agente, e não de mero produto, da mudança igualitária. Daí o relevo conferido aos direitos fundamentais – nas Constituições, em documentos internacionais e na consciência social, nos últimos 50 anos.

No momento atual, de práticas neoliberais e de economia global, a resistência há de traduzir-se no esforço de manutenção da autoridade do Estado, em limites precisos do direito positivo. Assim se impõe a fim de que o poder da riqueza, fortalecido com o enfraquecimento do Estado, não venha a cercear em demasia direitos essenciais, sobretudo entre os de índole social. Os privilégios materiais, se não contidos, destroem as bases jurídicas e morais da igualdade – é a lição do regime capitalista. Tal verificação independe de filosofia política porque é um fato da vida que as divergências ideológicas não podem obscurecer. Dirigentes espirituais e políticos hão de atentar nessa circunstância, para que tendências, que são opções discutíveis, não afrontem a consciência coletiva como verdades consagradas.

Às instituições de cultura, notadamente as de passado ilustre como o Instituto dos Advogados da Bahia, cabe o elevado papel de vigilância crítica e de esclarecimento, que preserva

o equilíbrio e favorece a evolução dos mecanismos do Estado, sem mudanças desnecessárias. Transformações amplas ou rupturas se justificam quando as estruturas criadas, por seu envelhecimento ou por sua rigidez, não se adaptam às alterações supervenientes e as rejeitam, em prejuízo da sociedade. Mesmo assim, velhas criações legislativas, como o Código Civil francês ou o alemão e a Constituição americana, embora objeto de reformas, resistem às modificações e continuam vigentes. É a comprovação de quanto se revela difícil substituir grandes construções normativas, apesar de antigas. Maior, logicamente, será o obstáculo à erosão dos textos novos.

## 2. A Constituição brasileira

A Constituição brasileira de 1988, originária de assembléia pluripartidária e elaborada na transição do sistema autoritário para a ordem democrática, precisa ser largamente entendida e energeticamente praticada, no complexo de suas normas. Se não é perfeita – o que também ocorre com a generalidade das Leis Fundamentais –, reflete a média do pensamento nacional, traduzido pelas correntes de opinião representadas na Constituinte. No seu contexto, seguramente há excessos e falhas decorrentes da multiplicidade de idéias em contraste e das condições de receio e repulsa à violência, em que foi tecida. Acrescente-se que desde 1964 a representação parlamentar operava em regime de abusivas limitações, impeditivas de renovação da vida pública e de aperfeiçoamento da técnica legislativa. Não obstante essas circunstâncias, os defeitos do texto, salvo em alguns pontos, que não atingem o cerne do instrumento em seu conjunto, são corrigíveis por interpretação sistemática e teleológica, e, quando próprio, com alcance construtivo. Demais, as leis complementares previstas podem dar ao texto, por disposições especificativas, a extensão e a concretude nele não delineadas, por ser fonte de princípios básicos e gerais.

De superior importância é ver, também, que cláusulas preeminentes da Constituição exprimem aspiração de vida digna, sem conflitos desumanos, e indicam diretrizes propiciadoras da realização desse anseio comum. Além de institucionalizar o poder democrático, delimitando as competências diversas, enuncia os direitos do indivíduo e do cidadão, com as garantias respectivas. Prevê, mesmo, o mandado de injunção como forma de evitar que a



“falta de norma” reguladora “torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI)”. Ergue o princípio de igualdade à categoria de proteção dos direitos em geral (art. 5º). Como a sociedade é dividida em classes, que distinguem as pessoas e influem na sua condição social e econômica, a Constituição encerra provisões destinadas a amparar os fracos. Consubstanciou-as na designação – “direitos sociais” (arts. 6º a 11) em harmonia com o que se generalizou no direito público a partir de 1919. No campo social, porém, o fato econômico toma configuração especial. Por isso o constituinte estabeleceu que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os princípios da justiça social, que enumerou (art. 170).” E ainda estipulou, noutro preceito relevante, que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). O propósito de objetividade ou de clareza, porém, diante das disparidades no país, conduziu o legislador maior a dispor, entre outras questões, sobre a reforma agrária (arts. 184-185), a seguridade social (arts. 194-195), a saúde (arts. 196-200), a previdência social (arts. 201-202), a educação (arts. 205-214), o meio ambiente (art. 225), a família (arts. 226-230).

No plano propriamente do Estado, a Constituição inscreveu regras a respeito da administração pública e seus servidores (arts. 37-41), começando por declinar os princípios cardeais “de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade”. Em face da organização federativa mantida e das desigualdades regionais, previu a elaboração de “planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento” (art. 48, IV). Cuidadosamente recomendou que lei estabelecesse “diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado” (art. 174). E, com prudência assinalável, consagrou-se, como regra, a livre atividade econômica, ressaltou a intervenção de Estado por “imperativos da segurança nacional” ou de “relevante interesse coletivo”, inclusive em regime de monopólio (art. 177).

Relembra-se essas prescrições conhecidas, a que outras poderiam ser somadas, como prova da desnecessidade de tantos projetos de reforma na direção do desenvolvimento e da moderni-

dade, antes que a Constituição complete dez anos de vigência. Se nem sempre será fácil a conciliação entre o texto e a realidade, cabe considerar que a Constituição deve ter caráter duradouro, para que se alicerce a estabilidade institucional. Daí bem advertir o Professor Gomes Canotilho ser preciso “assegurar a possibilidade de as Constituições cumprirem a sua tarefa”. E salienta que “esta não é compatível com a completa disponibilidade da Constituição pelos órgãos de revisão”, especialmente se estes se confundem com o “legislativo ordinário”<sup>1</sup> – como ocorre em nosso regime.

### 3. A Constituição e o desenvolvimento

Dir-se-á que as normas constitucionais enumeradas, na sua função disciplinadora, são limitativas da atividade do Estado e da livre iniciativa. São-no, em verdade, e sem reparo cabível. No Estado de Direito, que a Constituição consagra (art. 1º), as faculdades atribuídas ao poder público e aos indivíduos e suas organizações são legitimamente exercidas – segundo ensinamento pacífico –, se adstritas aos limites da ordem jurídica positiva. Esta é a forma, também, pela qual serão respeitados “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e “a dignidade da pessoa humana”, assim como proporcionada a construção da sociedade livre, justa e solidária”, a que se refere a Constituição de 1988 (arts. 1º e 3º).

Coordenadas essas normas e interpretadas pela identidade de seus fins de promoção do bem comum, nelas não há resistência ao desenvolvimento e à modernidade, ao contrário do que se tem admitido apressadamente. O problema não está no contexto delas, mas na exegese que se lhes der e na idéia de desenvolvimento e de modernidade que se fixar, como alvo divisado. Se a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, sem reforma específica, assegurou a Roosevelt, depois de 1930, na grande depressão, transformar o Estado abstencionista em intervencionista, e mudar a economia, só preconceito, ou incompreensão, não permitirá o aproveitamento da Carta de 1988 para as inovações necessárias. Refletindo claros objetivos sociais, como demonstrado, a Constituição propicia soluções condizentes com as exigências atuais. Sob sua autoridade foram adotadas medidas financeiras enérgicas no

<sup>1</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 1135.

primeiro governo eleito por seus princípios, bem assim instituído o Plano Real. Indispensável é que, no processo de adaptação, não se insista em reduzir o feixe normativo superior a simples imagem do fator econômico.

Elemento tipicamente regulador, o direito não pode desconhecer o dado econômico, antes o deve captar e delinear seu conteúdo, para disciplinar-lhe a finalidade. Nele não se asila, ou resume, pois lhe norteia o destino. Em exame da inter-relação dos dois fenômenos, Bruno Oppetit assinalou a “irredutibilidade do direito à economia”, a impossibilidade de “limitá-lo a traduzir, no plano institucional, a organização sócio-econômica, sem perda de sua especificidade”<sup>2</sup>. Para os que não aceitaram a tese marxista da infra-estrutura, consistente na economia, e das superestruturas, entre as quais o direito, representando a primeira “a anatomia da sociedade civil”, no dizer de Frédéric Zenati<sup>3</sup>, significaria grave contradição sustentar o pensamento hoje superado.

Tanto mais surpreendente seria essa postura porque, no arcabouço da democracia, a política, no sentido de fato ou fenômeno, superpõe-se à economia, e lhe define contornos e fins. Em verdade, não há segurança jurídica, nem equilíbrio no plano econômico, se o Estado é *mínimo* e a ação privada *máxima*, quando se sabe que os interesses de pessoas e grupos dominantes tendem sempre a exorbitar do razoável. E é a política, inclusive a legislativa, que traça a direção da vida pública. A evidência desse fato retrata-se até nos erros do processo político e legislativo, ao apurar-se que procedimentos inidôneos ou inseguros e leis más acarretam desprestígio e repulsa na opinião coletiva. Diretriz executiva ou parlamentar mantenedora de privilégios e desigualdades pode gerar crescimento material, benéfico à minoria favorecida, mas não representa desenvolvimento, como expressão de bem-estar geral.

Num substancial livro de 1996, em que assinala a revisão do sistema capitalista, Henri Bartoli assevera que a política se sobrepõe à economia e sustenta que “o fim direto do Estado é conduzir a grau mais elevado a sociabilidade humana, dirigindo-a ao bem comum da soci-

<sup>2</sup> Oppetit, Bruno. *Droit et économie*. Sirey, 1992. p. 18 e 21.

(Archives de Philosophie du Droit. v. 37).

<sup>3</sup> ZENATI, Frédéric. *Le droit et l'économie au-delà de Marx*. p. 121 e 123. (Archives de Philosophie du Droit, v. 37).

idade inteira”, por meio de projetos adequados. Nessa ordem de raciocínio, elucida que “não é a redução do Estado que a governabilidade da economia exige a serviço da vida e do desenvolvimento humano: é o exercício pleno e responsável de suas funções de regulação global, para diminuir as assimetrias negativas entre os grupos, promovendo compensações, e aproveitar as assimetrias determinantes de crescimento”. Paralelamente, salienta a legitimidade de “intervenções seletivas” do Estado, exemplificando, com a política agrícola ou industrial, a luta contra a exclusão e o combate à poluição<sup>4</sup>.

Essa “política de civilização”, reclamada também pelo Brasil, é que constrói o bem-estar geral possível. Não é preciso, para tanto, que o Estado seja fortemente empresário, mas fiscalizador permanente e, quando necessário, agente reparador de distorções e injustiças. Há, ainda, setores da economia, como o energético e o mineral, em que, de modo duradouro ou segundo peculiaridades de cada povo, o Estado deve ter atuação preponderante, para que a ambição de lucro e o espírito de supremacia não prejudiquem o interesse social e nacional. Não alcançamos fase de educação extensiva à maioria da população e de evolução econômica, que permita reservar-se à pluralidade dos grupos sociais e profissionais a livre solução de seus conflitos. É imprescindível a ação do Estado como elemento de ordem e moderação. Atividades há, mesmo, que o Estado deve exercer como um encargo, sem objetivo de lucro, em favor da sociedade e para protegê-la contra os artifícios do livre mercado.

Com olhos de pesquisador experiente e culto, Celso Furtado observou, recentemente, que “o Brasil é uma sociedade em construção, que tem heterogeneidades brutais. Nesse caso, as responsabilidades do Estado, como fiscal da sociedade, são muito maiores. Ninguém pode corrigir as desigualdades que existem no Brasil, senão por intermédio do Estado. O mercado não só não poderá fazê-lo, como tende a agravar as desigualdades sociais. Todo país subdesenvolvido tem que fazer um esforço ordenado para sair do subdesenvolvimento por intermédio de uma política que assume a sua forma mais acabada num plano, e só o Estado pode comandar esse processo”. E recorda o ilustre economista, sem receio dos fatos, que foi a “ação

<sup>4</sup> BARTOLI, Henri. *L'économie, service de la vie*. Presses universitaires de Grenoble, 1996. p. 335.

pública” que construiu “a indústria automobilística, a infra-estrutura rodoviária, o sistema de eletricidade, que é um dos maiores do mundo”<sup>5</sup>.

Não há de ser, pois, a exacerbação do pensamento liberal, ou de suas práticas, que deva superar a clareza da realidade. As teorias, por mais que possam expandir-se, formar convicções ou nutrir interesses, não têm força para contrariar indefinidamente os fatos, quando são estes indicativos do aperfeiçoamento da coexistência. À luz dessa visão realista e culturalmente correta, a economia deve estar a serviço da vida, do ser humano, e não este a ela agregado, como objeto de deliberações alienatórias da personalidade e de suas virtudes.

Logo, o desenvolvimento a que o indivíduo e a sociedade aspiram é um estado de realização comum das pessoas, e não de exclusão de umas, para favorecimento de outras. Pode dizer-se hoje, como Pierre Massé escreveu em 1973, que o desenvolvimento “não é o crescimento material, manifestação estatística do progresso, que busca o aumento das coisas, mas ignora a valorização dos seres. É o crescimento a serviço do homem”<sup>6</sup>. Não é a *quantidade* dos bens produzidos ou criados, mas a *qualidade* da distribuição deles no meio social, que caracteriza o desenvolvimento. Multiplicidade de bens, sem divisão justa, ou sem possibilidade razoável de adquiri-los, não é fator de paz social.

#### 4. Globalização

Semelhantemente, a política de globalização, associada à de livre mercado, não deve ser aceita como inexorabilidade superior à identidade e às exigências de cada povo. É crescente, sem dúvida, a interpenetração e mesmo a interdependência dos povos, pelo desenvolvimento científico e tecnológico, pela economia, pelos modos de convivência. A história da formação dos Estados mostra, porém, que as comunidades nacionais se assemelham, não corporificam uniformidades, mesmo quando têm origens comuns. A autonomia de destino e de cultura cria diferenças, que o tempo torna inconfundíveis.

O processo de globalização, se entrelaça

técnicas, procedimentos e interesses, também hierarquiza os povos, mantendo o domínio dos desenvolvidos e da riqueza. Não tem concorrido para a transformação do sistema social e econômico de privilégios em regime de cooperação e bem geral. Assim o vêm assinalando os doutrinadores, a imprensa, relatórios de organizações internacionais, em confirmação do que experimenta o homem comum.

Se não cabe, nessa exposição, extensa análise do problema, é relevante e suficiente a invocação de manifestações recentes de fonte brasileira, insuspeitada de esquerda, e ainda menos de radicalismo. Em artigo do mês de maio findo, Dom Lucas Moreira Neves, Cardeal culto e atento às questões sociais, salientou ser necessário “globalizar a solidariedade”, tendo em vista, sobretudo, os direitos do trabalho e do trabalhador. Ponderou que “a globalização da economia e do mercado” deve submeter-se a “exigências éticas e jurídicas”. E admitiu a liberdade de mercado, “desde que a mercadoria não seja a pessoa humana”<sup>7</sup>. Com pensamento convergente e baseado na observação direta da vida internacional, o Embaixador Rubens Ricúpero, em artigo também de maio, judiciosamente opõe restrições “aos hinos de louvor à glória da economia globalizada”. Revelando senso da realidade, aquiesce em que “o bem geral da humanidade pode talvez aconselhar a integração dos mercados e a abolição das barreiras ao investimento”. Adverte, porém, com larga compreensão social: “A verdadeira globalização não é apenas a unificação dos mercados ou do espaço econômico. Essa é uma visão reducionista que rebaixa o fenômeno a um dos seus componentes. A globalização é, na verdade, ou deve ser a unificação em dimensão planetária do espaço para a ação e a promoção do homem em todos os campos de bem-estar material e espiritual”<sup>8</sup>. Em junho, o jornal *O Estado de S. Paulo*, de orientação notoriamente conservadora, observou em editorial, inspirado no escritor e jornalista americano William Greider, que “a globalização dos mercados e da economia trouxe, é verdade, um inusitado surto de crescimento, mas de forma alguma os frutos de tanta prosperidade estão sendo distribuídos de maneira equânime”. Reconhece que “as forças do mercado não têm

<sup>5</sup> FURTADO, Celso. A dívida social e a degradação do Estado. *Brasil mais*, n. 1, P. 5 e 8, jan. 1997.

<sup>6</sup> MASSÉ, Pierre. *La Crise du développement*. Gallimard, 1973. p. 11-12.

<sup>7</sup> NEVES, Lucas Moreira. Globalizar a solidariedade. *A Tarde*, Salvador : 28 maio, 1997.

<sup>8</sup> RICÚPERO, Rubens. Genocídio na aldeia global. *Folha de São Paulo*, 31 maio, 1997.

o poder de corrigir esta distorção, a não ser com uma lentidão que apenas contribuirá para o agravamento do desastre social, com reflexos negativos sobre os regimes democráticos”. E aponta a necessidade de ação das “mãos tangíveis dos homens em posição de responsabilidade”<sup>9</sup>.

Vale dizer que juízo sereno, sem facção, reclama a presença do Estado, em cada país, para que a globalização não provoque abalo na ordem social. Opiniões dessa qualidade e isenção atestam que não exageram pensadores e políticos na crítica às tendências da globalização liberal e capitalista, sem freios protetores do homem e da economia nacional. Estende-se, enfim, a crença de que a globalização, como praticada até este momento, é outra forma de colonização, que o espírito de independência e igualdade dos povos não pode aceitar. Impõe-se nova diretriz à globalização, para que a circulação de interesses, riquezas e recursos técnicos e financeiros seja forma de universalizar o bem-estar, e não de manter ou aumentar as discriminações.

## 5. Modernidade

Na esteira dessas idéias, compreender-se-á, também, que a política de manutenção de desigualdades criadas e injustiças, no plano nacional e internacional, não representa a modernidade, tão propagada e tão pouco esclarecida.

Se, em princípio, modernizar é atualizar, a sociedade repele os procedimentos que atualizam e conservam desequilíbrios injustos. A modernidade reclamada é a que transforma a sociedade valorizando o ser humano e os grupos sociais, sem privilégios artificiais, quase sempre produto da riqueza mal distribuída. Não fortalece o indivíduo nem os segmentos naturais do corpo social o desemprego, a educação discriminatória, ou a saúde desamparada. Não os retira da insuficiência econômica para a vida com dignidade a tolerância ao capital externo especulativo, que é fugidivo e anula o poder de competição da empresa nacional, mesmo a desenvolvida. Não basta a referência entusiástica à modernidade. É imperioso definir-lhe uma finalidade clara, compatível com os objetivos superiores de liberdade e igualdade do homem. Bem observa Paul Kennedy: “Porque somos todos cidadãos do mundo, devemos

<sup>9</sup> O DESCOMPASSO entre capital e trabalho. *O Estado de São Paulo*, 1º jun. 1977. Editorial.

também revestir-nos de um sistema ético, de um senso da justiça, assim como de um sentido de medida, que permita considerar as diferentes maneiras pelas quais, coletiva ou individualmente, nos podemos preparar melhor para o século XXI”<sup>10</sup>. A padronização absoluta da existência é inconciliável com a diversidade de condições de vida, de sentimentos, de solicitações distintas do ser humano em cada povo, portador sempre de peculiaridades espontâneas e dificilmente anuláveis. A internacionalização da economia e dos conhecimentos científicos e tecnológicos, se envolve integração do saber e de ambições, não pode converter-se em uniformização das formas de vida, em comunidades diferenciadas. Sobretudo, a modernidade, dentro do processo de globalização, há de traduzir modo de fortalecimento do ser humano, para que o homem e a mulher possam cumprir deveres e exercer direitos, com responsabilidade delineada. Conforme assevera Jean Chesneaux, a economia, desvestida de suas “pretensões à infalibilidade”, deve ter valor relativo e ser “confrontada com uma lógica superior, a dos seres humanos como realidade social”<sup>11</sup>.

Se, pois, modernidade é também globalização, à semelhança desta não se transmuta, de força de civilização em fúria de massificação, que torna o *ser* informe e sem identidade. Há de entender-se, assim, porque Alain Touraine, criticando a modernidade e suas interpretações, por diversos ângulos, conclui, com visão de sociólogo, que o aspecto que melhor a define “não é o progresso das técnicas nem o individualismo crescente dos consumidores, mas a exigência de liberdade e sua defesa contra tudo o que transforma o ser humano em instrumento, em objeto ou em corpo estranho”<sup>12</sup>. O homem, portanto, como sujeito de direitos e obrigações, é que representa o centro da modernidade, se nesta se quer retratar uma evolução racional.

## 6. Supremacia da Constituição

Para que a modernidade, a globalização, o desenvolvimento expressem forma superior de

<sup>10</sup> KENNEDY, Paul. Préparer le XXI<sup>e</sup> siècle. Editions Odile Jacob, Paris, 1994, p. 400-401.

<sup>11</sup> CHESNEAUX, Jean. *Modernité-Monde*. Paris : Editions La Découverte, 1989. p. 217.

<sup>12</sup> TOURAINE, Touraine. *Critique de la Modernité*. Paris : Fayard, 1992. p. 270.

civilização, é imprescindível, porém, que as mudanças obedeçam aos cânones constitucionais, como princípios preeminentes extensivos a toda a sociedade – a governantes e governados. “A Constituição – disse-o bem o eminente Ministro Celso de Mello, hoje presidente do Supremo Tribunal Federal – não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste, enquanto

for respeitada, constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e liberdades não serão jamais ofendidos”<sup>13</sup>.

Aos que costumam julgar peremptas essas idéias, é próprio lembrar que o desprezo ao Direito reflete alienação da cultura e dos valores humanos.

Militantes do exercício e da defesa dos direitos, não nos cabe, a nós advogados, a liberdade da indiferença.

---

<sup>13</sup> ADIn nº 293-7/600. Voto. Relator : Ministro José Celso de Mello.

# Teoria da Constituição

Elementos político-jurídicos, mudança constitucional, constitucionalismo e desenvolvimento jurídico

IRIS ELIETE TEIXEIRA NEVES PINHO TAVARES

1. O conceito schmittiano de constituição – *la constitución como decisión conjunta sobre modo y forma de la unidad política*<sup>1</sup> – tem como fontes duas vertentes principais: a política e a jurídica. A filosofia geral e a do direito conferem a essas vertentes o suporte e a característica da vontade, sem a qual o Direito – ciência humana que é – não se sustém. Sem nos determos nos fundamentos filosóficos, partindo, com Jellinek, da dupla natureza do estado, pretendemos estudar, nesta abordagem:

1) a importância dos elementos políticos, conforme interferiram nas obras dos grandes pensadores, que se dedicaram ao estudo da estrutura e da organização do Estado – campo da Teoria Geral do Estado;

2) os elementos jurídicos que, valorando determinados aspectos e princípios da unidade política, por meio de processos e estruturas especiais (órgãos e processos legislativos), desenvolveram o constitucionalismo moderno, estruturando os regimes de governos atuais;

3) a inter-relação desses dois elementos, mudança constitucional no direito positivo em face da mutação político-social;

4) a evolução jurídica e o constitucionalismo.

2. A estrutura organizacional dos povos – que hoje assume a natureza jurídica de regra de Direito Constitucional, segundo a maneira pela qual se desenvolveu a partir do século XVIII – produziu-se por meio das manifestações sócio-políticas que se contituíram no substrato do qual se originou este ou aquele regime

Iris Eliete Teixeira Neves Pinho Tavares é doutora e mestra em Direito Constitucional, Professora Adjunta da Universidade Federal de Minas Gerais e Professora Adjunta da Universidade Federal de Ouro Preto.

<sup>1</sup> SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1934.

político. Por regime político Aristóteles entende “a organização das magistraturas nas cidades, como se distribuem, qual é o elemento soberano e qual o fim da comunidade em cada caso”<sup>2</sup>. Aristóteles analisou os regimes políticos de diversas cidades, em diferentes condições, apontando os fundamentos sócio-políticos da organização dos povos de então – o que é considerado, muitas vezes, como manifestação da aceitação de um direito natural, baseado nos usos e costumes, dando origem às leis.

Vicenzo Guelli<sup>3</sup> lembra que dos estudos sobre o conceito de regime político surgiu, ainda que com uma grande variedade de oposições, uma concepção que parece ter atingido o âmago do problema. Viu-se que o “regime político” exprime, na Constituição de um Estado, a interferência entre a esfera política e aquela do Direito Público, ou melhor, o resultado de um processo pelo qual uma concepção política fundamental introduz-se na Constituição de um Estado. Conforme semelhante pensamento, regime político é a “realização de um ideal político fundamental nas instituições jurídicas constitucionais de um Estado”. Nessa base, Aristóteles concebe a cidade como sendo realidade e ideal.

A concepção política é o fruto do ambiente em que se desenvolve a vida de um Estado. Na introdução que faz à *Política*, Julian Marias<sup>4</sup> afirma que

“todo libro es en hecho humano y concretamente histórico, que plantea un problema por qué y para qué se há escrito en determinada circunstancia, y el hecho que en este momento nos interesa es que Aristóteles, un hombre de Estagira... se dedica pacientemente, en la segunda mitad del siglo IV, a reunir constituciones, y, por otra parte, intenta componer un tratado cuyos materiales y redacciones porvisionales o incompletas son los ocho libros de la *Política*. Tenemos que preguntarnos, ante todo, por las circunstancias concretas, en la vida helénica, en la tradición intelectual y en la mente del propio autor, que hicieran posible y necesario para Aristóteles escribir la *Política*”.

<sup>2</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Traducción por Julian Marias y Maria Araújo. p. 166. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1951.

<sup>3</sup> GUELLI, Vicenzo. *O regime político*. Tradução Luiz Luisi. Coimbra : A. Amado, 1951.

<sup>4</sup> op. cit., p. 5.

Se assim se deu com Aristóteles; os pensadores posteriores também tiveram como base os acontecimentos de seu tempo.

Gautier Vignal<sup>5</sup>, in *Machiavel*, justifica *O Príncipe* e as demais obras do florentino pelo estudo da situação da Itália no seu tempo, situando, no tempo e no espaço, a obra do mestre que

“n’aurait pas acquis une célébrité plus grande que certains autres écrivains de son temps, si, dans un jour de dépit, il n’avait eu l’idée, pour attirer à lui l’attention des médiocres Médicis, Julien de Nemours ou Laurent d’Urbain, de réunir dans un petit livre les dures maximes du gouvernement de son temps” (p. 10).

Foi preciso evocar o que se passou durante o período de perturbações na Península Itálica durante a sua vida: era o período mais crítico do Renascimento. Tudo era criação e movimento em que se assiste à formação dos grandes Estados modernos, ao estabelecimento de um novo equilíbrio europeu e às conseqüências em todos os domínios; a descoberta da América e da nova rota das Índias cuja repercussão econômico-política subverte a ordem mundial. Esse desenvolvimento dá origem a grandes mudanças na cultura e nas artes, com o advento da imprensa. Esse meio sócio-político-econômico-cultural foi o solo fecundo em que germinou o gênio que, ao reproduzi-lo, justificou a repercussão que alcançou como pensador político. *O Príncipe* não é uma análise da estrutura de um Estado, mas a de um ideal de governante: o homem forte, o homem de Estado.

Entre os clássicos da teoria da constituição com base na conjuntura sócio-política situa-se Bodin, cuja obra principal, *Os Seis Livros da República*, foi precedida de um ensaio – *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* – que desenvolve um processo de conhecimento facilitado da história para a abordagem do assunto principal<sup>6</sup>.

Bodin é considerado por Gala<sup>7</sup> “um homem do seu tempo”. Sua enorme erudição, demonstrada em *Os Seis Livros da República* e seu

<sup>5</sup> VIGNAL, Gautier. *Machiavel*. Paris : Payot, 1929.

<sup>6</sup> Cfr. PRÉLOT, Marcel. *Histoire des idées politiques*. Paris : Dalloz, 1970.

<sup>7</sup> GALA, Pedro Bravo. *Os Seis Livros da República*. ant. do pens. político. Inst. de Est. Pol. de Facultad de Derecho Central de Venezuela, v. 7. 1966.

conhecimento detalhado dos regimes de governo de sua época permitiram-lhe a tarefa de diagnosticar as necessidades de seu tempo, convulsionado por crises políticas, econômicas, sociais e religiosas. Mereceu destaque, particularmente, a crise da autoridade real, que fazia esforços para desativar as forças centrífugas do poder feudal. Consolidava-se na França a afirmação do caráter da monarquia francesa e do poder em torno do rei, apesar da indeterminação da unidade nacional. Desse contexto<sup>8</sup> Bodin extrai a República – uma reação à crise que fizera naufragar a autoridade. Na busca da restauração do equilíbrio entre o direito e o poder (a lei é o instrumento de que o príncipe se vale para realizar a justiça), de que é dotado o soberano – e só o soberano – destaca ele esse poder excludente dos demais cuja vontade de ação manifesta-se por meio de leis, e que se chama soberania.

É numa combinação de fatores – e não num único fator (religião, poder do soberano, vontade do soberano) que Charles Louis de Secondat, Barão de la Brède et de Montesquieu, procurou buscar o espírito das leis. Nas relações que se estabelecem entre as leis e os diversos aspectos da sociedade é que se forma o espírito geral dessa sociedade, o conjunto destes mesmos fatores<sup>9</sup>. “Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui derivent de la nature des choses”<sup>10</sup>. Da análise da Constituição da Inglaterra (cap. IV), Montesquieu extrai a idéia cuja divulgação o fez famoso – a da separação de poderes – a qual serve de base para o sistema de garantias de direitos, no jogo de *checks and balances* do constitucionalismo moderno. Os capítulos VII a X são dedicados ao estudo dos regimes grego e romano, nos quais o autor já encontra a divisão de poderes. Para Prélôt<sup>11</sup> as duas fontes do espírito das leis foram o tradicio-

nalismo aristocrático, do qual ele tira uma parte de suas concepções e o constitucionalismo britânico, como discípulo direto de Locke.

Jean-Jacques Rousseau, já num período em que as idéias liberais estavam em pleno desenvolvimento, exprimiu com maestria, na sua teoria da vontade geral, a idéia de que a forma pela qual determinada sociedade organiza-se e orienta-se parte da própria vivência dessa sociedade. Cada um dos indivíduos – a idéia é liberal – único ente competente para se autogovernar, ao mesmo tempo *sujet* e *citoyen*, transforma a sua na vontade geral. A vontade é a única fonte legítima para legislar.

Apesar de todas as antinomias que se costumam apontar na teoria da vontade geral, como o faz, com agudeza, La Bigne de Villeneuve em *Traité Général de l'État*<sup>12</sup>, nela se encontram condensados, num mesmo princípio, o fundamento político e o fundamento jurídico da Constituição de um Estado. Sem se aprofundar nos aspectos da estrutura do Estado, argumentando em favor de um “Estado ideal”, transportou Rousseau a soberania, pela qual se exprime a vontade legislativa, para o povo, elemento dinâmico e mutante, a quem as leis são dirigidas e de quem devem emanar. Rousseau é considerado o “divisor de águas”, que separa a concepção mais primitiva do Estado, na qual a vontade do príncipe prevalece, da concepção moderna, na qual prevalece a vontade do povo, fazendo passar definitivamente para o povo a capacidade de se autogovernar – a legitimação para o mando.

3. *Stricto sensu* poder-se-ia fazer referência a fundamentos jurídicos do Estado, quando se pretendesse designar o Estado democrático moderno, resultado da ação volitiva dos sujeitos, tal como o vimos nascer depois da teoria do pacto social. Mas a Teoria Geral do Estado demonstra que a associação humana para o fim de bem viver, à qual se referia Aristóteles, enquanto conjunto de indivíduos cujas vontades se subordinam à de outrem, existiu desde sempre e não se necessita voltar aqui ao brocardo *ubi societas, ibi jus*.

Visto que os filósofos do direito consideram como uma das fontes dele a tradição, talvez coubesse chamar de *tradicional* a fundamentação “jurídica” da teoria do poder na antigüi-

<sup>8</sup> No prefácio, Bodin, oferecendo um conceito de “cidadania”, se autodetermina um “cidadão” e expõe que aquele era um momento em que o navio da república estava castigado pela tormenta e que se fazia necessário que os passageiros dessem uma ajuda; a forma pela qual ele, passageiro, poderia ajudar era fazendo o que sabia fazer, isto é, discorrer sobre o tema – e o fazia na língua francesa (e não em latim, como era hábito), para que seus compatriotas pudessem entender e participar.

<sup>9</sup> TAVARES, Iris Eliete P. *Das funções do poder legislativo*. Dissertação (Doutorado) – UFMG, 1994.

<sup>10</sup> MONTESQUIEU. *L'esprit des lois*. Paris : Garnier Frères, 1922. Liv. 1, cap. 1.

<sup>11</sup> PRÉLOT, op. cit., p. 386.

<sup>12</sup> LA BIGNE DE VILLENEUVE, Marcel de. *Traité Général de l'État*. Paris : Recueil Sirey 1929. p. 31.



dade teocrática. O caráter de norma, com seu aspecto de coerção, e, portanto, de sujeição da vontade de uns à vontade de outros, está presente. Aquele de quem a ordem emana, ou seja, o grupo dirigente, esforça-se por justificar a sua ação graças à ajuda de, pelo menos, algumas forças intelectuais e morais. Como ensina Gaetano Mosca<sup>13</sup>, estas forças visam frequentemente conquistar o poder, para realizar, na prática, o tipo de organização política que preconizam. “Quanto ao conjunto de doutrinas e de crenças que dão fundamento moral ao poder dos dirigentes, constitui o que muitos, em nossos dias, chamam, na Itália de “fórmula política” (p. 7). Para Mosca, a fundamentação moral, religiosa ou intelectual que embasa a estrutura do governo – que chamaríamos de “jurídico-tradicional” –, é uma fórmula política. Daí se infere a dificuldade de se lidar, no campo da Teoria do Estado, com conceitos exclusivamente jurídicos ou eminentemente metajurídicos. Os grandes nomes do direito já apontam as dificuldades semânticas com as quais se depara o cientista do direito, na conceituação objetiva de seus elementos. Fazemo-lo por questão de ordem metodológica. Na conjuntura de determinada sociedade, da valoração de princípios filosófico-políticos, emanarão, pelas vias formais, em Direito Constitucional, as normas jurídicas.

Nos primeiros agregados humanos, sem uma verdadeira organização política, a chefia assentava-se sobre pessoas cujas qualidades físicas de maior habilidade na caça ou destreza na guerra faziam-nas liderar. Era costume esse mesmo chefe distribuir a justiça, só, ou aconselhado pelo grupo de anciãos. O laço comum era o de sangue e o dever de obediência determinado pela força do chefe, mediador da divindade particular.

Nos impérios orientais e nas civilizações mesopotâmicas, do poder personalizado emanaram as determinações e a centralização administrativa<sup>14</sup>.

A antiguidade clássica greco-romana, como aparece nas abordagens de Heródoto<sup>15</sup>, discutiu as formas políticas de governo; mas ainda o elemento que justificava, para um grupo, a capa-

cidade de mando, e, portanto, de legiferar, era teocrático, a que se somava a força bélica. As próprias eleições ou escolhas de mandatários faziam-se sob as condições impostas pelos oráculos.

A época medieval, depois da profunda ruptura realizada pelo cristianismo no mundo teocrático e belicoso, ao somar ao sentido de força bruta a idéia de justiça, retoma, a partir de certo ponto, o direito natural como princípio jurídico.... “le point ou l’on admit qu’une loi morale s’imposait au Roi, qu’il n’était que le premier serviteur de cette loi morale et que sa fonction consiste à la faire régner”<sup>16</sup>. A idéia medieval é a de uma unidade natural, o universo, de origem divina.

“Nesse todo primário distingue-se um todo secundário, a Humanidade, que a Idade Média chama de Cristandade (p. 116). Impera a lei natural e ela fornece a base jurídica ao Estado, e o poder temporal passa pela Igreja.”

“Tous sont d’accord sur l’existence d’un Droit Naturel émanant d’un principe transcendant à toute puissance terrestre. La loi naturel est antérieure à l’État et c’est elle qui lui fournit sa base juridique” (p. 123).

Dessa concepção surge a Teoria do Direito Divino dos Reis, a qual fundamenta, juridicamente, o poder dos reis por determinação divina. “En resumen”, escreve Figs,<sup>17</sup>

“parece que la realeza siempre ha sido considerada como protegida por la autoridad divina; que, en todo tiempo, el Cristianismo se ha revelado como una influencia favorable a esa opinión; que la monarquía, en Inglaterra, que empezó por ser eletiva dentro de una sola familia, se convirtió, en el siglo XIV, en puramente hereditaria”...

Usualmente se taxa de “absurda”<sup>18</sup> a teoria do direito divino dos reis. Mas outras teorias

<sup>16</sup> LA BIGNE DE VILLENEUVE, op. cit., p. 111.

<sup>17</sup> FIGGS, John Neville. *El Derecho Divino de los Reyes*. Mexico : Fondo de Cultura Economica, 1896. Edição espanhola, 1942.

<sup>18</sup> Na Introdução ao Direito Divino dos Reis, Figs faz observações interessantes a respeito dessa teoria: “nunca ha habido una doctrina contra la que mejor se haja escrito que la del Derecho Divino de los Reyes... que la doctrina es absurda se juzga del punto de vista del pensamiento politico moderno, pero el punto de vista moderno no es el único, y el

<sup>13</sup> MOSCA, Gaetano. *História das doutrinas políticas*. Tradução Marco Aurélio de M. Matos. Rio de Janeiro : Guanabara, 1987.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>15</sup> HERÓDOTO. *História*. Tradução J. Brito Broca. Tecno-print.

da época também são absurdas. E são mais importantes as causas do predomínio da doutrina que as razões contra sua validade (p. 15).

Ainda é Figs quem afirma que o verdadeiro significado da Teoria do Direito Divino dos Reis como base jurídica do Estado significou a liberação das sociedades do jugo eclesiástico, foi uma arma anticlerical e uma fase transitória entre a política medieval e a moderna, tendo sido necessária para a reforma<sup>19</sup>.

O período histórico que se segue vê o nascimento da soberania do Estado, assim como o da base jurídica do Estado moderno

Bodin destacara da figura do soberano o poder, colocando-o, sob o nome de soberania, no Estado. A tônica passa a ser o deslocamento do poder de mando das mãos do soberano para outras mãos: com Locke, as do governo (Locke distingue entre comunidade política ou Estado e governo; enquanto aquela é uma entidade convencionalizada pelos homens que a todos abarca, é este o conjunto de órgãos que ele cria para sua administração e direção)<sup>20</sup>; com Rousseau, às mãos do povo; com Siéyès, às da Nação. O fundamento jurídico da constituição de um Estado fica alterado. A preocupação é eminentemente jurídica: a legitimação dos detentores do poder (que, das mãos de um, passou para as mãos de muitos) para garantir a eficácia das leis que deles emana. Serão examinadas então as maneiras pelas quais esse poder se estrutura, se organiza e funciona – instala-se o constitucionalismo.

A evolução extremamente rápida da humanidade nos dois últimos séculos dá origem a sucessivas mudanças, que geram novas ideologias, as quais, por sua vez, embasam princípios jurídicos divergentes a orientarem as constituições modernas. O século XIX foi pródigo em pensadores, sobretudo alemães e franceses, que se dispuseram a estabelecer os principais fundamentos jurídicos da estrutura e do funcionamento do Estado. Apareceram as teorias francesa e alemã, que Duguit analisa<sup>21</sup>.

hecho de que la doctrina nos parezca asurda es lo menos interesante acerca de ella, excepto por cuanto a que nos induce a inquirir su verdadero sentido y valor.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>20</sup> BURGOA, Ignacio. *El Estado*. Mexico : Porrua, 1970. p. 46.

<sup>21</sup> DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris : Fontemoing, 1928. P.556.

Alguns teóricos franceses acreditam ser o Estado a nação soberana personificada e organizada: os órgãos encarregados de exercer as funções do Estado são indivíduos ou grupos de indivíduos, que “querem” pelo Estado. Para estabelecer a relação entre a coletividade e o órgão que exerce a atividade em nome do Estado, desenvolvem a idéia da representação (com base no mandato civil). O ponto de partida é o reconhecimento da soberania, cujo titular é a nação. Para expressar a vontade soberana dos cidadãos, um grupo de indivíduos – que forma o corpo eleitoral –, por meio de eleições, designa os representantes da nação<sup>22</sup>.

A essa teoria opõem-se dois fortes argumentos: a teoria supõe duas pessoas, o mandante e o mandatário. Mas no momento em que a nação atribui o mandato, o mandatário ainda não existe: só passa a existir no momento em que é constituído pelo voto e, em consequência, o mandante atribui o mandato a si mesmo, porque só existe juridicamente uma vontade, a da pessoa do Estado. O segundo argumento tem ainda raízes em Rousseau: dizer que a soberania é representada, significa dizer que ela foi alienada – passa às mãos do representante. Durante os intervalos das eleições, a vontade da nação fica anulada e a vontade todo-poderosa é a do representante – o que constitui uma alienação inaceitável.

Os teóricos alemães, seguindo Gierke, e alguns franceses preferem aplicar ao Estado a teoria jurídica do órgão. Trata-se de uma construção jurídica, criada por Gierke para pessoas coletivas em geral e aplicada ao Estado por Jellinek. Em determinadas situações, as pessoas coletivas são, realmente, pessoas jurídicas, isto é, são capazes de expressar uma vontade; toda pessoa jurídica deve ter vontade – onde não há vontade, não há direito. Como a vontade real só existe no ser humano, o órgão é um indivíduo (ou grupo de indivíduos) que traduz a vontade da pessoa coletiva – é representante, mas não é mandatário. Implica na existência de uma única pessoa, agindo por seus órgãos.

Adepto dessa teoria, o próprio Duguit aponta-lhe as objeções: os órgãos diretos são criados diretamente pela organização do próprio Estado. Eles são o Estado, que não existe a não ser por eles, mas, para que existam, é preciso existir antes uma vontade da qual eles sejam

<sup>22</sup> Cfr. expusemos em O conceito de funções e de órgãos do exercício do poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 81, p. 77-89, julho, 1995.

os órgãos. Esta vontade é a coletiva e também só existe por seus órgãos. “É a vontade do Estado que existe pelos órgãos ou os órgãos que existem pela vontade do estado?”<sup>23</sup>

Permanece ainda, com relação a essa teoria, a perplexidade de se encontrar o órgão verdadeiramente criador. Partindo de que os órgãos derivam diretamente da constituição, ao criá-los, ela é uma manifestação da vontade do Estado. Os demais órgãos diretos são criados por aquele que tem competência para fazer a constituição. “Mas onde encontrar o órgão verdadeiramente direto e primeiro, o primeiro órgão da criação? Eu só vejo órgãos criados, e o verdadeiro problema do direito público é encontrar o órgão verdadeiramente criador”<sup>24</sup>. Kelsen admite como fundamento para a criação do primeiro órgão criador a norma fundamental hipotética<sup>25</sup>.

De toda forma, frente à característica volitiva do Direito, são os indivíduos que formam o Estado ao exprimirem sua vontade, a qual determina o arcabouço jurídico em que se fundam suas relações sociais.

Nos povos aculturados, o processo efetivo de criação da cultura se enlaça com as normas jurídicas, de forma que a designação de um ou dos indivíduos como órgãos só se pode estabelecer de acordo com a ordem jurídica.

Smend<sup>26</sup> admite a formação do Estado e o próprio Estado como parte da realidade espiritual. Essa realidade caracteriza-se por um processo de atualização a cada instante: o Estado existe pelo seu processo de contínua renovação, a que Smend dá o nome de integração (p. 107). Os aspectos do Estado são entendidos como momentos do sistema integrador. Por sua própria natureza, a constituição se torna parte do processo de integração, acompanhando a dinâmica da atividade sócio-política.

Jellinek, ao estruturar os fundamentos da Teoria do Estado, afastando-se das correntes extremistas, preferiu analisá-lo através da *zwei-seitentheorie*, a teoria dos dois lados, pela qual ele o enxerga como a estátua de Juno, a deusa

que tinha o rosto voltado para os dois lados: por uma lado, o aspecto político-social, sem o qual não se pode pretender estudar o Estado e, pelo outro, o aspecto jurídico, objeto e interesse maior de nossa ciência<sup>27</sup>.

4. Se, por um lado, a teoria da integração e o próprio desenvolvimento da sociedade exigem uma mobilidade jurídica, por outro, a teoria da constituição escrita, como aquela desenvolvida por Carl Schmitt, exige certa permanência, para a segurança jurídica. Depois de apresentar diversos tipos de constituições possíveis, Schmitt afirma que

“constitución significa en el presente libro constitución en sentido positivo... que es, primero, un pacto instrumentado (entre Príncipe y Estamentos o Representación popular); después, una ley constitucional escrita. También estas expresiones se explican por la situación política” (p. 45).

De certo modo, a idéia de lei fundamental traz inserido o conceito de algo fundamental, permanente e invariável. “La equívoca palabra “fundamental” recibe aquí el sentido de absolutamente invulnerable”, para a garantia do Direito. Schmitt aponta nove conceitos de lei fundamental acrescentando que, em sentido geral, “chamam-se leis fundamentais as disposições que parecem de singular importância para as pessoas ou grupos influentes em um momento dado”<sup>28</sup>.

Loëwenstein<sup>29</sup> mostra que, do ponto de vista teórico, uma constituição ideal é aquela ordem normativa conformadora do processo político segundo a qual todos os acontecimentos futuros da comunidade pudessem ser previstos, de tal maneira que não fossem necessárias mudanças das normas conformadoras. Mas

“cada constitución es un organismo vivo, siempre en movimiento como la vida misma y está sometido a la dinámica de la realidad que jamás puede ser captada através de fórmulas fijas. Una constitución no es jamás idéntica consigo misma y está sometida constantemente al “panta rhei” heraclítico de todo lo viviente” (p. 146).

<sup>23</sup> DUGUIT, op. cit., p. 574.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 574.

<sup>25</sup> o que leva alguns pensadores a considerar que o positivismo kelseniano desagua num princípio de Direito natural, num paradoxo.

<sup>26</sup> SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

<sup>27</sup> JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción Fernando de los Rios. Buenos Aires : Albatroz, 1970.

<sup>28</sup> SCHMITT, op. cit., p. 47.

<sup>29</sup> LOEWENTHEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona : Ariel, 1965.

Para o Professor Raul Machado Horta<sup>30</sup>, a constituição se valoriza na medida em que fornecer mudanças na estrutura social sem alteração do processo político. O autor insiste no fato de que toda Constituição, como obra humana, é incompleta, e de que existe ainda uma deficiência maior – que cada Constituição é um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam de sua formação. Se se modifica o equilíbrio de forças, faz-se mister modificar a Constituição. “Una Constitución es tanto mejor quanto com más facilidad pueden efectuarse cambios sin la modificación de la mecánica del proceso político”. As reformas são imprescindíveis como adaptações da mudança constitucional às condições sociais em constante modificação; mas devem ser efetuadas com cuidado e reserva, sem o que desvalorizam o “sentimento constitucional”, que Loëwenstein descreve como aquela “consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos... integra detentores e destinatários do poder... submetendo o processo político aos interesses da comunidade”.

Uma constituição mutável é uma constituição flexível<sup>31</sup>. Micelli sustém que uma constituição verdadeiramente flexível não seria jurídica<sup>32</sup>. “Si trata quindi en fondo della maggiore o minore difficoltà della procedura che occorre per modificare la Costituzione”<sup>33</sup>.

Retornando à posição rousseauiana da vontade geral e da teoria da representação, a competência para realizar a reforma constitucional, seja no aspecto formal ou material, é do detentor do poder legislativo. A doutrina distingue o poder originário dos poderes derivados. Faz-se presente, no texto constitucional, que, como mostra Schmitt, cristaliza um *status quo* de determinado período, a delegação pelo poder constituinte originário, de um poder derivado, que permita às legislaturas posteriores

– porta-vozes da vontade geral das épocas seguintes – a introdução, no texto legal, de novas concepções que refaçam o equilíbrio de forças políticas e sociais eventualmente quebrado.

5. A partir da fase que se chamou de constitucionalismo, repousando o poder constituinte na nação, parece claro que, desde Séyès, as mudanças de natureza político-jurídica acarretam mudanças no Direito Constitucional<sup>34</sup>. Os fatores metajurídicos, extra ou pré-constitucionais adquirem uma posição predominante frente à variável estritamente jurídica – constitucional ou técnica do Estado e de sua constituição. Na literatura italiana, já Constantino Mortati aponta a presença desses fatores nos processos de mudança.

Antonio Porras Nadales<sup>35</sup> esclarece esse aspecto e analisa a forma pela qual se opera a absorção das mudanças pelo Direito Constitucional. Percebe ele, no modelo atual do Estado social, uma dualidade paradoxal:

a) de um lado, são sistemas sociais em permanente processo de transformação, onde a inovação, o desenvolvimento tecnológico, a adaptação à complexidade e, portanto, a *mudança* são uma exigência da própria dinâmica da ordem social ou jurídica da constituição;

b) por outro lado, temos a ordem constitucional e seu sistema de valores consagrado como um elemento necessário de estabilidade, no qual há uma “dimensão social transcendente de lealdade e legitimação – como assinalou Habermas” – capaz de processar e amortizar as mudanças geradas na periferia do sistema.

Apresenta-se-nos, de um lado, a capacidade de adaptação e resposta da ordem jurídica frente à sociedade em processo de mudança e inovação e, por outro, a estabilidade de princípios jurídicos e valores fundamentais inerentes à própria civilização ocidental, com capacidade para operar no sentido de limites implícitos de caráter intemporal frente às perspectivas de mudança na ordem jurídica fundamental.

<sup>30</sup> HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 74/75, p. 223. jan./jul. 1992.

<sup>31</sup> MICCELLI, Vincenzo. *Principii di Diritto Costituzionale*. Milano: Soc. Editrice Libraiia, 1910. p. 163.

<sup>32</sup> No mesmo sentido, VERDÚ. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Technos, 1974. v. 3, p. 587.

<sup>33</sup> Não nos deteremos nos processos de Reforma, Revisão e Emenda Constitucional a que se refere a Constituição brasileira de 1988 nos seus artigos 60, incisos e parágrafos e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

<sup>34</sup> MAIZ, E. *Emmanuel Siéyès: escritos y discursos de la Revolución*. E. Constitucionales, 1990.

<sup>35</sup> PORRAS NADALES, Antonio. Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico. *Revista de Estudios Políticos*, n. 87, ene./mar. 1995.

<sup>36</sup> TEUBNER, Gunter. *O Direito como sistema autopoietico*. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Estabelecido que a tensão entre esses dois<sup>36</sup> pólos deve ser resolvida num processo de recepção, pela ordem jurídica, dos fenômenos metajurídicos, situam-se num terreno árido as questões de como devem eles gerar-se num ordenamento jurídico aberto e adaptável ao meio envolvente e, ao mesmo tempo, dotado de capacidade de adaptação sistêmica a esse meio:

a) seriam respostas de caráter técnico – operativo – baseadas na concepção do Direito Constitucional como núcleo metodológico – dedutivo, capaz de obter respostas seguras e pré-determinadas frente aos problemas jurídicos; o que inclui também uma tarefa especializada através da interpretação constitucional por via judicial, sobretudo nos sistemas de *common law*;

b) ou respostas de caráter ideológico e sócio-democrático, nas quais se entenderia que toda a

atuação da esfera público-jurídica frente a qualquer tipo de demanda social geradora de algum processo de mudança deve vir precedida do marco correspondente de participação e debate social, em cujo seio terão lugar a reformulação e a concretização do sistema de valores singular aplicado a cada questão, assegurando assim a fundamentação da ação estratégica das instituições e do direito em camadas comunicativas de legitimação (cfr. Nadales, op. cit., p. 109).

Faz-se necessária a busca de novos critérios de racionalidade adequados ao processo de inter-relação sociedade/Estado, dos quais podem surgir resultados normativos, e que se vai projetar num exercício de responsabilidade coletiva, produzindo a evolução do próprio Direito Constitucional.

Delineia-se uma nova trilha para o Direito Constitucional.

# Idealismo e realismo constitucional em Oliveira Vianna: análise e perspectivas

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

## SUMÁRIO

*1. Apresentação. 2. Oliveira Vianna e a concepção do Estado brasileiro. 2.1. Oliveira Vianna: algumas considerações iniciais. 2.2. Oliveira Vianna: o pensamento e a realidade. 2.3. O modelo proposto: nacionalismo e corporativismo. 3. A dicotomia "idealismo utópico"/"idealismo orgânico". 4. Implicações constitucionais da dicotomia "idealismo utópico"/"idealismo orgânico". 4.1. Oliveira Vianna e a teoria clássica do direito constitucional. 4.2. Alguns aspectos simbólicos. 4.3. "Idealismo utópico", "idealismo orgânico" e autonomia do sistema jurídico. 5. Considerações finais.*

"Pedimos expressamente que não achem natural / Aquilo que acontece sempre! / Que nada seja tido por natural. / Neste tempo de confusão sangrenta, / De desordem ordenada, / De arbitrariedade sistematizada, / De humanidade desumanizada / Para que nada disto se mantenha". (Brecht)

"Já vem do ciclo do açúcar, / Fizemos cópias mal feitas, / Ultrapassadas receitas, / Agimos como dementes." (Alceu Valença / Rubem Valença Filho)

"Será que nunca faremos senão confirmar / a incompetência da América católica / que sempre precisará de ridículos tiranos?" (Caetano Veloso)

## 1. Apresentação

Uma das mais instigantes questões na área do direito público e, especificamente, nos limites da teoria geral da Constituição é a investigação acerca dos fatores concernentes à concretização do texto constitucional frente à realidade social a que se destina. O problema ganha relevância especial se observarmos que o fenômeno da falta de suficiente concretização

João Paulo Allain Teixeira é Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

Trabalho apresentado ao CNPq como relatório final de iniciação científica. (Recife, 1994).

constitucional afigura-se com maior freqüência nos chamados países periféricos, provocando um desvio no curso de relacionamento entre o texto constitucional e a realidade social. Não é necessário empreender grandes esforços para constatar a realidade fática desta assertiva. Com uma freqüência assustadora tomamos conhecimento de violações à ordem jurídica vigente, muitas vezes tendentes a particularizações casuísticas que acabam por levar a realização dos direitos constitucionalmente garantidos ao descrédito. Não se trata aqui de propor mais um debate sobre o já surrado tema da ineficácia das normas constitucionais, cujos defensores, ao constatarem a ineficácia de uma determinada norma, na maioria das vezes, consideram-na sem qualquer significação para o sistema jurídico-político, advogando a tese de que tal norma deve, por isso, ser substituída. De modo diverso, partimos do pressuposto de que a própria ineficácia normativa do texto constitucional brasileiro, interpretada a partir de Oliveira Vianna, abriga dentro de si relevantes implicações simbólicas.

Como a grande maioria dos cientistas sociais, Oliveira Vianna debruçou-se atentamente sobre a problemática, perscrutando as causas do fenômeno entre nós. Escritor de uma vasta obra jurídica, antropológica e sociológica, seria absolutamente incompatível com os propósitos do momento promover uma análise tendo como objeto a totalidade da obra de Oliveira Vianna. Estrategicamente, relegamos a um segundo plano a polêmica acerca da variável biológica e etnográfica de que se reveste o pensamento de Vianna. Decidimos então cingir-nos, sempre que possível, aos limites das ciências jurídicas e sociológicas. Ainda assim o campo de investigações seria muito amplo. Com a leitura de Vianna pudemos constatar a construção de uma perspectiva de mundo bastante peculiar, onde a solução para a problemática político-institucional brasileira estaria intimamente vinculada à adoção de uma postura cujo “realismo” político sobrepujasse o “idealismo” então vigente. Aí estava a nossa base de trabalho. Delimitado o tema, decidimos adotar como referencial de análise a dicotomia “idealismo utópico”/“idealismo orgânico” sempre relacionando os dois pólos da dicotomia, respectivamente, às noções de “idealismo” e “realismo” constitucionais.

No nosso trabalho pretendemos estabelecer uma meta-análise crítica a respeito da interpretação de Vianna sobre a problemática

brasileira. Partimos para tanto de uma análise hermenêutica dos conceitos de Oliveira Vianna integrada a uma reconstrução conceitual aplicada à realidade do nosso país. É de nosso interesse verificar a viabilidade e os efeitos da aplicação dos dois pólos da dicotomia ao desenvolvimento político-institucional brasileiro, investigando as alternativas que se apresentem. No tocante aos objetivos da pesquisa, podemos classificá-los em duas categorias principais, abrangendo os escopos imediatos e mediatos, a seguir admitidos: nos limites dos objetivos imediatos está a contribuição para uma reavaliação crítica da obra de Oliveira Vianna; mediatemente tem-se como objetivo a discussão acerca dos parâmetros de uma eventual transformação da realidade constitucional brasileira.

Resultado de um trabalho desenvolvido junto ao CNPq pelo programa de iniciação científica, o presente ensaio é dividido em três capítulos. Em um primeiro momento, a nossa investigação aborda o pensamento de Oliveira Vianna, e sua significação político-ideológica frente à realidade brasileira. Em um segundo capítulo analisamos detidamente a dicotomia “idealismo utópico”/“idealismo orgânico”, reconstruindo as suas principais bases doutrinárias. Numa etapa seguinte, passamos a analisar a dicotomia de Vianna em contraponto com a teoria clássica do direito constitucional, interpretando a significação constitucional das alternativas propostas por Vianna e destacando alguns aspectos simbólicos da sistemática liberal-republicana não considerados por Oliveira Vianna. Numa final abordagem, propomos uma interpretação da discussão à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, verificando a possibilidade ou não de uma autonomia do sistema jurídico perante Oliveira Vianna.

## 2. Oliveira Vianna e a concepção política do Estado brasileiro

### 2.1. Oliveira Vianna algumas considerações iniciais

Aos 20 de junho de 1883, nasce na fazenda Rio Seco, Saquarema, atual Estado do Rio de Janeiro, o menino batizado por Francisco José de Oliveira Vianna. Filho de família abastada, representante da próspera aristocracia patriarcal fluminense, Oliveira Vianna perde a convivência com o pai muito prematuramente, quando tem apenas dois anos de idade. Ao mesmo tempo em que cresce na roça entre os

colonos, o jovem Oliveira Vianna assistiu à sua mãe, D. Balbina, assumir as tarefas de administração da fazenda. Estudou parte da infância em Saquarema mesmo, transferindo-se posteriormente para Niterói, também na Província fluminense. Concluído o período dos cursos de primeiro e segundo graus, Oliveira Vianna presta vestibular para Direito. Formado em Ciências Jurídicas e Sociais em 1905, passa a compor o quadro de professores do Colégio Abílio, Niterói, lecionando Matemática, que tanto lhe despertava interesse. O exercício da advocacia parecia definitivamente não lhe agradar. Paralelamente desenvolvia estudos históricos e filosóficos que mais tarde, a pedido de Joaquim de Melo, dirigente do *Diário Fluminense*, passam a ser publicados periodicamente. A partir da divulgação de seus estudos, passa a contar com a admiração de grandes vultos intelectuais da época, como Alberto Torres e Monteiro Lobato, em cuja editora Oliveira Vianna publica *Populações Meridionais do Brasil*<sup>1</sup>, considerada por muitos como a obra inaugural da Sociologia Brasileira<sup>2</sup>.

Através do sucesso editorial atingido por *Populações...*, Oliveira Vianna passou a ser reconhecido como um dos grandes mestres da intelectualidade brasileira, fato que lhe valeu mais tarde o convite para integrar o corpo acadêmico da Academia Brasileira de Letras. Naquela data foi recebido por Afonso de E. Taunay, que o saudou em nome dos demais acadêmicos.

Com o advento do movimento revolucionário de 1930 e a ascensão de Getúlio Vargas, amigo pessoal de Vianna desde a época em que houvera sido Governador do Rio Grande do Sul, Oliveira Vianna, a convite do Governo revolucionário, desempenha a função de consultor jurídico do Ministério do Trabalho. Durante o desempenho de suas atividades consolidou a idéia da sindicalização dos trabalhadores mediante o agrupamento em categorias funcionais específicas<sup>3</sup>. Tais idéias posteriormente o vinculariam à doutrina corporativista.

Saindo do Ministério do Trabalho e apresentando um ligeiro comprometimento da saúde, a Vianna é oferecida uma vaga no Supremo Tribunal Federal, a qual julga melhor não assumir, tendo em vista o desgaste físico e mental já sofrido no Ministério do Trabalho, bem como a sua intenção de dar continuidade aos estudos sociológicos. Acabaria por assumir uma cadeira no Tribunal de Contas da União, o que lhe exigiria dispendar menos energias

do que no Supremo Tribunal Federal. Com a saúde comprometida, ainda consegue aprontar alguns textos para publicação. Oliveira Vianna vem a falecer na madrugada do dia 28 de março de 1951, legando à intelectualidade brasileira uma vasta obra de interpretação social.

## 2.2. Oliveira Viana: o pensamento e a realidade

Por ocasião da primeira edição de *O idealismo da Constituição*<sup>4</sup>, Oliveira Vianna retoma a linha de argumentação exposta em *Populações Meridionais do Brasil*, onde tenta demonstrar o aspecto dispersivo da sociedade brasileira, inadequado ao desenvolvimento político<sup>5</sup>.

Enxergando a sociedade brasileira como uma massa amorfa e desagregada, Oliveira Vianna afirmava que

“somos ainda um povo em fase elementar de integração social; temos uma estrutura extremamente fragmentária, dispersa, pulverizada em miríades de pequenos grupos patriarcais, que cobrem por inteiro o nosso território”<sup>6</sup>.

De certo modo, tal argumento sintetiza o pensamento de Vianna a respeito da concepção política do Estado brasileiro. É, aliás, a partir da consideração da validade teórica desta forma de percepção da realidade brasileira que, mais tarde, elabora uma proposta de desenvolvimento político-institucional para o Brasil.

Criticando os paradigmas constitucionais que não se ajustavam a uma visão “objetiva” e “realista” da sociedade brasileira, Oliveira Vianna denunciava o caráter utópico do pensamento político brasileiro, que se encontrava invariavelmente atrelado a esquemas institucionais inspirados em doutrinas estrangeiras. Para Vianna, uma tal postura representaria a fuga da realidade brasileira.

Já se disse alhures ser impossível empreender um trabalho de periodização da obra de Vianna<sup>7</sup>. O discurso de Oliveira Vianna parece, no entanto, ser comprometido inequivocamente com o propósito da viabilização do Estado autoritário entre nós. Alegando a incapacidade sócio-cultural do povo brasileiro, aliada à xenomania dos políticos brasileiros, Vianna ressalta a necessidade de ser instituído no Brasil um governo central forte e incontestável, capaz de promover um sentimento nacionalista de solidariedade social.

Efetuando-se uma leitura crítica de Oliveira Vianna, percebemos a intencionalidade desvirtuante com que expõe suas idéias. A metodo-



logia científica na maioria das vezes é relegada a um segundo plano. Em estudo crítico, de José Evaldo Vieira, fica claro que as citações de que Oliveira Vianna faz uso em seus trabalhos são os frutos mais eloqüentes de uma “leitura livre de autores”<sup>8</sup>, extraídas de uma interpretação parcial, e desconsiderando o sentido global das obras citadas. Não é de opinião diferente José Honório Rodrigues, que percebia em Oliveira Vianna “a falta de metodologia e... seu não-conhecimento da teoria e da filosofia da História”<sup>9</sup>. Essa tendência fragmentadora de Oliveira Vianna tem as suas conseqüências, sendo as suas teses elaboradas, freqüentemente, “de acordo com irreprimível tendência a deslocar-se das posições adotadas por seus autores escolhidos”<sup>10</sup>.

Ressalte-se ainda a influência de autores “menores”<sup>11</sup> e “secundários”<sup>12</sup>, “charlatães de uma falsa antropologia racista”<sup>13</sup>, a compor as fontes de pensamento de Oliveira Vianna. Realmente, parece-nos contraditório o fato de Oliveira Vianna se dispor ao estudo das peculiaridades nacionais brasileiras, buscando em autores estrangeiros e “de segunda ordem”<sup>14</sup>, a base de sua análise. Em seus trabalhos quase não se vêem citações de autores brasileiros...

Em posição diversa encontra-se Geraldo Bezerra de Menezes, para quem Oliveira Vianna foi realmente um fiel “intérprete do Brasil”<sup>15</sup>. Retrucando as críticas que são desferidas a Vianna, explica que por haver ele propendido para o governo forte, foram distorcidas as suas idéias “com flagrante injustiça e alegações mal-amanhadas”<sup>16</sup>. De certo modo, compartilha desta idéia o Professor Miguel Reale, que encontra na obra de Oliveira Vianna um “denso sentido sociológico, reclamando-se maior atenção para aquele valor que desde a década dos vinte... se passou chamar realidade brasileira”<sup>17</sup>.

O fato é que Oliveira Vianna constrói uma visão de mundo extremamente peculiar, permitindo que, em momentos de instabilidade institucional, sejam invocadas as suas teses por alguns espíritos cujos “elevados” sentimentos “nacionalistas” acabam por configurar uma situação autoritária, antiparticipativa e excludente.

Não devemos, porém, atribuir única e exclusivamente a Oliveira Vianna e doutrinadores afins a responsabilidade pelas experiências antidemocráticas em nosso país. Nesse sentido, todo o momento histórico, os acontecimentos políticos e a própria prática demo-

crática concorrem sobremaneira para a adoção de um modelo político que tenha em seu cerne uma ideologia alternativa à então vigente. O autoritarismo, sem dúvida, em determinados momentos da evolução política brasileira, representou nitidamente essa alternativa.

Analisemos, por exemplo, a questão da organização da opinião pública e da representação política no Brasil, tendo em vista que a base das críticas de Oliveira Vianna ao regime liberal assenta principalmente sobre estes dois aspectos.

O sistema representativo instituído com a Constituição de 1824 foi uma farsa. Não havia a representação dos interesses populares na esfera estatal. O sistema parlamentar instituído deu margem a graves distorções. A prerrogativa do Poder Moderador, enfeixando a gama de poderes do Imperador ao proporcionar a estabilização do regime monárquico, acaba por eliminar os espaços de ampliação democrática. Era natural então que se verificasse o “parlamentarismo às avessas”, respaldado pelas práticas fraudulentas da época. Neste ponto Oliveira Vianna parece interpretar fielmente a dinâmica do poder durante o Brasil Império.

Era corriqueira a inversão do sentido da representação política, onde o Gabinete não representava a maioria do Parlamento, e menos ainda, a vontade do povo, mas unicamente o Imperador e a corte palaciana que o cercava. “Em julho de 68 caía o gabinete Zacarias, com uma Câmara unanimemente liberal. Esta Câmara, Itaborahy, conservador, dissolveu: a Câmara nova, eleita no mesmo ano, veio unanimemente conservadora. Em 1878 deu-se o contrário: foi o gabinete conservador que caiu. Substituiu-o um gabinete liberal, o Gabinete Sinimbu; e a Câmara, soberbamente conservadora, dissolvida, voltou soberbamente liberal”<sup>18</sup>. A Constituição, para a grande maioria do povo, ficava reduzida a uma fachada, “a uma promessa, e a um painel decorativo”<sup>19</sup>. Não havia o interesse do respeito à Constituição, mas, tão-só, mediante a rotatividade dos partidos no poder, a manutenção da Monarquia.

Com a proclamação da República, não há qualquer mudança substancial nas relações de poder, agravando-se o quadro quanto às fraudes eleitorais, oriundas dos mandonismos locais.

A idéia dominante nos primeiros anos de República no Brasil aponta para uma Federação centrífuga, com a substituição dos partidos em âmbito nacional por partidos estaduais<sup>20</sup>. Este movimento caminha no sentido do esta-

dualismo, aumentando o poder das oligarquias locais em detrimento do poder central. Instituíam-se, assim, as bases da deturpação do federalismo pela “política dos governadores”.

Oliveira Vianna explicava a origem das práticas fraudulentas da época como sendo uma manifestação inequívoca do “espírito de clã e facção” que animava “...toda a nossa sociedade, de alto a baixo, das cidades aos campos, dos litorais aos sertões”<sup>21</sup>. Demonstrava o conflito entre “quixotismo” e “espírito de clã”, na certeza que o “espírito de clã” é imensamente mais forte que o “quixotismo”, e que do confronto “é este” – o quixotismo intelectualista, a mentalidade utópica – “que tem que ceder e recuar”<sup>22</sup>. Vianna alude à existência de um sentimento tipicamente brasileiro, maior que qualquer projeção intelectualizante e generalizadora: o sentimento de corpo, essencialmente individualizante e particularista.

Em dura crítica, José Honório Rodrigues considera que a pretensa dicotomia estabelecida entre “quixotismo” e “espírito de clã” é construída a partir de “definições imprecisas, desconexas, e que na verdade nada dizem”<sup>23</sup>. Prossegue Rodrigues afirmando que esta é “uma tese de invenção pífia e reles, que não pode nem deve ser levada em conta”<sup>24</sup>.

Seria de relativizar-se tais críticas em certa medida, ressaltando que apesar da fragilidade esboçada pelo discurso de Vianna, as suas teses tiveram grande aceitação política em determinados momentos históricos do nosso país, como reconhece o próprio Rodrigues, ao atribuir a Oliveira Vianna a “responsabilidade intelectual” pelos movimentos de 1937, 1964 e os governos militares subsequentes<sup>25</sup>. Sob essa perspectiva, não fica prejudicada a significação da obra de Vianna no contexto político-social brasileiro. É evidente que devido à sua própria formação intelectual, Vianna encontrava no autoritarismo a solução mais adequada para a solução das “lacunas” institucionais brasileiras. Seria tarefa do Estado preencher esses espaços vazios, proporcionando um clima de (aparente) normatividade constitucional. O discurso de Oliveira Vianna atende exatamente ao propósito de legitimação do autoritarismo no Brasil. Sob certa medida, revela-se a ingenuidade de Vianna justamente por desconsiderar em suas análises a “significação simbólico-ideológica” das Constituições brasileiras de 1824 e 1891<sup>26</sup>, propondo como solução inexorável a institucionalização da doutrina autoritária no Brasil.

Se é verdade que havia imperfeições nos

sistemas monárquico e republicano, seria de maior interesse uma reavaliação crítica dos institutos políticos da época, ressaltando-se o papel de cada instituto no processo de comunicação do poder. Não seria demasiada ousadia afirmar que na análise de Oliveira Vianna há uma incompatibilidade imediata com os propósitos de ampliação da democracia no Brasil, pelo próprio conteúdo excludente e antiparticipativo que é apresentado como solução.

### 2.3. O modelo proposto: nacionalismo e corporativismo

Com a leitura da obra de Oliveira Vianna perceberemos que a idéia de nacionalismo é nota de nítida presença. Na verdade, à época da produção intelectual de Vianna, o nacionalismo era o assunto do momento, sendo destaque nas rodas de acadêmicos e intelectuais brasileiros.

A necessidade de se observar o nativo e as peculiaridades nacionais representava o desejo telúrico de recuperar a identidade nacional, perdida em doutrinas xenômanas. Veja-se a obra de Euclides da Cunha, *Os Sertões*, cuja campanha de canudos é descrita minuciosamente tanto quanto ao aspecto geográfico quanto pelo aspecto humano. Veja-se ainda *Casa Grande & Senzala*, onde Gilberto Freyre aborda os usos e costumes das raças que compõem a etnia brasileira.

Já desde a “Escola do Recife” encontramos tal preocupação, revelada através da metodologia do naturalismo científico em contraponto com o idealismo bacharelesco<sup>27</sup>. O retorno ao nacionalismo atinge um nível tal, que o Brasil dos anos 20 assiste a uma verdadeira explosão cultural, manifestada nas mais diversas expressões artísticas e científicas. A partir da Semana de Arte Moderna, de 1922, o espírito nacionalista emerge com grande força. “Preconizado pela resistência ao *estrangeiro* e ao *postigo*, o modernismo foi uma forma de associação do cívico ao estético, contra o convencional”<sup>28</sup>.

Neste panorama cultural, e especificamente na área das ciências políticas, destacam-se, dentre outros, Alberto Torres, Azevedo Amaral, Plínio Salgado e Oliveira Vianna.

Se por um lado não podemos classificar Oliveira Vianna como portador de uma originalidade acadêmico-cultural, por outro lado, destaca-se Vianna pela feição corporativa que atribui ao seu nacionalismo. Quanto a este as-

pecto, Oliveira Vianna parece estar sintonizado com a nova elaboração política que começa a formar adeptos na Europa de seu tempo<sup>29</sup>.

Partindo de idéias pré-concebidas, Oliveira Vianna trata de adequar a percepção da realidade brasileira ao seu discurso, quando o seu próprio discurso “realista” deveria se adequar à realidade empírica. Trata-se mais uma vez de reafirmar a inversão metodológica com que procede Oliveira Vianna quando de suas investigações. Observe-se, por exemplo, o trecho em que afirma serem as populações sertanejas do interior do país o seu padrão de brasilidade:

“Este desinteresse das classes políticas e dirigentes pelo problema dos sertões e por tudo quanto se refere às nossas regiões interiores não pode ser compreendido sem um pequeno recuo ao passado... Desde este momento, a atitude dos nossos legisladores, estadistas e publicistas se resumiu em refletir com o automatismo dos hipnotizados, os movimentos políticos da Europa, ou as agitações parlamentares inglesas, ou as grandiloquências do liberalismo francês”<sup>30</sup>.

Oliveira Vianna esquece-se que ele próprio em seus trabalhos “reflete com o automatismo dos hipnotizados os movimentos políticos da Europa” na exata medida em que defende também doutrinas estrangeiras, trazidas a lume por autores também estrangeiros.

Do diagnóstico ao remédio, Oliveira Vianna encontra no corporativismo a solução ideal para a definitiva reconciliação entre o “país real” e o “país legal”. Com efeito, o corporativismo é a doutrina surgida no contexto da crise do Estado Moderno. Representa uma dupla reação, pois que se contrapõe simultaneamente ao Estado liberal e ao Estado marxista. O surgimento do Estado Corporativo na Europa representou a necessidade de se combater a desintegração econômica e social provocada pelo liberalismo, bem como a “infiltração” do comunismo internacionalista. Seria assim um meio-termo entre o individualismo e o grupalismo<sup>31</sup>.

A organização corporativa busca a eliminação da luta de classes mediante o agrupamento de patrões e empregados em uma mesma categoria profissional. O apogeu do modelo corporativo se verificou sob a égide da Itália fascista.

Ora, fica claro que o nacionalismo de Oliveira Vianna é um equívoco. Autoproclamando-se nacionalista e indo buscar em doutrinas alienígenas o embasamento para o seu

discurso, cai em evidente contradição.

A argumentação de Vianna parte da crítica da ficção idealista dos nossos políticos, que supondo existir aqui como na Inglaterra e nos Estados Unidos uma opinião pública fortemente organizada, estabeleciam paradigmas constitucionais que não encontravam respaldo na realidade. “O regime de opinião na Inglaterra” – dizia Vianna – “não resulta, pois, exclusivamente do fato dos cidadãos ingleses terem a prerrogativa de escolher, pelo direito do voto, os representantes do poder. Mesmo sem o direito do voto, essa poderosa solidariedade de classes, esse espírito militante e infatigável acabaria por obrigar, pela simples força moral da sua opinião, os detentores do poder e a classe propriamente política a considerá-lo, a ouvi-lo e a atendê-lo”<sup>32</sup>.

Perceba-se o ceticismo de Oliveira Vianna a respeito de voto universal entre nós. Acreditava Vianna que a simples reprodução do modelo político inglês não reproduziria em absoluto o mesmo “ambiente” da democracia daquele país.

Oliveira Vianna afirmava que no Brasil eram ausentes os “sentimentos gerais”, como a solidariedade de classes e o sentimento de interesse coletivo. E afirmava, já adiantando a tendência corporativa “Não há nenhuma classe entre nós realmente organizada, exceto a classe armada”. As demais classes “...vivem em estado de semi-consciência dos seus próprios direitos e dos seus próprios interesses, e de absoluta inconsciência de sua própria força”<sup>33</sup>.

Criticava a inércia das classes produtoras de bens e serviços que aguardavam eternamente por um “programa de salvação”. Oliveira Vianna denota uma certa tendência paternalista ao defender que “nenhuma classe vinha a ele” – o Presidente da República – “para dizer-lhe com dignidade – Nós que conhecemos os nossos interesses melhor do que vós, queremos para o nosso bem tais e tais providências”<sup>34</sup>. Daí concluía que, com a implantação do sistema republicano de 1891, “o problema político... não estava em atacar os governos por não serem patrióticos; o problema estava em *obrigar* os governos a serem patrióticos”<sup>35</sup>.

Denunciando o “equívoco dos partidos políticos” no Brasil, que sob a sua perspectiva não valeriam “dois minutos de atenção de um espírito sério”<sup>36</sup>, Vianna ponderava que o transplante puro e simples do modelo político-representativo anglo-saxônico levou-nos a institucionalizar práticas nocivas. “Os motivos de

aglutinação dos indivíduos em partidos são apenas interesses pessoais em busca de satisfação e proteção<sup>37</sup>. O caráter personalista dos partidos políticos acentuava ainda mais o “espírito de clã e facção”, tendo como consequência o desenvolvimento do caudilhismo, do coronelismo e do satrapismo, cujos efeitos refletiam-se nitidamente nas práticas eleitorais fraudulentas. Com este pensamento, não é de admirar que Oliveira Vianna tenha defendido o golpe do Estado Novo de 10 de novembro de 37, cujo Decreto de número 37 atingiu frontalmente a representação político-partidária. Neste sentido, a Constituição de 1937 é particularmente esclarecedora ao justificar a dissolução da Câmara dos Deputados e as Assembléias Legislativas estaduais (art. 178), como uma forma de atender: “... às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem resultantes da crescente agravamento dos dissídios partidários...”<sup>38</sup>.

No entender de Oliveira Vianna, tal ato teria sido a expressão de um acertado realismo político.

“Todos os espíritos positivos, libertos das fórmulas feitas e com capacidade de ver claro nas nossas realidades, sentiam há muito a necessidade – mais do que isto, a urgência imperativa – de romper com este preconceito funesto, espantosamente grotesco da democracia de partidos num país em que os partidos não tinham substancialmente nenhum objetivo de interesse público ou coletivo, nem nenhuma significação ideológica”<sup>39</sup>.

Uma vez dissolvidos os partidos políticos, era preciso reorganizar as fontes de expressão da opinião pública. É exatamente neste ponto que surgem as corporações profissionais.

Oliveira Vianna passa então a discutir duas alternativas: Partido único ou Presidente único?<sup>40</sup> Empreendendo tal discussão, Oliveira Vianna permite transparecer claramente a sua tendência totalitária, quando exalta as maravilhas do partido único na Alemanha de Hitler e na Itália de Mussolini, lastimando a impossibilidade do partido único entre nós:

“Não há em nosso povo, na sua psicologia coletiva condições para a constituição de uma mística viva e orgânica, uma mística que se apodere da alma nacional e a mova num sentido nitidamente determinado, para um objetivo preciso – como o nacionalismo imperia-

lista dos italianos de Mussolini ou o nacionalismo racista de Hitler”<sup>41</sup>.

Resta então a segunda opção, a do Presidente único, um Presidente “que não divida com ninguém a sua autoridade... em quem ninguém mande...” O Presidente único seria um “Presidente soberano exercendo em suma o seu poder em nome da Nação, só a ela subordinada e só dela dependente”<sup>42</sup>.

Oliveira Vianna foi o suporte teórico da prática Estado-novista. Reputava as associações profissionais, instituições sociais e corporações de cultura como sendo “os órgãos mais legítimos”<sup>43</sup> de expressão da opinião pública. Argumentava que “o sistema de partidos apanha e manifesta o cidadão num aspecto de sua personalidade, que é o das suas convicções doutrinárias ou políticas”<sup>44</sup>. No sistema de representação profissional, o cidadão é enxergado por Vianna enquanto membro de uma classe, unida por interesses comuns.

O Brasil não chegou a atingir o corporativismo; a nossa experiência limitou-se à introdução da representação profissional, por obra de Constituição de 1934. Com o movimento de 1937 instituiu-se o autoritarismo entre nós. Aquele momento representou o ápice das doutrinas autoritárias e totalitárias enquanto sistemas políticos adotados por grande parte dos Estados.

Além de Brasil, Alemanha e Itália, viveram experiências autoritárias/totalitárias a Turquia de Mustafá Kemal; a Polônia de Pilsudski; o Portugal de Antônio Oliveira Salazar; a Espanha de Francisco Franco e a Argentina de Perón.

Inobstante as peculiaridades de que se revestiram em cada um destes Estados, todos conservam em comum o discurso nacionalista e a necessidade de serem reaproximados os níveis da legalidade e da realidade.

No Brasil, Francisco José de Oliveira Vianna e sua doutrina representam uma tentativa de justificação do momento de ruptura do princípio da liberdade pelo princípio da autoridade.

### 3. A dicotomia “idealismo utópico”/ “idealismo orgânico”

No discurso sócio-interpretativo de Oliveira Vianna encontram-se plasmados os conceitos de “idealismo orgânico” e “idealismo utópico”. A partir da dicotomização destes conceitos, Vianna passa a expor pormenorizadamente o

seu pensamento em estreita observância às construções teóricas que compõem a dicotomia.

Ainda que não encontremos em Vianna referências expressas, o binômio “idealismo orgânico”/“idealismo utópico” é fruto de uma elaboração teórica calcada no Positivismo de Auguste Comte e no Organicismo de Herbert Spencer. De fato, Oliveira Vianna constrói o arcabouço teórico da sua perspectiva sócio-política a partir do discurso da observação empírico-orgânica da realidade brasileira.

Sob certo sentido, a dicotomia “idealismo orgânico”/“idealismo utópico” tem por finalidade estabelecer os parâmetros de legitimação do discurso de Oliveira Vianna. Relevante, assim, que tais conceitos sejam investigados e reconstruídos em seus fundamentos.

O Positivismo representa um movimento de reação a todo formalismo idealista. Uma postura positivista exige necessariamente um maior grau de respeito para com a experiência e os dados positivos. O Positivismo aproxima-se então do Empirismo, limitando-se à experiência imediata. Daí a razão pela qual o Positivismo tem grande aceitação no âmbito das ciências naturais e fisiológicas.

A distinção que se faz entre Positivismo e Empirismo fundamenta-se basicamente na idéia do “vir a ser”, característica fundamental do evolucionismo inerente à doutrina positivista. Esta é aliás a base da elaboração comteana esboçada na gradação da Lei dos três Estados<sup>45</sup>. De acordo com Comte, do Estado teológico ao Estado positivo, passando pelo Estado metafísico, as sociedades humanas e a ciência estariam inevitavelmente vinculadas ao movimento que as levará um dia ao Estado positivo. A aceitação desta idéia evolucionista nos primórdios da República no Brasil pode ser claramente avaliada se nos reportarmos à inscrição “ordem e progresso” em nossa bandeira nacional, de origem reconhecidamente positivista. Na realidade, a doutrina positivista, difundida nas academias militares, encontra-se no cerne das bases teóricas que inspiraram a proclamação da República no Brasil.

De outra sorte, o Organicismo encontra as suas raízes fincadas em princípios das ciências biológicas. O parâmetro organicista fundamental está no estabelecimento de comparações entre os organismos biológicos e o organismo social<sup>46</sup>. Numa perspectiva organicista, o desenvolvimento social aponta para um corpo complexo, onde as pessoas cada vez mais guardam relações de interdependência.

A doutrina organicista de Spencer defende, assim, que o desenvolvimento natural das sociedades foge ao controle dos poderes de onde emanam as leis. Toda e qualquer norma que vise alterar as estruturas sociais resultaria num esforço artificial, desaguando em uma “fabricação” social sem correspondência com a realidade<sup>47</sup>. Desse modo, a visão organicista nega a possibilidade de se antecipar o desenvolvimento natural das sociedades.

A metáfora spenceriana da semente que se transforma em árvore bem ilustra a tese organicista por meio da qual as mudanças se processam no corpo social lenta, silenciosa e imperceptivelmente. As mudanças verificadas na sociedade nada mais seriam que “... a consequência de causas naturais gerais”<sup>48</sup>.

Raciocinando em termos organicistas, perceberemos que aos grandes líderes não deve ser atribuída a responsabilidade pelas grandes transformações sociais. De maneira diversa, os próprios líderes são fruto de um dado momento social compreendido no espaço-tempo. O curso do processo natural de organização jamais poderá ser subvertido, pois escapa à autoridade das pessoas individualmente consideradas. A máxima de que as Constituições não nascem feitas, mas se fazem, encontra abrigo exatamente na tese de que as sociedades nunca estarão prontas e acabadas, mas num eterno processo de desenvolvimento.

Dentro desta perspectiva, Oliveira Vianna secciona o sentido do termo “idealismo” em dois pólos: sendo o primeiro, o “idealismo orgânico”, o segundo, o “idealismo utópico”.

Com isto, a crítica de Oliveira Vianna à prática liberal da primeira República no Brasil vem acompanhada da afirmação de que, em nosso país, as Constituições têm sido ineficazes em virtude do “idealismo utópico” dos nossos políticos e doutrinadores, resultado de uma falta de percepção orgânica da realidade brasileira. Dizia Vianna a essa altura que

“Entre nós, não é no povo, na sua estrutura, na sua economia íntima, nas condições particulares da sua psiqué, que os organizadores brasileiros, os elaboradores dos nossos códigos políticos vão buscar os materiais para as suas famosas e soberbas construções: é fora de nós, é nas jurisprudências estranhas, é em estranhos princípios, é nos modelos estranhos, é nos exemplos estranhos, é em estranhos sistemas que eles se abeberam e inspiram”<sup>49</sup>.

O “idealismo utópico” consubstancia a representação de

“todo e qualquer sistema doutrinário, todo e qualquer conjunto de aspirações políticas em íntimo desacordo com as condições reais e orgânicas da sociedade que pretenda reger e dirigir”<sup>50</sup>.

Contraposto ao “idealismo utópico”, está o “idealismo orgânico”, cujas manifestações típicas “nascem da própria evolução orgânica da sociedade e não são outra coisa senão visões antecipadas de uma evolução futura”<sup>51</sup>.

O “idealismo utópico”, então, não leva em consideração a realidade empírica, enquanto o “idealismo orgânico” se apóia necessariamente na experiência e é orientado pela observação do povo e do meio<sup>52</sup>. Perceba-se a nitidez da presença dos elementos positivistas e organicistas que se manifestam nesta elaboração conceitual. Na verdade, Oliveira Vianna busca a legitimação do seu discurso através da dicotomia “idealismo orgânico”/“idealismo utópico”, invocando como fundamento de suas críticas o aspecto xenômano de que se revestiu o discurso político da República Velha.

A razão do florescimento e predomínio do “idealismo utópico” na evolução política brasileira, Oliveira Vianna atribuiu à educação extranacional das nossas primeiras gerações políticas. Vianna argumentava que devido ao fato de os espíritos políticos brasileiros terem sido formados intelectualmente a partir de premissas estabelecidas em outros centros, distantes do Brasil, uma visão do nosso país “sob critérios rigorosamente objetivos” quedava-se dificultada, resultando num impedimento ao desenvolvimento do “idealismo orgânico” no seio da coletividade política brasileira. De maneira diversa, o “idealismo utópico” era francamente favorecido:

“No ponto de vista das idéias políticas, essas instituições educacionais constituíam-se em centros elaboradores de idealismo utópico: – os que delas saíam eram sonhadores, sinceros e ardentes sem dúvida, mas fora do conhecimento das nossas realidades objetivas”<sup>53</sup>.

Assim é que não foi difícil para Oliveira Vianna posicionar-se radicalmente contra o modelo de educação cultural do povo brasileiro, enxergando aí um grande perigo de “expatriação intelectual”<sup>54</sup>. Invocava em seu favor a interpretação da leitura de Taunay, onde em “A retirada da Laguna”, “um homem do povo, um jeca de barbicha rala, um campeiro rude e anal-

fabeto” salva todo o exército expedicionário repleto de estrategistas e professores de engenharia militar da “ruína completa”. Naquele momento que antecedeu a ordem do comandante de retirada da Laguna, “o exército em marcha começou a morrer de fome...” Até que dentre todos aqueles homens que compunham a expedição destaca-se o guia Lopes. “Por mais paradoxal que isso pareça, no meio de tanta gente sabida, este matuto ignorante era o único que *via* na expedição, o único que *sabia*, o único que tinha a verdadeira ciência daquela terra”<sup>55</sup>. Oliveira Vianna pretendia com isso demonstrar que o matuto “... tinha o sentimento da realidade – e os outros, não. Os outros raciocinavam; ele intuía. Os outros sabiam pela razão; ele, pela intuição. Por isso ele sabia; os outros, não”<sup>56</sup>.

Vianna concluía, assim, sem dificuldade que

“o brasileiro, enquanto é analfabeto, raciocina corretamente e, mesmo inteligentemente... Dêem-lhe porém instrução; façam-no aprender o francês; levem-no a ler a História dos Girondinos de Lamartine, no original... Fica homem de ‘idéias adiantadas’... passa a peregrinar... por ‘todos os grandes centros da Civilização e do Progresso’. Se acordando-o da hipnose, damos-lhe um safanão e desfêchamos-lhe, à queima-roupa, uma pergunta concreta e precisa sobre as possibilidades da ‘Siderurgia no Brasil’ ou sobre o ‘valor seletivo do zebu na pecuária do Triângulo’, ele nos olha atônito, num estado de imbecilização sonambúlica; ou então entra a dizer coisas disparatadas sobre rebanhos ingleses e australianos. Sobre o *nosso* problema siderúrgico, ou sobre o *nosso* problema pecuário, ele nada dirá, porque nada sabe, nem mesmo poderá saber, dado esse estado particular do seu espírito”<sup>57</sup>.

O pensamento de Vianna torna-se mais nítido quando defende o “pragmatismo” de Ulysses Weatherley a respeito da dominação norte-americana no Haiti em 1915<sup>58</sup>.

E caberia indagar: Os Estados Unidos têm condições de perceber a realidade do Haiti nos termos de um “idealismo orgânico”? Parece-nos que estamos aqui diante de mais uma postura paradoxal de Oliveira Vianna. Senão, vejamos.

A discussão começa com a negação do

princípio democrático da soberania popular. Argumentava Vianna que sob o ponto de vista do “antigo idealismo da soberania do povo”<sup>59</sup> o domínio norte-americano seria injusto. Não obstante, se este “sovado ponto de vista”<sup>60</sup> for cambiado para o “moderno idealismo pragmático”<sup>61</sup>, o domínio norte-americano torna-se, na expressão de Vianna, “justíssimo”<sup>62</sup>.

Em seu socorro, Oliveira Vianna passa a reconstruir os dois momentos, antecedente e conseqüente à dominação, referindo-se de maneira irônica ao “Haiti da liberdade” e ao “Haiti da escravidão”<sup>63</sup>, respectivamente. Com efeito, Vianna apontava que “no Haiti do tempo da liberdade, não havia propriamente governo... o governo fazia tudo ali, menos exercer as funções elementares que incumbem ao governo em qualquer Estado organizado”<sup>64</sup>. No Haiti “... não havia...nem defesa nacional, nem ordem pública”<sup>65</sup>. A partir de 1915, “os americanos entram ali, e põem para fora do governo sumária e drasticamente os politiquieiros que exploravam, sob o rótulo de democracia, o país”<sup>66</sup>. Vianna empenha-se ainda em demonstrar como no “Haiti da escravidão” foram construídas estradas, escolas, etc., e como foram reformulados o sistema tributário, a polícia e o Exército haitianos.

O paradoxo desta discussão em Vianna está exatamente em considerar a dominação norte-americana como expressão de um providencial “idealismo orgânico” ou “idealismo pragmático”, confundindo nacionalismo com imperialismo.

Não se explica com que fundamento Vianna considera tão importantes soluções nacionais para problemas nacionais e subitamente adogue a tese da dominação extranacional.

Veja-se por exemplo o livro *“Instituições Políticas Brasileiras”*<sup>67</sup>, onde Vianna denuncia os efeitos negativos do “marginalismo” no Direito, minuciosamente dissecado através da análise do “marginalismo” no sentido culturalógico do termo, atribuído a Rui Barbosa<sup>68</sup>.

Para Vianna, todo o enciclopedismo de Rui, sua biblioteca, suas citações e generalizações – como a idéia do “povo soberano” – eram fruto da formação anglo-saxônica do seu modo de pensar. E dizia Vianna que em Rui,

“nos quadros do seu espírito, o que palpitava e vivia não eram as imagens da sua Bahia eufórica e dionisíaca; eram as imagens da Inglaterra – onde por algum tempo viveu e mesmo advogou; eram seres e coisas britânicas, eram homens de raça inglesa, ruivos e ossudos... bretões

*citizens londrinos... dominados todos pelo senso da liberdade individual...”*<sup>69</sup>.

Como é de se imaginar, Vianna atribui a Rui Barbosa a qualidade de “idealista utópico”. Cumpre-nos no entanto relativizar as noções de “idealismo utópico” e “marginalismo político” em Rui Barbosa, pois que o próprio Rui tinha como objeto dos seus estudos os inconvenientes dos “implantes”, “importações” e “empréstimos” de sistemas políticos exóticos.

Observe-se a seguinte reflexão, onde Rui Barbosa sugere a impossibilidade de uma reprodução, no Brasil, do sistema federativo norte-americano sem uma prévia observação do povo e do meio brasileiro:

“Certamente há criações que não se imitam, que se não transportam. Não basta a vontade e a ciência para obter, noutro país, a reprodução de um Senado como o americano. Não vale a inteligência do modelo, nem a arte da adaptação, para transplantar dos Estados Unidos o seu Supremo Tribunal Federal. Instituições destas não se alcançam pela habilidade plástica dos legisladores. Dependem eminentemente da idoneidade dos povos, como do caráter das raças”<sup>70</sup>.

Interessante perceber que tais linhas, uma vez interpretadas fora de uma devida contextualização, poderiam ser atribuídas a Oliveira Vianna, tamanha é a coincidência de argumentos que compartilham os dois autores.

Não se pretende aqui promover uma aproximação radical entre Oliveira Vianna e Rui Barbosa, a ponto de se tornarem imperceptíveis as suas peculiaridades, mas, de modo diverso, demonstrar a fragilidade da concepção de Vianna ao isolar-se em um ponto sob o manto de um “idealismo orgânico”.

#### 4. Implicações constitucionais da dicotomia “idealismo utópico” / “idealismo orgânico”

##### 4.1. Oliveira Vianna e a teoria clássica do Direito Constitucional

Uma vez compreendidos os conceitos de “idealismo utópico” e “idealismo orgânico” em Oliveira Vianna, seria interessante agora procedermos a uma interpretação de tais conceitos junto à teoria clássica do Direito e da Constituição.

Ressalvamos aqui que quando nos referimos ao fenômeno “Constituição”, estamos admitindo como pressuposto teórico o advento do Estado Moderno. Com efeito, é unicamente a partir da

modernidade que as Constituições adquirem o *status* político de controle jurídico da realidade estatal, cujo sentido aqui restringimos operacionalmente<sup>71</sup>.

Conforme demonstrado anteriormente, a dicotomia “idealismo utópico”/“idealismo orgânico” tem a finalidade de fornecer o embasamento teórico necessário ao discurso de Oliveira Vianna de retorno à realidade sócio-cultural brasileira.

Este movimento em direção à realidade seria expresso pelo “idealismo orgânico”. Seria única e exclusivamente através de uma consciência fundada no “idealismo orgânico” que seria suprido o hiato verificado entre as disposições do texto constitucional e as práticas a ele subjacentes. No entender de Vianna, em se adotando uma postura idealista orgânica, a mecânica natural fatalmente proporcionaria a reaproximação do “país real” ao “país legal”.

Verdade é, concordemos com Vianna, que havia uma grande lacuna entre as cartas políticas do Império e República, e ressalte-se, devida em grande parte ao “idealismo utópico” de determinadas correntes políticas brasileiras. O grande equívoco de Vianna, entretanto, está na dicotomização absoluta da problemática. Não havia espaço para um meio-termo: ou se era idealista utópico, ou idealista orgânico, como se o Brasil estivesse inapelavelmente situado entre a cruz e a espada. Não era relevante para Vianna a discussão acerca dos reais interesses que levaram ao desvirtuamento do texto constitucional e muito menos do sentido simbólico que se atribuía à sistemática adotada. Não havia, enfim, um interesse verdadeiro pelo aperfeiçoamento do sistema político adotado. Havia única e exclusivamente a constatação simplista de que o sistema político liberal-republicano era ineficaz<sup>72</sup> em virtude da preferência política pela importação de idéias dominantes em outras realidades sociais, e que portanto deveria ser substituído.

O problema da adequação dos textos legais à realidade empírica, bem como a sua efetiva concretização, ganha, com isso, posição destacada. Tanto maior pela dinamicidade característica da vida social e a relativa estabilidade necessária ao fortalecimento institucional<sup>73</sup>. São, assim, inevitáveis as assimetrias constitucionais que em última instância podem ser consideradas como a expressão do descompasso entre o nível teórico-legal e o nível prático-social de uma determinada realidade constitucional.

Inúmeras são as tentativas de análise acerca do fenômeno constitucional, ensejando a difusão das mais diversas correntes de pensamento, que pecam, na maioria das vezes, pelo reducionismo unilateralista de que se revestem. Com isso, o termo “Constituição” adquire uma multiplicidade de sentidos, podendo significar para Schmitt uma decisão de fundo e de forma sobre uma determinada organização política<sup>74</sup>; ou como quer Lassalle, a soma dos reais fatores de poder que regem a sociedade<sup>75</sup>; ou ainda como pensa Kelsen, uma norma pura, um puro “dever-ser”<sup>76</sup>.

Uma tentativa de superação das interpretações constitucionais reducionistas nos é apresentada por Heller, representante da escola “dialético-cultural”<sup>77</sup>, para quem qualquer Constituição, na verdade, incorpora todas estas dimensões em uma síntese monolítica<sup>78</sup>. Do mesmo ponto de vista abrangente, Lourival Vilanova enxerga a Constituição do Estado Moderno como um misto de “idealidade” e “realidade” em “mútua referência”<sup>79</sup>.

Não obstante, muito freqüentemente a prática constitucional não corresponde exatamente aos dispositivos que incorporam textualmente o documento. Exatamente como ressalta Loewenstein, “...la existencia hoy de una Constitución escrita no implica en absoluto, *ipso facto*, una garantía de distribución y, por lo tanto, limitación del poder”<sup>80</sup>.

Acolhendo a interpretação constitucional de Loewenstein, reproduziremos aqui o modelo de classificação “ontológica” das Constituições, proposta pelo autor<sup>81</sup>. Com isso, teremos três categorias constitucionais, representadas pelos três tipos constitucionais loewensteinianos: a “Constituição normativa”, a “Constituição nominal” e a “Constituição semântica”. São três tipos de Constituição, cada uma delas implicando diferentes relações de poder.

Uma Constituição é dita “normativa”, quando há uma correspondência real entre o preceituado e a prática procedimental do poder. As Constituições “nominais”, de outra parte, são aquelas que incorporam mecanismos de distribuição e controle do poder na sociedade, mas fatores sócio-econômicos existentes na coletividade impedem uma adequada concretização constitucional. Em uma terceira categoria estão as Constituições “semânticas”, típicas das situações onde o documento constitucional tem a finalidade única e exclusiva de legitimar a situação de dominação social pelos “detentores do poder de fato”. A Constituição transmuta-se



de instrumento limitador de poder a um documento proporcionador da estabilização e eternização dos “donos do poder”.

Loewenstein ilustra a sua classificação por meio da imagem de uma roupa em um armário: as Constituições “normativas” têm o aspecto de um terno que cabe perfeitamente em seu dono; nas Constituições “nominais”, o terno é grande demais, não cabendo em seu dono, que deve ainda crescer e amadurecer; nos casos de constitucionalização “semântica”, não se trata exatamente de cogitar da existência de uma roupa, mas de um disfarce.

Caberia aqui ressaltar que quando classificamos uma Constituição em uma das três categorias loewensteinianas, temos em mira aludir ao seu aspecto preponderante, de um modo tal que uma Constituição íntegra conjunta e simultaneamente elementos “normativos”, “nominais” e “semânticos”<sup>82</sup>.

Dentro deste contexto, podemos afirmar que os conceitos de “idealismo utópico” e “idealismo orgânico” são perfeitamente associáveis à classificação de Loewenstein.

Subjacente àquilo que Vianna convencionou denominar de “idealismo utópico”, encontraríamos uma Constituição de tipo “nominal”, marcada pelo descompasso entre a maturidade social e o texto constitucional.

Ao “idealismo orgânico” estaria associado um “semantismo” constitucional decorrente de uma “instrumentalização”<sup>83</sup> da Constituição pelos “donos do poder”. De fato, com o regime instaurado pelo Estado Novo, o Brasil conviveu com uma situação curiosa, onde a existência de um documento constitucional escrito, como o de 1937, não garantia a si próprio um satisfatório nível de concretização. O poder se concretizava mediante práticas casuisticamente interpretadas a partir da Constituição. O plebiscito previsto no art. 187 da Constituição de 1937 nunca foi realizado, e o Brasil foi governado por Vargas por meio de decretos.

A Constituição, assim, bifurca-se em dois níveis, um escrito e outro vivenciado na prática, dando origem ao “fenômeno da dupla Constituição”<sup>84</sup>.

Resta a conclusão de que o discurso de Vianna fundado na dicotomia “idealismo orgânico”/“idealismo utópico” representa, na verdade, uma falsa dicotomia. Tanto na hipótese de aplicação generalizada do “idealismo utópico” nas práticas políticas brasileiras, bem como no caso da difusão da mentalidade contida no “idealismo orgânico”, não são atingidas

profundamente as bases da distribuição do poder social nos moldes de um “normativismo” constitucional.

A adoção de qualquer dos aspectos da dicotomia de Vianna parece apontar para a confirmação da tese da subordinação dos Estados periféricos ao movimento pendular que oscila entre o “instrumentalismo” e o “nominalismo” constitucionais<sup>85</sup>.

## 4.2. Alguns aspectos simbólicos

Quando se afirma que o discurso de Oliveira Vianna representa uma simplificação da realidade constitucional brasileira, tem-se como objetivo trazer à discussão alguns aspectos não analisados por Vianna. Ao considerar o regime político liberal-republicano instituído no Brasil como ineficaz, duas são as suas preocupações: em um primeiro momento atribui a responsabilidade da ineficácia dos textos constitucionais brasileiros ao “idealismo utópico” da nossa classe política; em um segundo momento propõe a revisão da organização do Estado brasileiro a partir dos parâmetros de um “idealismo orgânico”.

Julgamos infrutífera a mera substituição de uma orientação por outra, sem uma investigação mais profundamente detalhada. Queremos com isso demonstrar que antes mesmo de propor uma mudança institucional radical, como aquela proposta por Oliveira Vianna, deveriam ser observados alguns dados da própria realidade empírica (tão defendida pelo autor fluminense), agora porém, com ênfase não mais nos aspectos que se apresentam de forma tão ostensiva, mas investigando o sentido oculto da própria existência normativo-constitucional. Estaríamos diante de uma situação análoga à de alguém que adquirisse um novo aparelho de TV e este apresentasse um defeito na fixação da imagem na tela. Na precipitação de atribuir o defeito ao aparelho, este alguém resolve chamar a assistência técnica, mas esquece que não possui instalação para antena. Este indivíduo poderia comprar e instalar em sua residência quantos aparelhos de televisão ele desejasse, mas enquanto a antena não fosse instalada, todos os aparelhos provavelmente apresentariam o mesmo “defeito”.

Dentro desta perspectiva, podemos afirmar que apesar das normas constitucionais da República Velha não se revestirem de um caráter de plena eficácia normativa, elas desempenhavam um papel específico, influenciando

no processo de comunicação do poder. Com efeito, é possível distinguir nos sistemas legislativos um sentido instrumental, subordinado a relações meio-fim, e um sentido simbólico, mediatizado por um significado latente<sup>86</sup>. Teríamos aqui uma distinção parecida com aquela que se faz em linguística entre denotação e conotação. Na denotação as relações entre expressão e significação são normalmente claras, havendo do mesmo modo que no agir instrumental “um direcionamento da conduta para fins fixos”<sup>87</sup>. Contrariamente, a conotação possui uma linguagem essencialmente ambígua, proporcionando uma semelhança com o agir simbólico na medida em que a este agir é acrescentado um outro sentido, mediato e impreciso, prevalecendo sobre o sentido imediato e manifesto<sup>88</sup>. Fala-se de “constitucionalização simbólica” quando a dimensão “instrumental” da Constituição é secundada pela dimensão simbólica.

Tratamos aqui especificamente de mutações constitucionais. As mutações constitucionais quanto à normatividade podem ser classificadas basicamente em duas categorias: as primeiras decorrentes das alterações do texto constitucional através da atuação de poderes específicos (poder constituinte e poder de reforma), e as segundas, das quais tratamos aqui, oriundas do próprio momento de concretização do texto constitucional<sup>89</sup>.

Para os efeitos de uma melhor exposição do tema, acolhamos aqui a teoria da “constitucionalização simbólica”, de onde pinçamos a tipologia acerca das espécies de legislação simbólica proposta por Kindermann<sup>90</sup>. Na tipologia de Kindermann encontraremos três tipos de legislação, com os quais pretendemos traçar um paralelo com a doutrina de Vianna, a saber: legislação como confirmação de valores sociais; legislação como fórmula de compromisso dilatatório e legislação-álibi<sup>91</sup>.

Subjacente à legislação como confirmação de valores sociais, podemos vislumbrar o embate de grupos políticos, pela prevalência de seus pontos de vista sobre os demais. Para os atores ativos do discurso político, é irrelevante a utilidade instrumental desta espécie de legislação. Que o resultado legislativo final, resultante do discurso político, seja realmente aplicado com eficácia à realidade social é questão de interesse secundário. O interesse simbólico predominante é o da afirmação da própria “supremacia política”, através das influências exercidas nas ativi-

dades legiferantes<sup>92</sup>.

Uma segunda espécie de legislação simbólica é a chamada legislação como fórmula de compromisso dilatatório. O compromisso dilatatório aqui caracteriza-se com ênfase principalmente no aspecto de afastamento e adiamento das decisões destinadas a solução dos conflitos sociais para um momento posterior, restando a ilusão de que a matéria é legalmente regulada<sup>93</sup>.

Na terceira categoria de legislação simbólica está a legislação-álibi. Com a legislação-álibi, típica dos “nominalismos” constitucionais, pretende-se reforçar a confiança do cidadão na estrutura de poder vigente. Aqui não se cogita exatamente de um embate político de grupos divergentes, mas do próprio relacionamento entre governo e cidadão<sup>94</sup>. Na legislação-álibi, a dimensão simbólica pode ser encontrada quando verificamos a aprovação de leis em atendimento a pressões populares, como forma de identificação do governo com os anseios do povo. Na maioria dos casos, não há uma mudança substantiva da realidade social, antes pelo contrário, a legislação-álibi proporciona aos grupos políticos que compõem o governo uma espécie de “prestação de contas” frente à opinião pública. Nesta hipótese, ao encobrir a realidade da práxis constitucional, a legislação-álibi tem como sentido principal proporcionar a manutenção do *status quo*.

Um bom exemplo de legislação-álibi, está no discurso constitucionalista de 1891, bem como nas próprias disposições contidas na nossa primeira Constituição republicana, que “proibia” as fraudes eleitorais, sendo “garantida a representação da minoria” (art. 28), bem como o princípio da igualdade consagrado no art. 72, parágrafo 2º. Ainda que aqui estejamos tratando de um universo bastante restrito, já que eram poucas as pessoas que efetivamente participavam do processo político, a prática apontava para um quadro bastante diverso àquele que determinava a letra da Constituição. As eleições livres e democráticas, apesar de constitucionalmente garantidas, não se realizavam na prática; do mesmo modo, a tão proclamação igualdade perante a lei era inexistente. Por outro lado, a existência de tais dispositivos constitucionais provocava na população participante um sentimento de relativa tranquilidade.

Semelhantemente, a recente história legislativa brasileira registra um conhecido caso de legislação-álibi. Tratamos aqui da promulgação da Lei nº 8.930, de 6-9-94, acrescentando mais dois tipos penais à lista dos crimes hediondos.

Os fatores que levaram à promulgação da referida lei, conhecida como Emenda Glória Perez, vinculam-se estreitamente à comoção social provocada pelo assassinato da atriz Daniella Perez, filha da organizadora do movimento que culminou com a aprovação do projeto de lei pelo Congresso Nacional e o posterior sancionamento pelo Presidente da República.

Do mesmo modo que a simples existência de uma legislação específica prevenindo as fraudes eleitorais durante a República Velha não possuía o condão de alterar a realidade sócio-econômico-cultural de então, é pouco provável que com a modificação da legislação penal brasileira haja uma alteração nos pressupostos sócio-econômicos e políticos capazes de concorrer decisivamente para a efetivação da legislação penal em vigor<sup>95</sup>.

Percebemos então que na discussão de Vianna, relevantes aspectos simbólicos não são devidamente considerados. Com isso, podemos afirmar que as observações de Vianna a respeito da realidade brasileira são em parte procedentes, porém incompletas no concernente aos aspectos latentes da legislação constitucional. Vários e eloqüentes eram os “álibis” liberais-republicanos constitucionalmente protegidos, como a organização partidária, o sistema representativo, os direitos e garantias individuais e a própria forma federal do Estado brasileiro. A práxis constitucional, no entanto, acabava por desfigurar o texto da Constituição. O equívoco de Oliveira Vianna estava em atribuir a causa da ineficácia normativo-constitucional brasileira simplesmente à mentalidade “idealista utópica” da Constituição, em cujo cerne encontravam-se idéias “importadas”.

Daí concluirmos que a discussão acerca da “importação” de modelos políticos perde em relevância, desde que muito freqüentemente ocorrem não como um mero “transplante”, mas como uma identificação simbólica das nossas instituições políticas com realidades estranhas a nós<sup>96</sup>. Importante então que se verifique a real possibilidade de eficácia normativa de um sistema político frente à sua própria realidade social, nada impedindo que os vários Estados da comunidade internacional eventualmente possuam um elevado grau de semelhanças no concernente à organização política. Se assim não fosse, cada um dos Estados teria de desenvolver uma organização política extremamente peculiar, de tal sorte que fosse impossível detectar semelhanças entre as soluções encontradas para os diversos problemas institucionais

que compartilhassem.

Conforme demonstrado anteriormente, a idéia de “constitucionalização simbólica” encontra-se presente naquela categoria constitucional denominada por Loewenstein de “nominalista”. Logo, ao estabelecermos um paralelo entre as Constituições de tipo “nominalistas” e o “idealismo utópico”, estaremos admitindo implicitamente que a sistemática simbólica é dominante na mentalidade idealista utópica. A constitucionalização simbólica é característica dos Estados periféricos, cujas constituições “nominalistas”, apesar de incapazes de promover uma concretização constitucional generalizada, afigura-se como relevância simbólica no discurso do poder<sup>97</sup>.

De outra sorte, devido ao próprio caráter “instrumentalista” das Constituições autoritárias, aos efeitos latentes do “idealismo orgânico” não corresponderia exatamente um caráter simbólico. Não seria de se negar a existência de variáveis simbólicas nas práticas fundadas no “instrumentalismo” constitucional. Consideremos entretanto que a mera existência de tais variáveis não é suficiente para a caracterização do fenômeno da “constitucionalização simbólica”<sup>98</sup>. Com efeito, na prática Estado-novista, fundada no discurso “realista” de Vianna, percebemos que a Constituição perde o caráter de “estatuto do poder”, para funcionar como um mero instrumento nas mãos dos “donos do poder”. Apesar das declarações de direitos contidas no documento constitucional de 1937, cujas violações poderiam a princípio caracterizar experiências simbólicas, a Constituição tinha a sua nota predominante no fato de que as violações se davam às claras, já que o próprio texto constitucional previa uma série de mecanismos que serviam para tal fim. Dentre eles, a prerrogativa de o Presidente da República governar mediante decretos, prescindindo de apreciação pelo Congresso Nacional. Aqui não teríamos, portanto, uma hipótese de “constitucionalização simbólica”, mas de “constitucionalização instrumental”.

#### 4.3. “Idealismo utópico”, “idealismo orgânico” e autonomia do sistema jurídico

A título de ilustração, propomos agora uma análise da dicotomia “idealismo orgânico”/ “idealismo utópico” levando em consideração a necessidade do desenvolvimento do Direito enquanto sistema social autônomo. Valemo-nos para tanto da fundamentação teórica contida

na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

A Teoria dos Sistemas luhmanniana aponta a sociedade moderna composta por múltiplos sistemas, cada um destinado à solução de problemas específicos. Com o advento da modernidade e o desaparecimento de uma moral globalizante, torna-se impossível admitir a sociedade mundial de acordo com os padrões de diferenciação segmentária e diferenciação hierárquica das sociedades<sup>99</sup>. O modelo da diferenciação funcional de sistemas sociais autônomos é, portanto, a base da Teoria dos Sistemas.

Observa-se, com efeito, que o advento da modernidade trouxe em seu bojo uma diversificação de problemas, questionamentos e indagações que eram até então desconhecidos da humanidade. Com a hipercomplexificação da sociedade, nascem sistemas sociais parciais, destinados à solução de problemas específicos. A sociedade passa a ser enxergada como um grupo de sistemas<sup>100</sup>, horizontalmente relacionados, cada qual correspondendo a um âmbito de atuação do indivíduo. Teremos desta maneira, em uma mesma sociedade, tantos sistemas quantas sejam as relações estabelecidas entre os homens. Seriam, assim, um sistema relativo ao amor, um sistema contemplando as relações de amizade, um sistema dedicado à política, um outro relativo à economia, um outro voltado ao Direito, outro ainda dizendo respeito à religião, mais outro contemplando as relações de poder, etc.

A partir do relacionamento intersistêmico, abre-se um grande leque de possibilidades, integradas pelas diversas variáveis sociais. Dá-se uma superprodução de possibilidades, onde a necessidade de se recorrer a “processos de seleção consciente”<sup>101</sup> se impõe.

Elaborada como uma resposta à necessidade de redução desta complexidade social, é desenvolvida na Teoria dos Sistemas a noção da autopoiese de sistemas sociais. Inspirada na Biologia dos chilenos Maturana e Varela<sup>102</sup>, a autopoiese de um sistema pode ser compreendida em última análise como sendo a sua capacidade de auto-reprodução. Assim, um sistema será dito autopoietico quando for capaz de se reproduzir de acordo com os seus próprios mecanismos e operações, importando consequentemente em uma autonomia sistêmica. Se há interferências externas, implicando em bloqueio dos critérios de reprodução intra-sistêmicos, não há que se falar em autopoiese. Para que dependências do meio ambiente passem a integrar o âmbito intra-sistêmico, é

necessário que seja efetuado um processo de “leitura” do meio ambiente, a partir do próprio código binário do respectivo sistema. Para que uma determinada informação, por exemplo, encontrada no âmbito do sistema econômico, seja integrada ao sistema jurídico, é necessário passar pelos próprios critérios de “leitura” e absorção do sistema, de acordo com o código “lícito/ilícito”.

Dentro de uma perspectiva sistêmica, o Estado seria integrado simultaneamente pela esfera jurídica, bem como pela esfera política, cada uma com seus respectivos códigos binários, sendo a Constituição o ponto de tangência dos dois sistemas. A Constituição tem a atribuição de funcionar como um “vínculo estrutural” entre os dois sistemas autônomos, ou seja, aquele ponto onde se verifica uma interpenetração mútua. Na esfera jurídica, os “mecanismos de filtragem seletiva do Direito positivo”<sup>103</sup> são, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da constitucionalidade. No sistema político, a organização partidária, as eleições livres, secretas e universais<sup>104</sup>.

Uma tentativa de explicação da crise do Estado moderno aponta para uma crise de heterorreferência dos sistemas que compõem a unidade estatal. Teríamos na modernidade central uma excessiva “juridificação”<sup>105</sup> daquilo que na teoria dos sistemas corresponderia ao meio ambiente<sup>106</sup>. Na modernidade periférica, da qual faz parte o Brasil, encontraríamos uma situação na qual a reprodução autopoietica dos sistemas jurídico e político encontraria permanentemente bloqueios, interferências e injunções não mediatizadas pelos respectivos códigos binários sistêmicos<sup>107</sup>. O código não é capaz de proporcionar a autopoiese do sistema, já que a “filtragem seletiva do direito positivo” não se verifica de modo satisfatório. A atuação do código binário do sistema de positividade do direito passa a ser interrompida por critérios alheios à sua própria natureza, como fatores de ordem econômica e relações de amizade.

Com a autopoiese dos sistemas jurídico e político, a Constituição vai se desfigurando, desde o Preceito Constitucional em abstrato até a sua efetiva concretização, dificultando sobremaneira a própria diferenciação funcional destes sistemas. Perde-se o referencial daquilo que seja jurídico e daquilo que seja, por exemplo, relativo ao sistema econômico ou ao sistema da amizade. Não é possível se verificar uma congruente generalização de expectativas normativas com base no texto constitucional.

Analisando a dicotomia de Vianna sob este prisma, verificaremos uma tendência ao bloqueio funcional do direito, tanto no “idealismo utópico” quanto no “idealismo orgânico”. Ao “idealismo utópico”, conforme visto supra (cap. 4), encontra-se vinculado um “nominalismo constitucional”. É indiscutível que o texto não alcança um nível satisfatório de concretização, mas, por outro lado, apresenta-se de modo comprovadamente eficiente no processo de comunicação do poder. Conforme visto supra (cap. 4, 3.2), estaríamos aqui na hipótese de um sistema constitucional dotado de aspectos hipertroficadamente simbólicos. Com a “constitucionalização simbólica” o Direito não dispõe do caráter de “congruente generalização de expectativas normativas”, surgindo daí as soluções particularizadas e casuísticas típicas da sistemática simbólica. A Constituição simplesmente queda-se impossibilitada de generalização, adquirindo uma diversidade incomensurável de leituras, variando em função dos reais interesses políticos.

Nas hipóteses de “idealismo utópico”, torna-se nítida a interferência de outros sistemas no processo de reprodução autopoiética do sistema jurídico. De fato, julgamos ser bastante inteligível que com a sistemática nominalista adotada pela Constituição de 1891 fossem garantidos textualmente determinados procedimentos eleitorais, como, por exemplo, no que se refere ao voto livre, e, na prática, diversas injunções de ordem econômica viessem a destruir tal princípio em nome da dominação caudillesca dos coronéis da República Velha. Verificava-se, portanto, no “idealismo utópico” criticado por Vianna, uma ausência de funcionalidade generalizável da esfera jurídica em decorrência da alopoiese do Direito. Havia naquele momento, como de resto em todas as demais Constituições nominalistas brasileiras (1824, 1934, 1946 e 1988), um intenso bloqueio do sistema jurídico no tocante à sua concretização por códigos binários de outros sistemas, como o da economia, o do poder, o da amizade, etc.

Concordamos com Vianna que o “idealismo utópico” é incompatível com a realização da democracia brasileira. Perceba, no entanto, que na discussão de Vianna não cabia a perquirição acerca da interferência de fatores extrajurídicos na sistemática de então.

A proposta de Vianna como contraponto ao “idealismo utópico” estava no “idealismo orgânico”. Verifiquemos se é nesta

hipótese que encontraremos as condições adequadas para o desenvolvimento da democracia no Brasil.

Com o “idealismo orgânico” preconizado por Oliveira Vianna, configura-se uma diminuição da cidadania e do acesso à justiça de forma generalizada, típica dos regimes de exceção. Há aqui uma ampliação das esferas estatais (direito e política) em detrimento das demais esferas sociais, ocasionando a eliminação da autopoiese dos sistemas.

## 5. Considerações finais

Esclarecida que esteja a concepção dicotômica de Vianna frente às teorias constitucionais aqui demonstradas, poderemos concluir que nem o “idealismo utópico” nem o “idealismo orgânico” constituem práticas recomendáveis para uma efetiva democratização institucional e favorecimento da diferenciação funcional do Direito. Antes pelo contrário, a viabilização tanto do “idealismo utópico” quanto do “idealismo orgânico” representam a negação da autopoiese do Direito. Quando Vianna dirige as suas críticas ao regime liberal-republicano, podemos vislumbrar além do discurso “realista” de Vianna, um interesse de ordem nitidamente política, caracterizado pelo doutrinamento e persuasão popular. A adoção de qualquer um dos posicionamentos possíveis da dicotomia não parece influir verdadeiramente na estrutura do jogo político, visto que não há uma solução definitiva para o embate. A escolha entre “idealismo utópico” e “idealismo orgânico” na história política brasileira é de ordem eminentemente contingencial, vencendo aquele que mais se adequar aos valores sociais predominantes. E haveria porventura alguma alternativa? Acreditamos que sim. Uma boa solução surge exatamente quando promovemos a fuga do binômio maniqueísta “idealismo orgânico”/“idealismo utópico”. E de que maneira? Logo ao iniciar o último capítulo de “O idealismo da Constituição”, Oliveira Vianna nos acende uma luz. De fato, perceberemos a esta altura que Vianna retomando Ingenieros estabelece que “...o papel da nossa imaginação idealista é, ...unicamente de *previsão* e não de *criação*. Os homens engenharão os ideais que quiserem, mas a verdade é que de todos os ideais só vingarão aqueles que se conformarem com

## Bibliografia

as realidades da evolução social”<sup>108</sup>. Percebemos, com isso, que Oliveira Vianna estabelece uma dupla vinculação: o “idealismo utópico” a um processo de *criação*, e o “idealismo orgânico” a uma *previsão* de uma evolução futura. Ora, que interesse poderia despertar uma mera previsibilidade da evolução institucional de um povo, se as mudanças sociais são freqüentemente desejadas para já? Pensamos que a adoção de uma tal postura deságua no imobilismo, ou seja, aqueles que intentassem qualquer mudança na estrutura social brasileira, deparar-se-iam com a barreira da impossibilidade, pois deveriam necessariamente se adequar ao determinismo histórico a que estamos submetidos. Pensando dessa maneira reduzir-se-iam consideravelmente as alternativas para uma eventual transformação da realidade social, restando-nos apenas a posição contemplativa de meros espectadores.

De outra sorte, se reoperacionalizarmos a idéia de previsibilidade contida no “idealismo orgânico” para uma interpretação fundada em uma *possibilidade de eficácia*, esboçada aliás pelo sentido “cultural-dialético” ou “estrutural” de Constituição, perceberemos realmente que uma mera criação desvinculada da realidade não traz consigo qualquer possibilidade de eficácia social. Igualmente podemos afirmar que uma mera possibilidade de eficácia sem o efetivo elemento de criação capaz de promover a transformação da realidade constitui uma causa sem objeto, uma religião sem Deus, por impossível que se afigure uma transformação sem construção.

Assim, parece-nos que o binômio “idealismo orgânico”/“idealismo utópico” é antes uma falsa dicotomia, na medida em que nem um nem outro são compatíveis com o propósito da ampliação da democracia no Brasil. É necessária a própria superação da dicotomia.

Como sugestão fica a constatação de que uma reelaboração teórica daquilo que se convencionou denominar “realismo” político e constitucional partindo da análise mitigada dos conceitos de “idealismo orgânico” e “idealismo utópico” possivelmente se constitua em experiência frutífera, à medida que seja possível a combinação das transformações sociais com eficácia social. Chegaríamos talvez a uma *previsão criativa* ou, quem sabe, a uma *criação previsível*.

- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição federal brasileira*. Organização de Homero Pires. São Paulo : Livraria Acadêmica : Saraiva. 1933. v. 1.
- CALMON, Pedro. *História do Brasil*. Rio de Janeiro : J. Olympio. 1971.
- COMTE, Auguste. *Discours sur l'esprit positif*. Paris : Librairie Philosophique J. Vrin. 1987.
- FAORO, Raymundo. *Machado de Assis : a pirâmide e o trapézio*. 3. ed. Rio de Janeiro : Globo. 1988.
- HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo : Editora Mestre Jou. 1968.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra : A. Amado. 1974.
- LASSALLE, Ferdinand de. *Qué es una Constitución?* Buenos aires : Siglo veinte. 1957.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Brazil under Vargas*. New York : Macmillan. 1942.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona : Ariel. 1975.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I* Rio de Janeiro : Tempo brasileiro, 1983. (Biblioteca tempo universitário).
- Por que uma “Teoria dos Sistemas”? In: STEIN, Ernildo (org.). *Dialética e liberdade* : Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirme Lima. Petrópolis : Vozes, 1993. p. 430-441.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 9. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1978.
- MECHAM, J. Lloyd. Latin American Constitutions : nominal and real. *The Journal of Politics*. New York, n. 21, p. 258-275, 1959.
- MEDEIROS, Jarbas. *Ideologia autoritária no Brasil, 1930-1945*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, p. 155-217: Oliveira Vianna, 1978.
- MENEZES, Geraldo Bezerra de. *Oliveira Vianna : intérprete do Brasil*. Rio de Janeiro : [s.n.], 1983. Edição comemorativa do centenário de seu nascimento.
- NEVES, Marcelo. A crise do Estado : da modernidade central à modernidade periférica. In: CONGRESSO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL, 16, 1991, Recife : Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, 1991. Anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão.
- \_\_\_\_\_. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo : Acadêmica. 1994.
- \_\_\_\_\_. *Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática : mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder*, 1994. Trabalho apresentado à 15ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Foz do Iguaçu, 4-8 de setembro de 1994. Repro.
- PAIVA, Vanilda. Oliveira Vianna : nacionalismo ou racismo? *Encontros com a civilização brasileira*. Rio de Janeiro, n. 3, p. 127-156, set. 1978.

REALE, Miguel. Momentos decisivos do constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 77, p. 57-68, 1977.

RODRIGUES, José Honório. *A História da História do Brasil*. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1985. v. 2, t. 2 : A metafísica do latifúndio: o ultra-reacionário Oliveira Vianna.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México : Editora nacional, 1961.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.

SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. *Republicanismo e Federalismo* : um estudo da implantação da República brasileira. Brasília : Senado Federal, Centro Gráfico, 1978. (Coleção Bernardo Pereira de Vasconcelos. Série Estudos Históricos, v. 4.)

SPENCER, Herbert. *Problèmes de morale et de sociologie*. Paris : Librairie Guillaumin, 1894.

TORRES, [João Batista de] Vasconcelos. *Oliveira Vianna* : sua vida e sua posição nos estudos brasileiros de sociologia. Rio de Janeiro, São Paulo : Freitas Bastos, 1956.

VIANNA, [Francisco José de] Oliveira. *Populações meridionais do Brasil*. 2. ed. São Paulo : Monteiro Lobato, 1922. v. 1.

———. *O idealismo na evolução política do Império e na República*. São Paulo : Biblioteca do Estado de São Paulo, 1922.

———. *Problemas de política objetiva*. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1930.

———. *O idealismo da Constituição*. 2. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1939.

———. *Instituições políticas brasileiras*. 3. ed. Rio de Janeiro : Record, 1974.

———. *O ocaso do Império*. 4. ed. Recife : Massangana, 1990.

VIEIRA, Evaldo Amaro. *Oliveira Vianna & o Estado corporativo* : um estudo sobre corporativismo e autoritarismo. São Paulo : Grijalbo, 1976.

VILANOVA, Lourival. *O problema do objeto da teoria geral do Estado*. Recife : Imprensa Oficial, 1953. Dissertação (Cátedra) – Faculdade de Direito, Universidade do Recife, 1953.

## Notas

<sup>1</sup> *Populações Meridionais do Brasil* foi o primeiro livro escrito por Vianna e que o notabilizou. Cf. TORRES, 1956, p. 60. É dividido em dois volumes: o primeiro, de 1922, versando sobre as populações rurais do centro-sul do Brasil (paulistas, fluminenses e mineiros); o segundo, já em edição póstuma, tendo como tema o campeador rio-grandense. Cf. TORRES, 1956, p. 166. Ficaram prometidos dois volumes, um sobre as populações setentrionais, compreendendo um estudo sobre o homem das caatingas cearenses; e um outro volume, a respeito do caucheiro e o explorador de seringais.

Cf. VIANNA, 1922, prefácio. Oliveira Vianna, entretanto, faleceu antes de escrevê-los.

<sup>2</sup> O biógrafo de Oliveira Vianna demonstra que “*Populações Meridionais do Brasil* assinala o advento da sociologia patrícia... Mesmo aqueles que empunham a sarabatana da crítica demolidora e tendenciosa se não podem furtar de admitir essa indiscutível prioridade”. Vasconcelos Torres em seguida reproduz algumas referências elogiosas a *Populações Meridionais do Brasil* por parte de Assis Chateaubriand e José Ingenieros, que ratificam a importância de Vianna no panorama sociológico brasileiro. Cf. TORRES, 1956, p. 70.

<sup>3</sup> Cf. TORRES, 1956, p. 110.

<sup>4</sup> *O idealismo da Constituição* nasceu de um opúsculo intitulado “O idealismo na evolução do Império e República”, editado pela primeira vez em 1922 nas oficinas do jornal O Estado de São Paulo. No ano de 1927 o texto é ampliado e publicado com o título “O idealismo da Constituição”. Uma segunda versão revista e aumentada veio a público em 1939.

<sup>5</sup> Cf. VIANNA, 1939, p. 65; *Ibidem*, cap. 9.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>7</sup> Cf. MEDEIROS, 1978, p. 155.

<sup>8</sup> VIEIRA, 1976, p. 41.

<sup>9</sup> RODRIGUES, 1985, p. 224.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>11</sup> PAIVA, 1978, p. 128.

<sup>12</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, p. 10.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>15</sup> MENEZES, 1983. Esta monografia foi escrita por Geraldo Bezerra de Menezes, discípulo e amigo pessoal de Oliveira Vianna, em homenagem ao centenário da data de nascimento do intelectual fluminense.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>17</sup> REALE, 1977, p. 63.

<sup>18</sup> VIANNA, 1990, p. 38.

<sup>19</sup> FAORO, 1988, p. 70-71.

<sup>20</sup> Cf. SILVEIRA, 1978, p. 79.

<sup>21</sup> VIANNA, 1939, p. 66.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>23</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, p. 206.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> O autor da *História da História do Brasil* escreve a respeito de Vianna : a “sua historiografia – que tem hoje novos e afamados cultores... – pretende usar o passado para orientação política do presente. Foi isso que fez Oliveira Vianna e com um êxito inigualado no Brasil. Ele é o responsável intelectual pelo movimento estado-novista de 1937, de inspiração nazifascista, e pela contra-revolução de 1964, generalismo presidencial de caráter autoritário e repressivo.” RODRIGUES, 1985, p. 3. Em outra passagem, com a sua maneira peculiar de atribuir adjetivações, trata de vincular expressamente a doutrina de Vianna à linha de pensamento político em que figuram Francisco de Campos e Golbery do Couto e Silva. É “...Oliveira Vianna o maior ultraconservador político que o Brasil produziu em

todos os tempos e, ainda que se considere Francisco Campos e Santiago Dantas, este na sua fase integralista, nenhum deles sequer se aproxima da consciência social e política de Oliveira Vianna, pai espiritual de tudo o que nasce daí em diante de mais reacionário, como 1930, com seu autoritarismo, desapareço pela legalidade democrática e garantias individuais (1937), com Francisco Campos e seu Estado Novo, construindo, representando o grande retrocesso político brasileiro e, finalmente, o modelo máximo, o exemplo perfeito, que vários militares, principalmente Golbery do Couto e Silva, seguem, e convencem a que sigam seus companheiros de armas, o de um regime militar, ilegítimo, abusivo... que resultou na sua execução por vinte nefastos anos. RODRIGUES, 1985, p. 8. Também no sentido de destacar a relevância intelectual de Vianna, salientamos Vasconcelos Torres lembrando que “Muitas das suas idéias, posteriormente, tiveram aceitação e foram incluídas nas Constituições de 1934, 1937 e 1946”. TORRES, 1956, p. 146.

<sup>26</sup> Cf. NEVES, 1994, p. 157.

<sup>27</sup> Cf. CALMON, 1971, p. 2411.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 2395. Grifos do autor.

<sup>29</sup> Cf. VIEIRA, 1976, p. 29.

<sup>30</sup> VIANNA, 1939, p. 214-215.

<sup>31</sup> Cf. MALUF, 1978, p. 157.

<sup>32</sup> VIANNA, 1939, p. 98.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 108. Grifo do autor.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>38</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, Preâmbulo.

<sup>39</sup> Cf. VIANNA, 1939, p. 196.

<sup>40</sup> *Ibidem*, cap. 5.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 212.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>45</sup> Cf. COMTE, 1987, capítulo primeiro.

<sup>46</sup> “On est arrivé, d’assez bonne heure, à concevoir qu’il existe quelque analogie entre les corps politique et un corps individuel vivant, et de temps en temps cette conception s’est fait jour dans la littérature”. SPENCER, 1914, p. 142.

<sup>47</sup> “Mais, dira-t-on, assurément, on ne peut classer comme développements spontanés les changements sociaux produits directement par la loi? Lorsque des parlements, ou des rois, ordonnent telle ou telle chose, et nomment des fonctionnaires pour les exécuter, ce processus est évidemment artificiel, et la société, en ce cas, est fabriquée plutôt qu’elle ne se développe”. *Ibidem*, p. 140.

<sup>48</sup> “Il suffit de jeter un coup d’oeil sur les changements qui se produisent autour de nous, ou d’observer les traits principaux de l’organisation sociale, pour voir qu’ils sont la conséquence de causes naturelles générales”. *Ibidem*, p. 138.

<sup>49</sup> VIANNA, 1939, p. 7.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 12-13.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 15-16.

<sup>54</sup> Cf. VIANNA, 1974, p. 18.

<sup>55</sup> VIANNA, 1930, prefácio. Grifo do autor.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> VIANNA, 1974, p. 194.

<sup>58</sup> Cf. VIANNA, 1930, p. 69.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>67</sup> Cf. VIANNA, 1974.

<sup>68</sup> *Ibidem*, cap. 2.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>70</sup> Cf. BARBOSA, 1933, p. 30.

<sup>71</sup> Dentro de uma conceitualização ampla, não se nega a possibilidade de admitir as Constituições como sendo o estatuto básico de poder de uma determinada sociedade, independentemente da existência do “Estado”. Neste sentido, já Aristóteles se referia à “Constituição” da Pólis, as Cidades-Estados gregas.

<sup>72</sup> Devemos aqui invocar a distinção entre eficácia jurídica e eficácia social. Uma norma seria dita socialmente eficaz se verificadas as condutas sociais em observância e conformidade com a norma. Já a eficácia em sentido jurídico leva em consideração a qualidade da norma de produzir, em maior ou menor graus, efeitos jurídicos. Entende José Afonso da Silva que teríamos aí uma correspondência entre efetividade e possibilidade, respectivamente. Cf. SILVA, 1982, p. 55-56.

<sup>73</sup> Cf. HELLER, 1968, p. 296.

<sup>74</sup> Cf. SCHMITT, 1961, p. 23. A Constituição positiva para Schmitt seria tão-somente a decisão política fundamental do titular do poder constituinte capaz de organizar a realidade do Estado. É dentro desta perspectiva que o autor distingue Constituição de leis constitucionais, dizendo respeito a Constituição às decisões acerca da forma de Estado, forma de governo e regime político, restando às demais normas encontradas no bojo do documento constitucional simplesmente a qualidade de leis constitucionais. Perceba que também aqui prevalece a decisão do constituinte em fazer com que as leis constitucionais integrem o documento constitucional em seu conjunto. Não são, porém, tais leis consideradas Constituição no sentido a que se refere Schmitt. Constituição aqui é sinônimo de decisão política fundamental.

<sup>75</sup> Cf. LASSALLE, 1957, p. 14. Em célebre conferência, Ferdinand de Lassalle interpreta que o documento escrito, o texto constitucional propriamente dito nada mais é do que um pedaço de papel, onde se encontram reduzidos por escrito os “fatores



reais de poder que regem em uma sociedade determinada”.

<sup>76</sup> Contra o sincretismo metodológico na ciência do direito, insurge-se Kelsen propondo o expurgo de todos aqueles elementos que não sejam essencialmente encontrados no âmbito do direito. Cf. KELSEN, 1974, prefácio. O vocábulo “Constituição” adquire uma dupla acepção: a “Constituição” em sentido lógico-jurídico corresponderia a uma hipotética norma fundamental (*grundnorm*) extra-sistemática. Em sentido jurídico-positivo, a “Constituição” corresponderia à norma superior do ordenamento, aquela de maior hierarquia. Cf. KELSEN, 1974, p. 273. A juridicidade decorreria assim de um processo interpretativo fundado em um dever-ser normativo.

<sup>77</sup> Cf. NEVES, 1994a, p. 59. No mesmo sentido interpretativo, mas atribuindo à Constituição um sentido “estrutural”, ver SILVA, 1982, p. 20.

<sup>78</sup> Na expressão textual de Heller: “Assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever-ser no conceito da Constituição”. Cf. HELLER, 1968, p. 296.

<sup>79</sup> Vilanova refere-se aqui especificamente à idéia de “Estado” invocando a sua condição de fato cultural. Cf. VILANOVA, 1953, p. 94.

<sup>80</sup> LOEWENSTEIN, 1975, p. 213.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>82</sup> Cf. NEVES, 1994a, p. 95.

<sup>83</sup> Neste sentido, NEVES, 1994a, p. 98, que analisando a classificação ontológica das Constituições em Loewenstein, propõe uma mudança de denominação, entendendo que no professor alemão “o termo ‘semântico’ é empregado sem quase nenhuma conexão com o seu sentido habitual...” Destacando o aspecto instrumental referido pelo próprio Loewenstein, propõe como mais adequada a expressão “Constituição instrumentalista” para designar uma “Constituição semântica”.

<sup>84</sup> Ver a respeito o estudo de Karl Loewenstein (1942) sobre o fenômeno da dupla Constituição, e Lloyd Meacham (1959) com uma análise do duplo aspecto constitucional nominal/real nos países latino-americanos.

<sup>85</sup> Cf. NEVES, *op. cit.*, p. 151-153.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 25. Em Gusfield, veremos a preocupação de diferenciar o agir “instrumental” do agir “expressivo”, comparando o agir “instrumental” a um “veículo de conflito” e o agir “expressivo” a um “veículo de catarse”. Apud. NEVES, 1994a, p. 25.

<sup>87</sup> Cf. NEVES, 1994a, p. 26.

<sup>88</sup> *Ibidem*. Quando caracterizamos uma determinada legislação como simbólica, não pretendemos

com isso negar a simultaneidade dos aspectos “instrumental” e “expressivo” que convivem com a dimensão “simbólica”. A legislação será considerada simbólica simplesmente com a constatação da predominância da dimensão simbólica em detrimento das demais. *Ibidem*.

<sup>89</sup> Cf. NEVES, 1994b, p. 1.

<sup>90</sup> Apud. NEVES, 1994a, p. 33.

<sup>91</sup> Apud. NEVES, 1994a, p. 33. Também NEVES, 1994a, p. 92.

<sup>92</sup> Cf. NEVES, 1994a, p. 34.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 41 e 93.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>96</sup> Nesse sentido, percebemos que os modelos políticos em que nos espelhamos muito frequentemente são oriundos de realidades políticas prósperas, como os Estados Unidos da América e a Europa Ocidental. O exemplo do modelo federativo brasileiro é aqui bastante eloquente, se lembrarmos que a principal fonte de inspiração dos constituintes de 1891 foi o modelo federal-republicano praticado nos Estados Unidos da América.

<sup>97</sup> Cf. NEVES, 1994a, p. 151.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>99</sup> Nas sociedades pré-modernas não havia auto-referência do direito de forma generalizada, sofrendo a esfera do direito invariavelmente interferências bloqueantes pelo sistema moral e pelo sistema político. *Ibidem*, p. 119-120.

<sup>100</sup> Cf. LUHMANN, 1983, p. 225.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>102</sup> A principal diferença entre a autopoiese biológica e a autopoiese social está em que na primeira há, “segundo Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção de relações entre sistema e meio ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a ‘auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica’”. NEVES, 1994a, p. 113.

<sup>103</sup> Cf. NEVES, 1991, p. 163 e NEVES, 1994a, p. 150.

<sup>104</sup> Cf. NEVES, 1991, p. 163.

<sup>105</sup> Sobre o fenômeno da “juridificação” e seus efeitos, ver NEVES, 1994a, p. 144.

<sup>106</sup> A idéia de “meio ambiente” está relacionada com o ambiente externo, ou seja, tudo aquilo que não integra a estrutura interna do sistema. Em última análise, pode ser compreendido como o conjunto de sistemas não “filtrados” pelo código intra-sistêmico.

<sup>107</sup> Cf. NEVES, 1994a, p. 150.

<sup>108</sup> VIANNA, 1939, p. 304.

# A suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito do montante integral. Aspectos processuais

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito do montante integral, na esfera judicial, tem suscitado divergências na fase de levantamento ou conversão em renda. Nos últimos anos, a Justiça Federal foi abarrotada com milhares de ações tributárias, nas quais depósitos judiciais foram realizados para suspender a exigibilidade de exações reputadas inconstitucionais. Estima-se que bilhões de reais estejam hoje depositados judicialmente em todo o País aguardando uma solução do Judiciário. Sucede que, já em fase de execução, tem sido freqüente o questionamento do conceito da expressão *montante integral* e os efeitos da sua inobservância pelo contribuinte, seja ele vencedor, vencido ou vencedor em parte. O problema, a meu ver, deve ser situado no âmbito do Direito Processual Civil e mediante harmonia com os princípios que norteiam a tutela executiva, já que o levantamento dos depósitos ou a sua conversão em renda, na realidade, são atos que materializam o julgado cognitivo.

O depósito do montante integral é uma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, desde que em dinheiro (Súmula 112/STJ). Pode ser tanto na esfera administrativa, quanto judicial (PEREIRA, Milton Luiz. Recurso Especial nº 39.857-6/DF. DJU. 5.6.95). Nesta última, na maioria das vezes, a autorização para o depósito consiste em jurisdição voluntária, já que ao direito de depositar não há qualquer resistência. Apenas sobre a questão de fundo é que há lide. Daí a impropriedade da ação cautelar de depósito. Inexiste *fumus boni iuris* ou *periculum in mora* na pretensão de depósito do montante integral. Trata-se, quando muito, de jurisdição voluntária processada sob o procedimento cautelar

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva é Juiz Federal no Rio de Janeiro, Professor de Direito Processual Civil do Curso de Pós-Graduação em Direito (*Lato Sensu*) da Universidade Federal Fluminense, Mestre em Direito e Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho.

genérico (PREVITALICAIS, Cleide. *O Processo Tributário*. São Paulo : RT, 1993. p. 237). Dessa maneira, correto é o depósito no bojo da ação cognitiva, tal como faculta o art. 38, *caput*, da Lei nº 6.830/80.

O direito de depositar o montante integral não se confunde com a medida liminar deferida em sede de mandado de segurança. Embora ambos sejam causas de suspensão da exigibilidade do tributo, possuem requisitos distintos. A autorização do depósito é ato de natureza administrativa, a concessão de liminar, ato eminentemente jurisdicional. O depósito depende dos recursos monetários, que tenha o contribuinte à sua disposição; a liminar depende do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* do direito alegado, sendo evidente que inexistente *periculum in mora* enquanto houver disponibilidade financeira para o depósito (PARGENDLER, Ari. Recurso Especial nº 77.072/MG. *DJU*, 5.8.96).

De igual forma, inconfundível com a ação consignatória. Enquanto que o depósito é do montante integral da exação, vale dizer, o correspondente ao cobrado pela Fazenda Pública, na ação consignatória o contribuinte oferece o valor que reputa devido. Além disso, a propositura de ação de consignação em pagamento não suspende a exigibilidade do crédito tributário, embora, se definitivamente for procedente, o extinga.

Vale registrar que o depósito do montante integral só diz respeito àquelas hipóteses em que o tributo está sendo exigido por meio de cobrança direta (PARGENDLER, *RSTJ*-85/149). Quando o tributo está embutido no preço da operação ou retido na fonte pagadora, o sujeito passivo da obrigação tributária pode postular o seqüestro da quantia litigiosa, se presentes os requisitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Inadmissível, pois, o depósito de importância que esteja indisponível para o contribuinte.

A expressão *montante integral* do crédito tributário corresponde ao valor exigido pela Fazenda Pública, e não o reconhecido pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Contudo, no regime do lançamento por homologação, é o contribuinte quem informa a base de cálculo, ressalvado à Administração o direito de não homologá-la, de modo que a integralidade do depósito dependerá apenas da coincidência entre os valores declarados pelo contribuinte na esfera administrativa e a alíquota correspondente com os valores constantes dos autos

processuais (BARROS, Humberto Gomes de. Recurso Especial nº 27.350-3/SP. *DJU*, 21.3.94).

Como o montante integral corresponde ao valor segundo os critérios da Fazenda Pública, deve o contribuinte atentar-se não só para o *quantum* da exação, mas também para a data-limite do seu pagamento, sob pena de se sujeitar às obrigações acessórias (multa, juros e correção monetária), tal como seria, ordinariamente, inscrito na dívida ativa.

O depósito judicial que precede a ação cognitiva tributária detém a mesma natureza do depósito feito em garantia da execução fiscal na forma do art. 9º da Lei nº 6.830/80. Daí a afirmação de que há litispendência entre a ação declaratória tributária com depósito e os embargos à execução fiscal. Nesse sentido, Ari Pargendler entende que:

“A ação ordinária de anulação de crédito tributário, desacompanhada de depósito, não impede a propositura da execução fiscal; a litispendência, todavia, se caracteriza quando a ordem cronológica das ações é inversa, porque a tutela proporcionada pela execução fiscal, aí considerados os incidentes embargos do devedor, abrange aquela visada pela ação ordinária de anulação do crédito tributário. Mal sucedida a ação ordinária de anulação do crédito fiscal, o respectivo depósito se converte em renda da Fazenda Pública (CTN, artigo 156, VI), sem necessidade da execução fiscal que, neste contexto, não cumpre função alguma; esse depósito é o mesmo de que trata o artigo 9º, § 1º, da Lei nº 6.830/80, funcionando a ação ordinária, nesse caso, como substitutivo da execução fiscal” (Recurso Especial nº 35.533/SP. *Julg.* 20.6.96).

O depósito judicial está intimamente ligado à pretensão deduzida em juízo e, via de consequência, aos limites objetivos da coisa julgada. O levantamento ou a conversão em renda terá como parâmetro os critérios fixados no julgado. Evidentemente, o que não tiver sido apreciado em sede de cognição não poderá ser suscitado na fase executiva. Dessa maneira, se a pretensão versar sobre majoração de alíquotas de Finsocial (sujeito ao regime de lançamento por homologação), e constatada a exatidão dos depósitos sobre a base de cálculo declarada em sede

administrativa, não cabe à Fazenda Pública questionar o valor da base de cálculo, mas apenas o da alíquota. Os valores depositados em juízo só podem responder por questões alheias aos autos, na hipótese constrição judicial (penhora/arresto) em processo autônomo (cognição, execução ou cautela), observado o *due process of law*.

Justamente por consistir em processo de execução, o levantamento ou a conversão em renda só podem ser concretizados após o trânsito em julgado da decisão judicial. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência (VALADARES, Ney Magno. Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 91.2.15038-7/RJ. *DJU*, 5.5.92). Se julgado precedente o pedido, cabível o levantamento; se improcedente, a conversão; e se procedente em parte, o levantamento parcial. De toda sorte, a integralidade do valor a ser levantado, ou convertido em renda, dependerá do que estiver em discussão. Por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da majoração das alíquotas do Finsocial, mantendo os 0,5%, ao contrário dos 2% fixados em lei, ensejará o levantamento de 75% do montante depositado e a conversão do remanescente.

Questão interessante é saber se o contribuinte tem direito ao levantamento, caso o processo seja extinto sem solução do mérito. A doutrina e legislação são omissas. A jurisprudência dissidente. Os 1º e 5º Regionais não têm admitido o levantamento sob o fundamento de que o depósito é garantia da Fazenda Pública, que fica impedida de se utilizar dos meios próprios colocados à sua disposição pela Lei nº 6.830/80, e que o contribuinte assume o risco de sua destinação (GONÇALVES, Fernando. Agravo de Instrumento nº 92.01.28734-8/DF. *Julg.* 8.2.93; DELGADO, José. Mandado de Segurança nº 38.705/PE. *DJU*, 16.9.94). De modo contrário, vêm decidindo os 2º e 3º Regionais (BARATA, Paulo Freitas. Apelação em Mandado de Segurança nº 95.02.10006-9/RJ. *DJU*, 3.12.96; MARTINS, Júlio César. Apelação Cível nº 93.02.19079-0/RJ. *DJU*, 14.3.95; PIMENTEL, Annamaria. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 95.03.056326-7/SP. *DJU*, 30.10.95).

De fato, se a sentença não decide o mérito, não há parâmetros a percorrer para fixação dos valores a serem levantados ou convertidos em renda. Ademais, a sentença extintiva é declaratória da inexistência do direito de ação, desprovida de executoriedade (salvo quanto aos

honorários sucumbentes). Nesses casos, inexistente ainda o risco de prescrição contra a Fazenda Pública, já que, enquanto estiver litigiosa a exação, entende-se que a sua constituição não é definitiva, de modo que o prazo prescricional sequer se inicia (CTN, art. 174). O crédito pendente de discussão não pode ser cobrado, razão pela qual também não se pode cogitar de prescrição (BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1991. p. 525, nota de rodapé "a"; e PARGENDLER. Recurso Especial nº 53.467/SP. *DJU*, 30.9.96).

Entretanto, sabe-se que o depósito do art. 151, II, do Código Tributário Nacional detém a mesma natureza daquele disposto no art. 9º, I, da Lei nº 6.830/80, vale dizer, acautelatória. E como tal, é uma garantia da Fazenda Pública, que fica impedida de promover desde logo a execução fiscal. Se o processo vem a ser extinto sem solução do mérito é, de uma forma ou de outra, por culpa do contribuinte-autor; de modo que a Fazenda Pública não merece suportar tal ônus. E se é verdade que a sentença extintiva é desprovida de exequibilidade, é também verdade que toda sentença que declara a inexistência de obrigação tributária é inexecutível no sentido técnico, mesmo porque apenas as sentenças condenatórias estão sujeitas ao processo de execução. As demais (declaratórias e constitutivas) valem por si mesmas. Mesmo assim, a inexecutibilidade dessas decisões é relativa. Qualquer sentença declaratória ou constitutiva contém uma parte exequível, que é a relativa aos honorários sucumbenciais e custas processuais. E, no caso específico das ações tributárias (declaratórias, constitutivas ou condenatórias), acrescenta-se mais uma: a destinação dos depósitos judiciais realizados no decorrer da demanda.

Nesses casos, em que não há uma sentença meritória, o parâmetro a seguir para aferição da regularidade dos depósitos, por ocasião do seu levantamento ou conversão em renda, deverá atentar para os fatos deduzidos na petição inicial. É ela quem fixa os limites da lide, à qual devem estar afinados os valores depositados. De toda sorte, ainda que não seja esse o entendimento que venha a prevalecer, nada impede à Fazenda Pública que, em processo autônomo (cautela ou execução), obtenha o arresto ou a penhora dos valores depositados judicialmente. Além disso, o ajuizamento de uma ação inepta, ou com o nítido propósito de futura desistência, pretendendo

apenas retardar a cobrança do tributo, é ato que ofende a dignidade da justiça, importando em litigância de má-fé, que deve ser severamente reprimida pelo juiz.

A constatação do depósito a menor deve ter dois enfoques. Se por questão alheia à pretensão deduzida nos autos, será ônus da Fazenda Pública, em processo autônomo, ou em sede administrativa, fazer valer o seu direito. Isso porque o depósito apenas suspende a exigibilidade do crédito, não alcançando o seu procedimento de constituição (lançamento). Porém, se decorrente da inobservância dos critérios ventilados no litígio, advirão as seguintes situações: 1) se vencedor o contribuinte e o levantamento for correspondente ao total a ser depositado, nada ocorrerá; 2) se vencedor, em parte, o contribuinte, ou até mesmo vencedor, mas o levantamento devido for parcial, poderá a Fazenda Pública acrescer à sua parcela o valor que seria levantado até refletir fidedignamente o título executivo; 3) se vencido o contribuinte, estará este sujeito à execução fiscal ao inverso, vale dizer, nos próprios autos da ação cognitiva. Por outro lado, a constatação de depósito a maior possibilitará sempre ao contribuinte o levantamento da diferença.

A possibilidade de execução fiscal ao inverso decorre da idéia de que o depósito a menor, reconhecido como tal a partir de sentença cognitiva e definitiva, enseja à Fazenda Pública o direito de exigir a diferença correspondente mediante processo executivo, mesmo porque, como dito, estar-se-ia diante da materialização de um julgado cognitivo (título executivo judicial).

Para maior celeridade e transparência, o levantamento, ou a correspondente conversão em renda, deveria ser postulado por meio de petição inicial fundamentada e instruída (CPC, art. 604), observado o devido processo legal. O devedor, no caso de execução contra a Fazenda Pública, seria citado para opor embargos no prazo de 10 dias (CPC, art. 730), sob pena de levantamento dos valores ou requisição de precatório judicial referente a eventual remanescente; se contribuinte, citado para pagar em 5 dias (Lei nº 6.830/80) mediante conversão em renda dos depósitos, ou oferecer embargos à execução; sujeito, ainda, à penhora/arresto de eventual remanescente. Aqui, como já dito, a controvérsia reside unicamente em saber se os depósitos coincidem com os critérios fixados na sentença, de que depende a liquidez e certeza do título executivo. Para tanto, deve o credor

esclarecer e comprovar, mês a mês, a base de cálculo, a alíquota e o valor do respectivo depósito.

A solução de litígios carece da correta utilização dos instrumentos processuais, mormente na fase executiva e quando houver interesse da Fazenda Pública. As freqüentes dúvidas sobre o *quantum* a ser levantado nas ações tributárias com depósito devem ser dirimidas por meio de um regular processo, que garanta a ampla defesa e o contraditório (ESPÍRITO SANTO, Paulo. Agravado de Instrumento 96.02.27160-4. *DJU*, 24.12.96), ainda que isso possa aparentar atraso na prestação jurisdicional final. A segurança jurídica depende da condução correta dos meios instrumentais de realização do direito material, de modo a entregar, com precisão, o direito de cada parte, com o que mais próximos ficamos da efetivação das garantias fundamentais. Daí a necessidade de se construir doutrinariamente regras para o procedimento do levantamento e conversão em renda dos depósitos judiciais, enquanto não advier legislação específica sobre o tema.

## Bibliografia

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- BARATA, Paulo Freitas. Apelação em Mandado de Segurança nº 95.02.10006-9/RJ. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 3 dez. 1996. Seção 2.
- BARROS, Humberto Gomes de. Recurso Especial nº 27.350-3/SP. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 21 mar. 1994. Seção 1.
- CAIS, Cleide Previtali. *O processo tributário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- DELGADO, José. Mandado de Segurança nº 94.05.44424-5/PE. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 16 set. 1994. Seção 2.
- FRIEDE, Roy Reis. Levantamento de depósitos judiciais e subsistência : circunstancial e temporal da Medida Cautelar de Depósito. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 61, 1994.
- GONÇALVES, Fernando. Agravado de Instrumento nº 92.01.28734-8/DF. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 08 fev. 1993. Seção 2.
- MACHADO, Hugo de Brito. Agravado de Instrumento nº 93.05.40670-0/PE. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 10 jun. 1994. Seção 2.
- MARTINS, Júlio César. Apelação Cível em Medida Cautelar nº 93.02.19079-0/RJ. *Diário da Justiça*

- da União, Brasília, 14 mar. 1995. Seção 2.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 27. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- OLIVEIRA, Juarez de. *Código Tributário Nacional*. 22. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.
- PARGENDLER, Ari. Recurso Especial nº 23.947/SP. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, v. 85, 1996.
- . Recurso Especial nº 77.072/MG. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 5 ago. 1996. Seção 1.
- . Recurso Especial nº 35.533/SP. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 20 jun. 1996. Seção 1.
- PEREIRA, Milton Luiz. Recurso Especial nº 39.857-6/DF. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 05 jun. 1995. Seção 1.
- PIMENTEL, Annamaria. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 95.03.056326-7/SP. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 30 out. 1995. Seção 2.
- PIRES, Adilson Rodrigues. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- SANTO, Paulo. Agravo de Instrumento 96.02.27160-4/RJ. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 24 dez. 1996. Seção 2.
- TOURINHO NETO, Fernando. *Código Tributário Nacional Interpretado*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- VALADARES, Ney Magno. Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 91.02.15038-7/RJ. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 5 maio 1992. Seção 2.

# Do procedimento administrativo

ALVARO LAZZARINI

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Processo administrativo ou procedimento administrativo. 2.1. Estrutura. 2.2. Jurisdicionalização. 2.3. Modalidades. 2.3.1. Verdade sabida. 3. Do Direito à ampla defesa no procedimento administrativo. 3.1. Da portaria inicial no procedimento administrativo e a ampla defesa. 3.2. Da competência no procedimento administrativo e a ampla defesa. 3.3. Suspeição no procedimento administrativo e a ampla defesa. 3.4. Afastamento preventivo no procedimento administrativo e a ampla defesa. 3.5. Prescrição no procedimento administrativo e a ampla defesa. 3.6. Dos recursos inerentes à ampla defesa no procedimento administrativo. 3.6.1. Recurso e reconsideração. Diferença. 3.6.2. Efeitos do recurso e da reconsideração. 3.6.3. “Reformatio in pejus”. Impossibilidade. 3.6.4. Revisão. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

É recomendável a instauração de procedimento administrativo adequado, como mais adiante se verá, toda vez que seja verificada a ocorrência, mesmo em tese, de uma falta disciplinar. A providência documenta que o órgão superior não está inerte, que não conosta eventual quebra de deveres funcionais de seus subordinados; documenta, enfim, que o órgão superior busca a *moralidade administrativa*.

Essa providência demonstra que a Administração Pública está vigilante sobre as atividades dos seus órgãos inferiores, exercendo uma *fiscalização constante*, ou seja, a *fiscalização ordinária*, como fator fundamental de harmonia no funcionamento da Administração.

Enfim, faz retomar a confiança que o administrado deve ter da Administração Pública, como fator de inequívoco equilíbrio social. Há, como sabido, descontentamento

Alvaro Lazzarini é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor de Direito Administrativo na Escola Paulista da Magistratura e na Academia de Polícia Militar do Barro Branco, sócio do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – “Instituto Pimenta Bueno”, membro da “International Association of Chiefs of Police” (USA).

Roteiro de Palestra sobre o tema na I Jornada de Estudos Jurídicos da Polícia Militar do Distrito Federal. Brasília-DF, 20 de março de 1997.

popular, quando não mais acreditam, não confiam nas autoridades públicas que, com paternalismo ou não, procuram acobertar seus servidores que se envolvem em atos menos dignos, com evidente quebra de deveres funcionais.

Não podemos esquecer que o cumprimento normal e corrente dos deveres corresponde à *rotina funcional* desenvolvida pelos servidores públicos em geral. Há, porém, aqueles que se mostram exemplares no cumprimento de seus deveres funcionais. Destacam-se, positivamente, porque desempenham ditos deveres com consciência e boa-vontade, procurando melhorar os métodos de trabalho, para melhor alcançar os objetivos comuns da sua repartição. Quem assim se houver é digno de *recompensas*, como louvores, elogios, medalhas, prêmios pecuniários, promoção por merecimento, etc.

Ao contrário, há os que se destacam negativamente, isto é, aqueles que se tem com quebra no cumprimento dos seus deveres funcionais, fazendo surgir, então, a *infração disciplinar*, a *transgressão disciplinar*, a *falta disciplinar*, o *ilícito disciplinar*, como quer que se denomine tal quebra do dever, a ser reprimida pelo detentor do “Poder Disciplinar”, mediante sanções, ou seja, penas ou punições, a serem impostas, em regra, por meio de regular procedimento administrativo disciplinar.

Mas, cumpre ressaltar, mormente para os espíritos mais desavisados, que a *disciplina* não se mantém, tão-só, com a aplicação de sanções disciplinares. O exemplo do chefe que dá tudo de si para o exato desempenho da repartição é fator importante para ter subordinados coesos e eficientes em suas atividades funcionais. Em outras palavras, serão funcionários dedicados ao serviço público, como tal disciplinados.

De outra parte, não pode ser esquecida a lição de administrativistas ilustres – e que tem paralelo nos ensinamentos da psicologia –, segundo a qual *recompensas e sanções disciplinares são os meios clássicos para manter a disciplina* em qualquer instituição.

Mas, de qualquer modo, deve ser lembrado nesta oportunidade que, enquanto recompensas ficam à discricção do administrador, ou seja, do seu poder discricionário, a aplicação de sanção disciplinar, não significa, em absoluto, a possibilidade de deixar de punir o faltoso, o transgressor dos deveres funcionais.

Ao faltoso, como tal considerado o servidor que praticou o ilícito administrativo disciplinar,

a imposição de pena é obrigatória, pois é delito, definido como de *condescendência criminosa* (artigo 320 do Código Penal e artigo 322 do Código Penal Militar), deixar o funcionário, no caso o superior hierárquico competente, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe faltar competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.

Daí a importância de que se conheça o devido processo legal, no âmbito do Direito Administrativo, para que se possa usar convenientemente o poder disciplinar, como instrumento adequado para o aperfeiçoamento progressivo do serviço público<sup>1</sup>.

## 2. Processo administrativo ou procedimento administrativo

Surge, agora, velha disputa em saber-se qual a locução correta, ou seja, se há um verdadeiro *processo administrativo* ou um *procedimento administrativo*.

Hely Lopes Meirelles, cuidando da questão, atesta ter sido Aldo M. Sandulli, no seu *Il Procedimento Amministrativo*, o sistematizador da “teoria do procedimento administrativo”, lembrando também que “os autores de língua castelhana ora empregam a palavra ‘procedimento’ no sentido de *processo administrativo*, ora no de *procedimento administrativo* propriamente dito, o que exige do leitor a devida atenção para fazer a distinção necessária, uma vez que para nós *processo* e *procedimento* têm significado jurídico diverso”<sup>2</sup>.

Por sua vez, José Cretella Júnior<sup>3</sup> salienta que “*processo* designa entidade que, em natureza, ontologicamente, nada difere da que for *procedimento*, podendo-se, quando muito, quantitativamente, empregar aquele para mostrar o conjunto de todos os atos, e este para designar cada um desses atos: processo é o todo, procedimento as diferentes operações que integram esse todo”.

<sup>1</sup> CAETANO, Marcelo. *Do poder disciplinar*. Coimbra : Imprensa da Universidade, 1932.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 139, nota 14.

<sup>3</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989. p. 565.



Bem por isso, Edmir Netto Araújo<sup>4</sup> afirma que José Cretella Júnior

“não atribui maior importância à distinção entre ‘processo’ e ‘procedimento’”, e, após examinar o tema, deu a sua posição no sentido de que, no “campo específico do *ilícito administrativo e seu processo*, e em sentido *estricto*, preferimos denominar *processo* aquele procedimento que prevê, em sua estrutura, o diálogo manifestado pelo *contraditório*, que é a bilateralidade de audiência, ou a ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de impugná-los. Por sua vez, seriam *procedimentos* as formalizações de passos escalados em seqüência lógica, em direção ao objetivo formal (‘produto’ formal, ‘provimento’ formal) visado, sem a previsão do contraditório na respectiva estrutura. Como se vê – concluiu Edmir Netto de Araújo –, esse sentido estrito de processo *administrativo* enquadra quase que somente o processo administrativo *disciplinar* (ou *funcional*), pelo qual são apresentados os ilícitos administrativos de maior gravidade, constituindo simples procedimentos os demais meios de verificação”<sup>5</sup>.

Sistematizando, no Brasil, a temática em exame, ou seja, a controvérsia terminológica e substancial do “processo ou procedimento administrativo”, Odete Medauar, em monografia específica sobre “A Processualidade no Direito Administrativo”<sup>6</sup>, após estudar os critérios da *amplitude*, da *complexidade*, do *interesse*, do *concreto* e do *abstrato*, da *lide*, da *controvérsia*, do *teleológico* e do *formal*, do *ato* e da *função*, do *procedimento como gênero* e *processo como espécie*, da *colaboração dos interessados*, e do *contraditório*, com isso, demonstra que

“O rol dos critérios comumente invocados para distinguir procedimento e processo revela não só o empenho científico de administrativistas e processualistas na caracterização de cada uma das figuras, mas também a própria evolução da matéria, no rumo da valorização procedimental, da mais precisa

noção de processo e da idéia da existência de processualidade no exercício de todos os poderes estatais. Essa evolução culmina, principalmente, na concepção do procedimento-gênero, como representação da passagem do poder em ato. Nesse enfoque, o procedimento consiste na sucessão necessária de atos encaixados entre si, que antecede e prepara um ato final. *O procedimento se expressa também na cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório.* (...) A despeito do difundido uso do termo ‘procedimento’ no âmbito da atividade administrativa – continua Odete Medauar –, mais adequada se mostra a expressão ‘processo administrativo’. A resistência ao uso do vocábulo ‘processo’ no campo da Administração Pública, explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou função de que é instrumento. A adjetivação, dessa forma, permite especificar a que âmbito de atividade se refere determinado processo. (...) No ordenamento pátrio – finaliza Odete Medauar – a Constituição Federal de 1988 adotou a expressão ‘processo administrativo’ ou utilizou o termo ‘processo’, o que significa não só escolha terminológica, mas sobretudo reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública, como demonstram, de forma clara, quatro dispositivos, principalmente o inc. LV do art. 5º: ‘Aos litigantes, em *processo judicial* ou *administrativo*, e aos acusados, em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’; o inc. LXXII do art. 5º: ‘conceder-se-á *habeas data*... b) para retificação de dados quando não se preferir fazê-lo por *processo sigiloso judicial* ou *administrativo*; o inc. XXI do art. 37: ‘ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante *processo* de licitação pública...’, o § 1º do art. 41: ‘O

<sup>4</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 127.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 128.

<sup>6</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. Revista dos Tribunais, 1993. p. 29-42.

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”.

Sem embargo dessa escolha pelo constituinte federal de 1988, o constituinte paulista de 1989, por sua vez, optou pelo termo “procedimento”, embora utilize também “processo”, quando, no seu artigo 4º, dispôs que

“Nos *procedimentos administrativos*, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o *devido processo legal*, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados”.

Como se verifica, conquanto não haja óbice científico ao uso do termo “processo administrativo”, mais difundido está o uso do termo “procedimento administrativo”, como gênero do qual, em matéria disciplinar, há espécies como o “processo administrativo” para apuração das faltas disciplinares mais graves – no regime jurídico dos militares, tem o nome de “Conselho de Justificação” (para oficiais) e “Conselho de Disciplina” (para praças) – e Inquéritos Administrativos, Sindicâncias, Averiguações, etc., para as faltas disciplinares menos graves.

Daí por que, sem maior preocupação de tecnicismo processual, usaremos os vocábulos “procedimento administrativo”, “procedimento administrativo disciplinar” ou, simplesmente, “procedimento disciplinar”, lembrando, finalmente, que a Escola Paulista da Magistratura, órgão do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, optou por “procedimento administrativo” no curso de iniciação funcional dos novos juízes substitutos aprovados no 167º Concurso de Ingresso à Magistratura do Estado de São Paulo.

Mas, de qualquer modo, é necessário, novamente, invocar Odete Medauar ao concluir sobre “A Processualidade no Direito Administrativo” que

“O processo administrativo representa garantia de direitos ou direito instrumental quanto ao indivíduo (...). Além do mais, associa-se à concepção de Estado democrático de direito e aos princípios constitucionais da Administração, como corolário e veículo de sua expressão”<sup>7</sup>, como também Edmir Netto de Araújo<sup>8</sup>, por sua

vez, lembra que

“O ordenamento coloca à disposição da Administração meios ‘mais formais’ e ‘menos formais’ para a apuração do ilícito administrativo, cuja utilização se relaciona diretamente com a gravidade da falta e da correspondente penalidade. Esses meios *devem* ser utilizados, garantindo-se a ampla defesa ao indiciado, pois ‘ninguém pode ser condenado sem ser ouvido’, sem que lhe seja proporcionada oportunidade de defesa”.

## 2.1. Estrutura

Quanto à sua estrutura, e no dizer autorizado de Odete Medauar<sup>9</sup>, todo processo administrativo, dentre outras que não interessam ao presente exame, tem uma “fase introdutória ou inicial, integrada por atos que desencadeiam o procedimento; o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou por iniciativa de interessados (particulares, individualmente ou em grupo, e servidores para pleitear direitos, por exemplo)”, mesmo porque o procedimento administrativo está *jurisdicionalizado*. Vale dizer que o

“procedimento administrativo disciplinar, atualmente, está jurisdicionalizado, isto é, o poder disciplinar deve exercer-se dentro de determinadas formalidades, como sejam, o contraditório, o direito de defesa, a motivação da pena, a competência do julgador, a proibição de castigar-se tendo por base documentos secretos, enfim tudo que possa ferir a garantia constitucional, no que toca à apenação de qualquer indivíduo”<sup>10</sup>.

A aplicação da *pena disciplinar*, já se disse anteriormente, sujeita-se a um *procedimento administrativo*, qualificado de *disciplinar*, porque deve haver um encadeamento de operações ordenadas que objetivam a regular apuração da conduta do faltoso, como também, em sendo o caso, a sua apenação disciplinar.

## 2.2. Jurisdicionalização

Tal *procedimento disciplinar* envolve uma verdadeira *jurisdicionalização*, ou seja, deve ser exercido dentro de determinadas formalidades, como, por exemplo, a observância do

<sup>9</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 142.

<sup>10</sup> LAZZARINI, Alvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 1. ed. 2. tir. São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 404.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>8</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 288.

*direito de defesa*, com vistas ao contraditório, a *motivação de pena disciplinar*, como anteriormente focalizada, a proibição de castigar-se tendo por base documentos secretos, enfim, todas aquelas formalidades que possam fazer prevalecer as garantias constitucionais referentes à apenação de qualquer indivíduo.

Essa *jurisdicionalização* deve estar presente em qualquer das *modalidades* de procedimentos disciplinares, solenes ou sumários.

São *solenes* o *processo administrativo* (também, conhecido por inquérito administrativo), a que se sujeita o funcionário civil toda vez que a pena demissória seja a prevista para a sua falta, e o denominado *conselho de disciplina*, previsto para as praças das corporações militares para apurar se o acusado, por seu comportamento, está ou não moralmente incapacitado para continuar a servir em suas fileiras. Essa modalidade não admite a preterição de formalidades previstas na lei ou regulamento que estabeleça o regime jurídico disciplinar, sob pena de levar à irremediável nulidade do ato sancionador final, salvo se não houver influído na apuração da verdade substancial ou, diretamente, na decisão do procedimento, o que será sempre uma incógnita a ser decidida, em última instância, pelo Poder Judiciário.

São *sumários* aqueles procedimentos disciplinares que independem de maior solenidade na apuração da conduta faltosa, como sejam as *sindicâncias* ou a aplicação da penalidade pela denominada “verdade sabida”. A apuração sumária não tem forma nem figura de juízo, embora tudo recomende a observância, ainda que mitigada, do *iter legal* previsto para o outro procedimento, com o quê garantida estará a sua *jurisdicionalização* para o exato exercício do “Poder Disciplinar”, tudo sem se esquecer da natureza sumária da apuração da conduta faltosa.

### 2.3.1. VERDADE SABIDA

Merece maior apreciação a aplicação de sua disciplinar pelo que se convencionou dizer de “verdade sabida”. Na realidade, tratava-se de um procedimento mais que sumário, sumaríssimo, pois a legislação autorizava que o faltoso fosse punido disciplinarmente, desde que a autoridade competente tivesse conhecimento pessoal e direto da falta de que deverá decorrer a pena disciplinar, como, em outras palavras, define o artigo 271, parágrafo único, do Esta-

tuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. Porém, mesmo assim, não podiam ser esquecidos os princípios da *jurisdicionalização*, sob pena de, eventualmente, vir a ser anulada a sanção disciplinar, como, por exemplo, quando houvesse preterição do *direito de defesa*. Predomina hoje o entendimento, entre os estudiosos do Poder Disciplinar, de estar vedado a aplicação de sanção disciplinar pela “verdade sabida”, diante da norma constitucional do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura e exige que, nos processos administrativos, ao acusado em geral sejam deferidos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, com o que se desnaturou, por completo, a “verdade sabida”.

### 3. Do direito à ampla defesa no procedimento administrativo

Como se verifica, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, pondo fim à antiga discussão que existia ao tempo do artigo 153, § 15, da revogada Constituição da República (1969), previu, expressamente, o “direito de defesa” nos processos administrativos em geral.

Dessa forma, podemos dizer que esse *direito de defesa* é o fulcro, o cerne de todo *procedimento disciplinar*.

É a faculdade do acusado ter vista, ter conhecimento da acusação, podendo rebatê-la, produzindo prova pertinente. Realmente, tem o servidor tido por faltoso, o *direito público subjetivo* de, diante de uma acusação, apresentar, em querendo, defesa ampla, na qual poderá valer-se dos meios de prova pertinentes, isto é, que sejam aptas a demonstrar aquilo que venha a alegar em prol dos seus direitos e interesses.

Como pondera Hely Lopes Meirelles, não basta o acusado ser ouvido em simples *declaração* para dizer-se observado o *direito de defesa*.

Essa *declaração*, via de regra, reduzida a termo, quase sempre inibe psicologicamente o acusado, que se vê frente a frente com superiores hierárquicos, dentro de salas onde reina austeridade amedrontante, onde nem sempre aquilo que foi declarado fica registrado corretamente no termo que esteja sendo lavado.

Há o temor reverencial em grande parte das situações. O acusado declara o que não devia declarar, confunde-se em respostas onde não devia confundir-se; enfim, pode ser levado a

responder, pode ser conduzido, induzido a declarar ou a seu favor ou, então, a seu desfavor.

Daí por que mister se torna dar ao acusado a oportunidade e liberdade de produzir *defesa escrita*, com prazo razoável para arquetetá-la como entenda de seu interesse e direito. Só então poderá ser dito que ao acusado foi dada a possibilidade de *ampla defesa*.

E note-se que, nem por isso, estará o detentor do “Poder Disciplinar” inibido de apurar a *verdade real*. O superior hierárquico, com efeito, tem todos os meios ao seu alcance – muito mais do que o acusado, bastando querê-lo – para bem apurar a conduta faltosa.

Basta pôr em funcionamento o instrumental administrativo que tem em mãos, e certamente apurará a *verdade real*, aceitando ou não a versão do acusado. Basta, portanto, que não se contente com a *verdade formal*, aprofundando-se, pois, na pesquisa do ocorrido.

### 3.1. Portaria inicial no procedimento administrativo e a ampla defesa

A *portaria inicial* é essencial ao regular exercício do Poder Disciplinar. Na sua falta, viciado fica o “procedimento administrativo disciplinar”, hoje *jurisdicionalizado* a teor do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Sob pena de nulidade da sanção administrativa, exige-se uma formal *portaria* de iniciação do procedimento administrativo disciplinar.

Isso evidencia, em sede de procedimento administrativo, o mesmo que ocorre com a petição inicial do processo civil e com a denúncia do processo criminal, ou seja, a peça vestibular há de existir formalmente, sob pena de não-atendimento da prerrogativa de toda e qualquer pessoa em saber do que, oficialmente, está sendo acusada para defender-se e promover o contraditório, como previsto no art. 5º, inciso LV, da vigente Constituição de 1988 e art. 4º da vigente Constituição Estadual de São Paulo de 1989.

Tanto isso é verdade que a Escola Paulista da Magistratura editou a obra *Procedimento Administrativo Disciplinar no Poder Judiciário – Teoria e Prática*, de autoria do experiente jurista e magistrado Rui Stoco e na qual enfatizado ficou, por mais de uma vez, que “Exige-se que se instaure o *procedimento principal* através de *portaria*, como ocorre na

esfera criminal, podendo-se fazer correlação, de modo que o inquérito está para a sindicância assim como o processo administrativo está para a ação penal”<sup>11</sup>.

Rui Stoco, em outra passagem da sua citada obra, na p. 27 advertiu que

“A portaria está para o processo administrativo como a denúncia está para o processo criminal. Deve conter todos os dados de qualificação do agente infrator, os fatos e suas circunstâncias e o fundamento legal. Arrolará as testemunhas de acusação e, se houver, o nome de quem denunciou o servidor, para que, também este, seja ouvido em audiência”.

O Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 9 de outubro de 1991, sendo relator o eminente Desembargador Ney Almada, em julgamento de Mandado de Segurança nº 13.213-0/2, de São Paulo, decidiu que

“A sindicância ou o processo disciplinar para a apuração de falta cometida pelo servidor público deve iniciar-se através de portaria de autoridade administrativa, pois trata-se de formalidade obrigatória cuja omissão importa nulidade dos atos praticados por afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa” (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 674, p. 97-101).

O venerando acórdão tem a sua ementa transcrita por Rui Stoco, quando cuida da *Portaria – Formalidade obrigatória para início do procedimento* (op. cit., p. 159).

Dele consta, também, voto vencedor do eminente Desembargador Alves Braga que, em excelente e fundamentado estudo envolvendo servidor cartorário extrajudicial – o mandado de segurança foi impetrado contra ato do Corregedor Geral da Justiça –, afirmou que

“A sindicância, ou o processo disciplinar, deve se iniciar com a portaria da autoridade administrativa, não suprimindo sua falta a menção a representação escrita do terceiro que pede providências e menos ainda o termo de declarações por ela prestadas. A ausência dessa peça inicial, que dá existência legal à sindicância ou processo disciplinar, não é

<sup>11</sup> STOCO, Rui. *Procedimento administrativo disciplinar* : teoria e prática. Coordenação de Yussef Said Cahali. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 34. Coletânea Jurídica da Magistratura.

mera irregularidade. Afronta o princípio do devido processo legal e, conseqüentemente, implica em nulidade dos atos praticados. O princípio se insere nas garantias constitucionais.

Vale aqui a advertência deste E. Plenário – continuou o eminente Desembargador Alves Braga naquele seu voto vencedor – no MS 213.314, relatado pelo Des. Acácio Rebouças. Transcrevo as palavras de S. Ex<sup>a</sup>.: ‘Deviam os juízes ter excepcional cuidado quando se aventuram pelo Direito Administrativo, porque facilmente se convertem em contestador das garantias constitucionais e, se não for criticado e escandido, logo porá por terra todas as garantias democráticas’. Quando as garantias constitucionais entram em jogo – são discutidas e minimizadas entre sorrisos céticos e novidades doutrinárias, – deviam os juízes advertirem-se do perigo que representa o administrativista improvisado e sua ardorosa preocupação de dar sempre cobertura jurídica a todos os atos da Administração”.

O moderno Direito Administrativo, com efeito, não mais se preocupa em “dar sempre cobertura jurídica a todos os atos da Administração”, salvo se o for por administrativista improvisado.

Na sua excelente obra, *O direito administrativo em evolução*, Odete Medauar<sup>12</sup> conclui que o

“Momento revela mudanças que vêm se realizando no Direito Administrativo no sentido de sua atualização e revitalização, para que entre em sintonia com o cenário atual da sociedade e do Estado. Algumas tendências podem ser extraídas: a) desvencilhamento de resquícios absolutistas, sobretudo no aspecto da vontade da autoridade impondo-se imponente; b) absorção de valores e princípios do ordenamento consagrados na Constituição; c) assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade; d) abertura para o cenário sócio-político-econômico em que se situa; e) abertura para conexões científicas inter-disciplinares; f) disposição de acrescentar novos

<sup>12</sup> MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 227.

itens à temática clássica”.

Não basta, portanto, como exemplo, uma representação em si. Diante dela, a autoridade competente, com atribuição do que se denomina de *ação disciplinar*, para a apuração, deve expedir a regular *portaria*, dando início à averiguação dos fatos, em regular procedimento administrativo disciplinar.

Lembremos, agora no plano da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965), que regula o *Direito de Representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa, Civil e Penal*, que o seu art. 7º deixa bem certo que

“Recebida a representação em que for solicitada a aplicação de sanção administrativa, a autoridade civil ou militar competente determinará a instauração de inquérito para apurar o fato”.

Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas, no clássico comentário a essa lei, lembram que “O inquérito administrativo será iniciado por Portaria”<sup>13</sup>.

Não seria, assim, um mero despacho de expediente: “*Solicitem-se informações ao acusado*”, como já se viu diante da representação.

Necessário era que *ato formal* determinasse a instauração do devido procedimento administrativo disciplinar, ou seja, do devido processo administrativo legal, em face da representação.

Oferecidas as *informações do acusado*, cumpria à autoridade competente decidir se instaurava ou não o devido e legal procedimento administrativo disciplinar, delimitando em regular e formal *portaria* a acusação, como ocorre, insisto, em qualquer procedimento disciplinar envolvendo servidores públicos civis.

Aliás, e a título de argumentação, quanto aos servidores públicos militares estaduais, após inúmeras anulações de sanções disciplinares por parte do Egrégio Tribunal de Justiça, a Administração Policial Militar de São Paulo orientou-se no sentido de que, quando a conduta faltosa não seja apontada em regular comunicação de superior hierárquico militar, há necessidade de ato formal para a instauração do devido procedimento administrativo disciplinar e isto após as informações escritas dos acusados, tudo para compatibilizar os seus

<sup>13</sup> FREITAS, Gilberto Passos de e Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979. p. 78.

regulamentos disciplinares – há o dos policiais militares e o das policiais femininas – ao novo ordenamento jurídico constitucional de 1988, conforme orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Os procedimentos, aliás, estão disciplinados nas *Instruções do Processo Administrativo da Polícia Militar*, ou seja, no I-16-PM da Corporação, aprovado por ato de 2 de dezembro de 1993 do Comandante-Geral, considerando-se pública a instauração de sindicância só “após publicação da *portaria* em boletim ou afixação, por três dias consecutivos, no quadro principal de avisos da OPM” (Organização Policial Militar), nos termos do seu art. 68, parágrafo 2º.

Quanto ao processo disciplinar sumário, igualmente, exige-se *portaria* (art. 139, parágrafos 1º e 2º), sendo que esse ato administrativo para os Conselhos de Disciplina, destinado às praças, por força de norma legal, tem o nome de *Ofício de Convocação*, enquanto que nos Conselhos de Justificação, destinado aos oficiais, a acusação é do Comandante Geral e deve ser formalizada em *representação contra o oficial* (art. 211, parágrafo 1º).

### 3.2. Da competência no procedimento administrativo e a ampla defesa

A competência para a prática do ato punitivo deve resultar da lei, sendo por ela delimitada. Já se disse que competente para a prática de um ato administrativo é quem a lei assim o indique e não aquele que se julgue competente<sup>14</sup>.

Lembre-se que *competência*, como requisito de validade do ato administrativo, é o somatório de poderes atribuídos ao agente público para o regular desempenho de suas funções específicas. Em matéria disciplinar, será sempre do órgão, singular ou coletivo, previsto em lei ou regulamento disciplinar.

O órgão poderá ter mera *ação disciplinar*, como, por exemplo, as comissões sindicantes ou processantes, os conselhos de disciplina, etc. Poderá, ainda, ter o verdadeiro *poder sancionador*, isto é, o poder-dever de aplicar a sanção

<sup>14</sup> TACITO, Caio. *O abuso ao poder administrativo no Brasil*: conceito e remédios. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público: Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959. p. 27.

disciplinar.

A *ação disciplinar* é faculdade de promover a averiguação dos fatos, para eventual repressão disciplinar. Quase sempre se exaure com o relatório do órgão, propondo, de modo não vinculativo, a aplicação ou não da sanção disciplinar.

O órgão que tenha o *poder sancionador*, isto é, a *competência* para aplicar as sanções, é que tem a atribuição de decidir a respeito. Aliás, essa *competência* poderá pertencer a outro superior de maior grau hierárquico.

O Excelso Pretório, no Recurso Extraordinário nº 70.566, de São Paulo, relatado pelo saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, examinando exclusão disciplinar de aluno do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de São Paulo – CPOR/SP, por ato do Comandante da Segunda Região Militar, afirmou a tese de que a autoridade militar superior pode impor pena disciplinar, ainda que o regulamento mencione, para esse fim, a inferior (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 71, p. 721).

Porém, o inverso não foi tido por legal, isto é, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 204.678, de São Paulo, de que foi relator o Desembargador Souza Lima, concluiu pela nulidade da exclusão de policial militar a bem da disciplina, pois o ato fora praticado pelo chefe do Estado-Maior da Corporação, autoridade incompetente, em nada importando que esse ato punitivo tenha sido de orientação do Comandante-Geral da Polícia Militar, autoridade essa que, ao depois, teria ratificado o mesmo ato no Boletim Geral, órgão que publica os atos oficiais da aludida Corporação.

Em matéria de competência, atualmente há o tema da vitaliciedade das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, prevista no artigo 125, § 4º, da Constituição da República e sobre a qual vitaliciedade, na esteira da jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal, discorremos longamente em diversa dissertação sobre o tema<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> LAZZARINI, Alvaro. Vitaliciedade de servidores militares estaduais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 205, p. 95-108; jul./set. 1996. idem *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá*, n. 7, p. 13-40; jan./abr. 1996. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 12, p. 742-744, dez. 1994. idem *Tribuna da Magistratura*, São Paulo, p. 60-64. ago. 1996. Caderno de doutrina.

### 3.2.1. INDELEGABILIDADE DA COMPETÊNCIA

Com certeza, não se delega *competência punitiva*, isto é, *poder sancionador*, por simples ato administrativo, salvo, é lógico, quando tal delegação esteja expressa na lei disciplinar. Mesmo assim, essa exceção, que venha expressamente prevista, haverá de ser interpretada restritivamente, sem ampliações.

O faltoso tem direito subjetivo público de ser apenado só por aquela autoridade que a lei, expressamente, designe. A delegação só será viável se a lei o prever ou, então, para o exercício da *ação disciplinar*, na apuração dos fatos. E isso é válido para os servidores civis e militares.

### 3.2.2. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

Ainda no que toca à *competência*, surge a questão do deslocamento seu. Em outras palavras, e exemplificando, o servidor pratica falta disciplinar na repartição “X”. Antes de ela ser descoberta, ele é movimentado para a repartição “Y”, de linha hierárquica diversa, de modo que, vindo à luz a sua conduta anterior, resta saber qual autoridade tem *competência disciplinar*, isto é, a da repartição “X” ou a da “Y”. A questão é polêmica, com argumentos bons de ambos os lados. No entanto, como afirma Marcelo Caetano<sup>16</sup>, quer teórica, quer praticamente, a solução aconselhada nestes casos será a da repartição de serviço, da qual saiu o funcionário, remeter a documentação pertinente ao ocorrido à repartição a que passou o faltoso a ter exercício, a fim de que o seu novo superior hierárquico possa decidir como oportuno, conveniente e justo. Enfim, é esse novo superior que passou a deter todo o “Poder Disciplinar”; o anterior, desde o desligamento do faltoso de sua repartição, não mais o detém.

### 3.3. Suspeição no Procedimento administrativo e ampla defesa

É de indagar-se a respeito do direito de defesa quando a autoridade administrativa competente incorrer em hipótese de suspeição não prevista na lei disciplinar de regência, embora prevista no ordenamento processual civil ou penal.

Pode, em outras palavras, o detentor do

<sup>16</sup> CAETANO, Marcelo, *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Lisboa : Coimbra Ed. 1969. v. 2, p. 767.

Poder Disciplinar ser argüido de suspeito? Pode ele jurar suspeição?

Controvertidos são os entendimentos. Contudo, não é demais lembrar que, juridicamente, *suspeição* importa na imputação de certa qualidade, de que geram desconfiâncias ou suposições capazes de autorizarem justas prevenções contra o suspeito<sup>17</sup>, que, no caso, seria o superior detentor do “Poder Disciplinar”.

De outro lado, não se pode desconhecer que o superior está amarrado ao *princípio da legalidade*, que é básico para a Administração Pública, vale dizer, que ele nada poderá fazer ou deixar de fazer que não esteja, expressa ou implicitamente, previsto em lei. Ao certo, não se é de presumir que o superior irá prevaricar.

Daí por que só se torna possível dizer de *suspeição* em matéria disciplinar quando houver norma legal expressa. Aliás, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo proclamou, com acerto, ser impossível transpor a exceção de *suspeição* prevista para o campo limitado da jurisdição civil, para a esfera do processo administrativo, que de tal remédio não cogita (*Revista dos Tribunais*, v. 389, p. 217).

### 3.4. Afastamento preventivo no procedimento administrativo e ampla defesa

Outro ponto que, no estudo do procedimento disciplinar, merece destaque é o relativo ao *afastamento preventivo* do funcionário acusado de transgressão disciplinar. Essa medida cautelar é possível e, via de regra, está expressa na legislação disciplinar, em várias linguagens.

O entendimento, mesmo quando exista uma linguagem imperativa determinando o afastamento do acusado, é o de que não há essa imperatividade, isto é, o *afastamento preventivo* dar-se-á, se assim o entender oportuno e conveniente o detentor do “Poder Disciplinar”, para resguardar os interesses na apuração dos fatos, sem que isso implique em cerceamento de defesa para o acusado.

Mas, decretado o *afastamento preventivo*, seja por suspeição ou prisão disciplinar, mister se torna, desde logo, a sua limitação no tempo, evitando-se, destarte, afastamentos demorados e, assim, arbitrários, que mais se confundem com uma pena demissória do faltoso.

Como *medida cautelar* que é, pode o *afastamento preventivo* ser *revogado* a qualquer

<sup>17</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. v. 4, verbete: *suspeição*.

tempo. Como visto, o seu objetivo é o de possibilitar uma melhor investigação da conduta faltosa, impossibilitando que este possa influir, por meios escusos, na apuração da verdade. Assim, colhidas as provas necessárias, se o entender possível, oportuno e conveniente, nada impede que se permita o retorno do funcionário, que esteja afastado preventivamente, do serviço.

E, de qualquer modo, o tempo em que ele esteve afastado deverá ser computado, quando da eventual sanção final, como ocorre com a prisão preventiva, no âmbito do direito criminal.

### 3.5. Da prescrição no procedimento administrativo e a ampla defesa

Não aceitar prescrição da falta disciplinar prevista na lei disciplinar atenta contra o “direito de defesa”, que assim fica inevitavelmente cerceado.

Nesse tema, duas são as correntes que disputam a questão principal de saber a partir de quando passa a fluir o prazo prescricional.

Uma estabelece que tal prazo começa a partir da conduta faltosa, a exemplo da prescrição em matéria criminal, na qual se leva em conta a data do ilícito penal. Outra, a partir do conhecimento, pela Administração Pública, da falta disciplinar.

Esta última é a que melhor atende aos superiores interesses da Administração Pública e da própria coletividade administrada. É defendida, entre outros, por Caio Tácito, em parecer inserto na *Revista de Direito Administrativo* (v. 45, p. 48). Está no sentido de que a prescrição da falta disciplinar começa correr a partir de sua ciência pela Administração.

A *prescrição*, como sabido, depende de um *prazo*, previsto em lei, como da inércia do titular do direito nesse prazo. Porém, desde que, pelas circunstâncias, a violação do dever funcional se acoberte no sigilo, subtraindo-se ao conhecimento normal da Administração, não se configura a noção de inércia no uso do Poder Disciplinar, que caracteriza a prescrição.

Aliás, no Estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 61, de 21 de agosto de 1972, adotou esse entendimento, ao alterar o artigo 261 e seu parágrafo único, da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, ou seja, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo.

É Regis Fernandes de Oliveira que, em sua

obra *Infrações e Sanções Administrativas*<sup>18</sup>, sustenta, ainda no plano da jurisdicionalização do procedimento administrativo, que “A Administração Pública perde o poder de sancionar pela prescrição e pela decadência”.

Mas, como o adverte Edmir Netto de Araújo<sup>19</sup> e vimos ocorrer,

“O problema mais relevante relativo à prescrição ‘interna’, na esfera administrativa, é o da fixação do *dies a quo*, ou seja, do prazo em que começa a fluir o lapso prescricional. Quando a falta é também crime, prescreve juntamente com este, mas quando se trata de *ilícito administrativo*, as leis administrativas estabelecem o início do prazo a contar da *ciência do fato* pela autoridade administrativa, com a *abertura* do processo administrativo ou mesmo do inquérito policial, *interrompendo* a prescrição, ao contrário da esfera penal, quando o lapso prescricional se inicia na *data do fato*, não se interrompendo com o procedimento administrativo ou com a instauração do inquérito policial. Além de injusto – conclui o ilustre administrativista –, isto constitui aberração no nosso sistema jurídico, conduzindo, na prática, à imprescritibilidade de penas disciplinares”.

### 3.6. Dos recursos inerentes à ampla defesa no procedimento administrativo

Apenado, o servidor tem direito de pedir ao órgão superior o reexame do ato punitivo, praticado pelo inferior, em tudo observado o estabelecido na lei disciplinar (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República).

#### 3.6.1. RECURSO E RECONSIDERAÇÃO. DIFERENÇA

Note-se que a regra é não se confundirem *recurso* e *pedido de reconsideração*. Aquele é pedido de reexame dirigido ao órgão superior ao que praticou o ato punitivo; este é dirigido ao mesmo órgão que o praticou, com pretensão de reexame do ato. *Pedido de reconsideração* não suspende nem interrompe o prazo para a manifestação de regular *recurso*, ao órgão superior competente.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 111.

<sup>19</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 290.



### 3.6.2. EFEITOS DO RECURSO E DA RECONSIDERAÇÃO

A regra é não terem os recursos e os pedidos de reconsideração *efeito suspensivo*. Vale dizer, o efeito será meramente *devolutivo*, não alterando, portanto, a plena eficácia, a plena execução do ato punitivo. Em outras palavras, o recurso ou o pedido de reconsideração *não suspendem a execução* do ato punitivo, salvo se, ao contrário, dispuser a lei disciplinar.

Porém, providos que sejam, darão, então, lugar às retificações necessárias, retroagindo os seus efeitos à data do ato impugnado, desde que outra providência não determine a autoridade quanto aos efeitos relativos ao passado, tomadas à luz da legislação pertinente.

### 3.6.3. REFORMATIO IN PEJUS – IMPOSSIBILIDADE

Indagação que merece ser examinada é a da possibilidade da *reformatio in pejus*. Muitos, inclusive doutrinadores de renome, admitem-na.

Todavia, com a devida vênia, deve ser combatida essa tendência, pois fere o senso de justiça. Com efeito, se o apenado recorreu ou pediu reconsideração de ato, na verdade, é porque, pelo menos, quer ver abrandado o ato punitivo, mitigada a sua situação disciplinar. Em absoluto, não mostra o seu inconformismo para ver agravada a sua pena disciplinar. Não é a agravação da penalidade disciplinar que o legislador, inclusive o constituinte, há de ter querido quando previu a existência de recursos inerentes à ampla defesa.

### 3.6.4. REVISÃO

Enquanto recurso e pedido de reconsideração sejam modalidades de demonstrar inconformismo contra ato punitivo não transitado em julgado, ocorrendo este, isto é, o trânsito em julgado administrativo, surge a *revisão* da pena disciplinar.

A *revisão*, em matéria disciplinar, é conhecida na doutrina e contemplada, como regra, na generalidade das leis disciplinares. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo a prevê nos artigos 312 e seguintes.

A *revisão* poderá verificar-se em qualquer tempo e não autoriza a agravação da pena, isto é, a condenada *reformatio in pejus*.

Cabe revisão só dos processos findos, ou seja, com decisão administrativa transitada em

ulgado. Mas, mesmo assim, deve ser evidenciado que tal decisão tenha sido contrária ao texto *expresso* em lei ou à *evidência* dos autos, quando ela se fundar em depoimento, exame ou documento, *comprovadamente* falsos ou errados e que, após a sua prolação, descubrirem-se *novas* provas da inocência do punido ou de circunstâncias que autorizem pena mais branda.

Pedido de *revisão* que não se enquadre em qualquer uma dessas hipóteses é incabível e autoriza o seu liminar indeferimento.

No âmbito do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990), o pedido revisional tem tratamento específico nos artigos 174 a 182, prevendo-se que o processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada; certo que, em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento do servidor, qualquer pessoa da família poderá requerer a *revisão* do processo e, no caso de incapacidade mental do servidor, a *revisão* será requerida pelo respectivo curador (artigo 174).

Em qualquer das hipóteses, será do requerente o ônus da prova (artigo 175).

O pedido de *revisão* será, no âmbito federal, dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente, que, se autorizar a *revisão*, encaminha-lo-á ao dirigente do órgão ou entidade onde se organizou o processo disciplinar para, deferida a petição, providenciar a constituição de comissão, como prevista na mesma lei (artigos 177 e 149).

Ultimados os trabalhos da Comissão, o julgamento caberá à autoridade que aplicou a penalidade (artigo 184) e, julgada procedente a *revisão*, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição de cargo em comissão, que será convertida em exoneração, certo que, da *revisão* do processo, não poderá resultar agravamento de penalidade (artigo 182).

Enfim, como se verifica, embora a Constituição da República, no artigo 5º, inciso LV, refira-se a *recursos* inerentes à ampla defesa, não podemos descartar, também, as hipóteses de reexame conhecidas por “pedido de reconsideração” e “pedido de *revisão*” em matéria disciplinar.

## 4. Conclusão

Podemos assim concluir este estudo, afirmando que:

4.1. Não há possibilidade de aplicação de sanção disciplinar sem o devido processo legal administrativo.

4.2. Deve o acusado em geral ter oportunidade à “ampla defesa”, que como cerne de todo procedimento administrativo, de natureza disciplinar, encerra o inafastável “direito de defesa” de o acusado ter vista, ter conhecimento da acusação, para poder rebatê-la, produzindo

prova pertinente, no contraditório instaurado.

4.3. Por “recurso inerente à ampla defesa”, devemos entender não só o recurso propriamente dito, como pedido de reexame dirigido à autoridade superior à que praticou o ato punitivo, como também as figuras do “pedido de reconsideração” e do “pedido de revisão”, aquele como pedido de reexame dirigido à própria autoridade administrativa que apenou o acusado, e este só admissível após o trânsito em julgado da decisão administrativa punitiva para o reexame, a qualquer tempo, do processo disciplinar nas hipóteses em lei previstas.

# Representação interventiva contra município localizado em Território Federal

ANILDO FABIO DE ARAUJO

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Evolução histórica. 3. Considerações. 4. Conclusão.*

### 1. Introdução

Apesar de consagrar o princípio da não-intervenção, a Constituição Federal de 1988 (arts. 34 *usque* 36) regula os casos e as formas em que, excepcionalmente, faz-se necessária a intervenção federal: a) nos Estados; b) no Distrito Federal; e c) nos Municípios localizados em Território Federal. O Texto Supremo regula, também, a intervenção dos Estados nos seus Municípios. Atualmente não existe nenhum Território, mas a Constituição Federal consagrou normas relativas aos mesmos, bem como aos respectivos Municípios (art. 33). Neste estudo, apenas a representação interventiva, em face de Município localizado em Território Federal, será objeto de análise.

### 2. Evolução histórica

A Constituição Imperial de 1824 não dispôs sobre a intervenção. As Constituições Republicanas de 1891 (art. 6º), 1934 (art. 12) e 1937 (art. 9º) regularam apenas a intervenção federal nos Estados e não dispuseram sobre a intervenção nos Municípios. Já os Textos Constitucionais de 1946 (arts. 7º e 23), 1967 (arts. 10 e 16, § 3º) e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 10 e 15, § 3º), consagraram a intervenção federal nos Estados e destes em seus Municípios, respectivamente, ignorando, entretanto, a possibilidade de intervenção nos Municípios dos Territórios Federais existentes.

A representação interventiva, em desfavor

de Município, foi magnificada por meio da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 15, § 3º, *d*), contemplando-a quando:

“o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade”.

Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, foram introduzidas duas inovações: previsão de intervenção federal no Distrito Federal (art. 34), bem como de intervenção da União nos Municípios localizados em Território Federal (art. 35).

O art. 35, inciso IV, da Lei Básica Federal dispõe sobre a representação interventiva em face de Município, nos casos em que

“o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.”

### 3. Considerações

Os Municípios, apesar de dotados de certa autonomia, estão também sujeitos à intervenção dos Estados ou da União, nos casos e nas formas previstas na Lei Fundamental da República Federativa do Brasil (arts. 35 e 36).

O art. 129, inciso IV, dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público, destacando a de promover a representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição.

O processo da representação interventiva federal contra Município situado em Território Federal não foi claramente magnificado pelo legislador constituinte, dificultando a compreensão do tema pelo operador do Direito Constitucional. Por tratar-se de tema novo, faz-se necessário analisá-lo com prudência.

Numa interpretação precipitada, pode o operador do direito compreender que a competência para processar e julgar essa Representação Interventiva da União é do Supremo Tribunal Federal, tendo como legiti-

mado ativo o Procurador-Geral da República.

Após minucioso estudo, compreendo que a competência é do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, e que o legitimado ativo é o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Em defesa desse posicionamento pode-se ressaltar que:

1) Nem os Municípios, nem os Territórios possuem Poder Judiciário e Ministério Público próprios. De acordo com a atual Constituição Federal (CF), compete à União organizar e manter o Poder Judiciário e o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (art. 21, inciso XIII). Consoantemente, o art. 92, inciso VII, consagra o Tribunal e Juízes do Distrito Federal e Territórios entre os órgãos do Poder Judiciário, bem como o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, como integrante do Ministério Público da União (art. 128, inciso I, *d*).

2) O Texto Constitucional vigente, quando trata da intervenção federal e estadual em Município, refere-se ao Tribunal de Justiça e não ao Supremo Tribunal Federal. Nestes termos, o art. 35, inciso IV, do Diploma Federal estatui que:

“Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

.....  
“IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.”

A competência do Tribunal de Justiça foi expressamente consagrada na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 15, § 3º, *d*), e na Constituição Federal atual, preterindo-se as demais Cortes de Justiça da União ou dos Estados.

3) A Lei nº 8.185, de 10 de maio de 1991, que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios, estabelece que compete ao Tribunal de Justiça “exercer as demais atribuições que lhe são conferidas pela Constituição ou por lei” (art. 8º, inciso XXI). Assim, a competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), para processar e julgar a representação interventiva da União em Município localizado em Território Federal, não foi afastada pela lei de

organização judiciária local.

4) O Texto Constitucional anterior (Emenda Constitucional nº 1, de 1969) estabelecia que a representação seria formulada pelo chefe do Ministério Público local, ou seja, a atribuição já era destinada ao Procurador-Geral de Justiça, chefe do *Parquet* local.

5) A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União (LOMPU), preceitua que “incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal” (art. 46, *caput*). Consoante-mente, estatui, no parágrafo único do referido artigo, que “o Procurador-Geral da República proporá perante o Supremo Tribunal Federal (...) a representação para intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, nas hipóteses do artigo 34, VII, da Constituição Federal”. O art. 48, inciso I, da LOMPU dispõe, ainda, que “incumbe ao Procurador-Geral da República propor perante o Superior Tribunal de Justiça a representação para intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, no caso de recusa à execução de lei federal”.

Nos termos da legislação citada, não se inclui entre as atribuições do Procurador-Geral da República a iniciativa da representação interventiva em face de Município situado em Território Federal, nem compete aos Tribunais federais superiores (STF ou STJ) o processamento e julgamento dessa ação.

6) A citada Lei Complementar dispõe, também, sobre o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, estabelecendo que este “exercerá as suas funções nas causas de competência do Tribunal de Justiça e dos Juízes do Distrito Federal e Territórios” (art. 149, LOMPU). Entretanto, essa lei não consagra, nem especifica entre as atribuições do Procurador-Geral de Justiça a legitimidade ativa para a propositura da representação interventiva referente a Município situado em Território Federal. Tal atribuição, entretanto, fundamenta-se, ainda, no art. 159, inciso XXIII, que dispõe competir ao Chefe do Ministério Público “exercer outras atribuições previstas em lei”.

7) O Supremo Tribunal Federal não julga, originariamente, questões municipais, tais como ações diretas de inconstitucionalidade referentes a lei municipal em desconformidade com o ordenamento constitucional federal ou estadual, e a intervenção estadual em Muni-

cípios. Em matéria de intervenção, a competência do STF se restringe a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal (art. 36, inciso III, CF) e não nos Municípios daqueles ou nos situados em Território Federal. Somente em casos excepcionais ou na via recursal, assegurando o princípio do duplo grau de jurisdição, é que o Tribunal Ápice decide sobre questões municipais. O Regimento Interno da Corte Suprema (arts. 350 *usque* 354) dispõe, apenas, sobre a intervenção federal nos Estados.

8) Os motivos, para a propositura da representação interventiva da União em Município situado em Território Federal, são diferentes e mais restritos do que os previstos para a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal. Mesmo assim, devem ser observados, pelo Tribunal de Justiça e pelo Procurador-Geral de Justiça, os casos, a forma e os princípios elencados na Constituição Federal, visto que o Território Federal não possui Constituição ou Lei Orgânica Territorial, devendo respeitar e cumprir a Constituição Federal.

Essa posição também é compartilhada por José Afonso da Silva<sup>1</sup>, que, em comentários ao art. 35, inciso IV, esclarece:

“(..) Acrescente-se apenas que a representação ao Tribunal de Justiça, como peça inicial da ação interventiva no Município, cabe ao Procurador-Geral da Justiça que funcione junto ao Tribunal de Justiça competente para conhecer da representação, seja na intervenção promovida por Estado, seja promovida pela União em Municípios de Território Federal”.

Celso Ribeiro Bastos<sup>2</sup> anota o entendimento do constitucionalista paulista José Afonso da Silva, não apresentando nenhuma discordância. Outros juristas, como Pinto Ferreira<sup>3</sup>, Wolgran Junqueira Ferreira<sup>4</sup> e José Cretella Júnior<sup>5</sup>, não

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros. 1994, p. 428.

<sup>2</sup> BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 360. v. 3, t. 2.

<sup>3</sup> FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo : Saraiva.

<sup>4</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Comentários à Constituição de 1988*. Campinas : Julex.

<sup>5</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária.

aprofundam, nem se posicionam quanto ao assunto.

O art. 36, § 3º, do Texto Federal, esclarece que nos casos do art. 35, IV, fica dispensada a apreciação da intervenção pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, aqui abrangida a Câmara Territorial do Território Federal, e o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

#### 4. Conclusão

Assim, as normas constitucionais e infra-constitucionais tratam, com maior profundidade, apenas da intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal, sendo sintéticas ou omissas quanto à intervenção federal nos Municípios

de Território Federal, cabendo ao intérprete evidenciar a vontade da Constituição. Mas, com base no Texto Constitucional Federal e na legislação federal correspondente, pode-se afirmar que:

*A) compete ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, processar e julgar a representação interventiva em face de Município localizado em Território Federal;*

*B) incumbe ao Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios propor a representação interventiva.*

Por fim, faz-se necessário regular o assunto, consagrando expressamente de quem é a competência para processar e julgar essa representação interventiva, bem como a legitimidade ativa para a propositura, a fim de evitar-se futuras celeumas jurídicas.

# Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de releitura

GILMAR FERREIRA MENDES

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O caráter *dúplice* ou *ambivalente* da representação de inconstitucionalidade. 3. Conclusão.

### 1. Introdução

Em 1970, o MDB, único partido da oposição representado no Congresso Nacional, solicitou ao Procurador-Geral da República a instauração do controle abstrato de normas contra o decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos. Este negou-se a submeter a questão ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que, na sua opinião, não estava constitucionalmente obrigado a fazê-lo.

A propósito, devem-se registrar as razões expendidas pelo então Procurador-Geral da República, Ministro Xavier de Albuquerque, em defesa de sua decisão:

“Ora, sendo a representação do Procurador-Geral o ato que transforma em função dinâmica o poder estático de jurisdição do Supremo Tribunal, e sendo a competência, como ninguém discute, uma parcela ou medida desse poder, é curial não se poder falar em usurpação ou frustração de competência antes que haja representação. A reclamação é, pois, um *non sense*.”

Dir-se-á que essa evidência lógica e jurídica transformará o Procurador-Geral em árbitro da instauração da única forma de controle abstrato de constitucionalidade das leis, conhecida em nosso direito. Ele o é, de fato, mas não porque não caiba a reclamação. Se o Procurador-Geral

Gilmar Ferreira Mendes é Procurador da República. Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência 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.

Notas ao final do texto.

estivesse obrigado a representar ao Supremo Tribunal sempre que o provocasse qualquer interessado (prescindindo, neste momento, de examinar o interesse do reclamante, reservando-me para fazê-lo se e quando necessário), a sua negativa ofenderia direito subjetivo do interessado e essa ofensa encontraria nos meios processuais próprios o instrumento adequado à devida correção. Nunca o seria, porém, a reclamação regimental destinada a preservar a integridade da competência do Supremo Tribunal, porque essa forma de advocatória pressupõe, em primeiro lugar, causa posta em juízo (*ubi, non est actio...*) e, em segundo lugar, o conhecimento dela por autoridade judiciária diversa e incompetente.

O primeiro pressuposto resulta de quando articulei linhas atrás e está confortado pela orientação da Suprema Corte. Quanto ao segundo, comprova-o a própria justificativa, de autoria do saudoso Ministro Ribeiro da Costa, da emenda regimental que consagrou a reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como instrumento apto ao exercício da “faculdade cometida aos órgãos do Poder Judiciário para, em processo especial, corrigir excessos, abusos e irregularidades derivados de atos de autoridades judiciárias ou de serventuários que lhe sejam subordinados” (Transcrição recolhida no voto do eminente Ministro Pedro Chaves na Rcl 624, RTJ 35/103, 106).

No julgamento de que retirei esse excerto, o eminente Ministro Pedro Chaves não conhecia da reclamação por entender que não cabia o remédio, em qualquer caso, contra ato de autoridade que não fosse judiciária. Ponderou então, apoiando-se em parte, precisamente naquela que aqui tem pertinência, o eminente Ministro Victor Nunes:

“Nosso Regimento deu à reclamação dois objetivos: além de resguardar nossa competência, garante a execução dos nossos julgados (art. 2º do capítulo V-A).

De pouco valeria resguardar nossa competência, pela reclamação, se ela também não fosse um meio eficaz de fazer cumprir nossas decisões.

Ora, no primeiro caso, quando se tratar do resguardo, digamos, da nossa competência cognitiva, parece-me que o eminente Ministro Relator tem toda

razão. A possível violação dessa competência parte de autoridade judiciária, porque juízes ou tribunais é que podem pretender, de má ou de boa-fé, usurpar a competência jurisdicional do Supremo Tribunal” (RTJ 35/107-8).

Não pode ser conhecida, portanto, a representação. Se pudesse sê-lo, porém, seria manifestamente improcedente”.<sup>1</sup>

Em seguida, concluía o eminente Procurador-Geral da República, *verbis*:

“Neste ponto, em que abordo a segunda das questões de início referidas e que constitui o mérito da reclamação, começo por examinar os argumentos de que se vale o reclamante para chegar à conclusão da obrigatoriedade da representação ao Supremo Tribunal, sempre que o Procurador-Geral seja provocado por qualquer interessado.

“O primeiro deles é um argumento bifronte, servindo – na intenção do reclamante – tanto para justificar o cabimento, quanto para demonstrar a procedência da reclamação: o de que ‘ninguém pode se sobrepor à função jurisdicional do eg. Supremo Tribunal Federal, frustrando a instância constitucional, para decidir, sozinho e de forma irrecorrível, uma relevante questão constitucional’. E está complementado por dois argumentos ancilares: 1º, nem mesmo os órgãos que integram o Supremo Tribunal podem atuar, por delegação, no exercício da competência deferida pela Carta Política à sua composição plena, tanto que as Turmas julgadoras abstêm-se de fazê-lo e submetem ao Plenário o julgamento de qualquer relevante arguição incidental da inconstitucionalidade; 2º, na opinião do eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, o Procurador-Geral da República apenas opina quando não concorda com o pedido que lhe dirige qualquer interessado, mas não pode subtrair ao conhecimento do Tribunal a apreciação da representação, porque quem a julga é o Tribunal e não o Procurador.

“Esse argumento padece do vício lógico-jurídico que já salientei nas considerações preliminares, porque considera o fato da usurpação da competência antes de que da própria compe-



tência se possa falar. Não reclama, pois, em si mesmo, mais ampla contestação.

“Quanto aos adminículos que o coadjuvam, ao primeiro observo que não é por não poderem ‘usurpar’ a competência do Tribunal Pleno que as Turmas lhe remetem o julgamento das questões constitucionais, mas por não poderem julgá-las elas próprias em virtude de que sua estrutura não alcança a maioria absoluta dos membros do Tribunal e não permite, em consequência, a observância da regra contida no atual art. 116 da Constituição. Não é essa, como se sabe, uma regra de competência, mas de eficácia do julgado. De resto, o raciocínio descuidado que se contém nesse argumento levaria ao extremo de se considerarem inválidos os milhares de julgados das Turmas do Supremo Tribunal Federal, proferidas durante muitos anos sobre matéria da competência deste, em obediência à repartição regimental dos encargos globais da Corte e no plano do conceito que a doutrina designou como de competência interna, antes de que o Ato Institucional nº 2 sufragasse a divisão do Tribunal em Turmas e a incorporasse ao nosso direito constitucional legislado.

“Ao segundo adminículo, que se resolve na respeitável opinião pessoal, isolada, do eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, digo, com as mais respeitadas vênias, que não só incide no mesmo vício lógico antes apontado, como também não procede e, tal qual demonstrarei, não corresponde ao entendimento predominante nesse eg. Supremo Tribunal Federal.

“Um segundo argumento do reclamante cifra-se em que, no caso, por mais respeitáveis que fossem as razões do meu convencimento contrário ao seu pedido, cumpria-me ‘encaminhar’ a representação ao Supremo Tribunal, mesmo porque, como leciona Buzaid, nesse tipo de ação o Procurador-Geral da República *opera como substituto processual propugna é precisamente mas por interesse alheio*.

Não me ocorre o dever de demonstrar, que V. Excia. e o eg. Tribunal o sabem de sobejo que o fenômeno da substituição processual nada tem que ver com

a obrigatoriedade da ação propugnada pelo reclamante. Mas não posso deixar de observar que o reclamante chegou sozinho, e arbitrariamente, às conclusões que pretendeu retirar do ensinamento doutrinário(...)

“Um exame superficial pode levar a crer que o Procurador, havendo representação da parte interessada, deva sempre e necessariamente argüir a inconstitucionalidade. Mas essa interpretação não se compadece com a natureza de sua função. O Procurador-Geral da República só deve argüir a inconstitucionalidade, quando disso estiver convencido. Sua missão não é a de mero veículo de representação.

“Recebendo a manifestação do interessado, o Procurador-Geral da República a estudará, apreciando se tem ou não procedência. Convencendo-se de que o ato argüido é inconstitucional, proporá a ação; em caso contrário, determinará o arquivamento” (BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 109-110)<sup>2</sup>.

O Supremo Tribunal Federal rejeitou a reclamação proposta com o argumento de que apenas o Procurador-Geral poderia decidir *se e quando* deveria ser oferecida representação para a aferição da constitucionalidade de lei<sup>3</sup>. Esse entendimento foi reiterado pelo Tribunal em diversos arestos<sup>4</sup>.

Poucas questões suscitaram tantas e tão intensas discussões quanto à da eventual discricionariedade do Procurador-Geral da República para oferecer ou não a representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal.

Autores de renome, como Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. Revista dos Tribunais, v. 4, p. 44), Josaphat Marinho (Inconstitucionalidade de lei – representação ao STF, *RDP*, n. 12, p. 150), Caio Mário da Silva Pereira (voto proferido no Conselho Federal da OAB, *Arquivos*, n. 118, p. 25), Themístocles Cavalcanti (Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei, *RDP*, n. 16, p. 169) e Adauto Lúcio Cardoso (voto na Recl. 849, *RTJ*, n. 50, p. 347-8), manifestaram-se pela obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a

questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, ressaltando-se, univocamente, a impossibilidade de se alçar o chefe do Ministério Público à posição de juiz último da constitucionalidade das leis<sup>5</sup>.

Outros, não menos ilustres, como Celso Agrícola Barbi (Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, *RDP*, n. 4, p. 40), José Carlos Barbosa Moreira (As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, n. 13, p. 67), José Luiz de Anhaia Mello (*Os princípios constitucionais e sua proteção*, São Paulo, 1966, p. 24), Sérgio Ferraz (Contencioso constitucional, comentário a acórdão, *Revista de Direito*, n. 20, p. 218) e Raimundo Faoro (voto no Conselho Federal da OAB, *Arquivos*, n. 118, p. 47), reconheceram a faculdade do exercício da ação pelo Procurador-Geral da República.

Alguns juristas procuraram deslocar a controvérsia para o plano legal, tendo Arnaldo Wald propugnado por fórmula que emprestava a seguinte redação ao art. 2º da Lei nº 4.337, de 1964:

“Art. 2º Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de trinta dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 1º Se a representação for oriunda de pessoa jurídica de direito público, não poderá o Procurador-Geral deixar de encaminhá-la, sob pena de responsabilidade.

§ 2º Se a representação for oriunda de pessoa física ou de pessoa jurídica de direito privado, o Procurador-Geral deverá, no prazo de trinta dias, encaminhá-la com parecer ao Supremo Tribunal Federal ou arquivá-la. No caso de arquivamento, caberá reclamação ao plenário do Supremo Tribunal Federal, que deverá conhecer da mesma se a representação tiver fundamentação jurídica válida, avocando, em tal hipótese, o processo para julgamento na forma da presente lei”<sup>6</sup>.

Enquanto importantes vozes na doutrina reconheceram o direito de o Procurador-Geral submeter ou não a questão ao Supremo Tribunal Federal, consoante a sua própria avaliação e discricionariedade, uma vez que somente ele

dispunha de competência constitucional para propor essa ação<sup>7</sup>, sustentavam outros a opinião de que estaria obrigado a oferecer a arguição ao Supremo Tribunal Federal se houvesse pelo menos sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei<sup>8</sup>.

Uma posição intermediária foi sustentada por Celso Bastos, segundo a qual o Procurador-Geral da República não poderia negar-se a formular a representação se o requerimento lhe fosse encaminhado por algum órgão público, uma vez que, nesse caso, não se poderia ter dúvida quanto ao interesse público na aferição da constitucionalidade da lei ou do ato normativo<sup>9</sup>.

## 2. O caráter dúplice ou ambivalente da representação de inconstitucionalidade

Deve-se registrar que, a despeito do esforço despendido, o incidente não contribuiu – infelizmente, ressalte-se – para que a doutrina constitucional brasileira precisasse a natureza jurídica do instituto.

Não restou assente sequer a distinção necessária e adequada entre o controle abstrato de normas (representação de inconstitucionalidade) e a representação interventiva. Alguns doutrinadores chegaram mesmo a recomendar a alteração da Lei nº 4.337, de 1964, que disciplina a representação interventiva, para que se explicitasse a obrigatoriedade da propositura da ação pelo Procurador-Geral, desde que isso lhe fosse requerido por determinados entes.

Não se percebeu, igualmente, que, tal como concebida, a chamada representação de inconstitucionalidade tinha, em verdade, *caráter dúplice* ou *natureza ambivalente*, permitindo ao Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma ou, mesmo quando convencido da higidez da situação jurídica, surgissem controvérsias relevantes sobre sua legitimidade.

A Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. A reforma realizada, fruto dos estudos desenvolvidos na Comissão composta por Orozimbo Nonato, Prado Kelly (Relator), Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza, visava imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas

já havia sido introduzida pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República, ressalta que “a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos”. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal houve por bem sugerir a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional, tal como descrito na referida Exposição de Motivos:

“a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal);

b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo.

A representação, limitada em sua iniciativa, tem o mérito de facultar desde logo a definição da ‘controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres’. Afeiçoa-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos princípios que integram a lista do inciso VII do art. 7º. De algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às ‘leis federais em tese’, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos”<sup>10</sup>.

Nos termos do Projeto de Emenda à Constituição, o art. 101, I, *k*, passava a ter a seguinte redação:

“k) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

O parecer aprovado pela Comissão Mista, da lavra do Deputado Tarso Dutra, referiu-se, especificamente, ao novo instituto de controle de constitucionalidade:

“A letra *k*, propondo a representação

a cargo da Procuradoria-Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constitui uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8º, para tornar igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação alvitrada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis, não será inútil configurar o impróprio de uma redação, que devia conferir à representação a idéia nítida de oposição à inconstitucionalidade e o impreciso de uma referência a atos de natureza normativa de que o nosso sistema de poderes indelegáveis (art. 36, §§ 1º e 2º) conhece apenas uma exceção no § 2º do art. 123 da Constituição”<sup>11</sup>.

A imprecisão da fórmula adotada na Emenda nº 16 – *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 precípulo de ver decla-

rada 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, I; CF 1967/69, art. 119, I, I).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na versão de 1970<sup>12</sup>, consagrou expressamente essa idéia:

“Art. 174.....

§ 1º Provocado por autoridade ou por terceiro para exercer 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 tradição já velha 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 positivizar, no plano processual, a orientação que balizara a instituição da representação de inconstitucionalidade (controle abstrato) entre nós.

Ela destinava-se 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 em 1980,

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 opinando, muitas vezes, em favor da constitucionalidade da norma.

A falta de maior desenvolvimento doutrinário e a própria balbúrdia conceitual instaurada em torno da *representação interventiva*<sup>13</sup> – 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, a de um *despachante autorizado*, que poderia encaminhar os pleitos que lhe fossem dirigidos, ainda que com parecer contrário.

Entendida a *representação de inconstitucionalidade* como instituto de *conteúdo dúplice* 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 isto 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 nº 1.077, de 1970, que instituiu

a censura prévia sobre livros e periódicos<sup>14</sup>, não serviu – infelizmente – para realçar esse *outro lado* da representação de inconstitucionalidade<sup>15</sup>.

De qualquer sorte, todos aqueles que sustentaram obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal, ainda quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma<sup>16</sup>, 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 impugnada<sup>17</sup>.

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.

Sucedo, 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 em 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, apresenta-a, como órgão que é’ (in: *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, Tomo IV, 2a. ed., p. 44). 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 STF<sup>18</sup>.

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 (Rp nº 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ* 129, p. 41 s.). 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 desideratos<sup>19</sup>.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República afirma, de plano, a constitucionalidade da norma<sup>20</sup>, 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 práxis 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 improcedência<sup>21</sup>.

Em substância, era indiferente, tal como percebido por Victor Nunes Leal, 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*.

Se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade. Se, ao revés, estivesse convicto da legitimidade da norma, então poderia instaurar o controle abstrato com finalidade de ver confirmada a orientação questionada.

### 3. Conclusão

Ressalte-se, pois, que a idéia subjacente à fórmula regimental imperfeita (RISTF, art. 169) – 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 – objetivo*, porém – 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”<sup>22</sup>.

A propósito, acrescentou, ainda, o notável juriconsulto:

“Relembro, aliás, que o ilustre Professor Haroldo Valladão, quando Procurador-Geral da República<sup>23</sup>, 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<sup>24</sup>”.

A identificação da natureza dúplce do instituto retiraria um dos fortes argumentos do Procurador-Geral, que se referia à sua condição de titular da ação para fazer atuar a jurisdição constitucional com o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade da norma. A possibilidade de pedir a declaração de constitucionalidade deitaria por terra essa assertiva, convertendo o pretenso *direito* de propor a ação de inconstitucionalidade num *poder-dever* de submeter a questão constitucional relevante ao Supremo, seja sob a forma de representação de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.

A existência de controvérsia constitucional relevante configurava a objetivação a necessidade de o Procurador-Geral da República submeter a argüição ao Supremo Tribunal, ainda quando estivesse convencido sobre a sua improcedência. Em outros termos, configurada controvérsia constitucional relevante, não poderia o Procurador-Geral da República furtar-se ao dever de submetê-la ao Supremo Tribunal Federal, ainda que se manifestando pela improcedência do requerimento (pedido de declaração de constitucionalidade).

Portanto, uma análise mais detida da natureza do instituto da representação de inconstitucionalidade permite reforçar a censura ao entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, propiciando-se, assim, uma nova leitura – ainda que apenas com valor de crítica histórica – da orientação sustentada pela Procuradoria-Geral da República e avalizada pelo Supremo Tribunal Federal.

### Bibliografia

- BARBI, Celso A. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, n. 4, p. 40, 1968.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 1982.
- BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, 1958.
- CAVALCANTI, Themístocles. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro, 1966.
- LEAL, Victor Nunes. Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal : um aspecto inexplorado. *Revista de Direito Público*, n. 53/54, p. 25, jan./ jun. 1980.

MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade de lei : representação ao STF. *Revista de Direito Público*, n. 12, p. 150-152.

MELLO, J. L. de Anhaia. *Os princípios constitucionais e sua proteção*. São Paulo, 1966.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Rio de Janeiro, 1987. v. 4.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, n. 13, p. 67-80, 1964.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Voto. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 25.

WALD, Arnoldo. Voto. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 46-7.

### Notas

<sup>1</sup> Transcrito em: Reclamação nº 849. Relator : Ministro Adalício Nogueira. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 59, p. 336.

<sup>2</sup> *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 59, p. 336-337. Evidentemente, o texto de Buzaid referia-se à representação interventiva, na qual o Procurador-Geral da República, como teve oportunidade de demonstrar alhures (*Controle de Constitucionalidade*. São Paulo, 1990. p. 22.) atuava como representante judicial da União ( e não como substituto processual, como pretendeu Buzaid!). A propósito, registre-se observação que fiz sobre o tema, *verbis*:

“Entre nós, a questão relativa à natureza do processo de controle de normas se colocou logo no julgamento das primeiras representações, ainda que de forma tópica, não-sistemática. Nas Rp. 95 e 96, de 1947, esboçou-se controvérsia quanto à possibilidade de o Supremo Tribunal apreciar a argüição de inconstitucionalidade, não obstante o pronunciamento do Procurador-Geral da República pela improcedência do pedido. E a Excelsa Corte, por maioria, firmou, inicialmente, orientação no sentido afirmativo, entendendo bastante o encaminhamento do pedido pelo órgão constitucionalmente legitimado.

“Assentou-se, igualmente, que o fundamento da inconstitucionalidade, atribuído pelo Procurador-Geral da República, não se afigurava relevante para a resolução do Tribunal. ‘O que importa – dizia o Ministro Hahnemann Guimarães – é que seja apresentado ao Tribunal fato que possa caracterizar a argüição de inconstitucionalidade’, não sendo necessário que ‘o Sr. Dr. Procurador-Geral da República haja dado uma classificação à argüida inconstitucionalidade’.

“No tocante à possibilidade de desistência, o Tribunal considerou-a inicialmente, cabível. Na Rp. 466-GB, colocou-se novamente a indagação, tendo

o relator, Ministro Ari Franco, asseverado que ‘ao Ministério Público não é lícito, em regra, a desistência do que pleiteia’. Esse entendimento foi incorporado ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que consagra, desde 1970, vedação expressa à desistência da representação.

“O desenvolvimento da ação direta de controle de constitucionalidade demonstra que jurisprudência e doutrina não lograram diferenciar, de imediato, a representação interventiva do controle abstrato de normas. Como ressaltado, o eminente Professor Themístocles Cavalcanti, Procurador-Geral da República do governo democrático que sucedeu à ditadura Vargas, considerava que o chefe do Ministério Público deveria submeter a arguição de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal, ainda quando a tivesse por descabida. Reputava-se suficiente, pois, a presença de um interesse jurídico para encaminhar o tema ao Supremo Tribunal Federal. E, não raro, essa postura colhia referendo na Excelsa Corte, como se depreende de voto proferido pelo Ministro Goulart de Oliveira, na Rp. 96, no qual se afirmou, expressamente, que:

“Se não fosse lícita a solicitação estranha, só ao Procurador-Geral ficaria a iniciativa que o impugnante exige não provocada... Só ele podia ver inconstitucionalidade nesses textos.

E só ele seria juiz... naqueles que entendessem constitucionalis...

A sua atribuição nesta emergência é dupla: quando veicula a Representação, submete ao Tribunal, na técnica da Constituição, e quando opina como dever de ‘ofício’. Não há confundir as duas funções”.

Converter-se-ia, assim, a representação interventiva, destinada à defesa de princípios basilares da ordem federativa e de índole nitidamente contraditória, em um processo objetivo, na qual o Procurador-Geral da República veiculava, tão-somente, o interesse público na decisão da questão constitucional.

Também no tocante à natureza e à eficácia da decisão, parecia dominar o sentimento de que, diferentemente da pronúncia no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade resolvia-se ‘por uma fórmula legislativa ou quase legislativa, que vem a ser não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei’. Convém reiterar, a propósito, a lição de Castro Nunes:

“Atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado.

“Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu aresto.

“Trata-se, aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição.

Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei (...).

“Na declaração em tese, a suspensão redunha na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretivas do pré-julgado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cessada para todos os efeitos”.

Evidentemente, a declaração de inconstitucionalidade proferida na representação interventiva não era dotada dessa eficácia genérica. Tanto é assim que, mesmo sob o regime constitucional de 1946, previa-se a suspensão de execução do ato argüido de inconstitucionalidade, se essa medida se afigurasse suficiente para o restabelecimento da normalidade no Estado (CF de 1946, art. 13).

Essa assimilação entre instrumentos jurídicos diversos se identifica, igualmente, no clássico estudo de Buzaid, que qualificou a posição do Procurador-Geral da República, na ação direta, para fins de intervenção, como substituto processual, representando “toda a coletividade empenhada em expurgar a ordem jurídica de atos políticos, manifestamente inconstitucionais e capazes de pôr em risco a estrutura do Estado”.

<sup>3</sup> Op. cit., nota 1.

<sup>4</sup> Reclamação nº 121. Relator : Ministro Djaci Falcão. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 100, p. 955; Reclamação nº 128. Relator : Ministro Cordeiro Guerra. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 98, p. 3; Reclamação nº 152, Relator : Ministro Djaci Falcão. *Diário da Justiça*, p. 6.292. 11 maio, 1983.

<sup>5</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 1982. p. 68. Cf., no mesmo sentido, voto do Min. Goulart de Oliveira. Rp. 96, de 3-10-1947, *AJ*, n. 85, p. 100-1.

<sup>6</sup> WALD, Arnoldo. Voto. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 46.

<sup>7</sup> BARBI, Celso A. Evolução do controle de



constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, n. 4, p. 40, 1968; MELLO, J. L. de Anhaia. *Os Princípios constitucionais e sua proteção*. São Paulo, 1966. p. 24.

<sup>8</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Rio de Janeiro, 1987. v. 4, p. 44; MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade de lei : representação ao STF, *Revista de Direito Público*, n. 12, p. 50; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Voto. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 25; CAVALCANTI, Themístocles. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro : Forense, 1966; CARDOSO, Adauto Lúcio. Voto Vencido. Reclamação nº 849. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 59, p. 347-8; Cf., também, Embargos na Rp nº 1092. Relator : Djaci Falcão. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 117, p. 921, 951-952.

<sup>9</sup> BASTOS, op. cit. p. 74-75.

<sup>10</sup> Brasil. Constituição (1946). *Emendas. Emendas à Constituição de 1946, nº 16* : reforma do Poder Judiciário. Brasília : Câmara dos Deputados, 1968. p. 24.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>12</sup> *Diário da Justiça*, p. 3971, 4 set. 1970.

<sup>13</sup> BUZAID, op. cit. p. 107; MOREIRA, José Carlos Barbosa. As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, n. 13, p. 67, 75-76, 1964; CAVALCANTI, op. cit., p. 115.

<sup>14</sup> Op. cit. p. 333, nota 1.

<sup>15</sup> Sobre o assunto, 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.

<sup>16</sup> MARINHO, op. cit.; PEREIRA, op. cit.; CAVALCANTI, op. cit.; CARDOSO, op. cit.; BASTOS, op. cit. p. 69.

<sup>17</sup> Embargos na Representação nº 1092. Relator : Ministro Néri da Silveira. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 117, p. 921.

<sup>18</sup> Op. cit. p. 921, 944-945.

<sup>19</sup> Rp nº 1349. Relator: Ministro Aldir Passarinho. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 129, p. 41.

<sup>20</sup> Representação nº 1349. Relator : Ministro Aldir Passarinho. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 129, p. 41. 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 inofismável, que perseguia outros desideratos.

<sup>21</sup> Cf., dentre outras, ADIn nº 716-5. Relator : Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, p. 5606, 29 abr. 1992.

<sup>22</sup> LEAL, Victor Nunes. Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal : um aspecto inexplorado. *Revista de Direito Público*, n. 53/54, p. 25 e 33, jan./jun. 1980.

<sup>23</sup> O Professor Haroldo Valladão exerceu o cargo de Procurador-Geral da República no período de 19-4-1967 a 13-11-1967.

<sup>24</sup> LEAL, op. cit.

# Ação civil pública: casos concretos

PAULO DE BESSA ANTUNES

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Caso metanol. 3. Projeto Rio-Orla. 3.1. O contexto de fato. 3.2. Os litígios judiciais. 4. Linha Vermelha. 4.1. O aspecto financeiro. 4.2. Violação dos direitos de participação do público em audiências públicas. 5. Mico-leão-dourado (Reserva Biológica de Poço das Antas). 5.1. A importância ecológica do mico-leão-dourado. 5.2. O processo judicial. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

A análise de processos judiciais, entre nós, é uma prática pouco comum e, geralmente, limita-se ao exame dos aspectos puramente ritualísticos dos feitos. Raramente são analisadas as conseqüências decorrentes do ajuizamento *em si* da demanda. O que se pretende obter com o presente trabalho é um estudo dos resultados práticos produzidos pela impetração de ações civis públicas voltadas para a defesa do meio ambiente. Conforme será demonstrado, não raras vezes, os resultados tiveram repercussões no mundo real extremamente diferentes daquelas que ficaram registradas nos autos processuais. Os casos que serão apresentados a seguir retratam a atuação do Ministério Público Federal perante a Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

## 2. Caso metanol

As questões suscitadas pelo chamado *caso metanol* são muito interessantes para a análise dos diversos problemas referentes à competência que surgem nas ações civis públicas que envolvem matéria que, eventualmente, possa ter repercussão em todo o território nacional.

Paulo de Bessa Antunes é Procurador Regional da República, Mestre em Direito (PUC/RJ) e Doutorando em Direito (UERJ), Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Meio Ambiente do Estado do Rio de Janeiro e Professor na Faculdade de Direito Cândido Mendes, RJ.

No auge de uma crise de abastecimento de álcool etanol para uso de veículos automotores que integram a frota nacional, crise esta ocorrida em dezembro de 1989, o governo federal houve por bem importar dos Estados Unidos o álcool metanol, para ser utilizado pelos veículos como substitutivo do etanol. Em razão da importação do produto, diversos grupos ecologistas e o Ministério Público Federal (MPF), bem como o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, propuseram várias ações civis públicas, com o objetivo de determinar a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a fim de que se avaliassem as consequências ambientais da utilização do produto como combustível.

Ao que se sabe, foram ajuizadas duas ações civis públicas na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, perante os juízes federais da 18ª e 30ª Varas Federais e uma medida cautelar preparatória de ação civil pública, perante o juízo federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. A União Federal suscitou, perante o Superior Tribunal de Justiça, *Conflito de Competência*<sup>1</sup>, em razão do ajuizamento contra si e de outros litisconsortes, argumentando que o foro competente para tais ações era o do Distrito Federal, pois, em seu entendimento, aquele é o único juízo federal de 1ª instância com competência para proferir decisões que sejam válidas em todo o País. Melhor dizendo, cujos efeitos possam obrigá-la em todo o território nacional.

O juiz federal da 30ª Vara informou o conflito afirmando que as duas ações haviam sido reunidas, tendo em vista a evidente conexão entre ambas. As ações foram ajuizadas, respectivamente, pela Assembléia Permanente do Meio Ambiente e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ambas as ações foram propostas em face de União Federal, Petrobrás, Petrobrás Distribuidora e Interbrás. Foram distribuídas duas ações, em 1º de dezembro de 1989 foi ajuizada a primeira delas que mereceu despacho citatório e concessivo da liminar aos 4 de dezembro de 1989. Os réus foram citados nos dias 5 e 6 de dezembro do mesmo ano. A segunda das ações foi proposta aos 4 de dezembro de 1989, recebendo o despacho citatório e o concessivo da liminar no mesmo dia; a citação, contudo, somente foi efetivada aos 5 de dezembro de 1989.

Em sua resposta, o juiz da 30ª aduziu que

<sup>1</sup> Conflito de Competência nº 971/DF.

inexistiam razões jurídicas para que fosse autorizado considerar-se que a Seção Judiciária do Distrito Federal pudesse ser considerada como um foro privilegiado para o processamento e julgamento das causas movidas em face da União Federal. Para o magistrado da Seção Judiciária do Rio Janeiro, a questão deveria ser decidida à luz das disposições legais contidas no artigo 219 do Código de Processo Civil. Relembre-se que a norma invocada pelo magistrado tem a seguinte redação:

“A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa, e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.”

A juíza da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal informou ao Tribunal, afirmando que a medida cautelar fora ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União Federal e da Petrobrás, aos 4 de dezembro de 1989, sendo certo que a primeira requerida foi citada aos 7 do mesmo mês, ocasião em que se determinou a expedição da precatória citatória<sup>2</sup>. Foi concedida a liminar no dia 6 de dezembro.

Nas três ações, a liminar requerida era no sentido de que fosse proibida a comercialização das misturas metanol – etanol e metanol – gasolina, até que se realizassem os Estudos Prévios de Impacto Ambiental, que demonstrariam as repercussões ambientais da utilização dos compostos anteriormente nominados.

Todos os juizes envolvidos no conflito, em suas liminares, proibiram a importação e a comercialização.

A decisão do conflito de competência, pelo Superior Tribunal de Justiça, foi tomada mediante a prolação de Acórdão assim ementado:

“Conflito de competência. Interesses difusos. Metanol. Inexiste conflito de competência quando juízes federais, ainda que vinculados a tribunais diversos, apreciam causas conexas. A Constituição da República de 1988 regionalizou a Justiça Federal de 2º grau. Ao Superior Tribunal de Justiça incumbe a uniformidade de interpretação de lei federal e uniformização da respectiva jurisprudência. Em se tratando de processos

<sup>2</sup> A sede da Petrobrás é na cidade do Rio de Janeiro.

relativos a interesses difusos, caso em que, substancialmente, o autor é único, havendo pluralidade apenas de substituto processual, ganham particular importância as causas de pedir; notadamente quando o alegado dano não repercute de modo idêntico em todo o território nacional. A *causa petendi* deve ser analisada juridicamente, o que não se confunde com as características físicas do fato. Precedência da Constituição relativamente ao Código de Processo Civil.<sup>3</sup>”

O Superior Tribunal de Justiça, no caso concreto, decidiu que, dada a regionalização da Justiça Federal, uma mesma pessoa de direito público ou de direito privado pode ser acionada em diferentes seções judiciárias do país, pois, em tese, os seus atos lesivos ao meio ambiente e a outros interesses difusos terão repercussões diferenciadas no mundo dos fatos. Dessa forma, estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça que, as decisões dos juízes federais têm eficácia, apenas, no interior das seções judiciárias nas quais os referidos magistrados sejam competentes.

A questão, de fato, é extremamente importante, pois, com o advento da Constituição de 1988, houve uma revalorização da busca pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, o número de demandas judiciais ampliou-se consideravelmente. Houve, portanto, uma grande ampliação de litígios, cujas características, não raras vezes, são muito semelhantes.

O ineditismo da situação gerou uma série de posições equívocas, como, por exemplo, a atuação de magistrados de primeira instância determinando o cumprimento de liminares, por eles deferidas, em todo o território nacional. Esse é um fenômeno típico da Justiça Federal, pois as Justiças dos Estados-membros, em razão de sua competência, dificilmente tratarão de causas que possam ter partes idênticas.

Em outro momento, o Superior Tribunal de Justiça voltou a examinar matéria assemelhada àquela suscitada pelo *caso metanol*. Tratou-se de conflito de competência suscitado pelo juízo federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Pará, que negou-se a cumprir liminar deferida pelo juízo federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, cuja validade era para todo o território nacional. Tal liminar fora deferida

<sup>3</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Jurisprudência ambiental brasileira*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1995. p. 21.

contra a União Federal. O conflito de competência foi decidido no sentido de que a medida liminar tem o seu alcance territorial limitado ao da Seção Judiciária respectiva. A decisão recém-mencionada foi assim ementada:

“Em ação civil pública contra a União o MM. juiz da 7ª Vara de Pernambuco deferiu medida liminar e mandou expedir precatórias a todas as seções judiciárias. O MM. juiz federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Pará negou-se a cumpri-la e suscitou o conflito. Houve desrespeito ao Código de Processo Civil, art. 460<sup>4</sup>, não podendo prevalecer a liminar para todo o País. Falece ao juiz deprecante jurisdição na Seção Judiciária do Pará. Não caracterizado o conflito. O juiz federal de Pernambuco manda cumprir sua liminar no âmbito de sua jurisdição<sup>5</sup>”.

O chamado *caso metanol* foi importante para a fixação territorial da competência dos juízes federais de primeira instância, ficando estabelecido que as suas decisões não podem ultrapassar os limites territoriais das respectivas seções judiciárias.

### 3. Projeto Rio-Orla

#### 3.1. O contexto de fato

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD ou Rio-92), realizada na cidade do Rio de Janeiro entre os dias 3 e 14 de junho de 1992, trouxe ao Rio de Janeiro um número de aproximadamente 30.000 pessoas para acompanhá-la. A grande cobertura da imprensa internacional fez com que a cidade passasse a ocupar um lugar de destaque no noticiário internacional. A CNUMAD foi convocada pela Organização das Nações Unidas em 1990, portanto, dois anos antes de sua realização. Diante da importância do evento, a Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro deu início a um vasto programa de recuperação e manutenção de logradouros públicos. Dentro de tal programa, mereceram destaque os seguintes pontos: a) um

<sup>4</sup> Código de Processo Civil, “art. 460: É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

<sup>5</sup> BESSA, op. cit., p. 26.

amplo cercamento das praças públicas da Zona Sul da cidade e, b) um amplo programa de intervenção urbanística na orla marítima, conhecido como Rio-Orla. O que será examinado, adiante, é o conjunto de ações judiciais que foram propostas em razão do projeto e o resultado que as mesmas obtiveram.

O projeto de reurbanização da orla marítima foi escolhido por meio de um concurso público realizado pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB), Seção do Rio de Janeiro, concurso esse efetuado em meados de 1990. A extensão total da área que deveria ser reurbanizada mediante a implantação do projeto era de 30.800 metros, divididos em dois trechos distintos; o primeiro trecho, medindo cerca de 20 quilômetros, abrangia a totalidade das praias da Barra da Tijuca e do Recreio dos Bandeirantes; o segundo, medindo cerca de 10.800 metros, prolongava-se da praia do Leme até a praia de São Conrado<sup>6</sup>.

Na sua essência, o Projeto Rio-Orla constituiu-se na construção de novos calçamentos ao longo de toda a orla marítima por ele abrangida, bem como na construção de uma imensa ciclovia paralela ao novo calçamento. O projeto objetivava, ainda, a retirada de inúmeros “trailers” destinados à venda de bebidas e comestíveis, que se encontravam amontoados ao longo de toda a orla, substituindo-os por quiosques padronizados e dotados de condições sanitárias e higiênicas apropriadas.

No trecho compreendido entre as praias de São Conrado e Leme existem algumas situações diferenciadas. A praia de São Conrado é uma praia de urbanização mais recente, ficando espremida entre hotéis de luxo, edifícios suntuosos e a favela da Rocinha. As praias do Leblon e de Ipanema são praias totalmente urbanizadas e, juntamente com São Conrado, formam a região mais nobre da Cidade; a praia do Leblon enfrenta um grave problema de diminuição constante da sua faixa de areia, ocasionado por uma conjugação de correntes marítimas com urbanização mal realizada. Na praia de Ipanema encontra-se localizado o emissário submarino da Zona Sul, que é o destinatário dos esgotos sanitários de grande parte da Zona Sul.

As praias de Copacabana e do Leme são praias totalmente urbanizadas, cujas imagens são conhecidas internacionalmente. As suas

características naturais, como se sabe, foram grandemente alteradas durante muitos anos de ocupação. Na conjugação entre as praias de Ipanema e Copacabana, próximo à região conhecida como ponta do Arpoador, encontra-se o Forte de Copacabana, que é uma instalação militar desativada, servindo atualmente para finalidades culturais e recreativas.

Os 20 quilômetros de praias entre a Barra da Tijuca e o Recreio dos Bandeirantes constituem-se em região de ocupação recente. A orla marítima da Barra e do Recreio não possuía, até a implementação do Projeto Rio-Orla, qualquer tratamento urbanístico. A Avenida que acompanha a orla é uma das que têm sido mais valorizadas nos últimos anos. Na região da Barra da Tijuca existem várias lagoas e vegetação nativa. Em poucas palavras, essa é a ambiência física na qual o Projeto Rio-Orla iria ser implantado.

A região a ser reurbanizada pelo Projeto Rio-Orla está submetida às seguintes leis de tutela ambiental<sup>7</sup>: a) Constituição Federal – artigo 225, § 1º, inciso IV, e § 4º; b) legislação ordinária – Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988, artigo 6º, §§ 1º e 2º; Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, artigos 4º/10; Lei nº 4.771, de 15 de outubro de 1965, artigo 2º, alíneas b e f; Resolução nº 004, de 18 de setembro de 1985, do Conselho Nacional do Meio Ambiente, artigos 1º e 2º, alínea n.

Embora tenha resultado de aprovação em concurso público promovido pela Prefeitura Municipal e pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil, o Projeto Rio-Orla foi concebido arquitetonicamente, mas não foi concebido juridicamente. Quando do início das obras do Projeto Rio-Orla, no começo de 1991, a Comissão Estadual de Controle Ambiental (CECA) embargou as referidas obras, pois estas não haviam sido precedidas de estudo de impacto ambiental, conforme é determinado pela Constituição Federal e pelas leis estaduais e municipais. A mudança da Administração Estadual, no ano de 1991, permitiu a revogação do embargo administrativo.

O levantamento do embargo administrativo gerou uma onda de recursos ao Poder Judiciário, com o fito de obter judicialmente um novo embargo ao projeto. A busca do embargo judicial teve, evidentemente, as mais diferentes

<sup>7</sup> Tendo em vista a grande quantidade de normas federais, estaduais e municipais, somente apresentarei as normas federais.

<sup>6</sup> *O Globo*, 11 maio 1991.

motivações.

Aqueles que entendiam que o Projeto Rio-Orla não estava sendo realizado na forma da legislação vigente no País passaram a ter que se utilizar de diversas formas de impugnação para tentar inviabilizar a reurbanização da orla marítima tal qual esta fora concebida e idealizada pela Prefeitura do Rio de Janeiro. Verificou-se, naqueles momentos, uma interessante aliança informal e não explícita entre diversos grupos, que tinham interesse em obstaculizar a implantação do projeto. Os atores mais marcantes nesse processo foram as associações de moradores da orla marítima, o Poder Judiciário e o Ministério Público Federal. Cada um desses atores atuou em relação a um determinado ponto do projeto .

As associações de moradores demonstraram possuir diversas contradições internas. Algumas tinham interesse na implantação do projeto na forma em que este se achava idealizado, como foi o caso da Associação dos Moradores do Recreio dos Bandeirantes, que se interessava pela duplicação da Avenida Sernambetiba até o Pontal<sup>8</sup>. A Associação de Moradores da Barra da Tijuca era radicalmente contra o projeto. As associações do Leblon e de Ipanema, igualmente, eram contra o projeto. As associações de Copacabana e do Leme também se manifestaram contra a implantação do projeto. Evidentemente que, em meio à movimentação, diferentes interesses foram manifestados, desde a proteção ao meio ambiente até a oposição política à Administração Municipal.

O Poder Judiciário Federal e o Ministério Público Federal intervieram em dois pontos específicos: *a) na proteção ao Forte Copacabana e b) na proteção à Lagoa de Marapendi e sua vegetação de restinga*. Tais intervenções revestiram-se de formas jurídicas pouco usuais para litígios de tal natureza. Algumas outras intervenções pontuais foram produzidas pelo Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro e pelo Ministério Público Estadual. A análise desse conjunto de intervenções é muito importante para que se compreenda como se desenvolve, em concreto, a proteção ambiental. Mediante exame de casos é possível examinar-se os pontos nos quais se conseguiu, efetivamente, uma tutela ambiental.

<sup>8</sup> A Avenida Sernambetiba seria transformada em uma estrada com quatro pistas, dotada de calçamento e estacionamentos dos dois lados, além de um canteiro central. Tal prolongamento iria passar na região da lagoa de Marapendi.

### 3.2. Os litígios judiciais

O Projeto Rio-Orla acarretou o ajuizamento de diversas ações judiciais cujo fundamento básico era o de impedir ou corrigir a realização do projeto tal qual este fora concebido originalmente.

*Forte de Copacabana.* O Forte de Copacabana situa-se em uma das duas únicas regiões, à beira-mar, livres, na Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro. Coincidentemente, ambas são propriedade militar. Em 1922, o Forte de Copacabana serviu de cenário para um movimento insurrecional protagonizado por jovens militares, que ficou conhecido como “Os 18 do Forte”. Tal movimento tinha por finalidade libertar o País de velhos costumes e práticas políticas que eram desenvolvidos pelas oligarquias agrárias que dominavam a política nacional. Foi um movimento que representou as aspirações de novas classes sociais urbanas, que se iam formando na medida em que tinha início o processo de industrialização e urbanização do Brasil.

Os jovens militares, com o apoio de um civil, saíram às ruas de Copacabana, buscando atrair o povo para os seus ideais. O pequeno grupo foi combatido por tropas leais ao governo de então e derrotado. O combate teve como resultado algumas mortes. Foi, sem dúvida, um ato de coragem e de desprendimento pessoal, praticado por pessoas que estavam imbuídas de um ideal. O ato de coragem e de bravura que envolveu o episódio “Os 18 do Forte” tem um especial significado para o Exército Brasileiro, que, com a desativação das atividades propriamente militares do Forte, houve por bem instalar um Museu Histórico militar nas dependências do antigo quartel.

O local no qual está situado o Forte de Copacabana é bastante interessante, pois se trata de uma espécie de promontório que avança em direção ao mar e que se situa em ponto equidistante das praias de Copacabana e de Ipanema, sendo certo que do interior do Forte se tem uma bela vista de ambas as praias e do Pão de Açúcar. Ademais, o Forte está localizado em meio a uma área na qual existem diversos hotéis de cinco estrelas. Trata-se, portanto, de uma região nobre e altamente valorizada.

*O bairro de Copacabana.* O bairro de Copacabana é o símbolo de um modelo de urbanização que se mostrou absolutamente inviável e que se encontra em fase de desvalo-

rização imobiliária. A degradação da qualidade de vida do bairro de Copacabana é bastante eloqüente e não pode ser negada. A quantidade de espaços verdes no bairro é pequena; o barulho e a poluição causados pelo trânsito são muito fortes. Em resposta a esta situação, o movimento de cidadãos vem buscando organizar-se para pressionar as autoridades públicas a fim de que estas tomem providências que sejam capazes de assegurar à população um padrão de conforto e qualidade de vida, que sejam compatíveis com a dignidade humana.

Nessas circunstâncias, a importância do Forte Copacabana se avulta, pois ele, devido às suas dimensões, potencialmente pode ser utilizado para várias e distintas finalidades, que vão desde a ampliação da especulação imobiliária – agravando as condições adversas do bairro – até a sua transformação em uma agradável área preservada, a ser utilizada pela população para o seu lazer e aprimoramento cultural. Essas duas opções foram postas em confronto no bojo da implantação do Projeto Rio-Orla.

*Barra da Tijuca.* A Avenida Sernambetiba é uma grande avenida à beira-mar, que se estende por aproximadamente 20 quilômetros. Atualmente é uma das regiões mais valorizadas da Cidade do Rio de Janeiro. O Projeto Rio-Orla pretendia realizar a sua reurbanização completa e, no seu trecho final, aproximadamente 10 quilômetros, estava projetada uma duplicação do número de pistas. Nesse trecho final, existe uma ampla área de restinga entre o mar e a lagoa de Marapendi, que, por disposição legal, se constitui em área de preservação permanente. Não obstante esse fato, o planejamento do Rio-Orla não se ateve ao *detalhe*.

As alterações urbanísticas planejadas pela Prefeitura do Rio de Janeiro para a Avenida Sernambetiba, em seu trecho final, próximo ao Recreio dos Bandeirantes, como já foi visto acima, implicariam em agressão ao ecossistema de restinga existente entre a lagoa de Marapendi e o mar. Tais circunstâncias levaram o Ministério Público Federal a propor uma medida cautelar de vistoria, cujo objetivo era o de realizar um exame técnico das obras que, àquela altura, já estavam sendo realizadas e, obviamente, por meio de uma perícia, analisar os impactos ambientais a serem causados pela implantação do projeto, nos moldes em que a Prefeitura o havia concebido. Tal medida cautelar foi ajuizada e obteve um despacho

concessivo de liminar. As obras, então, foram judicialmente paralisadas<sup>9</sup>. A paralisação das obras foi garantida por muitos meses e, efetivamente, impediu que o projeto fosse implantado na região, inviabilizando-o para a inauguração da Rio-92, como era o esperado.

A medida cautelar ajuizada pelo Ministério Público Federal foi declarada extinta pelo juiz federal substituto que atuava na 1ª Vara Federal, sob o argumento de que “não fora proposta ação principal”. De tal decisão, o Ministério Público Federal recorreu. Fato é, contudo, que a Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro reconheceu a justeza da postulação do Ministério Público Federal, ainda que tardiamente, embora tal reconhecimento, ainda, não tenha se materializado em atos concretos<sup>10</sup>.

“A Prefeitura fechará quatro quilômetros na Avenida Sernambetiba, na Barra da Tijuca, após o próximo verão. A área – uma reserva conhecida como Refúgio Biológico de Marapendi – será toda cercada e reflorestada. A entrada de motoristas estará vedada por uma simples razão: com 126 mil metros quadrados, este trecho da Barra é um dos últimos do Rio que guarda ainda hoje espécies nativas típicas das praias cariocas.”

A Prefeitura, diante do resultado concreto obtido com o ajuizamento da cautelar, assumiu o compromisso de preservar a área de restinga existente no entorno da Lagoa de Marapendi<sup>11</sup>. Vale ressaltar que, expressamente, a Prefeitura reconheceu a importância da medida cautelar ajuizada pelo Ministério Público Federal:

‘Tive diversas reuniões com o Prefeito’, disse Sirkis, acrescentando que o embargo judicial da obra do Projeto Rio-Orla no trecho entre o condomínio Alfa-Barra e a Reserva Biológica de Marapendi – a pedido da Procuradoria Geral da República – chamou a atenção de Marcello Alencar para a importância de preservar aquela região(...)”<sup>12</sup>.

Da hipótese acima narrada é possível verificar que nem sempre a decisão judicial pela

<sup>9</sup> Rio-Orla : obras são suspensas devido a liminar. *O Globo*, 11 maio 1991.

<sup>10</sup> Prefeitura fechará 4 km da Avenida Sernambetiba. *Jornal do Brasil*, 18 ago. 1995.

<sup>11</sup> Decreto cria área de proteção de Marapendi. *Jornal do Brasil*, 15 ago. 1991.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

procedência de uma demanda é necessária para que, de fato, ocorra uma vitória quanto ao mérito daquilo que se pretende.

Sob o argumento de construir um centro de lazer e um heliporto para melhor atender aos participantes da Rio-92, o Instituto Estadual de Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural (INEPAC) autorizou o destombamento de 20% (vinte por cento) da área do Forte de Copacabana. O Forte fora tombado no ano de 1990. Tal tombamento chegou a ser classificado de abusivo pelo diretor do INEPAC, que desejava cancelá-lo. O Ministério Público Federal, inconformado com a arbitrária decisão das autoridades estaduais, propôs ação civil pública<sup>13</sup>, com o objetivo de impedir o *destombamento* pretendido pelo Estado do Rio de Janeiro. Segundo análise efetuada pelo jornalista João Penido<sup>14</sup>:

“A área do Forte que desperta interesse dos grupos hoteleiros é uma faixa de terreno que dá frente para a Rua Francisco Otaviano, com acesso às três pequenas praias existentes no Forte, e estava avaliada entre US\$ 50 milhões e US\$ 60 milhões em 1988. Seu valor de mercado, porém, já subiu para US\$ 100 milhões, hoje.”

As reivindicações pela preservação do Forte de Copacabana se constituem em uma das mais antigas bandeiras dos movimentos ecológicos e de cidadãos da Cidade do Rio de Janeiro<sup>15</sup>. Assim é que em setembro de 1987, o Exército anunciou o seu interesse em vender uma área de 20 mil metros quadrados no fundo da Rua Francisco Otaviano. Com o dinheiro seria construído um Centro Cultural. Em 1990, sete de fevereiro, o Governador do Estado do Rio de Janeiro determinou o tombamento do Forte de Copacabana, perfazendo 200 mil metros quadrados de área tombada.

Em agosto de 1991, o governo estadual determinou o destombamento de mais de 40 mil metros quadrados do Forte de Copacabana, “para facilitar as obras do Projeto Rio-Orla”.

A União Federal, por intermédio do Ministério do Exército, percebendo os contornos que se delineavam com a decisão do INEPAC, firmou transação com o Ministério Público

Federal, pela qual se comprometia a preservar a totalidade da área do Forte de Copacabana e a manter um centro cultural de livre acesso público. Tal transação foi homologada judicialmente. E, felizmente, está sendo corretamente cumprida.

## 4. Linha Vermelha

A Linha Vermelha é uma auto-estrada que, no ano de 1992, teve iniciada a sua construção, com o objetivo de fazer a ligação entre a Zona Sul da Cidade do Rio de Janeiro e o Aeroporto Internacional. Essa construção teve por finalidade facilitar o trânsito dos delegados para a Rio-92. A construção foi bastante polêmica, pois passou por diversas áreas de preservação permanente e foi realizada sem qualquer estudo prévio de impacto ambiental. Acresce-se que foram concedidos grandes financiamentos federais para a realização da obra. Ademais, o governo estadual, visando assegurar a sua contrapartida financeira para o empréstimo federal, chegou ao absurdo de criar tributo por decreto. Todas essas questões foram debatidas em juízo pelo Ministério Público Federal.

### 4.1. O aspecto financeiro<sup>16</sup>

O Estado do Rio de Janeiro<sup>17</sup>, por meio de financiamento concedido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), obteve os recursos para construção da primeira etapa da chamada “Linha Vermelha”, alternativa da Avenida Brasil, que liga alguns pontos da cidade do Rio de Janeiro à Ilha do Governador e à Ilha do Fundão. O contrato de financiamento mediante abertura de crédito – contrato nº 91.2.176.3.1, de 20 de junho de 1991, abriu ao Estado do Rio de Janeiro um crédito no valor de CR\$ 18.300.000.000,00 (dezoito bilhões e trezentos milhões de cruzeiros), valores de junho de 1991, assim distribuídos: a) CR\$ 14.814.287.400,00 (quatorze bilhões, oitocentos e quatorze milhões, duzentos e oitenta e sete mil e quatrocentos cruzeiros), para a implantação da 1ª etapa do projeto do Acesso Norte da Cidade do

<sup>13</sup> Ajuizada pelos Procuradores da República Sandra Cureau e Paulo de Bessa Antunes.

<sup>14</sup> Juíza proíbe edificação no forte. *Jornal do Comércio*, 11 set. 1991.

<sup>15</sup> *O Globo*, 11 set. 1991.

<sup>16</sup> Ação Civil Pública proposta pela Procuradora da República Sandra Cureau.

<sup>17</sup> O presente texto teve por base a petição inicial da Ação Civil Pública firmada pelos Procuradores da República Sandra Cureau e Paulo de Bessa Antunes.



Rio de Janeiro, parte integrante da BR-116, alternativa da Av. Brasil, denominada “Linha Vermelha”; b) CR\$ 3.485.712.600,00 (três bilhões, quatrocentos e oitenta e cinco milhões, setecentos e doze mil e seiscentos cruzeiros), destinados à construção da *praça de pedágio*, necessária à implementação do projeto a que se refere o subcrédito anterior.

A cobrança do *pedágio*, conforme a cláusula décima do mesmo contrato de financiamento mediante abertura de crédito, destinasse-se à obtenção dos recursos necessários para o pagamento do principal e acessórios da dívida decorrente do contrato. Entretanto, em abril de 1992, o Estado do Rio de Janeiro, o BNDES e o Ministério da Aeronáutica ajustaram *convênio*, pelo qual visaram ajustar as condições para arrecadação não mais do primitivo *pedágio*, mas de um “Preço Financeiro Estadual”, criado pelo Decreto nº 17.164, de 19 de dezembro de 1991 e alterado pelo Decreto nº 17.324, de 19 de março de 1992, *ambos do Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro*, a ser cobrado *não dos usuários da Linha Vermelha*, mas dos *passageiros e cargas embarcados no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro*.

Para tanto, dispôs a cláusula terceira do referido convênio que o “Preço Financeiro Estadual”, *devido pela utilização dos equipamentos rodoviários que servem à Ilha do Governador e ao complexo aeroportuário do Galeão*, teria sua cobrança iniciada até 60 (sessenta) dias após a aprovação dos estudos feitos por um *grupo de trabalho*, constituído de representantes do DAC - Departamento de Aviação Civil, do BNDES e do Estado do Rio de Janeiro (cláusula primeira, I.1, do mesmo convênio).

Os recursos concedidos pelo BNDES ao Estado do Rio de Janeiro, para construção da primeira fase da *Linha Vermelha*, eram originários do Fundo de Participação PIS/Pasep e do Fundo de Amparo ao Trabalhador, conforme foi discriminado no contrato de financiamento e abertura de crédito e conforme convênio de cooperação.

O resultado dos estudos do grupo de trabalho Estado/BNDES/MAER-DAC estabeleceu como sistemática para cobrança do Preço Financeiro Estadual o seguinte: a) o valor do PFE será introduzido no formulário do bilhete de passagem, sendo pago pelo passageiro quando da compra do bilhete; b) no caso de bilhetes emitidos no exterior, que não incluem o PFE, a cobrança será feita, em dinheiro, no

momento do embarque, pela empresa aérea, no Aeroporto Internacional; c) a cobrança do PFE para carga transportada será feita de acordo com sistemática a ser desenvolvida pelo Estado do Rio de Janeiro para esta finalidade; d) os valores relativos ao PFE, cobrados pelas empresas aéreas, serão depositados em conta bancária, aberta pelo Estado, com esta finalidade específica; e) a fiscalização e o controle da cobrança serão feitos por meio das informações em poder da INFRAERO, relativas ao número de passageiros embarcados, mensalmente, no AIRJ.

Nem todos os passageiros e cargas embarcados no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro chegam a ele por meio da *Linha Vermelha*, sendo certo que permanece, para os oriundos da cidade do Rio de Janeiro, a alternativa da Av. Brasil e que, para aqueles oriundos de outras cidades, como também da Ilha do Governador, inexistia a possibilidade de uso dessa via de acesso.

Como se sabe, preços e taxas – entre as quais se inclui o *pedágio* – possuem inúmeras características comuns, que, às vezes, tornam difícil ao intérprete distinguir, na hipótese concreta, quando estão diante de um ou de outro. O certo, porém, é que os serviços públicos de utilidades, *específicos e divisíveis*, podem ser remunerados tanto por meio de preços, que se submetem ao regime *contratual*, como por meio de taxas, que são regidas pelo *direito público*. Ambos têm em comum o fato de serem obrigatoriamente contraprestacionais. Entretanto, as taxas, por serem tributos, são compulsórias e devidas pela mera disponibilidade dos serviços, submetendo-se aos dispositivos constitucionais que inibem o poder de tributar. Já os preços são voluntários e não se submetem a tais limitações.

O que não existe, porém, no nosso sistema jurídico é preço ou taxa que não corresponda a um serviço efetivamente prestado ou, pelo menos, posto à disposição do contribuinte (este último apenas no caso da taxa). Na hipótese que está sendo examinada, ao assinarem o contrato de financiamento mediante abertura de crédito, o Estado do Rio de Janeiro e o BNDES atribuíram uma parcela da verba destinada à construção da *Linha Vermelha*, especificamente para a *praça de pedágio* (cláusula primeira, subcrédito B), reconhecendo que o *pedágio*, cobrado aos usuários da rodovia, seria a forma correta de obtenção de recursos para saldar o débito do primeiro para com o segundo.

Entretanto, em momento posterior, o

Governo do Estado, movido por objetivos inexplicáveis, decidiu dispensar do pagamento os moradores da Ilha do Governador e, bem assim, aqueles que se destinam à Ilha do Fundão e que, segundo apurado pela imprensa, são 97% dos usuários, jogando o ônus do pagamento a que se comprometeu junto ao BNDES nos ombros dos passageiros que embarcam no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, *utilizem ou não a nova rodovia*.

O comportamento da União e do BNDES, no episódio da construção da *Linha Vermelha*, não encontrou qualquer base legal. Com efeito, os valores destinados à construção da *Linha Vermelha* eram bastante significativos e, ainda que não o fossem, não poderiam ter sido destinados a essa finalidade sem que o Estado do Rio de Janeiro oferecesse garantias idôneas, legítimas, legais. Por meio de um ardid, o Estado do Rio de Janeiro simulou a cobrança de um pedágio para, logo na primeira oportunidade, transformá-lo em uma das muitas “pérolas”, que, periodicamente, violam a legalidade em nosso País.

Não se discute a opção que determinou a construção da *Linha Vermelha*. Essa foi uma opção que competia exclusivamente ao Executivo. O que se discute é que não se poderia utilizar de recursos públicos, com finalidades sociais específicas – PIS/Pasep e Fundo de Amparo ao Trabalhador –, sem o estabelecimento de meios legais e seguros de ressarcimento do empréstimo. Ademais, o que foi feito dos CR\$ 3.485.712.600,00 (três bilhões, quatrocentos e oitenta e cinco milhões, setecentos e doze mil e seiscentos cruzeiros), destinados à *construção da praça de pedágio* (contrato de financiamento e abertura de crédito entre o Estado do Rio de Janeiro e o BNDES, *cláusula primeira, subcrédito B*), em valores da época, se não há pedágio nem praça?

O denominado *Preço Financeiro Estadual* (PFE) não é preço nem taxa, porque não correspondente a qualquer contraprestação por parte do Estado do Rio de Janeiro, sendo cobrado, aleatoriamente, de todos quantos embarquem no Aeroporto Internacional, bem assim das cargas a serem transportadas pelas aeronaves que dali partem. Por outro lado, a grande massa de usuários da nova rodovia não se dirige ao Aeroporto, mas à Ilha do Governador, à Ilha do Fundão<sup>18</sup>, etc., não sendo,

<sup>18</sup> Com a posterior ampliação da Linha Vermelha em direção à baixada fluminense, aumentou o número de usuários que não se destinam ao AIRJ.

portanto, onerada com o pagamento do *Preço Financeiro Estadual*. Também os demais moradores do Rio de Janeiro podem fazer uso da Av. Brasil, com o que não utilizariam a *Linha Vermelha*. Não há, portanto, qualquer *contraprestação* pelo Estado em decorrência do pagamento do PFE.

Conclui-se, assim, que o chamado *Preço Financeiro Estadual*, criado pelo Decreto nº 17.164, de 19 de dezembro de 1991 e alterado pelo Decreto nº 17.324, de 19 de março de 1992, do Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro, é um imposto, com destinação específica, qual seja o pagamento ao BNDES dos valores emprestados para construção da *Linha Vermelha*. Sendo *imposto* e não estando previsto na Constituição Federal, é um *imposto residual* e, como tal, só poderia ter sido criado pela União Federal, que, nos termos do art. 154, I, da Constituição Federal, é o *único ente político competente para criar impostos novos*.

Em segundo lugar, sendo *imposto* e não preço, sua criação só seria possível por meio de *lei complementar da União* (art. 154, I, CF), sendo absolutamente inconstitucional a criação de *imposto novo* por meio de *Decreto do Governador do Estado*. A única exceção seria aquela dos impostos extraordinários de guerra (art. 154, II, CF), que, evidentemente, não ampara o “preço financeiro” em exame e que também não possibilita o uso de decreto, cujos limites, em matéria tributária, estão devidamente fixados no art. 99 do Código Tributário Nacional. Os *impostos vinculados* são apenas aqueles dos arts. 158 e 159 da Constituição Federal, conforme determina o art. 167, IV, da Lei Maior.

Em terceiro lugar, sendo *imposto*, deveria, obrigatoriamente, obedecer aos princípios constitucionais que limitam o poder de tributar, entre os quais o *princípio da anterioridade* da lei tributária (art. 150, III, *b*, da Constituição Federal) e o *princípio da reserva legal* (art. 150, I, da Constituição Federal).

Portanto, por qualquer ângulo que se o examine, o chamado Preço Financeiro Estadual, criado por decreto do Governador do Estado do Rio de Janeiro, é *flagrantemente inconstitucional*.

O Juiz federal da 6ª Vara do Rio de Janeiro, Sérgio Feltrim, concedeu a medida liminar requerida pelo Ministério Público Federal e determinou a suspensão da cobrança do chamado PFE. O Estado do Rio de Janeiro agravou da medida liminar e, mediante interposição de

*pedido de suspensão de liminar*<sup>19</sup>, obteve sua sustação. Foi interposto agravo regimental contra a decisão proferida pelo Presidente do Tribunal. O Agravo foi julgado improcedente e, portanto, confirmada a decisão presidencial que fora tomada com base nos graves prejuízos à economia pública que decorreriam da dispensa da cobrança do PFE.

A pressão promovida pela imprensa e pelos órgãos estaduais contra a medida judicial ajudada pelo Ministério Público Federal foi muito grande. Jornais, como *O Globo*<sup>20</sup> e *Jornal do Brasil*<sup>21</sup>, fizeram editoriais contra a ação civil pública. O *Jornal do Brasil* chegou a classificar a discussão como *bizantina*.

Curioso é que, após a cassação da medida liminar, o próprio Governo estadual desistiu de cobrar o PFE<sup>22</sup>. Mais curioso, ainda, é que o argumento do Tribunal para cassar a liminar, “grave risco às finanças estaduais”, foi desmentido pelo próprio Estado, ao desistir da cobrança.

#### 4.2. Violação dos direitos de participação do público em audiências públicas

As ilegalidades praticadas pelos governos federal e estadual para a construção da Linha Vermelha não se restringiram à inconstitucional imposição tributária que tentaram realizar e que, felizmente, não se concretizou. Tais ilegalidades estenderam-se, também, à negativa de audiências públicas determinadas pela legislação<sup>23</sup>, conforme se demonstrará.

Tão logo foi anunciado pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro que seria dispensado o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, o Ministério Público Federal buscou manter contato com as autoridades locais para se cientificar dos motivos que tinham servido de fundamento para a atitude tomada. No desenvolvimento de tais conversações, o Ministério Público Federal requisitou uma audiência

<sup>19</sup> Lei nº 7.347/85, art. 12, § 1º: “A requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o inconstitucional a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias, a partir da publicação do ato.”

<sup>20</sup> Oitenta ou oito. 29 jan. 1993.

<sup>21</sup> Pagar para ver. 21 set. 1992.

<sup>22</sup> Na prática, o PFE nunca foi cobrado de ninguém.

<sup>23</sup> Resolução Conama nº 009/87.

pública para que se examinasse o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, cuja necessidade é uma decorrência da Lei Fundamental da República e para que a comunidade pudesse ter conhecimento do projeto a ser, em tese, implantado. O requerimento formulado pelo Ministério Público Federal foi negado pela Administração Estadual, sob o argumento de que, inexistindo o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, não haveria possibilidade jurídica de realização da audiência pública.

Irresignado com a insólita conclusão das autoridades estaduais e com a flagrante violação de seu direito líquido e certo de requisitar a realização da audiência pública, o Ministério Público Federal impetrou um mandado de segurança<sup>24</sup> perante a Justiça Federal.

O Ministério Público Federal, em sua impetração, alegou que se constituía em instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com legitimidade plena para o exercício da defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais indisponíveis. Alegou, ainda, que, no caso concreto, o seu direito líquido e certo vinha sendo violado pela ilegalidade praticada pelo impetrado, em razão da construção da Linha Vermelha. Segundo as alegações apresentadas pelo Ministério Público Federal, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental é uma exigência constitucional e instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), na forma da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, estabelecendo a competência do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, em seu artigo 8º, incisos I e II, encontrando-se, no seu regulamento, baixado pelo Decreto nº 99,274, de 6 de junho de 1990, sua competência para definir critérios a serem observados pelos integrantes dos Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, em tudo aquilo que diz respeito aos estudos prévios de impacto ambiental. É certo, também, que tal competência foi exercida pela edição das Resoluções CONAMA nºs 001/86 e 009/87, instituindo a primeira as audiências públicas e determinando, por seu artigo 2º, a necessidade de licenciamento das atividades

<sup>24</sup> Processo nº 91.0109318-5, 8ª Vara Federal; Ministério Público Federal – MPF X Secretário de Estado de Meio Ambiente e Projetos Especiais, Presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e Presidente da Comissão Estadual de Controle Ambiental – CECA.

modificadoras do meio ambiente, tais como estradas de rodagem, que possuam duas ou mais faixas de rolamento. Já a segunda das Resoluções invocadas pelo Ministério Público Federal diz respeito à própria realização da audiência pública. Observe-se que o artigo 2º da Resolução do CONAMA nº 009/87 estabelece que:

“Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o órgão do meio ambiente promoverá a audiência pública.”

De acordo com tudo aquilo que foi visto acima, entendia o Ministério Público Federal que a deliberação da Comissão Estadual de Controle Ambiental - CECA, dispensando a apresentação de estudo prévio de impacto ambiental e, por conseguinte, não realizando a audiência pública, feria seu direito líquido e certo, tendo em vista que o Ministério Público Federal expedira ofício convocando a audiência pública, conforme o permissivo contido na Resolução do CONAMA nº 009/87. O Presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), nas informações prestadas em juízo, sustentou a sua ilegitimidade passiva, bem como o cumprimento de toda a legislação concernente ao licenciamento ambiental.

O Secretário de Estado, ao prestar suas informações, aduziu a incompetência do juízo e a decadência do direito de ação, pois, em seu entendimento, já haviam transcorrido mais de 120 (cento e vinte) dias do ato impugnado, no caso a Deliberação CECA nº 2.328, de 14 de maio de 1991. No mérito, a autoridade estadual sustentou a improcedência do pedido, uma vez que, requerida pela Fundação Departamento Estadual de Estradas de Rodagem – FUNDERJ<sup>25</sup> a licença prévia para a construção da 1ª etapa da Linha Vermelha à FEEMA<sup>26</sup>, essa emitiu parecer dispensando o Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Tal parecer fora publicado aos 15.5.91 e, ao ser submetido à CECA foi por esta aprovado. A aprovação ocorreu em razão do fato de que é inexigível o Estudo Prévio de Impacto Ambiental quando a obra não trazer risco de causar significativa degradação

<sup>25</sup> Órgão responsável pela execução do projeto viário.

<sup>26</sup> Fundação estadual de Engenharia do meio Ambiente – FEEMA.

do meio ambiente, conforme determinado na Lei nº 6.938/81, em seu artigo 3º, inciso II, que foi recepcionado pela Constituição de 1988. No entender do impetrado, a Resolução CONAMA nº 001/86 extrapolou o espírito da lei, criando restrições não previstas. Ademais, a Linha Vermelha, no entender do impetrado, causaria impacto positivo na área, pois somente alterações benéficas seriam realizadas. Acrescentou que a convocação da audiência pública não existe como direito autônomo e abstrato, pois nada mais é do que um desdobramento natural do procedimento de avaliação de impacto ambiental, só existindo em razão de tal procedimento, e, como acessório, não se pode realizar sem a existência do principal.

O Estado do Rio de Janeiro requereu o seu ingresso na lide, argumentando que era o titular da relação de direito material questionada e, daí, decorria o seu interesse e legitimidade. Suscitou as mesmas preliminares já mencionadas acima. Como razões próprias argumentou que não havia que se falar em degradação ambiental, pois a área em questão já se encontrava profundamente degradada e as obras significariam melhoria das qualidades ambientais do local.

*A segurança foi concedida ao Ministério Público Federal, tal qual fora requerida.* Ficou entendido na decisão que a contagem do prazo para a impetração do mandado de segurança não era o da publicação da Deliberação da CECA mas, isto sim, o da negativa de convocação da audiência pública requisitada pelo Ministério Público Federal. Merece destaque o seguinte trecho da decisão de primeiro grau:

“Determinando a Constituição Federal que se exija, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, o Estudo Prévio de Impacto, a que se dará publicidade, e em estabelecendo a lei competência ao CONAMA para dizer tais critérios, em nada ultrapassaram suas Resoluções da *mens legis*, tendo se pautado nos estritos limites de sua competência, em estabelecer quais atividades ‘potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental’, colocando entre essas a construção de estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento, cabendo tão-somente ao estudo prévio, e em decorrência dele, a conclusão de ser ou não a obra de

significativa degradação, com apresentação de soluções e condições a serem cumpridas para instalação e elaboração da obra.”

Prosseguiu a decisão de primeira instância:

“Assim, a terminologia utilizada no art. 2º da Resolução CONAMA nº 001/86 – atividades modificadoras –, não traz qualquer ferimento à lei ou à Constituição, como pretendido, pois na realidade a competência utilizada legalmente pelo CONAMA, na referida resolução, foi determinar quais as atividades ‘potencialmente causadoras de impacto ambiental’, para possibilitar a execução fática de atendimento àqueles preceitos, e não de acrescer a definição legal, contida no art. 3º, inciso II da Lei nº 6.938/81, que entende como ‘degradação da qualidade ambiental a alteração adversa das características do meio ambiente’, ampliando o campo de incidência do dispositivo constitucional, de que qualquer atividade modificadora ao meio ambiente seja também significativa degradação do mesmo, sendo-lhe, em consequência, exigido o estudo prévio.”

Quanto ao direito líquido e certo aludido pelo Ministério Público Federal, para a convocação da audiência pública, ficou decidido que:

“Na mesma esteira a Resolução CONAMA nº 009/87, que trata da audiência pública, que tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, para dirimir dúvidas e recolher dos presentes as críticas e sugestões a respeito, garantindo, assim, o preceito constitucional de que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado e o dever de defendê-lo e preservá-lo, constando em seu artigo 2º as ocasiões em que necessário a realização da referida audiência pública, *in verbis*: ‘Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o órgão de meio ambiente promoverá a audiência pública.’”

Prosseguiu, nestes termos, a decisão do *mandamus*:

“Assim, por todo o exposto, assiste ao impetrante o direito de requisitar a convocação da audiência pública, nos

termos em que autorizado pelo art. 2º da Resolução CONAMA nº 009/87, sendo necessária a sua realização, uma vez que não admite aquele comando outra interpretação, que em nada contraria a ordem legal ou constitucional, mas, ao contrário, regulamenta a execução de direito líquido e certo na forma em que garantido na Constituição Federal, que se consubstancia em dever constitucional do Ministério Público, como de qualquer da coletividade. Desnecessário, no caso concreto, o exame da acessoriedade do referido direito de convocação, pois óbvio que a audiência pública de ser antecedida de Estudo de Impacto Ambiental e de seu Relatório – EPIA/RIMA, mas independente de, na presente hipótese, ter sido dispensado o EPIA/RIMA, não há como se deixar de reconhecer o direito do impetrante, bem como da necessidade de realização da audiência, pois como visto tal deliberação da CECA foi indevida, não podendo por tal irregularidade constituir óbice ou impossibilidade à realização do direito pretendido, que, como já foi dito, não é só direito, mas também dever do impetrante, entre outros, de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis.”

A sentença transcrita foi *confirmada* pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em acórdão cuja relatora foi a juíza Tânia Heine. Entretanto, deve ser assinalado que a decisão no Mandado de Segurança foi proferida muito tempo depois da conclusão das obras da Linha Vermelha e, não tendo sido concedida a medida liminar requerida na peça vestibular, obviamente, as consequências que podem ser extraídas do processo deslocaram-se para uma outra esfera jurídica.

A decisão transitou em julgado e, no ano de 1997, a Comissão Estadual de Controle Ambiental (CECA) convocou a audiência pública e o processo de licenciamento foi explicado à sociedade. A lição que pode ser retirada do processo é a de que a audiência pública é parte do processo de licenciamento ambiental e não se confunde com um simples apêndice do processo de análise do Estudo Prévio de Impacto Ambiental. A conclusão é lógica, pois os próprios Estudos Prévios de Impacto Ambiental são elementos integrantes do licenciamento ambiental, e, evidentemente, não têm existência autônoma.

## 5. Mico-leão-dourado (Reserva Biológica de Poço das Antas)

### 5.1. A importância ecológica do mico-leão-dourado

No Estado do Rio de Janeiro, mais precisamente na bacia do rio São João, está guardado um dos maiores tesouros ecológicos brasileiros, que são os micos-leões-dourados (*Leontopithecus rosalia*). O mico-leão-dourado é uma espécie animal altamente ameaçada de extinção.

“A espécie encontra-se ameaçada principalmente pela destruição das florestas que cobriam toda sua conservação, juntamente com o comércio ilegal, mais intenso anteriormente, mas ainda presente. Nas últimas décadas tem sido mantida uma população estável em cativeiro, o que permitiu, em 1983, o estabelecimento de um programa de reintrodução a longo prazo na Reserva Biológica de Poço das Antas (RJ) (única unidade de conservação para a espécie, com 5.22 ha), bem como nas manchas de floresta vizinhas.<sup>27</sup>”

O mico-leão-dourado, nos dias de hoje, encontra-se restrito aos municípios de Silva Jardim, Casimiro de Abreu, Cabo Frio, Araruama e São Pedro da Aldeia<sup>28</sup>. Observe-se, ademais, que somente 60% da área da Reserva Biológica de Poço das Antas possuem *habitat* adequado para a vida da espécie<sup>29</sup>. Vários programas internacionais de proteção ao mico-leão-dourado têm sido desenvolvidos. É certo, igualmente, que o mico-leão-dourado encontra-se protegido pela Convenção Internacional contra o Tráfico de Espécies Ameaçadas de Extinção (CITES).

A União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN) classifica o mico-leão-dourado como um animal *em perigo*. Dentro da classificação da UICN, a classificação *em perigo* significa:

“Taxa em perigo de extinção cuja sobrevivência é improvável se continuarem operando os fatores causais de ameaça. Nessa categoria estão incluídos os taxa cujos números foram reduzidos

a níveis críticos ou cujos *habitats* se reduziram drasticamente e que se encontram em perigo iminente de extinção. Incluem-se também os taxa que podem estar extintos mas que já foram, sem dúvida, identificados na natureza nos últimos 50 anos. Essa categoria pode incluir temporariamente taxa cujas populações estão começando a se recuperar, em consequência de medidas de proteção adotadas, mas em índices ainda insuficientes para justificar sua transferência para outra categoria.<sup>30</sup>”

### 5.2. O processo judicial

No início de fevereiro de 1990, ocorreu um grande incêndio na Reserva Biológica de Poço das Antas. Tal incêndio, entretanto, não se constitui em um fato isolado e imprevisível, ao contrário, faz parte de uma rotina que, frequentemente, ameaça a Reserva Biológica de Poço das Antas<sup>31</sup>. A reserva está situada no Estado do Rio de Janeiro, entre as coordenadas 22° 35' latitude S e 42° 15' W, tendo sido criada pelo Decreto nº 73.791, de 11 de março de 1974, com a finalidade específica de contribuir para a luta pela preservação da subespécie nominal I do mico-leão *Leontopithecus R. Rosalia*. A Reserva Biológica de Poço das Antas, quando da propositura do processo, não passava de um arremedo daquilo que tinha sido e estava em processo de total descaracterização. “Hoje ela é um arremedo do que foi. Cerca de 40% dos 5.500 hectares da reserva florestal foram destruídos.<sup>32</sup>”

As causas para que a Reserva Biológica de Poço das Antas estivesse na condição em que estava, durante a ocorrência dos diversos incêndios que nela se têm verificado, são muitas. Entretanto, não deve ser esquecido que, dentre as inúmeras causas, merece destaque a omissão e o desinteresse das autoridades públicas, que podem ser comprovados pela falta de recursos econômicos e materiais de que é dotada a reserva. Assim é que, no inquérito civil instaurado pelo Ministério Público Federal<sup>33</sup>, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) informou que:

<sup>30</sup> Ibidem, p. 451.

<sup>31</sup> *O Globo*, 9 abr. 1992.

<sup>32</sup> *Jornal do Brasil*, 13 fev. 1990. Caderno Cidade.

<sup>33</sup> Inquérito Civil instaurado pelo Procurador da República Paulo de Bessa Antunes, pela Portaria nº 001/90, de 13.02.90.

<sup>27</sup> LIVRO vermelho dos mamíferos brasileiros ameaçados de extinção. Belo Horizonte : Fundação Biodiversitas, 1994. p. 109.

<sup>28</sup> Todos situados no Estado do Rio de Janeiro.

<sup>29</sup> Op. cit., p. 115.

“Não existem recursos financeiros especificamente para segurança da Reserva Biológica. Existem, sim, recursos para todo tipo de manutenção da unidade. São destinados para material de consumo, outros serviços e encargos e equipamentos. Portanto, não é possível especificar a quantidade dos recursos alocados para esse fim específico, já que não destacamos prioridades pontuais.”

Nos próprios autos do inquérito civil, o IBAMA informou ao Ministério Público Federal que os danos causados à Reserva Biológica de Poço das Antas foram os seguintes:

“a) efeitos a curto prazo: destruição de vegetação de pequeno, médio e grande portes; morte de pequenos animais, dentre os quais podem ser incluídas as espécies de pequenos mamíferos, répteis e aves; destruição de equipamentos; b) efeitos a longo prazo: recomeço das pesquisas destruídas, que, em muitos casos, podem demandar dezenas de anos e recursos financeiros; destruição de todo tipo de vegetação existente em uma área de 1.500 hectares; destruição de pesquisas em seu todo e parcialmente, inclusive equipamentos; queima de parte de território de grupos familiares de primatas como mico-leão-dourado, bugio e macaco-prego; queima superficial de solo de turfa, em vários pontos de incêndio; necessidade de se adotar o reflorestamento como forma de recuperar as áreas que foram degradadas pelo fogo; adotar medidas preventivas para não ocorrer mais incêndios.”

No curso do processo<sup>34</sup>, o IBAMA, em sua defesa, alegou:

“a) que a Justiça federal era incompetente para processar e julgar a ação movida pelo Ministério Público Federal em face da autarquia federal Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, baseando a sua defesa na alínea *f*, do inciso I do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>35</sup>; b) que o inquérito civil teria sido instaurado com base em informações jornalísticas, sem conteúdo técnico que comprovasse a causa de

pedir; c) aduziu, ainda, que jamais fora omitido quanto aos cuidados necessários para a proteção da Reserva Biológica de Poço das Antas; tanto é assim que chegou a registrar o incêndio na delegacia policial local; c) que o motivo da criação da Reserva Biológica de Poço das Antas não foi a proteção do mico-leão-dourado, mas a preservação de remanescentes florestais da Mata Atlântica costeira e espécies indígenas ameaçadas de extinção, notadamente o mico-leão-dourado, a preguiça de coleira, o jacaré-de-papo-amarelo, etc.; d) que não pode ser imputada ao réu qualquer relação de causalidade entre o seu comportamento e o incêndio; e) que o incêndio ocorreu por causas estranhas ao IBAMA, tais como estradas de rodagem BR-101 e de ferro EF-103-RFF impedem a circulação normal das águas da região, modificando o regime hidrológico e, conseqüentemente, alterando a cobertura vegetal; que o fogo continua sendo um dos principais agentes limitantes da sucessão vegetal, considerando a principal atividade econômica da região (pecuária extensiva), com periódicas queimadas dos pastos vizinhos; que também a construção da barragem de Jaturnaíba, represando o rio São João e seus afluentes, é elemento causador do ressecamento dos banhados da região; que tais fatores, aliados à reconhecida insuficiência de recursos governamentais, em que pesem os esforços desenvolvidos pelo IBAMA, impedem o perfeito e desejado desempenho de órgãos voltados a tais atividades; que a prova trazida aos autos com a resposta do réu demonstra inexistir ameaça à sobrevivência do primata mico-leão-dourado<sup>36</sup>”.

Estabelecidos os termos nos quais foi posta a lide, a decisão<sup>37</sup> foi prolatada sem a produção de provas outras, além daquelas já constantes dos autos. Isto é, o processo foi julgado com

<sup>35</sup>Constituição Federal “art. 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) *f*) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, A União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.”

<sup>36</sup>Trecho da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 90.0007416-9, prolatada pela juíza federal Valéria Medeiros de Albuquerque.

<sup>34</sup> Ação Civil Pública nº 90.0007416-9, cuja tramitação ocorreu perante a 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

base no inquérito civil e nos documentos acostados pelo IBAMA, em sua contestação. Vale ressaltar que, durante o desenrolar do processo, ocorreu outro incêndio na Reserva Biológica de Poço das Antas. Aquele novo incêndio foi responsável pela devastação de mais 10% da Reserva<sup>38</sup>.

A ação civil pública foi julgada procedente em primeira instância. Da decisão condenatória, merecem ser destacados os seguintes trechos:

“A preservação do mico-leão-dourado é um benefício para o meio ambiente e para todos. Proteger essa espécie é proteger a natureza. Como se encontra no topo da cadeia alimentar, o primata de 30 centímetros e 600 gramas tem o papel de indicador de saúde da mata. Onde há o mico há também outras espécies, isto é, o meio ambiente está equilibrado. Daí a sua importância e a relevância da presente ação.”

Quanto às alegações do IBAMA, com relação ao fato de que os danos teriam sido causados por terceiros e que não lhe cabia nenhuma responsabilidade quanto ao particular, a sentença decidiu que:

“Assim, se terceiros causarem prejuízos à Reserva Biológica ou aos micos-leões, compete ao ora réu IBAMA evitar que o façam, usando todos os meios à sua disposição, inclusive acionando-os judicialmente, se for o caso, sendo improcedente o chamamento à presente lide de terceiros estranhos à mesma.”

E acrescentou:

“A presente ação tem como objetivo compelir o órgão responsável: IBAMA a proteger efetivamente a Reserva Biológica de Poço das Antas, que é um dos últimos locais onde se pode encontrar o MICO-LEÃO-DOURADO, animal cujo valor é inestimável, pois além do seu valor ecológico é um dos símbolos mundiais na luta pela preservação da natureza.”

A sentença reconheceu que os incêndios na Reserva Biológica de Poço das Antas são uma constante e que os documentos que integraram o inquérito civil, inclusive os recortes de jornais, estavam inteiramente de acordo com outros elementos dos autos. Aliás, nem o IBAMA

negou tal fato. Ora, como os incêndios eram periódicos, a magistrada entendeu que

“A periodicidade dos incêndios referidos afasta de plano a legação de caso fortuito, uma vez que este seria uma eventualidade ou excepcionalidade.”

Merece ser observado, na sentença, o papel desempenhado pelo inquérito civil como instrumento probatório.

“O inquérito civil junto à inicial é a principal prova dos fatos alegados na inicial, além dos documentos de fls. (..) que são oficiais da FEEMA, da Secretaria de Defesa Civil e do próprio IBAMA.”

Naquilo que diz respeito à fixação da responsabilidade do IBAMA, a sentença foi enfática:

“O documento (...) é verdadeira confissão do IBAMA, ora réu, ao alegar a falta de recursos financeiros não possui a menor estrutura de segurança para a REBIO Poço das Antas. Provado restou nos autos que não existe estrutura de apoio e de segurança para a referida Reserva. O próprio IBAMA reconhece as queimadas ocorridas no local e não traz aos autos nenhum elemento que demonstre a sua atuação para com elas acabar. Assim, caracterizado está, bem como provada a omissão com relação a guarda da Reserva, e a proteção do mico-leão-dourado, o que enseja a procedência da presente ação civil pública.”

Aduziu, ainda, que:

“Restou provado nos autos que o réu é responsável, por omissão, pelos constantes incêndios da Reserva Biológica de Poço das Antas e deve assim reparar os danos por estes causados, bem como adotar medidas que evitem a existência de novos sinistros ou lhes minimizem as conseqüências.”

O problema, que ainda persiste, é o de *executar* a decisão judicial. Sucumbente, o IBAMA apelou da sentença. Entretanto, até o momento em que este texto está sendo redigido<sup>39</sup>, não se chegou a uma decisão definitivamente transitada em julgado e executável. Merece ser observado, contudo, que, após a publicação de várias matérias jornalísticas<sup>40</sup>,

<sup>37</sup> *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 1, p. 262-6, jan./mar. 1996.

<sup>38</sup> *O Globo*, 9 abr. 1992.

<sup>39</sup> Set. 1995.

<sup>40</sup> *O Globo*, 9 abr. 1992 e *Jornal do Brasil*, 9 abr. 1992.



noticiando a condenação do IBAMA, este iniciou um movimento, ainda que tímido, para dotar a REBIO Poço das Antas de algum material de proteção contra incêndio e outros itens do pedido da ação do Ministério Público Federal. Houve, portanto, um parcial reconhecimento, tardio, da grave situação da Reserva.

## 6. Conclusão

Os processos judiciais que foram examinados nos permitem chegar a algumas conclusões e observações bastante interessantes. Em primeiro lugar, há que se anotar que as ações civis públicas produzem resultados que não estão diretamente vinculados com aquilo que ficou decidido nos autos. O que se pode constatar foi que, na prática, a simples existência do processo teve o condão de movimentar os diversos atores em busca de soluções que, não raro, ultrapassaram os limites do Judiciário. Em segundo lugar, o próprio Judiciário ainda não logrou estabelecer um mecanismo claro para tratar as ações civis públicas e, em razão disto, muitas vezes é superado pelos fatos.

Conclui-se, também, que o Poder Judiciário e o Ministério Público podem exercer um importantíssimo papel na correção de políticas públicas. Com vistas a adequá-las aos procedimentos legais e à necessária proteção do meio ambiente. Sem dúvida alguma, os casos acima narrados demonstram que o Judiciário e o próprio Ministério Público necessitam realizar uma profunda reflexão que seja capaz de demonstrar-lhes que existe um novo caminho a ser trilhado na prestação jurisdicional e que tal caminho não guarda qualquer identidade com as antigas concepções individualistas e patri-

moniais que, até então, davam a tônica de nosso Direito Positivo.

## Bibliografia

- Ação Civil Pública nº 90.0007416-9  
ANTUNES, Paulo de Bessa. *Jurisprudência ambiental brasileira*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1995.
- Código de Processo Civil.  
Conflito de Competência nº 971/DF.  
Constituição Federal.  
Decreto cria área de proteção de Marapendi. *Jornal do Brasil*, 15 ago. 1991.
- Inquérito Civil instaurado pelo Procurador da República Paulo de Bessa Antunes, pela Portaria nº 001/90, de 13.02.90.  
*Jornal do Brasil*, 9 abr. 1992.  
*Jornal do Brasil*, 13 fev. 1990. Caderno Cidade.  
Juíza proíbe edificação no forte. *Jornal do Comércio*, 11 set. 1991.
- Lei nº 7.347/85.  
LIVRO vermelho dos mamíferos brasileiros ameaçados de extinção. Belo Horizonte : Fundação Biodiversitas, 1994.  
*O Globo*, 9 abr. 1992.  
*O Globo*, 11 set. 1991.  
Oitenta ou oito. 29 jan. 1993.  
Pagar para ver. 21 set. 1992.  
Prefeitura fechará 4 km da Avenida Sernambetiba. *Jornal do Brasil*, 18 ago. 1995.
- Processo nº 91. 0109318-5, 8ª Vara Federal; Ministério Público Federal - MPF X Secretário de Estado de Meio Ambiente e Projetos Especiais, Presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e Presidente da Comissão Estadual de Controle Ambiental - CECA.  
Resolução Conama nº 009/87.  
*Revista de Direto Ambiental*, São Paulo, v. 1, jan./mar. 1996.  
Rio-Orla : obras são suspensas devido a liminar. *O Globo*, 11 maio 1991.

# O direito à informação e os direitos dos presos

Um libelo contra a execração pública

JOSÉ NABUCO GALVÃO DE BARROS FILHO

*“Na minha opinião, e espero que na opinião de todos quantos me escutam, é uma verdade incontada e incontestável, que não pode haver liberdade ilimitada. A liberdade ilimitada... é a sociedade bárbara. Lá onde existe um mais forte que oprime os outros e cuja liberdade é constituída à custa dos mais fracos”.*

Thiers, em discurso de 1849

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Dignidade humana e integridade moral. 3. Sensacionalismo e direitos inerentes à liberdade. 4. Limite à liberdade de informação. 5. Ressocialização do preso. 6. Conclusão.*

## 1. Introdução

Nos últimos anos, tem aumentado consideravelmente o número de telejornais cuja principal atração é a cobertura policial sensacionalista. Adrede avisada pelos policiais, a equipe de reportagem acompanha as “batidas” e as prisões em flagrante. Imediatamente, o policial orgulhoso exhibe o “elemento” cabisbaixo na frente das câmeras. O repórter coloca o microfone na boca do detido, tentando obrigá-lo a falar.

Como se fosse um pária, o preso em flagrante é humilhado, vilipendiado pela TV. A pretexto de informar, ocorre uma deformação da maior gravidade, uma odiosa execração pública do indivíduo que, como procurar-se-á demonstrar, fere direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados pelo ordenamento jurídico vigente. Ademais, é preciso que tenhamos um sentimento ético, sem o qual é impossível qualquer avanço rumo a uma sociedade justa.

José Nabuco Galvão de Barros Filho é Advogado, assessor jurídico na Assembléia de São Paulo e aluno da Associação de Formação de Governantes.

## 2. Dignidade humana e integridade moral

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana”. Na concepção de José Cretella Júnior, trata-se de “direito a ser tratado pelos semelhantes como ‘pessoa humana’”. Por tal razão – continua o mestre – deve ser “repe-lido, assim, como aviltante e merecedor de combate, qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio do homem”<sup>1</sup>.

A Carta Magna, no art. 5º, III, proíbe a submissão a tratamento degradante, ou seja, o “que incida sobre a honra, a dignidade, o psíquico”<sup>2</sup>. É o tratamento que humilha, envilece o homem, reduzindo-o a grau inumano, tornando-o desprovido de auto-estima.

No inciso XLIX do mesmo artigo, é assegurado ao preso o respeito à integridade moral, cuja violação, no dizer de José Afonso da Silva, reduz a pessoa “a uma condição animal de pequena significação. Daí por que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental”<sup>3</sup>. Outro não poderia ser o preceito constitucional, pois, nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Está aqui um imperativo da dignidade humana. O criminoso não deixa de ser homem, conseqüentemente deve ser tratado com respeito adequado e mantido em condições de sanidade”<sup>4</sup>.

É evidente que um fato como o do indivíduo preso em flagrante que é algemado e obrigado a se deitar defronte às câmeras contraria a Constituição Federal. Trata-se de ofensa à dignidade do cidadão, submissão a tratamento degradante e atentado contra sua integridade moral. Tais programas, portanto, violam visceralmente os referidos dispositivos, transformando-os em letra morta.

## 3. Sensacionalismo e direitos inerentes à liberdade

Especificando os preceitos constitucionais,

<sup>1</sup> *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990. v. 1, p. 139.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>3</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p. 179.

<sup>4</sup> *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 1, p. 65.

o art. 41, VIII, da Lei de Execução Penal estabelece como direito do preso “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”. Comentando o dispositivo, preleciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Noticiários e entrevistas que visam não a simples informação, mas que têm caráter espetaculoso não só atentam contra a condição de dignidade humana do preso como também podem dificultar sua ressocialização após o cumprimento da pena”<sup>5</sup>.

O caráter sensacionalista dos citados programas é inquestionável. Eles imprimem um ritmo de aventura, com forte apelo emocional, e não buscam uma informação serena e imparcial do fato, fazendo da perseguição policial um espetáculo dantesco, no qual o telespectador assiste ao aviltamento do preso e a sua completa degradação moral.

Abrangendo também a garantia à integridade moral do preso, o art. 38 do Código Penal estabelece que este “conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade”, pois, conforme Paulo José da Costa Júnior:

“O preso não se reduz a simples objeto de um processo administrativo-penal. Deve ser considerado como titular de direitos e faculdades e não mero detentor de obrigações e ônus”<sup>6</sup>.

Em obra clássica, o penalista Heleno Cláudio Fragoso elabora importante estudo sobre o tema, ressaltando que o preso só perde os direitos inerentes à perda da liberdade, não havendo respaldo jurídico ao cerceamento de qualquer outro direito do preso:

“...desde os antigos trabalhos de Freudenthal, desenvolveu-se o entendimento, hoje indiscutível, de que o preso não é desprovido de direitos, e que não está entregue ao arbítrio da administração penitenciária”<sup>7</sup>.

É óbvio que não está inerente à liberdade os seus direitos já mencionados. Portanto, na atual situação, o preso encontra-se submetido ao arbítrio policial, que o expõe, contra a própria vontade, à execração pública eletrônica. Utiliza-se o mesmo raciocínio que se usava com

<sup>5</sup> *Execução penal*. São Paulo : Atlas, 1996. p. 120.

<sup>6</sup> *Curso de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1992. v. 1, p. 145.

<sup>7</sup> *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro : Forense, 1980. p. 4.

o *outlaw* na Inglaterra antiga: não merecem a proteção da lei aqueles que não agiram conforme sua determinação<sup>8</sup>. Destarte, predomina, em nossa sociedade, um sentimento medieval e absolutamente em desacordo com a civilização moderna.

Mesmo que o crime praticado seja da pior espécie, é inquestionável que o preso deva ser tratado com dignidade, sem as humilhações impostas pela TV. Aplicável ao caso é a sábia lição, sobre os crimes contra a honra, ministrada por Aníbal Bruno:

“Por mais baixo que tenha caído o indivíduo, haverá sempre, em algum recanto do seu mundo moral, um resto de dignidade (...) que o Direito não deve deixar ao desamparo. Ninguém ficará ligado a uma espécie de pelourinho, onde seja exposto sem defesa ao vilipêndio de qualquer um”<sup>9</sup>.

Convém mencionar que nem mesmo em relação a prisioneiros de guerra é permitida sua exposição pública. A vetusta Convenção de Genebra de 1929 estabelece que os prisioneiros devem ser tratados com humanidade e não poderão ficar expostos à “curiosidade pública”. Tolerava-se, portanto, em nosso país, o que não é admitido nem mesmo com inimigos, em caso de guerra – a diferença é que, ao contrário da época da Convenção, a curiosidade pública é saciada por meio da TV.

#### 4. Limite à liberdade de informação

Objetar-se-á alegando que em tais programas é exercida a liberdade de informação, garantida pelo art. 5º, XIV, da Constituição.

A realidade é que, ao se analisar o direito a certa liberdade, há uma tendência a fazê-lo de forma isolada, sem se levar em consideração todas as liberdades, que devem coexistir em harmonia. Conforme Darcy de Arruda Miranda<sup>10</sup>, isso é próprio da palavra Liberdade, pois “cada qual procura afeiçoá-la à sua vontade, aos seus costumes ou às suas inclinações”. No mesmo sentido, Felix E. Oppenheim preleciona:

“...os autores, muitas vezes, sentiram-se propensos a defini-la abrangendo unica-

<sup>8</sup> Ibidem, p. 1.

<sup>9</sup> *Direito Penal* : parte especial. Rio de Janeiro : Forense, 1966. v. 4, p. 288.

<sup>10</sup> *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. v. 1, p. 38.

mente aquelas relações de liberdade, ou de não-liberdade, que são mais valorizadas por eles...<sup>11</sup>”

Essa é a razão pela qual acredita-se que a liberdade de imprensa autoriza qualquer ato, sem responsabilidades ou limites. Ou seja, argumenta-se como se a liberdade de informação fosse um corpo isolado a flutuar no vácuo. Trata-se, aliás, de comportamento próprio de uma democracia recente, na qual ainda se mantém, na memória da sociedade, os traumas da ditadura militar, especificamente a censura. Tende-se, quando se propõe uma maior responsabilidade dos meios de comunicação ou limites dentro dos preceitos constitucionais, a bradar que a censura está de volta a pôr em risco a democracia brasileira.

Mas seria a liberdade de informação ilimitada, autorizando o desrespeito aos direitos humanos?

É evidente que a resposta é negativa. Desde muito tempo se tem entendido que a liberdade terá restrições nas regras legais instituídas, que garantem outras liberdades. Os romanos já entendiam que a liberdade não prescinde de limites, definindo-a como “a faculdade natural de fazer cada um o que deseja, se a violência ou o direito não lhe proibe<sup>12</sup>”. Do mesmo modo, a França, quando, com a Revolução de 1789, suplantou o absolutismo, definiu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguraram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”.

Todavia, essa idéia não é preponderante nos meios de comunicação, que consideram autoritarismo qualquer forma de imposição legal de limites. Trata-se de enorme confusão, que é desfeita por José Afonso da Silva, ao afirmar que a “liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima”<sup>13</sup>. Ora, o limite que existe é

<sup>11</sup> Liberdade. In: BOBBIO, Norberto et. al. *Dicionário de política*. Brasília : Ed. UnB, 1995. v. 2, p. 711.

<sup>12</sup> *Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur* apud SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro : 1987. v. 3: Liberdade.

<sup>13</sup> Op. cit. p. 206.

derivado da Constituição Federal, não se efetivando qualquer cerceamento, conforme lição do citado constitucionalista:

“O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe”<sup>14</sup>.

Isso ocorre, aliás, como consequência lógica da existência de várias liberdades e direitos. A liberdade ilimitada só é possível se for isolada, única. Se existem várias liberdades e direitos – como efetivamente existem –, ocorrerá, freqüentemente, que, se for interpretada de forma absoluta, elas se tornarão incompatíveis entre si, ou seja, uma liberdade ilimitada suplantaria outra liberdade. Por essa razão, é imperioso interpretar certa liberdade em consonância com todas as liberdades e direitos constitucionais. E o limite da liberdade de informação encontra-se justamente na dignidade humana, garantida no ordenamento jurídico, conforme preconiza Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“...a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesma, que não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo”<sup>15</sup>.

Ora, alegar que a liberdade de informação permite o aviltamento da condição humana pelos meios de comunicação é enxergar de forma muito tacanha a questão proposta. A liberdade de informação existe para proporcionar o bem-estar da população e não pode servir de pretexto para reduzir o ser humano a mero fantoche televisivo, a saciar a curiosidade dos telespectadores. Seria o mesmo que entrar na casa alheia alegando o direito de ir e vir.

É imperioso distinguir a censura, instrumento “a serviço do obscurantismo intelectual e do despotismo político”<sup>16</sup>, de limites constitucionais da liberdade de informação impostos pela dignidade humana<sup>17</sup>, conforme disserta, em obra erudita, Celso Bastos:

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Op. cit. p. 19.

<sup>16</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, v. 2, p. 82.

<sup>17</sup> Nesse sentido é a lição de Canotilho, ao comentar a Constituição de Portugal: *Esses limites visam salvaguardar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos...* apud BASTOS, MARTINS, op. cit. v. 2, p. 83.

“Se certos atos, a pretexto de exercício do direito de livre expressão do pensamento, podem assumir uma feição até mesmo delituosa, não se vê como esteja o Estado em condições de evadir-se ao dever de prevenir e reprimir essa criminalidade”<sup>18</sup>.

Não se podem olvidar os riscos de, sob o pretexto da liberdade, cometerem-se as maiores ignomínias. Convém lembrar a advertência do hoje tão festejado, outrora tão criticado, mas sempre polêmico Néelson Rodrigues: “Os regimes mais canalhas nascem e prosperam em nome da liberdade”<sup>19</sup>.

Importante frisar que não se pretende qualquer restrição ao interesse público da informação, que continuará a ser prestada. Impede-se a veiculação da imagem do detido<sup>20</sup>, na qual não repousa outra coisa senão uma curiosidade sádica da população. Em excelente monografia, Paulo José da Costa Júnior esclarece a diferença entre interesse público e interesse do público, sendo que este “por vezes poderá consistir na manifestação de curiosidade enfermiza e injustificada”<sup>21</sup>.

## 5. Ressocialização do preso

O sentimento predominante é que a pena se equipara a uma vingança, por isso há regozijo com a humilhação do preso. Mas o surgimento do Direito Penal decorre exatamente da iniquidade da vingança privada e de todos os seus inconvenientes para a pacificação social. E se ainda não obtivemos êxito nessa almejada pacificação social é porque ainda se insiste em não atender aos modernos preceitos do Direito Penal, de que a pena serve para a ressocialização do preso. O art. 1º da LEP assim

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> *O óbvio ululante* : primeiras confissões. São Paulo : Companhia das Letras, 1993. p. 75 : A euforia de um anjo.

<sup>20</sup> A revista *VEJA*, nº 1492, 22 abr. 1997, mostra horripilante flagrante de dois soldados belgas, da força de paz da ONU, torturando um civil somali, queimando-o aos poucos numa fogueira. A foto traz os rostos dos agressores alterados por computador, de modo a impossibilitar a identificação. Ou seja, todas as informações atinentes ao interesse público foram prestadas, preservando-se a intimidade dos acusados.

<sup>21</sup> *Direito de estar só* : tutela penal da intimidade. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 40, nota 81.

estabelece como objetivo da execução criminal “a harmônica integração social do condenado”.

Não obstante, entre as muitas razões para a frustração de tal objetivo, encontra-se a exposição do preso via TV. Após o cumprimento da pena, o indivíduo encontra enormes dificuldades para empregar-se, sendo impelido novamente ao crime. Ocorre um agravamento da pena decorrente da “divulgação desnecessária”<sup>22</sup> da imagem do preso que, além de prejudicar o próprio indivíduo, atinge a segurança pública. Enquanto a sociedade não se preocupar em construir um sistema penal que propicie a reinserção social do preso, os alarmantes índices de criminalidade continuarão a crescer. Enfim, é preciso se conscientizar de que a segurança pública também depende do respeito aos direitos do detido.

## 6. Conclusão

Por qualquer dos aspectos que se analise o assunto proposto, a conclusão é que o Brasil não pode mais conviver com tamanho atentado aos *direitos fundamentais da pessoa humana*. É inadmissível que a sociedade continue a assistir ao aviltamento de um semelhante na TV sem que nenhuma reação seja esboçada. Urge que a nação se indigna com os programas que ainda insistem em tratar os criminosos como seres desprovidos de direitos. A liberdade de informação não é ilimitada, pois, caso contrário, como disse o grande estadista francês na epígrafe, servirá para a opressão do mais fraco pelo mais forte – do ser humano preso pelo meio de comunicação! Mas, se a sensibilidade ética não prosperar, é mister que se lembre que a ressocialização do preso é extremamente prejudicada com sua exposição pública e, portanto, é para o bem da segurança da própria sociedade que se deve repudiar veementemente a execução pública dos presos por meio da televisão.

## Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1988-1989. v. 1/2.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal* : parte especial. Rio de Janeiro : Forense, 1966, t. 4.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1992. v. 1.
- . *O direito de estar só* : tutela penal da intimidade. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990. v. 1.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1989. v. 1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 1.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito dos presos*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- MACEDO, Sílvio. Liberdade II. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo : 1980. v. 49.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução penal*. São Paulo : Atlas, 1996.
- MIRANDA, Darcy de Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. v. 1.
- OPPENHEIM, Felix O. Liberdade. In: BOBBIO, Norberto et. al. *Dicionário de Política*. Brasília : Ed. UnB, 1995. v. 2.
- RODRIGUES, Néelson. *O óbvio ululante* : primeiras confissões. São Paulo : Companhia das Letras, 1993.
- SALDANHA, Nelson. Liberdade I. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo : 1980. v. 49.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro : Forense, 1987. v. 3: Liberdade.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 46.

# Normas centrais da Constituição Federal

RAUL MACHADO HORTA

## SUMÁRIO

*1. Normas, regra, princípio e normas centrais. 2. Normas centrais e o federalismo norte-americano. 3. Normas centrais na Constituição da Áustria de 1920. 4. Normas centrais na Constituição Federal de 1988 e o modelo europeu. 5. Constituição Federal e Constituição total. 6. Federalismo de equilíbrio e normas centrais.*

### 1. Normas, regra, princípio e normas centrais

A palavra norma designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Sob o ângulo da norma jurídica, conforme assinalou Kelsen<sup>1</sup>, a norma confere poderes, permissões e opera derrogações. Nawiasky<sup>2</sup> indicou outra característica da norma jurídica na determinação de comportamento externo, de modo a separá-la da norma religiosa e da norma ética, que fixam o comportamento interior. Sendo “norma coativamente aparelhada”, na qualificação do autor da “Teoria Geral do Direito”, a lesão à norma jurídica, a prática da antinormatividade desencadeia o processo de sua defesa na sanção aplicável. A norma jurídica poderá exteriorizar-se no princípio e na regra. O *princípio* é a “norma dotada de um grupo de abstração relativamente elevado”, enquanto a regra dispõe de abstração relativamente reduzida. O princípio constitucional impõe aos órgãos do Estado a realização de fins, a execução de tarefas, a formulação de programa. A *regra* se introduz no domínio da organização e do funcionamento

Raul Machado Horta é Professor Catedrático e Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

<sup>1</sup> KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1986. p. 1.

<sup>2</sup> NAWIASKY, Hans. Teoria general del Derecho. Madrid : Ediciones Rialp, 1962. p. 30-31.

de órgãos, serviços e atividades do Estado e do Poder. É nesse plano que se localizam as regras ou normas de competência, de organização, de procedimento e de garantias.

Podendo dispor de validade, de vigência e de eficácia, as normas jurídicas não se comportam igualmente dentro do ordenamento jurídico. Na exaustiva classificação de Garcia Máyanez<sup>3</sup>, as normas jurídicas diferenciam-se pelo âmbito material e pessoal de validade, a hierarquia, a forma, as relações de complementação, a vontade das partes e as sanções. Há normas preceptivas e normas proibitivas, normas taxativas e normas dispositivas, normas constitucionais e normas ordinárias, normas primárias e normas secundárias. No domínio da Constituição, interessa particularizar a natureza da norma constitucional, que delimita o campo desta análise. A norma constitucional é a norma primária do ordenamento jurídico, ocupando o lugar mais elevado na pirâmide do sistema jurídico. É a norma fundamental do ordenamento jurídico. A posição hierarquicamente suprema da norma constitucional desencadeia a sanção da inconstitucionalidade, quando se verificar o conflito entre a norma fundamental e primária e as normas ordinárias e secundárias.

As *normas centrais* da Constituição Federal, participando das características da norma jurídica, designam um conjunto de normas constitucionais vinculadas à organização da forma federal de Estado, com missão de manter e preservar a homogeneidade dentro da pluralidade das pessoas jurídicas, dos entes dotados de soberania na União e de autonomia nos Estados-membros e nos Municípios, que compõem a figura complexa do Estado Federal. As normas centrais não são normas de centralização, como as do Estado Unitário. São normas constitucionais federais que servem aos fins da participação, da coordenação e da autonomia das partes constitutivas do Estado Federal. Distribuem-se em círculos normativos, configurados na Constituição Federal, para ulterior projeção nas Constituições dos Estados. Nem sempre dispõem de aplicação imediata e automática. Identificam o figurino, o modelo federal, para nele introduzir-se, posteriormente, o constituinte estadual, em sua tarefa de organização do Estado Federado. Não são normas inócuas. A infringência de normas dessa natureza, na

Constituição do Estado ou na legislação estadual, gera a sanção da inconstitucionalidade.

As normas centrais são variáveis no tempo e no espaço. O federalismo clássico da sociedade liberal do século XIX, com sua fonte na Constituição norte-americana de 1787, alimentou-se em normas centrais restritas; assim a da forma de governo e de estado, a separação de poderes, a declaração dos direitos e garantias individuais. O federalismo contemporâneo dilatou o conteúdo das normas centrais para abranger a formulação ampliada dos direitos fundamentais, as novas dimensões da repartição de competências e a incorporação da ordem econômica e social na Constituição. As transformações no federalismo constitucional brasileiro, alemão, austríaco, argentino, canadense, entre outros, no período sucessivo à Segunda Guerra Mundial, exemplificam as mudanças introduzidas pelo tempo na concepção e na organização do Estado Federal.

Normas centrais podem ser localizadas nos diversos domínios do Direito Público e do Direito Privado. O objetivo desta exposição é o de relacioná-las com a Constituição Federal, provavelmente o campo originário de sua identificação terminológica, e particularizar no documento constitucional o aparecimento, a evolução e o conteúdo das *normas centrais constitucionais*.

## 2. Normas centrais e o federalismo norte-americano

A concepção kelseniana da comunidade jurídica total<sup>4</sup>, que pressupõe os ordenamentos jurídicos parciais do Estado Federal, e sua unificação na visão normativa da *Constituição total*, exprime uma visão inovadora do federalismo. O normativismo kelseniano conduziu à concepção formalista das três Constituições distintas dentro do ordenamento federal: a Constituição total (*Gesamtverfassung*), a Constituição da União (*Bund*) e a Constituição dos Estados-membros. Se o ordenamento jurídico federal não oferece esse conjunto de documentos constitucionais, a análise de *Kelsen* apresenta, todavia, aspecto positivo por ter despertado a atenção para a existência de *normas centrais* na Constituição Federal.

<sup>3</sup> GARCIA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. México : Porrúa, 1951. p. 74-75.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoria generale del Diritto e dello Stato*. Milano : Edizioni di Comunità, 1952. p. 332.



O volume quantitativo das *normas centrais* é variável no tempo e no espaço. O federalismo clássico, representado pelo modelo norte-americano, que inaugurou, sob a égide da Constituição, o *dual system* de governo, foi infenso à revelação de normas centrais. A *Constituição Federal de 1787*, observam *Wilfred Binkley* e *Macolm Moos*, organiza o governo e suas agências. Nos Estados, no domínio dos poderes reservados, cada Constituição organiza o governo estadual. Esse dualismo governamental, no dizer dos mencionados autores, constitui a peculiar contribuição norte-americana para a ciência e a arte política. A irrelevância quantitativa de normas centrais na Constituição norte-americana explica a extensão material das Constituições dos Estados-membros, que não foram afetadas pela Constituição Federal. A amplitude das Constituições dos Estados-membros impressionou a *James Bryce*<sup>5</sup>, que anotou o contraste entre a vastidão dos mencionados textos, vários deles originários das Cartas Coloniais anteriores, e a brevidade da Constituição Federal de 1787. *Munro*<sup>6</sup> justifica a extensão dos textos constitucionais estaduais norte-americanos pelo caráter, muitas vezes, regulamentar desses textos, ingressando no terreno de providências minuciosas<sup>7</sup>.

A Constituição Federal norte-americana não preordenou o Estado-membro e, ao contrário, até cuidou de dissimular esse propósito, quando resguardou a forma republicana de Governo. A Constituição não a impõe ostensivamente. Preferiu garanti-la aos Estados, na redação do artigo IV, Seção 4: “*The United States shall guarantee to every State in this Union a republican form of Government*”. Na Constituição norte-americana, as restritas normas constitucionais dirigidas aos Estados-membros, como incipiente manifestação de

normas centrais, possuem caráter negativo, para que os Estados se abstenham da prática de atos contrários ao sistema federal, ou assumam determinadas competências, salvo consentimento do Congresso (art. 1, Seção 10, 1, 2 e 3).

### 3. Normas centrais na Constituição da Áustria de 1920

A Constituição Federal da Áustria, de 1º de outubro de 1920, cuja inovação, no domínio da repartição constitucional de competências, inaugurou novo perfil do federalismo, distinguuiu-se, por direta influência de *Kelsen*, pelo volume expressivo de normas centrais, em linha de concepção antagônica à da Constituição norte-americana. A Constituição austríaca regulou a organização do Poder Legislativo dos Estados-membros (*Landtage*); ingressou na competência do constituinte estadual, para dispor sobre *quorum* de votação da lei constitucional do *Lander* (art. 99, 2); estabeleceu a modificação da Constituição do Estado-membro pela lei federal (art. 99, 1); admitiu a dissolução da Assembléia Legislativa do *Lander* pelo Presidente da Federação (art. 100, 1); disciplinou a organização do Poder Executivo Estadual (artigo 101, 1, 2, 3); determinou que o juramento constitucional do Presidente do Estado se fizesse perante o Presidente da Federação (art. 101, 4); a administração pública local tornou-se objeto de abundantes regras da Constituição Federal (artigos 115/119). É visível que, em determinados casos, as normas centrais acabaram devassando os negócios autônomos e, nesses setores, o Estado-membro se desfigurou em Província descentralizada, apesar da expressa declaração constitucional de que eles são Estados autônomos (*Selbständige Länder*).

### 4. Normas centrais na Constituição Federal de 1988 e o modelo europeu

A revelação das normas centrais na Constituição Federal, fazendo desta última a *Constituição total* do Estado Federal, intensificou-se à medida que a organização do sistema federal de governo foi se afastando do modelo norte-americano, para inspirar-se no modelo europeu da Áustria e da Alemanha, com repercussão no federalismo latino-americano.

A diversidade organizatória recebeu o contraste do princípio da homogeneidade, que, na

<sup>5</sup> BRYCE, James. *La République Américaine*. Paris : V. Giard & E. Brière, 1901. v. 2. p. 22, 35, 43, 45, 58, 59, 61.

<sup>6</sup> MUNRO, William B. *The Government of the United States*. New York : MacMillan, 1956. p. 615.

<sup>7</sup> A amplitude das Constituições dos Estados-membros é nota típica do federalismo norte-americano, que logo se apresenta ao leitor daqueles textos constitucionais. As Constituições dos Estados de Massachusetts, Kentucky, Colorado, Illinois, Washington e Carolina do Norte, por exemplo, estão publicadas, respectivamente, em exemplares de 75 páginas, corpo 10, entrelinhado; 39 páginas, corpo 10; 84 páginas, corpo 8, entrelinhado; 67 páginas, corpo 10; 81 páginas, corpo 6 e 27 páginas, corpo 8, entrelinhado.

expressão de *Carl Schmitt*<sup>8</sup>, dissolve as antinomias dentro da Federação. Para preservar a diversidade dentro da homogeneidade, a autonomia do Estado-membro passa a receber *normas centrais* crescentes no texto da Constituição Federal. As normas dos direitos e garantias fundamentais, as normas de repartição de competências, as normas dos Direitos Políticos, as normas de pré-ordenação dos poderes do Estado-membro, as normas dos princípios constitucionais enumerados – forma republicana, sistema representativo, regime democrático, autonomia municipal –, as normas da administração pública, as normas de garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público, as normas-princípios gerais do Sistema Tributário, as normas de limitação e de instituição do poder tributário, as normas-princípios gerais da atividade econômica, as normas da Ordem Social constituem os centros de irradiação das normas centrais da Constituição que, no federalismo brasileiro de 1988, projetaram-se na modelagem e conformação da autonomia do Estado-membro, com incidência na atividade constituinte, na atividade legislativa, na atividade administrativa e na atividade jurisdicional do Estado Federado.

A norma central da repartição de competências, que encerra a chave do federalismo constitucional, age com intensidade diversa sobre a autonomia do Estado-membro. É instrumento de limitação, quando exclui da área estadual as matérias confiadas à União. É impulsionadora da autonomia quando, na técnica preferida pelo federalismo clássico, assegura aos Estados-membros o campo dos *poderes reservados*, ou, como ocorre na fase do federalismo contemporâneo, igualmente propicia o ingresso do Estado-membro nos domínios da legislação concorrente, de modo a compensar o retraimento dos poderes reservados, a partir da expansão dos poderes enumerados da União.

## 5. Constituição Federal e Constituição total

A transformação da Constituição Federal em Constituição total envolveria procedimento patológico e anormal, que suprimiria a razão de ser da repartição e aboliria o Estado Federal. A *Constituição total*, no sentido em que preconizamos o emprego do termo, deve

<sup>8</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid : Revista del Derecho Privado, p. 432.

ser entendida como a identificação do conjunto das normas centrais, selecionadas pelo constituinte, para ulterior projeção no Estado-membro, sem organizá-lo integralmente. A Constituição total é segmento da Constituição Federal e não dispõe de existência formal autônoma, fora da norma fundamental da Federação.

## 6. Federalismo de equilíbrio e normas centrais

A introdução de normas centrais da Constituição Federal no domínio da Constituição do Estado Federado, no exercício da atividade constituinte, converte o ordenamento constitucional do Estado em ordenamento misto na sua composição normativa, uma parte provindo do poder autônomo de auto-organização e a outra resultando da transposição das normas centrais da Constituição Federal para o campo normativo da Constituição Estadual. Salvo na hipótese de normas centrais da Federação – direitos fundamentais, separação de poderes, forma de Governo e de Estado –, que independem de transposição normativa e são dotadas de imediatidade, as normas centrais de outra natureza reclamam atividade do órgão constituinte estadual, para integração dessas normas na organização constitucional do Estado. É competência do constituinte estadual a atividade de transplantação das normas centrais que devem integrar a organização do Estado e do Município. A inércia, caracterizando descumprimento de preceito fundamental, configura omissão corrigível pelo Supremo Tribunal Federal (*Constituição*, art. 102, parágrafo único).

O equilíbrio na dosagem do volume das normas centrais da Constituição Federal tem o relevo de condição essencial, para assegurar a organização e o funcionamento do complexo sistema federal de Estado. O retraimento extremo na concepção de normas centrais tende a refluir a organização do Estado ao esquema confederativo, com sacrifício dos poderes da União. A pletórica adoção de normas centrais tende a inflétrir a concepção federal no rumo do esquema normativo unitário, com negação da autonomia organizatória do Estado.

O federalismo de equilíbrio, que superou o federalismo centrífugo de escassas normas centrais e o federalismo centrípeto de pletóricas normas centrais, corresponde à forma de organização apta a assegurar, contemporaneamente, o desenvolvimento das normas centrais da Constituição Federal, dentro de concepção equidistante de modelos extremados.

# Nota sobre as recentes limitações (mediante medida provisória) à antecipação de tutela

EDUARDO TALAMINI

1. Em 26 de março de 1997, o Executivo Federal adotou a Medida Provisória nº 1.570 (DOU 27-3-97). Nos termos do seu art. 1º, “aplicam-se à antecipação de tutela” as seguintes regras:

a) é vedada a concessão de “medida liminar” visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei nº 4.348/64, art. 5º, *caput*, e Lei nº 5.021/66, art. 1º, § 4º);

b) a execução do provimento final de procedência de pedidos acerca dessas matérias só poderá ocorrer depois do trânsito em julgado (Lei nº 4.348/64, art. 5º, parágrafo único);

c) o recurso voluntário ou o reexame necessário da decisão que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional terá efeito suspensivo (Lei nº 4.348/64, art. 7º);

d) o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença final, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial (Lei nº 5.021/66, art. 1º, *caput*);

e) veda-se “medida liminar”, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de proibição legal (Lei nº 8.437/92, art. 1º, *caput*);

f) veda-se, no juízo de primeiro grau, o provimento de urgência, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal (Lei nº 8.437/92, art. 1º, § 1º);

g) veda-se “medida liminar” que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei nº 8.437/92, art. 1º, § 3º);

Eduardo Talamini é Advogado em Curitiba, Professor da Escola da Advocacia (OAB/PR-IAP), Caedi, Amatra-IX e IBEJ e Mestrando na Faculdade de Direito da USP.

h) havendo a possibilidade de a “*pessoa jurídica de direito público* ré vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório”, será determinada a prestação de garantia real ou fidejussória (Lei nº 8.437/92, art. 1º, § 4º — parágrafo esse instituído pela própria Medida Provisória nº 1.570, em seu art. 2º).

2. Primeiramente, cabem rápidas observações acerca do alcance e sentido dessas normas — abstraindo, por ora, da questão a sua legitimidade constitucional (do que se trata adiante).

2.1. Diversos dos preceitos cuja aplicação expressamente se estendeu à antecipação de tutela vedam a concessão de “medida liminar”. Trata-se dos dispositivos indicados em *a*, *e* e *g*, acima. Medida “liminar” é aquela que se concede exatamente *no início do processo* — antes mesmo da ouvida do réu.

Todavia, a concessão antecipada de tutela é providência que se pode adotar a qualquer tempo no curso de processo (e, mesmo, em qualquer grau de jurisdição). Presentes os requisitos e sendo requerida, cabe sua concessão — seja já no início do processo, seja depois. Em suma, nem toda antecipação de tutela é “medida liminar”.

As vedações acima mencionadas, contudo, dizem respeito exclusivamente a “medida liminar”. Daí que tais proibições, rigorosamente, não abrangem as hipóteses de antecipação em outros momentos do processo, diversos daquele inicial em que o demandado ainda não teve a oportunidade de defesa.

Nem se diga que tais preceitos, na sua aplicação extensiva ao âmbito da tutela antecipada, haveriam de receber interpretação ampliativa, de modo a proibir toda e qualquer antecipação de tutela (mesmo que não “liminar”) naquelas hipóteses.

Primeiro, esse argumento não procede porque aqueles dispositivos veiculam normas *restritivas* ao poder jurisdicional de tutela de urgência; regras que *excepcionam* a garantia geral que os jurisdicionados têm de obter tal proteção (CF, art. 5º, XXXV). Não podem, então, receber interpretação ampliativa.

Depois, a falta de fundamento para essa exegese extensiva fica evidente quando se comparam os preceitos em questão com outros, contidos nos mesmos textos legais, que a Medida Provisória nº 1570 também estabeleceu que se aplicam à antecipação de tutela. Vejam-se os dispositivos mencionados nas letras *f* e *h*,

acima: nesses, sim, houve *expressamente* a indicação de que os mandamentos nele contidos abrangem também medidas concedidas *não liminarmente*. No art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.437/92 (letra *f*, acima), mencionou-se veto a “*medida cautelar inominada ou sua liminar*” — o que, transposto para o âmbito da antecipação de tutela, abrange, daí sim, sua concessão a qualquer tempo. No art. 1º, § 4º, da mesma Lei nº 8.437/92 (letra *h*, acima), referiu-se a “concessão de liminar, *ou de qualquer medida de caráter antecipatório*”.

Aliás, esse mesmo § 4º do art. 1º da Lei nº 8.437/92 fornece mais um argumento a favor da interpretação ora preconizada. Trata-se de dispositivo que antes inexistia. Foi expressamente acrescentado à Lei nº 8.437 pela própria Medida Provisória nº 1.570. Portanto, se o objetivo, relativamente àquelas outras regras, fosse o de abranger também a antecipação de tutela não liminar, na Medida Provisória teriam constado outros preceitos dando nova redação àquelas dispositivos que ela se limitou a mencionar. Em outras palavras, a Medida Provisória teria alterado o conteúdo das leis anteriores a que se remeteu, como fez no caso do § 4º do art. 1º.

2.2. O art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437 (letra *g*, acima) veda medida liminar que “esgote o objeto da ação”. O preceito não prima pelo apuro terminológico. “Esgotar o objeto da ação” é expressão que, rigorosamente, não diz nada.

O objeto da demanda (o reconhecimento e [ou] a atribuição de um bem de vida ao autor) jamais será esgotado por qualquer concessão de medida de urgência. O provimento definitivo acerca da razão do demandante sempre restará reservado para o final do processo. É por isso que se afirma que, juridicamente, o provimento de urgência, vez que provisório, é sempre reversível<sup>1</sup>.

Por outro lado, se por “esgotamento do objeto da ação” quer-se designar a *irreversibilidade dos efeitos* do provimento de urgência, a regra em questão é redundante. Já existe essa previsão no próprio art. 273 do CPC, em seu § 2º (“não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”).

Mas, já quanto a esse art. 273, § 2º, tem-se reiteradamente destacado que limitação à antecipação da tutela nele contida não tem

<sup>1</sup> Vede, por todos, PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Nápoles : Jovene, 1994. p. 653-654.

caráter absoluto. Cede toda vez que o interesse que vier a ser gravemente prejudicado pela falta da medida antecipatória for mais urgente e relevante do que aquele que seria afetado pelos efeitos irreversíveis da antecipação. Aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade<sup>2</sup>.

Para esse dispositivo, tal é a única interpretação conforme à Constituição. Ao tema, retorna-se a seguir.

2.3. O recém-criado § 4º do art. 1º da Lei nº 8.437 impõe ao juiz que subordine a antecipação de tutela à prestação de caução, real ou pessoal.

Está suspensa a eficácia desse dispositivo, em virtude de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade (v. adiante). De qualquer modo e para a hipótese de futuramente essa norma vir a ser reputada constitucional, devem ser ressalvados dois limites ao seu âmbito de aplicação:

1º - aplica-se apenas quando “pessoa jurídica de direito público” for ré — vale dizer, *exclui-se* de sua hipótese de incidência processo em que pessoa *de direito privado* ocupe o pólo passivo, ainda que integrante da administração indireta (sociedades de economia mista, empresas públicas);

2º - a caução só deverá ser determinada quando existir concreta “possibilidade de a pessoa jurídica de direito público requerida sofrer dano”; o juiz não poderá automaticamente, em todo e qualquer caso em que a

pessoa de direito público figure como ré, exigir a prestação de garantia para antecipar a tutela: terá de avaliar precisamente se há o perigo de prejuízo, fundamentando (com a demonstração de tal perigo) a decisão que determine a prestação de caução.

Adiante, aponta-se outro limite, advindo da Constituição.

2.4. A norma do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 4.348 (letra *b*, acima) não veicula propriamente limitação à concessão de tutela de urgência. Concerne ao momento de eficácia do provimento final de procedência: só permite execução, nas hipóteses arroladas no *caput* do art. 5º, depois do trânsito em julgado.

Essa regra parece visar ao afastamento da possibilidade de execução provisória da sentença de procedência cujo objeto fosse algum daqueles mencionados pela Lei. Sob esse aspecto, estaria na contramão da tendência atual (há proposta de anteprojeto de nova reforma do CPC, em que se estabelece como regra geral a ausência de efeito suspensivo para a própria apelação, a fim de viabilizar a execução provisória).

É difícil, contudo, imaginar em que sentido essa regra “aplica-se à tutela antecipada” (art. 1º da Medida Provisória nº 1.570) — precisamente pela circunstância de o preceito em questão não ter nada a ver com a medida de urgência e, sim, com o provimento final. Qual seria o sentido dessa “aplicação” à tutela antecipada? Afastar a possibilidade de execução provisória da sentença final de procedência, no processo comum de conhecimento (com pedido condenatório que se inclua entre algum daqueles mencionados na Lei nº 4.348) em que tivesse havido a antecipação de tutela (ou em que, ao menos, a antecipação tivesse sido requerida)? Ora, esse critério de distinção (ter havido, ou não, antecipação de tutela; ter sido requerida, ou não, antecipação de tutela) não é parâmetro constitucionalmente legítimo para a diferenciação de regimes quanto à eficácia da sentença final. Qual o fundamento racional para dizer-se que, em um caso (quando não envolvido no processo o mecanismo da antecipação), seria possível execução provisória e, em outro (quando requerida a antecipação), não? Então, a norma seria inconstitucional por ofensa ao princípio da isonomia.

Tampouco é sustentável que essa regra sirva para determinar que a execução da tutela antecipada fique sujeita ao trânsito em julgado da decisão final (ou seja: haveria a concessão da tutela antecipada, mas a efetivação desta só

<sup>2</sup> No direito brasileiro, isso já havia sido destacado por Egas Moniz de Aragão há quase uma década, tratando ainda das medidas cautelares e reportando-se à doutrina e jurisprudência alemãs, acerca do *Verhältnismässigkeitsprinzip* (Medidas cautelares inominadas. *Rev. Bras. de Dir. Proc.*, n. 57, p. 43-52. Depois de instituída a antecipação de tutela, o ilustre processualista voltou a tratar do tema, reportando-se, inclusive, à sua lição anterior (Alterações no CPC : tutela antecipada, perfcia. *Rev. do IAP*, São Paulo : 26, p. 19, 1996, também em *Reforma do CPC*. Saraiva, 1996, p. 241). Esse entendimento, posteriormente, veio a ser adotado por outros autores brasileiros (assim, por exemplo: Marinoni, Novidades sobre a tutela antecipatória. *RePro*, n. 69, p. 106-108, 1993, e *Antecipação da tutela na reforma do processo civil*. Malheiros, 1995. p. 77; ALVIM, Thereza. A tutela específica do art. 461, do CPC. *RePro*, n. 80, p. 108, 1995). Sobre a formulação do princípio no direito alemão, vede: LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa : Gulbenkian, 1989, p. 490; ENGISH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa : Gulbenkian, 1988, p. 350-351, nota 11.

se daria no fim de todo o processo). Não é o que se extrai da letra da lei. Depois, tampouco há o que autorize “interpretação” que confira ao dispositivo esse sentido. Bem ao contrário, tal “adaptação” interpretativa conduziria a resultado absurdo: o instituto da *antecipação* de tutela (que se funda, sempre, em maior ou menor grau, na urgência, na impossibilidade ou irrazoabilidade de se esperar o provimento final) é incompatível com a total postergação da efetivação da tutela. Aliás, antecipar a *tutela* (vale dizer: o resultado concreto favorável a alguma das partes) é, em medida maior ou menor, executar desde logo.

2.5. Do mesmo defeito (inviabilidade lógica) padece a previsão de que a regra constante do art. 1º, *caput*, da Lei nº 5.021/66 (letra *d*, acima) aplicar-se-ia à tutela antecipada.

Trata-se de dispositivo que só faz sentido no âmbito do mandado de segurança. Estabelece que, quanto a vantagens pecuniárias devidas a servidor público, a sentença de procedência do mandado de segurança só abrangerá os valores vencidos a partir do ajuizamento da demanda. Isso não é mais do que corolário da noção de que o mandado de segurança não serve como instrumento de cobrança de valores referentes a períodos pretéritos (Súmula 271 do STF). Daí que os créditos vencidos antes da propositura da demanda devem ser pleiteados administrativamente ou “pela via judicial própria” (parte final da Súmula 271). A “via judicial própria”, no caso, é demanda condenatória a ser desenvolvida mediante processo comum de conhecimento.

Pois bem, é exatamente nesse processo comum de conhecimento com pedido condenatório que teria vez a tutela antecipada. Ora, não há como se dizer que se aplicaria a esse processo comum de conhecimento a regra pela qual a sentença final (condenatória) não abrangeria os créditos vencidos antes do ajuizamento da demanda. Isso significaria *eliminar*, por completo, a possibilidade de cobrança de vantagens pecuniárias de servidores públicos vencidas antes de iniciada a ação judicial. Haveria como que uma “prescrição imediata” desses créditos – o que, obviamente, carece de razoabilidade, requisito indispensável para a constitucionalidade de qualquer norma.

3. Por fim, há de se examinar brevemente a própria constitucionalidade da Medida Provisória, no que tange aos preceitos que limitam

ou condicionam o poder de antecipação da tutela<sup>3</sup>.

3.1. Em sessão realizada em 16-4-97, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar, em ação direta de inconstitucionalidade, para suspender a eficácia exclusivamente do preceito que subordina à prestação de caução as medidas de urgência que possam gerar danos às pessoas jurídicas de direito público (art. 2º da Medida Provisória nº 1.570, letra *h*, acima). Indeferiu-se, porém, o pedido de suspensão cautelar das normas estabelecidas de vedações à concessão de tutela antecipada.

3.2. Não significa, contudo, que se tenham por constitucionais, sempre e necessariamente, essas outras normas.

O tema diz respeito ao conflito de valores jurídicos igualmente relevantes em abstrato. De um lado, põe-se o princípio da inafastabilidade

---

<sup>3</sup> Isso não prejudica, ainda, o exame da constitucionalidade da Medida Provisória nº 1.570 sob o aspecto formal. “Relevância” e “urgência” – pressupostos constitucionalmente estabelecidos para a adoção de medida provisória (CF, art. 62) – são conceitos juridicamente indeterminados. Não é possível a prévia e abstrata definição de todas as situações de urgência; nem é viável, de antemão e em tese, precisar todas as matérias relevantes. Mas isso não significa que inexista possibilidade de controle jurisdicional da edição de medidas provisórias. Este haverá de ser feito tomando-se em conta as circunstâncias concretas que envolvem a adoção de cada medida provisória – sob pena de carecer de sentido a expressa menção, no preceito constitucional, àqueles dois requisitos. Não se descarta que alguns casos venham a estar em uma “zona cinzenta”, em que não há possibilidade lógica de definir-se com precisão se havia a urgência ou se a matéria era relevante. Apenas nessas situações-limite a edição da medida provisória será insindicável (valem aqui as considerações de C. A. Bandeira de Mello acerca do Controle judicial dos atos administrativos. *RDP*, n. 65, p. 36-37, 1983). O tema sobre o qual versa a Medida Provisória 1570, concessão de medidas de urgência em face das pessoas jurídicas de direito público, possui inequívoca importância, sobretudo no panorama atual em que as políticas do Governo Federal tendem a ser amplamente impugnadas em Juízo. Prova dessa relevância foi a intensa polêmica que se seguiu à edição da Medida: fosse o tema secundário, mera filigrana processual (p. ex., alteração do prazo para embargos de declaração de cinco para quatro dias), não haveria igual comoção. Mas frise-se: *a constatação da relevância da matéria contida na Medida Provisória, que ora se faz e que contribui para a definição de sua constitucionalidade formal, não significa afirmação de sua constitucionalidade*

da proteção jurisdicional adequada e efetiva – o que, por vezes, só ocorre se a tutela for concedida antecipadamente, em regime de urgência (CF, art. 5º, XXXV). De outro, há o risco de graves danos ao interesse público.

A definição de qual entre os dois princípios deve prevalecer é algo que não se faz em abstrato. Foi inclusive por isso que, em ocasião anterior, o Supremo Tribunal Federal deixou de suspender a eficácia de normas que continham semelhantes limitações (v. 3.3., a seguir). Mas, exatamente pela mesma razão, não é constitucionalmente legítima a prévia e abstrata definição do conflito, a favor do interesse público, pela própria Medida Provisória – mediante a pura e simples vedação da concessão de liminares.

A eliminação do impasse é tarefa que só se pode desempenhar *concretamente*, mediante a exata ponderação das circunstâncias peculiarizadoras de cada caso submetido ao crivo do Judiciário. Para tanto, serão aplicados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o balanceamento dos valores envolvidos, a fim de verificar qual o mais premente *in concreto*. Ainda, aquele princípio que prevalecer haverá de sacrificar o outro apenas na medida estritamente necessária para a consecução das suas finalidades.

*do ponto de vista material* (de que se trata no texto, a seguir). Bem mais discutível é a presença do requisito da urgência. Por um lado, poderia afirmar-se que o próprio conteúdo da Medida (limites a um meio de tutela *de urgência* em face do Estado) não possibilitaria aguardar os trâmites normais do processo legislativo. Por outro, porém, há os argumentos de que: (a) a regra geral de antecipação de tutela já vigora há mais de dois anos sem que se tenha notícia de o Estado haver sofrido prejuízos graves a ponto de justificar a não-adoção do caminho do projeto de lei; (b) o Chefe do Executivo poderia optar pelo pedido de urgência ao Congresso Nacional para a apreciação de projeto de lei sobre o tema. Conforme noticiou a imprensa (*Gazeta Mercantil*, 17 abr. 1997, p. A-10), no julgamento do pedido de liminar para a suspensão da Medida Provisória em exame, o Ministro Nelson Jobim pretendeu rebater esse segundo argumento afirmando que o requerimento de urgência teria se tornado inútil desde 1989, quando o Congresso adotou o entendimento de que tal pedido não interfere na pauta das sessões extraordinárias: desde então, ainda segundo o Ministro, o Congresso praticamente só se reúne em sessões extraordinárias (“o presidente do Congresso instala a sessão ordinária às 2:00 h e convoca a extraordinária para as 2:15 h”).

Cumpra, assim, ao juiz, quando pleiteada a antecipação de tutela em alguma daquelas hipóteses abrangidas pela Medida Provisória, verificar se, na situação posta em juízo, é razoável e proporcional a proibição à concessão da medida. Em caso negativo, terá o *dever* de incidentalmente declarar a inconstitucionalidade da restrição e, presentes os requisitos específicos, conceder a antecipação.

São inteiramente aproveitáveis, neste ponto, as observações contidas no item 2.2., acima, bem como as referências indicadas na nota 2, naquele mesmo item.

E o ora exposto valerá inclusive para a regra que condiciona à prestação de garantia o deferimento da antecipação, caso o Supremo Tribunal Federal venha a decidir que aquela norma, ora suspensa, não deve ser declarada inconstitucional na via direta.

3.3. Conforme antes se mencionou, questão semelhante já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Julgava-se pedido de suspensão cautelar da Medida Provisória nº 173, de 1990, que proibia a concessão de liminares em processos que tratassem de questões relativas ao “Plano Collor”.

Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que não caberia a pura e simples suspensão, na via da ação direta, da norma que vedava a concessão de liminar. Nos termos do voto vencedor do Ministro Pertence, que se tornou relator para o acórdão, apenas concretamente, no exame de cada caso em que se pleiteasse liminar, o juiz teria possibilidade de verificar a *razoabilidade* da restrição. Constou do seu voto: “... a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle da constitucionalidade da lei [pela via direta e pela via incidental], permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde — segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello — a vedação de liminar, porque desarrazoada, porque incompatível com o art. 5º, XXXV, porque ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

“Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade,

das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva” (ADIn 223-DF. *RTJ*, n. 132, p. 571-607, 1990, — trecho citado: p. 590).

3.4. E, relativamente às recentes restrições à antecipação de tutela, já se tem notícia da adoção desse entendimento, por magistrados dos graus de jurisdição inferiores. Confira-se, nesse passo, decisão do Juízo da 9ª Vara Federal de Curitiba, proferida logo depois da publicação da Medida Provisória nº 1.570:

“Outrossim, verifica-se que a recente limitação introduzida pela Medida Provisória nº 1.570, de 26-3-97, deve ser interpretada em consonância com que

decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 223/DF (*RTJ*, n. 132, p. 571), ou seja, a razoabilidade da aplicação da norma proibitiva da liminar. No caso, verifica-se que não é razoável a aplicação desta medida restritiva imposta pela Medida Provisória, visto que a antecipação da tutela, que foi uma inovação recentemente introduzida no Processo Civil Brasileiro, está sendo ora concedida com base em decisão do Pleno do STF. [...] Portanto, sem dúvida que limitar a aplicação da tutela antecipada através desta Medida Provisória não é só não razoável, mas também chegar-se-ia à raia do absurdo, pois postergar esse direito insofismável através de Medida Provisória (portanto provisória) é inadmissível...” (Ação Ordinária nº 97.0003672-3, fls. 66-67, em 1º-4-97, Juiz T. Hirose).



# O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional

FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

A história do Supremo Tribunal Federal é coetânea da história da nossa República, pois é com sua proclamação, em 15 de novembro de 1889, que surge o Supremo Tribunal Federal como Poder Político, nos moldes da Suprema Corte norte-americana. O Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, chamado de Constituição Provisória, significou o primeiro passo para sua instituição. Contudo, foi o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que transformou o Supremo Tribunal de Justiça da Constituição Imperial de 1824 em Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal de Justiça imperial não se firmou como Poder Político, em face da Constituição de 1824 não haver contemplado o instituto do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Tal tarefa ficou afeta ao próprio Poder Legislativo, por influência, principalmente, do constitucionalismo francês, que, com esteio na concepção da lei como expressão da vontade geral catalisada pelo Legislativo, aliado às razões históricas que geraram a desconfiança da nação francesa em relação aos magistrados do *ancien regime*, conferiu o exercício do controle de constitucionalidade a órgão político.

Por outro lado, a existência do Poder Moderador confiado ao Imperador de forma ilimitada, na dicção do art. 98 da Carta Imperial, por certo inibiu aquele Tribunal de exercer com mais largueza e desenvoltura a sua função jurisdicional.

Com efeito, a influência das concepções em voga na Europa, especialmente na Inglaterra e na França, países que desconheciam qualquer modelo de fiscalização judicial de constitucionalidade, bem como a existência do Poder Moderador como superpoder, outorgado ao

Imperador com a missão de coordenar a organização política e velar pelo equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes, inviabilizaram de forma absoluta a possibilidade de um controle de constitucionalidade confiado ao Poder Judiciário, na quadra imperial.

Com o advento da Constituição de 1891, deu-se a instalação do Supremo Tribunal Federal, composto de quinze ministros, a maioria oriunda do Supremo Tribunal de Justiça do Império, sendo-lhe conferido de forma expressa o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis (art. 59, § 1º, b), surgindo, desse modo, a história do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil.

Cumpra observar que o controle de constitucionalidade instaurado com a primeira Constituição da República é o denominado controle difuso, ou seja, aquele conferido a todo e qualquer órgão judicial de deixar de aplicar, ao caso concreto, lei ou ato normativo contrário ao texto constitucional

A propósito, Campos Sales, então Ministro da Justiça, (mencionado pelo Ministro José Néri da Silveira, em palestra proferida para os Estagiários da Escola Superior de Guerra, a 28 de agosto de 1991), na Exposição de Motivos, encaminhada ao Marechal Deodoro da Fonseca, propondo a criação e organização da Justiça Federal, o que veio a se concretizar com o citado Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, proclamou:

“a magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela parecer conforme ou contrária à lei orgânica”<sup>1</sup>.

Cria-se, desse modo, o sistema jurisdicional difuso de controle de constitucionalidade, ficando o Supremo Tribunal Federal como instância máxima para o deslinde de tal matéria.

Vê-se, pois, que já a partir da primeira Carta Magna republicana, tencionou-se confiar ao

<sup>1</sup> SILVEIRA, José Néri da. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 3.

Supremo Tribunal Federal a função de guarda maior da Constituição. Não foi à-toa que Rui Barbosa, grande artífice da *Lex Fundamental* de 1891, em sustentação oral perante a Excelsa Corte, em sessão de 23 de abril de 1892, asseverou:

“Nós, os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isso fizemos deste Tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores da Razão do Estado, resumimos-lhe a função específica nesta idéia. Se ela vos penetrar, e apoderar-se de vós, se for, como nós concebíamos, como os Estados Unidos conseguiram, o princípio animante deste Tribunal, a Revolução Republicana estará salva. Se, pelo contrário, se coagular, morta no texto, como o sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estará perdida”<sup>2</sup>.

As demais Constituições brasileiras, apesar do retrocesso que representou a Carta de 37 em termos de controle de constitucionalidade, conferiram ao Supremo Tribunal, além de outras atribuições próprias da justiça ordinária, o exercício da jurisdição constitucional; de início, como instância maior do controle difuso e, posteriormente, com a adoção do sistema de controle abstrato, inaugurado pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1995, também, como órgão jurisdicional único competente para o exercício dessa forma de controle idealizada por Kelsen.

Cumpra destacar, no entanto, que, por ocasião dos debates que se travaram antes da instalação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, e depois, no seu seio, muito se discutiu o tema relacionado à jurisdição constitucional, oportunidade em que foi aventada a possibilidade da criação de uma Corte Constitucional nos moldes das Cortes Constitucionais européias, tendo, contudo, prevalecido o entendimento de que se deveria prestigiar a experiência centenária do Supremo Tribunal Federal no que concerne ao controle da constitucionalidade das leis.

Assim, o constituinte de 1988 pretendeu conferir ao Supremo Tribunal Federal a

<sup>2</sup> Apud CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 6.

condição de Corte Constitucional do Brasil, atribuindo-lhe a competência precípua de guarda da Constituição. Para tanto, foi criado o Superior Tribunal de Justiça, que passou a exercer a competência atinente ao contencioso do direito federal comum, antes atribuída ao Pretório Excelso.

O tema volta novamente à balha, ante perspectiva de reforma constitucional no que diz respeito à organização do Poder Judiciário. Todavia, a possibilidade de se instituir uma Corte Constitucional no Brasil, nos moldes das Cortes européias, parece-me cada dia mais remota face à criação do Superior Tribunal de Justiça.

Os que têm pugnado pela criação de uma Corte Constitucional no Brasil sustentam que o Supremo Tribunal Federal tem exercido de maneira muito tímida a missão constitucional que lhe é confiada de guardião da Constituição, mormente no que concerne aos chamados direitos fundamentais, onde a jurisprudência da Suprema Corte se apresenta por demais escassa.

Entendem que essa timidez no exercício da defesa e da hermenêutica da Constituição é justificada pelo fato de nossos juízes terem uma formação jurídica e uma visão do direito bastante privatista, não conhecendo em profundidade o direito público, o que leva a uma interpretação restritiva das normas e princípios constitucionais, não alcançando o seu verdadeiro sentido social e político, tornando ineficaz a sua aplicabilidade.

O Professor José de Albuquerque Rocha, analisando os modelos de justiça constitucional americano e da Europa Continental, assevera que, em razão de fatores que condicionaram a formação do direito e do Judiciário brasileiro, estamos muito mais identificados com o modelo da Europa Continental, ligado ao sistema romano-canônico, cujos vínculos

“se manifestam, de um lado, nas fontes formais do direito, onde a lei foi e continua sendo a fonte do direito por excelência (daí a doutrina da superioridade do legislador) e, de outro lado, no tradicional papel do juiz de subordinação à lei, ou seja, historicamente, mero aplicador das normas editadas pelo Estado através do Legislativo, de onde resulta a doutrina do papel secundário do juiz em face do legislador”<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 101.

Já o sistema americano, ligado ao direito comum (*common law*), que é separado do direito estatal e a ele superior, determina

“o surgimento de um juiz desvinculado da burocracia governamental, convertido, desde logo, em protetor dos direitos fundamentais e não um simples ‘aplicador’ das normas estatais”<sup>4</sup>.

Afirma, ainda, que o modelo americano de justiça constitucional

“é a conseqüência lógica de uma tradição histórica em que o juiz ocupa uma posição de supremacia em relação à lei estatal, já que ele próprio é fonte do direito comum, que é independente e superior ao direito do Estado. Nessa qualidade é o controlador automático da constitucionalidade da lei”<sup>5</sup>.

Por fim, conclui o Professor Albuquerque Rocha que a conseqüência da adoção no Brasil do sistema americano de controle judicial da Constituição, em contradição com a história, é a inadequação do juiz brasileiro para o exercício da função de defensor da Norma Fundamental, havendo, pois,

“a necessidade de um juiz especial, com formação não só técnico-jurídica, mas, igualmente, política e sociológica, recrutado por critérios democráticos, com mandato por tempo certo, situado fora e acima do Judiciário, para defender e aplicar a Constituição que, sendo, como dito, um conjunto de princípios expressivos de critérios político-axiológicos para tomada de posições em face da realidade, exige um tipo de julgamento diverso daquele em que consiste a mera aplicação de regras a casos concretos a que está habituado o juiz de formação legalista”<sup>6</sup>.

De fato, muitas vezes, os nossos juízes procuram interpretar as regras e princípios da Constituição em função da lei ordinária, quando deveria ser exatamente o inverso, a Lei Suprema é que deve servir de guia para a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico.

A esse respeito, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo*, edição de 19 de novembro de 1995, sob o título “Geraldo Ataliba, publicista maior”, verdadeiro tributo ao ilustre

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 102.

publicista tão prematuramente arrebatado do nosso convívio, a certa altura, faz a seguinte referência:

“De uma feita, em um julgamento, presenciei Ataliba pedir a palavra para dizer a um juiz que a portaria que este teimava em aplicar simplesmente repetia dispositivo da Constituição. E que era muito mais nobre para um juiz invocar a Constituição, que é ato da nação, do que invocar uma portaria, ato próprio dos porteiros. Ataliba, aliás, costumava dizer que certos juízes, quando se trata de aplicar portarias e decretos, fazem-no até com certo brilhantismo. Mas se se trata de aplicar a Constituição, esses juízes ficam atemorizados e acabam encontrando modo de não enfrentar o tema constitucional”<sup>7</sup>.

Entretanto, essa formação privatista, a carência de maiores conhecimentos no campo das ciências humanas e a concepção da lei como fonte soberana do direito, que deve ser aplicada cegamente, sem que se proceda a sua interpretação de acordo com as regras e princípios constitucionais, não é algo comum apenas aos nossos magistrados, pois a defeituosa começa na inadequação dos currículos de nossas Faculdades de Direito, que têm dado muito mais relevo ao direito privado em detrimento do direito público, sem se falar na deficiência da metodologia do ensino e na falta de estudos que assegure aos profissionais do direito uma maior formação humanista.

Examinando o tema, o Professor Dalmo Abreu Dallari enfatiza:

“Na realidade, o que se deve fazer, em primeiro lugar, é reforçar nos cursos de Direito, para todos os alunos, a formação humanística, estimulando a aquisição de conhecimentos sobre história e a realidade das sociedades humanas, para que o profissional do direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais. A par disso, devem ser transmitidas noções básicas de disciplinas relacionadas com os comportamentos humanos, como a antropologia, a sociologia e a psicologia,

pois, seja qual for o conflito jurídico, esses aspectos sempre estarão presentes e é importante que o profissional do direito saiba reconhecê-los”<sup>8</sup>.

Outrossim, as chamadas Escolas Superiores da Magistratura poderão dar uma grande contribuição no aprimoramento da formação dos magistrados, suprimindo as deficiências da formação acadêmica. Todavia, essas instituições não devem se preocupar apenas com o aperfeiçoamento dos recém-ingressados na Magistratura, mas sim com todos os integrantes de seus quadros. Precisam, ainda, se desencilhar daquela idéia anacrônica de que ao juiz o que mais interessa é um bom conhecimento de regras processuais, para compreender que o julgador necessita aprofundar seus conhecimentos não só no campo jurídico, como também, nas diversas áreas das ciências humanas, a fim de sensibilizá-lo mais diante da realidade humana, de modo a torná-lo um verdadeiro realizador do direito e da justiça, e não um autômato aplicador da lei, proibido de interpretá-la.

Em verdade, parece-me que não será a criação de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo das Cortes européias, que vai nos dar a certeza de uma mudança profunda na maneira de exercer a jurisdição constitucional, mormente, levando-se em conta tão-somente a problemática da formação jurídica dos nossos magistrados, porquanto, como já se disse, tiveram esses o mesmo berço dos demais profissionais da área do Direito. Aliás, é preciso destacar que os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal não são recrutados só dos quadros da magistratura, mas também do meio político, do seio dos advogados, dos integrantes do Ministério Público. Os requisitos exigidos para o exercício de tão relevante função são os de notório saber jurídico e reputação ilibada, os quais não são privativos dos magistrados.

Ademais, tenho minhas dúvidas se a solução para o Brasil seria a criação de uma Corte Constitucional fora da estrutura do Poder Judiciário, ante as peculiaridades da nossa cultura. O que entendo adequado e possível de viabilizar na reforma constitucional que se anuncia é reduzir a atual competência do Supremo Tribunal Federal, retirando-lhe todas aquelas atribuições que não digam respeito à jurisdição constitucional, transferindo-as para

<sup>7</sup> Folha de São Paulo, caderno 1, tendências/debates, p. 3.

<sup>8</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 28.

o elenco das competências do Superior Tribunal de Justiça. Como bem ressaltou o Ministro Marco Aurélio, em entrevista publicada em periódico de circulação nacional, “deve haver um enxugamento da competência do Supremo”, não se justificando, dentre e outras coisas,

“os julgamentos de extradição, *habeas corpus* contra ato de qualquer tribunal, mandado de segurança contra atos do Tribunal de Contas da União, ações penais contra deputados federais”<sup>9</sup>.

A esse propósito, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em seu livro *Temas de Direito Público*, apresenta várias sugestões para alteração da competência do Supremo Tribunal Federal, a fim de que este possa desempenhar com mais largueza sua missão de guardião maior da Constituição<sup>10</sup>.

Nessa mesma esteira, conclui o Professor Dalmo de Abreu Dallari que,

“se fossem retiradas do Supremo Tribunal Federal as demais competências, deixando-lhe o controle de constitucionalidade, haveria muitas vantagens, pois suas pautas não estariam sobrecarregadas; ele poderia, com rapidez e eficiência, atuar como verdadeiro guarda da Constituição, impedindo a vigência de leis e atos inconstitucionais e responsabilizando os agressores da normalidade constitucional; e o Brasil poderia ter, afinal, uma Constituição efetivamente vigente e respeitada, o que contribuiria para a estabilidade política e a superação das injustiças sociais”<sup>11</sup>.

De fato, como já frisei anteriormente, não comungo com aqueles que defendem, como necessidade imperiosa, a criação de um Tribunal Constitucional, nos moldes das Cortes européias, independente do Poder Judiciário ou dentro de sua estrutura. O que entendo indispensável para efetividade da nova ordem constitucional, ou seja, para a concreção da vontade do constituinte, é o aprimoramento da silhueta da nossa Suprema Corte, a fim de que ela possa funcionar de maneira eficaz como órgão assegurador dos direitos e garantias insculpidos na Carta Política da Nação. Como

ensina o Professor José Alfredo de Oliveira Baracho

“para que se possa acompanhar as novas propostas sobre a remodelação ou mesmo a criação de um regime político adequado à sociedade brasileira contemporânea, deve-se melhorar o perfil do Supremo Tribunal Federal, para ele estar apto às novas exigências, como eficiente instrumento de garantia da ordem jurídica, social e econômica”<sup>12</sup>.

É preciso, pois, insistir na necessidade da reformulação do campo de atuação do Supremo Tribunal Federal, reduzindo-lhe a competência. Isso não significa perda de prestígio ou de autoridade. Na verdade, o que se pretende é aprimorá-lo, dando-lhe as condições necessárias para o exercício da jurisdição constitucional, indispensável a efetividade da Lei Fundamental.

A jurisdição constitucional, segundo assevera o ilustre constitucionalista das Alterosas,

“seja ela atribuída a um tribunal especial ou a um tribunal supremo (USA e Suíça), converte este em um autêntico, mas não único, intérprete da Constituição, como norma fundamental. É o executor da vontade da Assembléia Constituinte, do poder constituinte, inclusive no que diz respeito ao legislador reformador da Constituição, que como poder constituído encontra-se submetido ao poder constituinte, e, por isso, suas normas são susceptíveis de controle, por parte do Tribunal Constitucional, em benefício da unidade da Constituição”<sup>13</sup>.

É bom que se diga que o fato de se conferir a um tribunal especial ou a uma corte suprema o exercício da jurisdição constitucional, outorgando-lhe o mister de autêntico intérprete da Constituição não significa que os demais órgãos do Poder Judiciário não possam apreciar e decidir as questões de constitucionalidade suscitadas nas demandas submetidas ao seu julgamento. Ao contrário, tantos os juízes singulares como os demais tribunais não só podem como devem examinar tais questões, deixando de aplicar aquelas normas que consideram inconstitucionais.

<sup>9</sup> Folha de São Paulo, abr., 1996. Caderno 1, p. 4.

<sup>10</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994. p.112-117.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 110.

<sup>12</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 334.

<sup>13</sup> Idem. *Teoria geral da cidadania*. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 51.

De feito, o que se pretende e se espera de um tribunal que receba a incumbência de ser o guardião da Constituição é que ele se converta no verdadeiro executor da vontade constituinte, transformando-se no mais lúdimo intérprete da Lei Maior, inclusive exercendo o controle dos atos do poder constituinte derivado, a quem se atribui a tarefa de reformar o texto constitucional, o qual, na condição de poder constituído, encontra-se limitado juridicamente pelo poder constituinte originário. Somente por meio do exercício altivo desse mister se poderá garantir a efetividade da Lei Suprema e coibir a febre por reformas constitucionais que tanto tem comprometido a nossa estabilidade constitucional.

Realmente, essa febre por reformas constitucionais tem sido um traço marcante na história do constitucionalismo brasileiro, em que mal se edita uma nova Constituição, já se pretende reformá-la, por defeito comum aos nossos governantes que pretendem administrar com uma Constituição à sua imagem e semelhança. Daí, procuram adaptar o texto constitucional ao seu programa de governo, quando deveria ocorrer exatamente o contrário, esse programa é que deveria ser amoldado à Carta Magna.

Essa realidade brasileira tanto tem contribuído para o enfraquecimento da força normativa de nossas Constituições, pois, como assevera Konrad Hesse, ex-presidente da Corte Constitucional Alemã,

“afigura-se perigosa para a força normativa da Constituição a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor

às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição”<sup>14</sup>.

O constituinte de 1988, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, reduziu em muito as atribuições do Supremo Tribunal Federal, reservando-lhe a função maior de guardião da Carta Política. Todavia, remanescem ainda muitas matérias que poderiam ter sido transferidas para nova Corte de Justiça então criada e não foram. Ficou, desta forma, como acentua Oscar Vilhena Vieira,

“o Supremo Tribunal Federal encarregado de diversas questões que se afastam de sua função precípua de ‘guarda da Constituição’ (art. 102, *caput*) e em certa medida prejudicando o bom desempenho desta atribuição”<sup>15</sup>.

Com efeito, reafirmo a minha posição contrária à criação de um novo órgão, no caso um Tribunal Constitucional, não importando se fora ou dentro da estrutura do Poder Judiciário. O que se faz necessário, a meu ver, é o aperfeiçoamento do Pretório Máximo, reservando-lhe a apreciação apenas das questões próprias da jurisdição constitucional, transferindo os demais assuntos atinentes ao direito comum para a esfera de atribuições do Superior Tribunal de Justiça, pois, só assim, poderá exercer, na sua exata extensão e com todas as galas, a nobre função de guardião-mor da Lei Fundamental, surgindo, desse modo, como verdadeira Corte Constitucional do Brasil.

<sup>14</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1991. p. 22.

<sup>15</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *O Supremo Tribunal Federal : jurisprudência política*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 85.

# O Mercosul e a documentação eletrônica

ELCIO TRUJILLO

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Breve digressão a respeito de documento. 3. Documento e assinatura eletrônicos. 4. Validade e autenticidade do documento eletrônico – modelo teórico. 5. Conclusões.*

### 1. Introdução

Recentemente, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, regulamentando a aplicação do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa no âmbito do Mercosul, assinado pelo Brasil em 27 de junho de 1992, decretou que os instrumentos públicos emanados de um Estado-Parte terão no outro a mesma força probatória que seus próprios instrumentos públicos, assim como as escrituras públicas e “os documentos que certifiquem a validade, a data e a veracidade da assinatura ou a conformidade com o original”<sup>1</sup>. Regulamentou ainda a expedição de certidões e traslados, dispensando toda legalização em cada Estado-Parte que o receba em onde devam produzir todos os seus regulares efeitos.

A integração econômica e política parece ser um fato que se consolida rapidamente no contexto dos países que integram o Mercosul. Mas, para a sua efetiva concretização, além dos vários acordos, convênios e regulamentos celebrados pelos Estados integrantes, é ingenuamente necessária uma produção científica que lhe dê suporte e sustentação, discutindo os vários aspectos relacionados com a efetiva integração desse bloco regional.

A maior rapidez na concretização dos

Elcio Trujillo é Juiz de Direito no Estado de São Paulo, Mestre em Direito e Professor-Assistente junto à Unesp – Universidade Estadual Paulista.

<sup>1</sup> Decreto Federal nº 2.067, de 12.11.1996, arts. 24 e 25. (DOU 13.11.1996).

negócios demandará, como necessária contraparte, uma mesma agilidade na formalização e celebração de contratos, sem que haja qualquer redução ou perda na confiabilidade e na segurança que devem permear todas as relações jurídico-negociais.

Assim, o objetivo deste pequeno trabalho é indicar caminhos, insinuar soluções, para a celebração e formalização de atos e negócios jurídicos instrumentados eletronicamente, garantindo-se-lhes a sua validade, autenticidade, e o mesmo valor probante que desfrutam os instrumentos públicos ou notariais no contexto do Mercosul, em atenção ao disposto no referido Decreto.

## 2. Breve digressão a respeito de documento

Toda a informação contida em um suporte material que contenha a propriedade de ser comunicada é um documento. É “qualquer base de conhecimento, fixada materialmente e disposta de maneira que se possa utilizar para consulta, estudo, prova etc.” como o definem os dicionários<sup>2</sup>.

Mais do que um suporte material que recebe um assentamento gráfico com carga informativa, os documentaristas reconhecem a necessidade de um receptor no fenômeno comunicativo, sem o quê não se teria propriamente um documento. Abre-se uma perspectiva subjetiva para compreensão do documento como “uma fonte aceita, fixa e permanente de informação corretamente assimilada”<sup>3</sup>, não se ignorando, entretanto, o fato de que o conceito de documento radica essencialmente na aptidão de transmitir informações, e não propriamente na culminação desse processo.

O que nos interessa aqui, para além das minúcias documentaristas que guarnecem um elaborado conceito lato de documento, é a inserção desses elementos básicos para fundamentar um possível conceito de documento na

<sup>2</sup> Novo Dicionário Aurélio. O conceito etimológico se liga a *documentum* que se radica em *docere*, que significa ensinar. Portanto, *documentum* é, segundo nos afiança F.R. dos Santos Saraiva (*Novissimo diccionario latino-portuguez*. 8. ed. Rio de Janeiro : Garnier, 1924) “ensino, lição, aviso, advertência”.

<sup>3</sup> GARCÍA GUTIÉRREZ, Antonio Luis. *Lingüística documental*. Barcelona : Mitre, 1989. p. 49.

perspectiva jurídica, ou seja, na identificação daqueles elementos que possam traduzir o fenômeno jurídico: o seu caráter probatório.

Tradicionalmente, a verificação do caráter de autenticidade de um documento baseia-se na segurança da consistência original de seu conteúdo e na identificação da proveniência subjetiva – integridade e imputação subjetiva –, ambas apuradas na materialidade do suporte e na assinatura.

O suporte, registra Raimondo Zagami, “é uma substância que permite a fixação dos signos gráficos no qual é expresso o documento. O mais comum dos suportes à escrituração é a carta, mas os mais variados tipos de suporte são abstratamente concebíveis”<sup>4</sup>. A percepção de que os mais diferentes meios materiais para a fixação dos signos gráficos são abstratamente concebíveis leva à consideração de que, além do suporte, outros signos ou elementos fundamentais de informação – que não os propriamente gráficos – podem igualmente ser abstratamente considerados. Assim, não só o suporte material para a fixação da informação pode ser o papel, ou discos magnéticos ou ópticos, como o “signo” pode ser gráfico ou mesmo constituído de elementos básicos da informação eletrônica: *bits*.

O que nos importa aqui é que o valor probatório do documento – seja em que base material esteja “inscrito” – está na dependência de que esse suporte material deva ser *indelével*, isto é, não permitindo qualquer tipo de adulteração, deliquescência ou cancelamento que, de outra forma, não possa ser percebido. Ademais, é necessário que haja uma imputação subjetiva segura, que permita o estabelecimento da presunção relativa da proveniência – o que tradicionalmente se verifica com a aposição da firma, uma escritura autógrafa que se presume única para cada indivíduo e que seja difícil de ser reproduzida, não seja modificável e igualmente não possa ser reutilizável quando ligada indissolúvelmente ao suporte material que a contém. É evidente a relevância jurídica da assinatura para a identificação da proveniência e paternidade do documento.

Ao modo tradicional de conceber um documento, podemos distinguir os elementos

<sup>4</sup> ZAGAMI, Raimondo. Firme digitali, crittografia e validità del documento elettronico. *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 1, p. 151, 1996.



constitutivos: o material (suporte e continente) e o espiritual (o conteúdo). “O primeiro é o meio pelo qual é incorporada a escrituração, ou seja, os signos alfabéticos que compõem o pensamento”; o segundo seria “o pensamento materializado no escrito” e, finalmente, a subscrição seria o “anelo de conjugação” desses dois elementos<sup>5</sup>.

Finalmente, verifica-se uma prevalência e mesmo proeminência dos elementos materiais do continente em face do elemento espiritual, o conteúdo, — e em razão do que este último, *de per si* considerado, seria privado de qualquer eficácia probatória<sup>6</sup>.

Contudo, já se pode verificar os limites que o suporte material tradicional oferece no contexto de rapidez e agilidade no trânsito de informações. Aponta-se a inadequabilidade do papel (ou materiais símiles) como suporte material para o documento quando se pensa na sua conservação e principalmente na sua transmissão, ao lado de que a falsificação de assinaturas torna extremamente complexa, onerosa e demorada a prova judicial, por um lado, e a exasperação autenticadora, por outro, com o reconhecimento de firmas visando à prevenção de litígios.

Finalmente, o suporte material e os signos nele apostos, na forma em que se aperfeiçoou desde a Idade Média na *chartae* (quando se considerou sinônimo de documento), mostra-se agora com evidentes limites. O aporte de recursos eletrônicos tem o condão de expandir essas circunstanciais limitações, tornando o documento mais seguro, confiável, melhor administrável no sentido de que seu armazenamento e recuperação, bem como a sua transmissão, são muito mais eficientes e rápidos, além de seguros.

E, logicamente, torna confiável a prova judicial de autoria do documento, com a fixação da paternidade do documento e a clara imputação subjetiva.

<sup>5</sup> MORELLO, A. *Sottoscrizione*. Nov. Dig. It. Torino, v. 17, p. 1.004, 1970.

<sup>6</sup> Segundo ZAGAMI, que seguimos nesse passo, é “em razão desse liame entre o continente e o conteúdo que deriva a exigência da intervenção de um notário ou outro oficial público (...) para garantir a integridade da cópia de um ato no momento da transferência de continente (original) ao continente (cópia), conservando-se a sua eficácia probatória” (Op. cit.).

### 3. Documento e assinatura eletrônicos

Já vimos os elementos básicos que compõem e informam o documento tradicional. Facilmente se verifica que podem ser aproveitados para fundamentar o conceito de um documento que seja formado sobre uma base material distinta, qual seja o meio eletrônico. Com Giannantonio, pode-se conceituar o documento eletrônico, ou documento informático, como “o documento produzido pelo computador eletrônico. Distinguem-se documentos eletrônicos *stricto sensu*, memorizados em forma digital e não perceptíveis ao homem se não por meio do computador, e documentos eletrônicos *lato sensu*, isto é, todos os documentos formados pelo computador mediante dispositivos de saída”<sup>7</sup>.

Muito embora se aceite que o armazenamento de dados em meio eletrônico possa constituir um documento eletrônico; contudo, o mesmo não pode ser subscrito no modo tradicional, com a aposição de assinaturas para atestar a paternidade e bem assim a sua origem. Com as modernas técnicas de criptografia<sup>8</sup> aplicadas aos documentos eletrônicos e com a aposição de firmas digitais, atinge-se, assim, a plena eficácia probatória dos documentos, o que nos interessa de perto aqui.

Segundo Zagami, uma firma digital “é um conjunto de caracteres alfanuméricos resultante de complexas operações matemáticas de criptografia efetuadas por um computador sobre um documento eletrônico (um texto, uma imagem, um som ou qualquer outro arquivo digital)”<sup>9</sup>. Para se chegar à exata compreensão do que seja uma assinatura eletrônica, é necessário definir o que seja autenticação de um documento eletrônico: é um processo eletrônico por meio do qual o receptor de uma mensagem eletrônica pode se assegurar da identidade do remetente e/ou da integridade da mensagem mesma. Os protocolos de autenticação podem

<sup>7</sup> GIANNANTONIO, E. *Manuale di Diritto dell'informatica*. Padova, 1994. p. 338.

<sup>8</sup> Criptografia é a arte de escrever em cifra ou em código, segundo o Novo Dicionário Aurélio. Encrptação é, por conseguinte, “a transformação de dados em uma forma ilegível por qualquer pessoa sem o concurso de uma chave secreta de decrptação. A sua finalidade é assegurar a privacidade tornando a informação oculta a qualquer a que não seja especificamente dirigida” (FAHN, Paul. *Answer to frequently asked questions about today's cryptography*. RSA Laboratories, 1993).

<sup>9</sup> Op.cit., p. 152.

ser baseados em sistemas de encriptação convencional ou por chave pública (RSA). A autenticação por meio de chave pública usa assinaturas digitais.

Existem basicamente dois sistemas de encriptação de dados: (a) sistema simétrico, que se utiliza de uma mesma e única chave para criptação e decriptação da mensagem; (b) sistema assimétrico, quando se requer a aplicação de chaves diversas para a operação de criptação e decriptação da mensagem. Basta que se afirme aqui a superior garantia oferecida pelos sistemas assimétricos que adicionalmente oferecem um método de criação de assinaturas digitais<sup>10</sup>.

Um algoritmo de criptação simétrica funciona com pares de chaves: uma encripta a mensagem, outra decripta. Uma das chaves será tornada pública (*public key*) com a sua inserção em repositórios públicos de chaves, chamados de *key repository* – bancos de dados que podem tornar disponíveis as chaves públicas (inclusive pela *internet*), associando-a ao nome de um titular. A outra (*private key*) é de custódia secreta do titular. Uma firma digital é o resultado da aplicação de uma chave privada sobre um documento digital. Qualquer um que receba esse documento e queira verificar a sua proveniência e integridade deverá aplicar sobre ele a chave pública correspondente, certificando-se, assim, da sua autenticidade.

Para ilustrar a formação de um documento eletrônico com a aposição de firmas digitais, vamos supor uma correspondência. O cenário clássico é o seguinte: fulano deseja enviar uma mensagem a beltrano; fulano *encripta* a mensagem (a qual é chamada de texto plano – *plain text*) com a sua chave privada de encriptação; a mensagem assim encriptada (chamada de texto cifrado – *chipertext*) é remetida a beltrano, que, por seu turno, decripta o texto cifrado aplicando-lhe a chave pública de fulano. Se a verificação é positiva, beltrano terá a certeza de que a mensagem provém de fulano (imputação) e que não sofreu qualquer tipo de adulteração devida a erro de transmissão ou pela interpolação de texto (integridade). Por fim, fulano não poderá sustentar que não enviou a mensagem (não repúdio).

Facilmente se verifica a grande vantagem

<sup>10</sup> Para maiores informações sobre processos criptográficos, ver o já citado Paul Fhan e especialmente DIFFIE, E., HELLMAN, M.E. *New directions in cryptography*. IEEE, 1976.

que o sistema pode representar para o tráfego de documentos entre os países do Mercosul. Contudo, a formação desses documentos e a sua completa e segura adoção ainda necessita ultrapassar alguns problemas técnicos e, principalmente, superar o problema da *certificação* na conferência, às partes e aos interessados, do par de chaves (pública e privada) necessário para o jogo da contratação eletrônica.

#### 4. Validade e autenticidade do documento eletrônico – modelo teórico

Vamos verificar como um documento eletrônico poderia ser formado, com todas as garantias de autenticidade e segurança necessárias para a sua plena validade nos Estados que integram o Mercosul. Tomaremos como exemplo, dentre os vários modelos teóricos existentes, o de chave pública (RSA), por trazer o benefício da assinatura digital.

Como se pode perceber facilmente, a certeza de que um documento eletrônico não tenha sofrido qualquer alteração e de que provém daquela pessoa que remeteu não dá, por si só, a certeza da identidade real de quem enviou a mensagem (*key legitimacy*). Como assinala Zagami, qualquer um, de fato, poderia criar um par de chaves, a ele associando o nome de qualquer pessoa, real ou imaginária (e logo pensamos nos “fantasmas” de tão funesta notoriedade no noticiário policial e político brasileiro) e eventualmente depositando a chave pública num repositório (*key repository*), usando um nome falso e a chave privada correspondente para gerar uma firma digital.

Para enfrentar esse problema, teoricamente se prevê um sistema de certificação (*Certification Authorities*) que provê o interessado do par de chaves necessário para atuação na formação de documentos eletrônicos mediante a prévia verificação da real identidade do postulante.

Não por acaso, as pesquisas encaminham-se no sentido de dotar o ato de conferência das chaves aos interessados de caráter oficial e público, exercido com independência, um TTP (*Trusted Third Party*), um terceiro que possa gozar da confiança das partes que contratam eletronicamente e tenham necessidade de obter o par de chaves para aposição de sua assinatura digital. A figura que parece preencher, à perfeição, os pré-requisitos para funcionar como autoridade que certifique e ateste a identidade das partes, além de conferir-lhes o par

de chaves necessário para a contratação eletrônica, é o notário, aliás o *Cybernotary*<sup>11</sup>.

Não passou despercebido aos notários europeus o extraordinário potencial de renovação e crescimento, em termos de necessidade e importância, da função notarial em nível internacional. Assim, como registra Miccoli em interessante artigo publicado na *Revista do Notariado Italiana*,

“o conceito de *certification authority*, entendido como *Thrusted Third Party*, entreabre interessantes perspectivas para o enriquecimento notarial: não somente o notário poderá demonstrar a necessidade de sua intervenção para dar certeza às transações singulares, mas poderá validamente candidatar-se quer em nível individual, quer em nível de seus organismos nacionais e internacionais, como terceiro garantidor do sistema, definitivamente, como *Certification Authority*, nacional ou supranacionalmente”<sup>12</sup>.

## 5. Conclusões

Em conclusão, podemos afirmar:

1. Que a integração entre os países que formam o bloco do Mercosul seria enormemente favorecida se os profissionais do direito e os pesquisadores viabilizassem modelos teóricos que permitam o cumprimento dos acordos internacionais, como os que foram aqui noticiados, por meio de recursos eletrônicos, que favorecem a agilidade, rapidez, segurança e autenticidade das operações.

2. Que os sistemas de documentação eletrônica formado por chave pública e assinatura digital representam um aperfeiçoamento em

relação aos meios tradicionais de documentação pública ou privada.

3. Que as escrituras públicas de que trata o Decreto nº 2.067/96 podem ser formalizadas por meios eletrônicos, cuja validade e autenticidade será atestada por notário.

4. Que as autoridades subscritoras dos acordos de cooperação e integração do Mercosul devem envidar esforços no sentido de integrar os serviços notariais e registrais de cada Estado-Parte por meio de redes como a internet.

## Bibliografia

- BARASSI, Theodore Sedgwick. *The cybernotary : public key registration and certification and authentication of international legal transactions*. In: <http://www.intermarket.com/ecl/cybernote.html>.
- DIFFIE, E., HELLMAN, M.E. *New directions in cryptography*. IEEE, 1976.
- FAHN, Paul. *Answer to frequently asked questions about today's cryptography*. RSA Laboratories, 1993.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, Antonio Luis. *Lingüística documental*. Barcelona : Mitre, 1989.
- GIANNANTONIO, E. *Manuale di Diritto dell'informatica*. Padova, 1994. p. 338.
- MICCOLI, Mario. *Cybernotary*. Consiglio Nazionale del Notariato. Forum di Informatica Giuridica.
- MORELLO, A. *Sottoscrizione*. *Nov. Dig. It.* Torino, v. 17, 1970.
- SARAIVA, F.R. *Novissimo dicionario latino-portuguez*. 8. ed. Rio de Janeiro : Garnier, 1924.
- ZAGAMI, Raimondo. *Firme digitali, crittografia e validità del documento elettronico. Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 1, p. 151, 1996.

<sup>11</sup> Cfr. por todos BARASSI, Theodore Sedgwick. *The cybernotary : public key registration and certification and authentication of international legal transactions*. In: <http://www.intermarket.com/ecl/cybernote.html>.

<sup>12</sup> MICCOLI, Mario. *Cybernotary*. Consiglio Nazionale del Notariato. Forum di Informatica Giuridica. [Http://www.notariato.it](http://www.notariato.it)

# Emendas a projetos de lei de crédito adicional

FRANCISCO DE PAULA SCHETTINI

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Créditos adicionais. 2.1. Classificação. 2.2. Créditos extraordinários. 2.3. Créditos suplementares e créditos especiais. 3. Emendas a créditos suplementares e especiais: condições e limites. 4. Conclusões.*

### 1. Introdução

Os créditos adicionais são instrumentos de ajustes nos orçamentos aprovados pelo Poder Legislativo e sancionados pelo Presidente da República. Tais créditos adicionais, segundo o art. 40 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, visam promover a adequação do orçamento às necessidades de execução pela autorização de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei Orçamentária Anual – LOA.

Os projetos de crédito adicional visam alterar lei de iniciativa do Poder Executivo (arts. 84, XXIII e 165, III da Constituição Federal), donde se pode inferir que sua iniciativa cabe também privativamente ao Chefe desse Poder, obedecendo o princípio de que o acessório acompanha o principal. Esse entendimento é reforçado pela estrutura do texto do art. 166 da Constituição, que aborda simultaneamente os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais.

A Constituição distingue (art. 167, V e §§ 2º e 3º) os créditos extraordinários dos especiais e estes dos suplementares, sujeitando os dois últimos, contudo, aos mesmos requisitos: autorização legislativa e indicação de recursos correspondentes à autorização de gastos. A Lei Orçamentária Anual pode conter dispositivo que autorize a abertura de crédito complementar por decreto, excepcionando a primeira das

Francisco de Paula Schettini é Bacharel em Administração de Empresas pela FACE/UFMG. Bacharel em Ciências Contábeis pela FACE/UFMG. Assessor de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional de 1965 a 1991. Professor Titular da Fac. Ciências Econômicas da UFMG de 1958 a 1987. Diretor da Assessoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados de 1992 a 1995.

condições mencionadas (art. 165, § 8º – CF).

A conceituação de cada um dos tipos de crédito adicional, contudo, é feita pela Lei nº 4.320/64, diploma legal que se insere no campo temático reservado pela Constituição à lei complementar prevista no seu art. 165, § 9º, suprimindo suas funções até que esta seja editada.

## 2. Créditos adicionais

### 2.1. Classificação

Os créditos adicionais, de acordo com o art. 41 da Lei nº 4.320/64, classificam-se em:

I – suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária;

II – especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; e

III – extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública”.

### 2.2. Créditos extraordinários

Entendem alguns autores que, dentro da Seção II, Capítulo II do Título VI da Constituição, que trata especificamente das leis orçamentárias, a Lei Maior autorizaria o uso de medidas provisórias em um único caso, ou seja, para a abertura de créditos extraordinários nas hipóteses em que haja situações de relevância e urgência e desde que satisfeito o pressuposto da imprevisibilidade (art. 167, § 3º). Outros autores têm entendimento ainda mais restrito, afirmando que a menção ao art. 62 da Constituição seria apenas para fixar as condições para abertura de crédito extraordinário, devendo o mesmo ser aberto por decreto do Poder Executivo.

Nesta hipótese surge uma dúvida de natureza formal: pode o Congresso alterar a programação de despesa constante de medida provisória? O crédito extraordinário, por definição constitucional e legal, é para atender despesa imprevisível e urgente. Por mais ágil que seja o Legislativo na apreciação da MP, é de se supor que a despesa já tenha sido realizada. Como poderá então o Congresso alterar a destinação dos recursos? Por este e outros motivos que não nos cabe discutir neste trabalho, nos alinhamos dentre aqueles que defendem a segunda posição – créditos extraordinários devem ser abertos por decreto executivo.

Em qualquer hipótese, com uso de medida

provisória ou de decreto para abertura de créditos extraordinários, entendemos que não cabe ao Poder Legislativo alterar tais créditos, em virtude de suas características.

### 2.3. Créditos suplementares e créditos especiais

Os créditos adicionais que comportam projeto de lei, objeto do presente trabalho, são os créditos suplementares e os especiais. Ambos os tipos de crédito, conforme o art. 42 da mencionada Lei nº 4.320/64, são autorizados por lei e abertos por decreto executivo.

A classificação da lei leva em conta o alcance da modificação que se pretende operar na Lei Orçamentária Anual. Se a modificação é quantitativa, aumentando-se apenas o limite monetário dos gastos, mas não a programação da despesa já autorizada, o crédito é suplementar. Se a modificação é qualitativa, acrescentando-se uma programação nova às despesas já autorizadas, o crédito é especial. A distinção tem também a ver com o papel atribuído constitucionalmente aos Poderes da República no processo orçamentário e, particularmente, com a prerrogativa, indelegável, do Poder Legislativo no que diz respeito ao orçamento anual (art. 68, § 1º, III, da Constituição).

De fato, se a Lei Orçamentária Anual é matéria que o Congresso não pode delegar, há um limite (fixado no § 8º do art. 165 da Constituição) para as modificações que o Poder Legislativo pode autorizar o Poder Executivo a proceder no orçamento anual. Este limite, na sistemática orçamentária brasileira atual, está baseado nas noções de crédito suplementar e de crédito especial, que dizem respeito ao grau de modificação que se pretende operar no orçamento aprovado. Deste modo, a autorização para reforço quantitativo de dotações já aprovadas pelo Poder Legislativo e constantes da lei orçamentária anual pode ser também de natureza genérica e vir na própria Lei Orçamentária Anual.

Já as autorizações para novas despesas não autorizadas na lei orçamentária têm que ser específicas, por meio de projeto de lei, sob pena de comprometer-se o princípio da indelegabilidade acima referido. Nesses casos, a proposta do Poder Executivo deve ser acompanhada de justificativa pormenorizada que fundamente a proposta – que deve ser individualizada – por se tratar de programação não contemplada na Lei Orçamentária Anual e, conseqüentemente, não examinada ainda pelo Legislativo.

Daí a funcionalidade da distinção entre crédito suplementar e crédito especial. A distinção gera também efeitos quanto à vigência dos créditos orçamentários. A regra geral é a da anualidade, um dos princípios orçamentários esposados pelos teóricos da área. Os créditos especiais abertos nos últimos quatro meses do exercício, entretanto, podem vigorar no exercício seguinte, em havendo saldo não utilizado (art. 167, § 2º da Constituição). A exceção faz sentido, porquanto aquelas novas programações de despesa, abertas no último quadrimestre, poderiam não ter tido oportunidade de figurar na proposta orçamentária para o exercício seguinte.

Definidas as hipóteses em que cabe, portanto, a remessa de projeto de lei de crédito adicional para apreciação do Congresso Nacional, resta-nos discutir quais os limites à possibilidade de emendas a tais projetos. É verdade que a necessidade desses limites seria mais premente caso as leis que autorizam crédito adicional operassem, autonomamente, modificações no quadro orçamentário. Se assim fosse e não houvesse limite para a aprovação de emendas, seria possível, por meio de emendas a projeto de crédito adicional, efetuar-se uma alteração global no orçamento vigente, desfigurando-o e subvertendo o processo orçamentário, o que, naturalmente, não seria desejável. Mesmo sendo as leis de crédito adicional meramente autorizativas, como veremos a seguir, pode-se afirmar que é conveniente, ou talvez necessário, se impor limites à aprovação de emendas.

### 3. Emendas a créditos suplementares e especiais: condições e limites

É preciso ficar claro, em primeiro lugar, que as leis relativas a créditos suplementares e especiais, ao contrário da Lei Orçamentária Anual, não fixam de imediato as novas programações de despesas ou os novos valores, mas apenas autorizam o Poder Executivo a fazê-lo, mediante decreto executivo, dentro dos limites que estabelecer. Esta é a inteligência dos dispositivos sobre créditos adicionais constantes da Lei nº 4.320/64 (especialmente do art. 42)<sup>1</sup> e é uma das diferenças marcantes entre a Lei Orçamentária Anual e as leis que autorizam a abertura de créditos adicionais.

<sup>1</sup> Art. 42 da Lei nº 4.320/64: “Os créditos suplementares e especiais serão autorizados por lei e abertos por decreto executivo”.

A lei do orçamento fixa desde já a despesa: o Poder Executivo faz posteriormente apenas o detalhamento dessa despesa, após sua sanção, descendo ao menor nível classificatório existente. Já isso não acontece com a lei que autoriza a abertura de crédito adicional, porquanto o Poder Executivo pode deixar de baixar o decreto que abre o crédito, deixando de utilizar a autorização concedida. Esta é uma hipótese remota, pois tais leis resultam de projetos que são da iniciativa privativa do Presidente da República, mas teoricamente existe tal possibilidade. Não se encontra também sentido na hipótese de veto em projeto de créditos adicionais, uma vez que a autorização concedida não obriga o Executivo a utilizá-la. Tal não é o caso da lei do orçamento, cujos créditos estão automaticamente abertos com a sanção da lei, dentro dos limites e nas especificações constantes da lei.

Em decorrência do que acima ficou exposto, podemos tirar duas linhas de raciocínio. A primeira diz respeito à própria possibilidade de emendas aos pedidos de autorização para abertura de créditos adicionais. Se a lei de crédito adicional é meramente autorizativa (não se discute aqui natureza do crédito orçamentário, mas da lei que autoriza sua abertura), há sentido em emendar o respectivo projeto? Ou seja, se o Executivo pede autorização para fazer algo, há sentido em o Legislativo dizer: “ao invés de autorizar que faça isso, autorizo a fazer aquilo”? A pergunta é válida porque uma autorização não obriga o seu destinatário a fazer ou a deixar de fazer coisa alguma. Entretanto, pode o legislador, observada a finalidade geral da autorização solicitada, desejar limitar-lhe o alcance, especificar melhor o seu objeto ou sua forma de execução, enfim, efetuar modificações nos termos da autorização pleiteada. Em conclusão, sendo admissíveis emendas a pedidos de autorização, em geral, são também admissíveis emendas aos pedidos de autorização para abertura de créditos adicionais, pois o Legislativo pode pretender autorizar gasto diferente daquele solicitado pelo Executivo.

A segunda linha de raciocínio é a seguinte: admitida a possibilidade de emendas aos pedidos de autorização de créditos adicionais, deve esta ser limitada? A essa segunda pergunta é forçoso também responder positivamente: a possibilidade de emendas aos pedidos de autorização para abertura de créditos adicionais deve ser limitada. A resposta se prende a duas questões: uma de natureza constitucional, como

tentaremos demonstrar a seguir e a outra de relacionamento entre os Poderes da República. Se se admite a possibilidade de emendas é porque o Legislativo tem a expectativa de que o propósito nelas contido seja acolhido, caso contrário estaria o Legislativo, deliberadamente, exercendo uma atividade desvinculada de sua missão constitucional. Os projetos de crédito adicional, como qualquer projeto de lei, não poderiam ser submetidos ao crivo do Poder Legislativo para simples homologação ou rejeição, sendo portanto indiscutível a possibilidade de apresentação de emendas, início do processo de atuação do Legislativo. O que não se pode perder de vista é que, podendo o Poder Executivo deixar de usar a faculdade que lhe é concedida, a única política conseqüente seria a de evitar que a autorização concedida seja inteiramente fora dos propósitos de quem a pediu. Daí a conveniência de se estabelecer limites ao poder de emendar projetos de crédito adicional pelos parlamentares.

O § 3º do art. 166 da Constituição Federal diz o seguinte:

“As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:...”

Embora os projetos relativos a crédito adicional não modifiquem imediatamente o orçamento anual, é deles que emergirá a fonte legal do decreto que efetuar a modificação. Desta forma, é justificável que a expressão “projetos que o modifiquem” seja entendida como “projetos que modifiquem o orçamento anual”, compreendidos aí os projetos relativos a créditos adicionais.

De maneira que, se o constituinte não foi expresso ao estender aos projetos de crédito adicional as limitações da possibilidade de emendas relativas à lei orçamentária, não se poderia entender, numa interpretação sistemática da matéria orçamentária contida na Constituição, que pudessem ser aprovadas emendas a projetos de crédito adicional que estariam vedadas no projeto de lei original, ou seja, no projeto de lei orçamentária anual.

Aos projetos de lei relativos a crédito adicional, portanto, se aplicam, além de outras fixadas em lei ou regulamentos, as restrições constantes do mencionado § 3º do art. 166 da Constituição. De acordo com tal dispositivo constitucional, somente poderão ser aprovadas emendas que:

“I – sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orça-

mentárias;

II – indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e o Distrito Federal; ou

III – sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei”.

O Congresso Nacional, ao aprovar a Resolução nº 2, de 1995 – CN, que “dispõe sobre a Comissão Mista Permanente a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição Federal, e sobre a tramitação das matérias a que se refere o mesmo artigo”, diz no seu art. 16 que as emendas aos projeto de lei orçamentária anual e aos projetos de créditos adicionais que proponham inclusão ou acréscimo de valor somente poderão ser aprovadas pela Comissão caso obedeçam às referidas restrições constitucionais e ainda:

a) não sejam constituídas de várias ações que devam ser objeto de emendas distintas; e

b) não contrariem as normas desta Resolução, bem como as previamente aprovadas pela Comissão.

No seu art. 19 a mencionada Resolução estabelece também limitação quantitativa ao poder de emendar:

“Cada parlamentar poderá apresentar até vinte emendas individuais ao projeto de lei orçamentária anual e projetos de lei de créditos adicionais, excluídos deste limite aquelas destinadas ao texto de lei e ao cancelamento parcial ou total de dotações orçamentárias”.

Ao aprovar o seu Regulamento Interno, em 16-9-93, a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização inseriu em seu art. 51 as seguintes limitações às emendas aos projetos de lei relativos a créditos adicionais, além das mencionadas anteriormente:

“Art. 51. As emendas a projeto de lei de crédito adicional não poderão ser admitidas<sup>2</sup>:

I – no caso de crédito suplementar:

a) quando criarem subprojeto ou

*Revista de Informação Legislativa*

subatividade novos em relação ao programa de trabalho constante da Lei Orçamentária Anual vigente no exercício, atualizada pelos créditos adicionais abertos;

b) quando alocarem recursos para subprojeto ou subatividade constante de unidade orçamentária não contemplada no referido projeto;

c) quando se destinarem a reforço de contrapartida de empréstimos externos, observado o disposto no art. 48, § 1º, *a*, deste Regulamento;<sup>3</sup>

II – no caso de crédito especial:

a) quando se destinarem a contrapartida a empréstimos externos novos, observado o disposto no art. 48, § 1º, *a*;

b) quando criarem subprojetos ou subatividades novos em unidade orçamentária não contemplada no projeto de lei”.

Os dispositivos acima nos indicam que as emendas a projetos de lei de crédito suplementar somente poderão destinar recursos a subprojetos e subatividades existentes na Lei Orçamentária Anual e constantes do programa de trabalho das unidades orçamentárias contempladas no referido projeto. Por outro lado, nos casos de créditos especiais, a restrição se estende apenas a unidades orçamentárias não contempladas no projeto de lei. Em ambos os tipos de crédito, as emendas não podem pretender destinar recursos a contrapartidas de empréstimos externos.

Isto nos leva à conclusão imediata de que o projeto de lei de crédito suplementar não pode se transformar em crédito especial (letra *a* do inciso I do mencionado art. 51). Não está expresso, contudo, o inverso: seria possível transformar projeto de lei de crédito especial em crédito suplementar? Numa interpretação sistemática do processo orçamentário, deve-se afirmar que não, pois se estaria retirando do Presidente da República a iniciativa que lhe é privativa, conforme demonstramos anteriormente. Há quem defenda, contudo, a tese de

que, em não existindo vedação expressa, pode o Legislativo transformar um projeto de lei de crédito especial em crédito suplementar.

Além das limitações constitucionais e daquelas estabelecidas na Resolução nº 2/95 – CN e no Regulamento da própria Comissão, é oportuno lembrar que há um outro tipo de limitação que decorre necessariamente do próprio processo orçamentário relativo a créditos adicionais. Entre as fontes de recursos que podem ser usadas para a abertura de créditos adicionais, de acordo com a Lei nº 4.320/64, está o cancelamento de dotações orçamentárias já existentes, como registramos anteriormente. Entretanto, enquanto essas dotações não são efetivamente canceladas, por meio do decreto de abertura do crédito adicional, elas continuam válidas e existentes no mundo jurídico orçamentário, podendo dar cobertura à realização de despesas, mediante o competente empenho. Em vista disso, o Poder Executivo, ao solicitar autorização para abertura de crédito adicional propondo cancelar determinadas dotações, expede ordem no sentido de bloquear as mesmas. Se assim não fizesse, correria o risco de, quando obtivesse a autorização legislativa, não ter mais dotação para cancelar.

Assim sendo, embora possa o Legislativo oferecer emenda suprimindo fontes de cancelamento apresentadas pelo Executivo, seria insubsistente a emenda que intentasse substituir as dotações apresentadas como fonte de cancelamento por outras não constantes das propostas do Executivo, visto que enquanto o projeto tramita no Congresso elas poderão ser comprometidas de modo irreversível.

Cabe aqui uma indagação final: pode o Legislativo alterar o valor global da proposta de crédito adicional remetida pelo Poder Executivo? Nós entendemos que sim, mas dentro das limitações fixadas nos atos mencionados. A redução do valor proposto pelo Poder Executivo parece-nos perfeitamente admissível, uma vez que o Legislativo não concorde com o aumento de despesa prevista na Lei Orçamentária ou a criação de nova despesa ou, ainda, com o cancelamento de determinadas dotações.

Quanto ao aumento do valor proposto, por se tratar de crédito autorizado no decorrer do exercício financeiro, poder-se-ia apontar como recursos para tal acréscimo, nos termos do § 1º do art. 43 da mencionada Lei nº 4.320/64, o *superavit* financeiro apurado em balanço

<sup>2</sup> Regulamento Interno da Comissão Mista, art. 50, § 1º: “As emendas inadmitidas, entendidas como tais as que conflitem com o disposto nos arts. 165, § 8º, 166, § 3º, e 167, incisos IV, VII e IX da Constituição Federal ou que se enquadrem nas situações indicadas no art. 51 deste Regulamento...”

<sup>3</sup> Esse dispositivo se refere a correção de erro ou omissão.



patrimonial do exercício anterior<sup>4</sup> e os provenientes de excesso de arrecadação<sup>5</sup>. A hipótese, contudo, é inviável face ao disposto no inciso II do art. 16 da Resolução nº 2/95 – CN, que estabelece apenas os recursos provenientes de anulação de despesa como fonte para aprovação de emendas a projeto de lei de crédito adicional.

#### 4. Conclusões

Como os projetos de lei de crédito suplementar e de crédito especial autorizam o Poder Executivo a abrir os respectivos créditos, seria oportuno reafirmarmos que a única política conseqüente seria a de evitar que a autorização para a abertura de crédito adicional viesse a ser concedida fora dos propósitos de quem a pediu. Válida tal premissa, afigura-se de toda conveniência que se estabeleçam limites ao poder de emendar os projetos de crédito adicional, como ocorre com os projetos de lei orçamentária anual.

As primeiras limitações são de natureza constitucional, que exigem que as emendas a projeto de lei de crédito adicional sejam compatíveis com o plano plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, indicando os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre dotações para pessoal e seus encargos, serviço da dívida e transferências tributárias constitucionais ou sejam relacionadas com correção de erros ou omissões ou com os dispositivos do texto do projeto.

A Resolução nº 2, de 1995, do Congresso Nacional, estabelece adicionalmente que as emendas a projetos de lei de crédito adicional que proponham inclusão ou acréscimo de valor somente poderão ser aprovadas quando não forem constituídas de várias ações, que devam ser objeto de emendas distintas, e quando não contrariarem as normas desse Ato e as fixadas pela Comissão Mista, sobretudo as constantes do Regulamento Interno desta.

O Regulamento Interno da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, seja no caso de crédito especial, seja no caso de crédito suplementar, não admite emendas que aloquem recursos em subprojeto ou subatividade de unidade orçamentária diferente das contempladas no projeto originário do Poder Executivo ou quando destinarem recursos a contrapartida de empréstimos externos. Nos casos de crédito suplementar, tal Regulamento veda, ainda, emendas que proponham criar subprojeto ou subatividade novos em relação ao programa de trabalho constante da Lei Orçamentária Anual.

Nos casos de créditos extraordinários, pela sua singular natureza, de se referir a despesas de grande urgência, que por tal razão acabam sendo executadas antes de qualquer apreciação pelo Legislativo, entendemos não caber ao Parlamento nenhuma ação no sentido de emendá-los, sejam estes abertos na forma tradicional de decreto ou com base em medida provisória, instrumento que consideramos desnecessário e inadequado para a sua viabilização.

---

<sup>4</sup>Art. 43, § 2º, da Lei nº 4.320/64: “2º – Entende-se por *superavit* financeiro a diferença positiva entre o ativo financeiro e o passivo financeiro,...”

<sup>5</sup>Art. 43, § 3º, da Lei nº 4.320/64: “3º – Entende-se por excesso de arrecadação, para os fins deste artigo, o saldo positivo das diferenças, acumuladas mês a mês, entre a arrecadação prevista e a realizada, considerando-se, ainda, a tendência do exercício”.

# Princípios retores da desapropriação

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

## SUMÁRIO

*1. Conceito e importância dos princípios. 2. A desapropriação e seus princípios norteadores. 3. Supremacia do interesse público sobre o privado. 4. Legalidade. 5. Finalidade. 6. Moralidade. 7. Proporcionalidade. 8. Judicialidade. 9. Publicidade.*

### 1. Conceito e importância dos princípios

É nota assente, no exame científico do Direito e dos seus institutos, o descortinar o sentido e alcance dos princípios. J. J. Gomes Canotilho<sup>1</sup>, lente de Coimbra, analisando as linhas do constitucionalismo moderno, aponta para a necessidade de se proceder a uma classificação tipológica da estrutura normativa. Afirma que as normas constituem um gênero, do qual os princípios e regras são espécies.

A distinção entre ambos emerge de cinco critérios, quais sejam:

a) grau de abstração: os princípios são normas com elevado teor de abstração, enquanto as regras têm seu conteúdo abstrato reduzido;

b) grau de determinabilidade: as regras são de aplicação direta, ao invés dos princípios que, por virem quase sempre vazados em linguagem vaga e indeterminada, necessitam, frente aos casos concretos, da intervenção concretizante do legislador e do juiz;

c) caráter de fundamentalidade do sistema: os princípios exercem um papel de fundamento do ordenamento jurídico, em face de sua posição hierárquica no sistema das fontes ou de sua importância estruturante no sistema jurídico, de forma que as regras neles se sustentam;

---

Notas ao final do texto.

Edilson Pereira Nobre Júnior é Juiz Federal, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte e Mestrando pela UFPE.

d) proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* vinculantes e tradutores do ideal de justiça. A vinculação das regras advém de ponto de vista meramente formal;

e) natureza normogenética: representam a base ou alicerce das regras.

De maneira idêntica, Eros Roberto Grau congrega, no gênero norma jurídica, as modalidades regras e princípios, dividindo estes últimos em princípios positivos de Direito e princípios gerais do Direito<sup>2</sup>.

Distinguindo princípios e regras, com o auxílio no magistério de Dworkin, acentua que:

“as regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis de modo completo ou não o são, de modo absoluto, não se passando o mesmo com os princípios; os princípios jurídicos possuem uma dimensão – a dimensão do peso ou importância – que não comparece nas regras jurídicas”<sup>3</sup>.

Pondo em relevo o caráter de fundamento do ordenamento, Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

Mais adiante, assevera que a violação a um princípio é bem mais gravosa do que a transgressão de uma regra qualquer. É bem claro ao dizer que tal afronta

“é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”<sup>4</sup>.

Doutrinador peninsular, Norberto Bobbio<sup>5</sup> enfrentou o tema ao cuidar da completude do ordenamento jurídico, afirmando que os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema. Podem-se apresentar

expressos ou implícitos, dividindo-se os primeiros em já aplicados e ainda não aplicados.

Tomada, ainda que de passagem, a idéia do que sejam princípios jurídicos, cabem ser apontadas as suas funções. A tarefa foi amplamente difundida doutrinariamente. O mestre de ultramar<sup>6</sup>, J. J. Gomes Canotilho, ao ser indagado sobre o problema, adianta que aqueles são multifuncionais, podendo ora desempenhar uma função argumentativa, atuando como cânone interpretativo, ora servir de instrumento de revelação de normas não expressas nos enunciados legislativos.

Cativo no estudo do assunto, José Augusto Delgado<sup>7</sup> formulou feliz síntese, consoante a qual os princípios possuem várias funções, sumariadas como: a) ordenadoras (fixam diretrizes para o aplicador do Direito na interpretação e integração de seus mandamentos); b) prospectivas (tendem a elaborar sugestões para a atualização do *ordo juris*).

Por sua vez, Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>8</sup> atribui-lhes conotações funcionais positiva e negativa. A primeira consiste em ditar o caminho dos subprincípios e das regras que se põem à observância da sociedade e do Estado (pontos de partida e de chegada da inteligência de todas as normas). O colorido negativo importa no alijamento do sistema jurídico de toda prescrição que àqueles se contraponha.

## 2. A desapropriação e seus princípios norteadores

Entende-se por expropriação a perda da propriedade particular, ou o seu esvaziamento (minoração da substância), para o Estado ou seus entes delegados, por uma razão de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro, excetuadas as situações excepcionais das reformas agrária (art. 184, CF) e urbana (art. 182, 2º, CF), em cuja quitação são utilizados títulos públicos.

Constituindo o meio pelo qual a potestade estatal impõe a mais grave limitação à propriedade privada, a expropriação não fica a salvo da incidência de vários princípios jurídicos. Afastada qualquer pretensão exauriente, destacamos sete deles, quais sejam:

a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) legalidade; c) finalidade; d) moralidade; e) proporcionalidade; f) judicialidade; g) publicidade.

### 3. Supremacia do interesse público sobre o privado

A hegemonia do interesse público sobre o particular configura dogma da mais alta relevância nas províncias dos direitos constitucional e administrativo. A sua importância avultou com as reações contra o individualismo, engendradas a partir da segunda metade do século XIX, tendo como eventos marcantes a Comuna de Paris e o Manifesto Comunista, ambos de 1848.

Apesar de não explicitado, às escâncaras, no recente texto constitucional, o cânon configura decorrência lógica do Estado Democrático de Direito. Fundando-se a democracia no interesse da maioria dos administrados, cuja modelação cabe à lei, expressão da *volonté générale*, cubada pelo engenho do filósofo de Genebra, segue-se que o querer do conjunto deve prevalecer sobre o do proprietário, legitimando a supressão ou limitação aos atributos do domínio<sup>9</sup>.

Ao conferir à Administração a competência para intervir no direito de propriedade, desapropriando, a ordem jurídica não confere apatência a ser manifestado ilimitadamente. Exige que a postura administrativa se conforme ao interesse geral que, em nenhuma hipótese, deverá sucumbir ante caprichosos desígnios individuais do governante.

Já se foi a época, de triste memória, em que a expropriação guiava-se pela bússola do domínio eminente, titularizado pelo monarca, a forjar motivação para a extinção arbitrária do *jus proprietatis*.

Solapando, com laivos de definitividade, o arbítrio então reinante, defluente da fórmula absolutista *le roi ne peut mal faire*, o art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreveu dever a privação da propriedade pautar-se na idéia de interesse público.

Na atualidade, manifestação do princípio é balizada com o alargamento da noção de utilidade pública, para abranger algo mais que o mero interesse na regular prestação dos serviços administrativos. A desapropriação se impõe também como meta dos integrantes da comunidade, consistente em exigências de desenvolvimento calcadas na justa distribuição da propriedade. É o interesse social<sup>10</sup>, posto ao lado das tradicionais espécies necessidade ou utilidade públicas, a ensejar a ocorrência do fenômeno expropriatório.

A atual Constituição enfocou, de maneira mais reforçada, este aspecto, apontando, quer para a propriedade rural, quer para a urbana, uma função social, cujo descumprimento poderá dar azo à medida drástica<sup>11</sup>.

### 4. Legalidade

O princípio da legalidade representa noção capital do Estado de Direito, sendo bússola norteadora da Administração Pública.

O seu sentido histórico decorreu da necessidade de se subordinar o governante, irresponsável no fastígio do absolutismo, ao ordenamento jurídico, eliminando-se favoritismos e desejos pessoais. Substituiu-se a vontade individual do monarca pela vontade geral, materializada na lei, elaborada pelos representantes do povo, na condução dos negócios públicos.

Agasalha-o a nossa Lei Básica em vários dispositivos. Primeiramente, no art. 5º, II, ao dizer que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Noutro passo, eleva-o como ponto cardeal da Administração Pública no art. 37, *caput*. Está, igualmente, presente no art. 84, IV, *in fine*, ao condicionar o atributo regulamentar do Poder Executivo.

À legalidade, tomada a sua expressão como conformidade ao Direito, não é estranha a desapropriação. A esta restou fincada, historicamente, com o art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, no qual se assentou que a desapropriação somente é legítima quando voltada à satisfação de interesse público, legalmente comprovado. Daí recebera acolhida em nossa Carta Magna de 1824, cujo art. 179, § 22, ao depois de garantir a plenitude do direito de propriedade, prescrevia que se “o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela”, acrescentando caber à lei especificar os casos em que se teria por verificada tal exceção. Idêntica postura assumira a Constituição belga de 7 de fevereiro de 1831, responsável pela superação retórica das declarações de direito do Estado liberal, proclamando no seu art. 11:

“Ninguém pode ser privado da sua propriedade senão por causa de utilidade pública, nos casos e da maneira estabelecida pela lei e mediante uma justa e prévia indenização”.

O postulado foi preservado na Emenda XIV, Seção I, à Constituição dos Estados Unidos da América, ratificada em 27 de julho de 1868, ao solenizar a vedação de se “privar alguma pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem observância dos trâmites legais”.

Na França, a reserva de competência legislativa sobre o tema foi assaz sacralizada. O art. 34 da Constituição de 1958, ao enumerar as matérias sujeitas ao monopólio da lei em sentido estrito (formal e material), sustentou competir a esta estabelecer os princípios fundamentais do regime da propriedade, dos direitos reais e das obrigações civis e comerciais, de maneira que, em se tratando de tais assuntos, o regulamento deve ser visto como um intruso. Não se cuidando da disciplina dos princípios fundamentais do direito de propriedade, lícita a intervenção regulamentar. Salienta o Professor Pierre Bon, em artigo traduzido por Carlos Ary Sundfeld, que o Conselho Constitucional, por meio das Decisões 65-33 L, de 9.2.65, 69-53 L, de 27.2.69, 69-58 L, de 24.10.69, 77-101 L, de 3.11.77, e 88-157 L, de 10.05.88, fixou, no que concerne à expropriação, divisor de águas entre o que deve ser reputado princípio fundamental do direito de propriedade, monopolizado pelo legislador, e os assuntos pertinentes à competência regulamentar. Afirma o mestre:

“Em matéria, por exemplo, de desapropriação, o Conselho Constitucional entendeu integrarem os princípios constitucionais, enquadrando-se conseqüentemente na competência do legislador, as disposições relativas à composição dos órgãos jurisdicionais expropriatórios incumbidos da fixação do montante da indenização ou as que atribuem, a um magistrado da ordem judicial, competência para decretar a transferência da propriedade dos imóveis expropriados, ou ainda aquelas exigindo que a decisão expropriatória discrimine, na quantia deferida a cada interessado, a indenização principal e, quando for o caso, as verbas acessórias, esclarecendo as bases sobre as quais as diversas parcelas tiverem sido calculadas. Em contrapartida, são estranhas aos princípios fundamentais do regime da propriedade, ensejando, portanto, a competência regulamentar, as disposições seguintes, também relativas ao tema da desapropriação: disposições designando o órgão cujo parecer deve ser

colhido previamente a certas desapropriações, disposições designando a autoridade administrativa competente para expedir a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação ou disposições fixando certos prazos em matéria de procedimento não penal”<sup>12</sup>.

Na Alemanha, o panorama não é diverso. Dispõe a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 (art. 14, nº 3) que a manifestação expropriatória somente é admissível via legal ou mediante ato administrativo fundado na lei.

No direito pátrio, constata-se que é à Constituição, suporte de validade de todas as regras jurídicas, a quem toca o apanágio de gizar, em tom de genericidade, as hipóteses autorizativas da medida<sup>13</sup>.

Remanesce à lei, por seu turno, o atributo exclusivo de tipificar, de maneira taxativa, as hipóteses de sua ocorrência em face dos permissivos constitucionais. A isto favorece o estatuído no art. 5º, XXIV, da CF, no sentido de que

“a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social...”<sup>14</sup>.

Disso surgem duas importantes conseqüências. Uma, a de que as hipóteses supressivas do *jus proprietatis* resultam do consentimento do povo, por intermédio dos seus representantes nas assembleias. Em segundo lugar, garante-se o cidadão contra eventuais caprichos do gestor administrativo, em virtude das situações ensejadoras da providência deverem ser objetivamente demonstradas. Tal não ocorreria se o conceito de interesse público, por sua vagueza e indeterminação, pudesse, na prática, ser apontado pela Administração, à míngua de balizas legais.

Corolário lógico da tipicidade é a não-admissibilidade de integração analógica a hipóteses fáticas similares às constantes da descrição legal. Impõe-se o *numerus clausus*. Este o pensar que preponderou no Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do RE 97693-MG<sup>15</sup>.

Sem embargo, há ordenamentos esposadores de ponto de vista contrário. Por exemplo, o Código de Expropriações de Portugal (art. 1º, nº 1), aprovado pelo Decreto-Lei nº 845, de 11.12.76, substituindo a sistemática da ab-rogada Lei nº 2.030, adotou a expressão vaga e indeterminada *utilidade pública*, conferindo ao administrador a valoração, em cada caso

concreto, dos motivos oportunistas e da gravosa intervenção na propriedade privada.

## 5. Finalidade

É consabido demandar a validade do ato administrativo o perfazimento de determinados requisitos elencados pela doutrina. Um deles, quiçá o principal, é o da finalidade pública. Curando o interesse da sociedade, as manifestações da Administração devem sempre convergir para o atingimento dos objetivos idealizados pelo todo.

O fim de interesse coletivo a ser perseguido é, portanto, uma elementar indissociável de toda postura administrativa, pena de esta emergir inválida.

Essa tendência acentuou-se bastante com a norma do art. 37 da Lei Fundamental recém-promulgada, ao impor seja a conduta administrativa tísada pela marca da impessoalidade<sup>16</sup>. Isso quer dizer que o administrador somente pode atuar visando ao interesse público, ou seja, a interesses gerais, não lhe sendo dado satisfazer pretensões de particulares, deduzidas por pessoas determinadas, quer para favorecer ou prejudicar indevidamente.

Cabe, por sua vez, ao ordenamento positivo, como expressão da soberania popular, apontar qual a finalidade a ser obtida com a prática do ato administrativo.

O fim público é aquele que a lei, explícita ou implicitamente, prevê como tal. Afastando-se o administrador do objetivo indicado em sede legal, ou elegendo outro de caráter particular, vem a lume a figura do desvio de poder, consoante definição do art. 2º, parágrafo único, e, da Lei nº 4.717/65, de sorte a nulificar o comportamento praticado<sup>17</sup>.

Constituindo a Administração atividade de quem não é dono, a vontade do agente público é serviente, não se podendo afastar do fim indigitado pela regra de direito. Lapidar a advertência de Ruy Cirne Lima:

“o fim – e não a vontade – domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito”<sup>18</sup>.

A desapropriação é, de fato, a mais onerosa

medida de intervenção estatal na propriedade privada. Resulta da superioridade do interesse público sobre o individual e somente quando satisfaz aquele pode legitimar-se.

Intransponível, então, que a perda da propriedade, ou de utilidades substanciais desta, pelo cidadão, em prol do Estado, ou de seus delegados, somente ocorra se encontrar arrimo em situações de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, definidas em lei.

Em vista disso, se o administrador, ao desapropriar, não atender ao fim coletivo (necessidade ou utilidade pública, ou interesse social), cometerá arbítrio, sanável pelo Judiciário<sup>19</sup>.

Regra geral, o desvio de finalidade em desapropriação acontece em dois casos. Primeiramente, emerge quando o Poder Público atua para privilegiar apaniguados, dando ao bem destino de interesse privado no lugar de público, como, *verbi gratia*, quando transfere a sua propriedade, ou simplesmente o seu uso, a particular.

Interessante notar é quando a alienação do bem realiza-se em favor de pessoa jurídica de direito privado que tenha fins sociais. O Supremo Tribunal Federal, convocado a dar a sua opinião, traçou uma distinção entre entidades privadas com fins equiparados a interesse público e aquelas gestoras de interesse público típico. Na primeira hipótese, optou pela impossibilidade da desapropriação. Elucidativas as palavras do Ministro Eloy da Rocha, ao votar no RE nº 64.559 – SP:

“Ocorre desvio de finalidade da desapropriação, se o expropriante aliena o bem, ou cede o uso, por qualquer título, a particular. Descaracteriza-se, então, a utilidade pública, prevista na Constituição e na lei. Visa a desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, à utilização do bem pela entidade pública. Utilidade pública é a determinada na lei. Somente não há desvirtuamento do fim, naquela hipótese, na desapropriação por interesse social – arts. 13, § 22, e 161, da Emenda nº 1, de 17.10.69. Pela própria natureza da desapropriação por interesse social, pode o Poder Público desapropriar bens para vendê-los ou locá-los ‘a quem estiver em condições de dar-lhes a destinação social prevista’ – art. 4º da Lei nº 4.132, de 10.9.62. Ainda que a pessoa de direito privado tenha fins sociais – encontra-se, em

alguns julgados, a valorização desses fins –, não será possível, a meu ver, a destinação a seu serviço da coisa desapropriada, sem que se desnature a utilidade pública, prevista na lei de desapropriação, que corresponde ao interesse do Estado. Mesmo a entidade declarada de utilidade pública não é entidade pública”<sup>20</sup>.

No decorrer do seu voto, o em. julgador analisa, detidamente, os precedentes da Excelsa Corte sobre o assunto. Idêntica solução, mais recentemente, foi adotada no RE 88.699-1-SP<sup>21</sup>. Quando se tratar de entidade gestora de interesse público típico, de que foi caso líder a Fundação Getúlio Vargas, entendeu-se pela possibilidade<sup>22</sup>.

Outra situação é aquela em que a Administração, devendo usar os bens expropriados por necessidade ou utilidade pública em obras e serviços e, no interesse social, na justa distribuição da propriedade, não os empregue em nenhum anelo coletivo, abandonando-os.

Fernando Alves Correia<sup>23</sup>, atento à práxis europeia, acrescenta a hipótese em que a desapropriação é realizada com a finalidade de possibilitar uma vantagem financeira para o Estado, como na incidente sobre terrenos com o fim de mais tarde serem vendidos a preço mais elevado<sup>24</sup>.

No Brasil, fenômeno semelhante ocorre na desapropriação por zona (art. 4º, Decreto-Lei nº 3.365/41), não no que concerne às áreas necessárias às obras ou serviços, e ao desenvolvimento destes, mas àquelas que se valorizam extraordinariamente em função do atuar estatal.

Não tolera a ordem jurídica que se proceda à expropriação com vistas a aumentar o patrimônio disponível do Poder Público, vez que o instituto em tela não pode configurar enriquecimento indevido para o Estado.

Pretendendo o expropriante angariar recursos para custear a desapropriação e as obras com esta realizadas, há de abeberar-se numa única fonte: a tributação. Há, desde o art. 30, I, da Constituição de 1946, tributo específico, denominado de contribuição de melhoria, para que os entes políticos possam ressarcir-se dos beneficiários de obras públicas o custo destas.

Pela inconstitucionalidade da desapropriação por zona, no ponto inerente às áreas reservadas para revenda, há fulgurante exposição de Seabra Fagundes<sup>25</sup>. Em sentido contrário, Adilson de Abreu Dallari<sup>26</sup> defende,

ao lado da contribuição de melhoria, a desapropriação por zona como instrumento para o Estado apropriar-se da mais-valia, decorrente de obra pública, para a qual não contribua o proprietário.

Em sintonia com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez<sup>27</sup>, assentou que o expropriante não pode, em detrimento do expropriado, cobrar-se do valor das obras, não se podendo deduzir do montante da indenização a importância da mais-valia imobiliária imposta à área remanescente. A fonte dos dispêndios estatais, para a realização de obras e serviços, há de ser a tributária, ora previamente por meio de impostos, ora, *a posteriori*, pela contribuição de melhoria. Inconcebível transformar o instituto da desapropriação, cuja excepcionalidade é ressaltada em face da garantia do *jus proprietatis*, em instrumento para o Estado angariar recursos financeiros.

Não se pode olvidar que a finalidade deve ser compreendida genericamente, tanto que um bem desapropriado com um objetivo pode ser empregado em outro, se também de interesse público, sem que haja desvio de poder administrativo. Assim, um terreno expropriado para a edificação de uma maternidade pode abrigar uma delegacia de polícia, e vice-versa, mas jamais poderá receber uma construção particular.

A observância da finalidade pública impõe a necessidade de se motivar, objetiva e amplamente, o decreto expropriatório, tanto no que respeita à indicação do fim concreto da medida quanto na indicação dos bens objeto desta. A exigência é redobrada em ordenamentos, como o português, onde a lei não procede à enunciação taxativa das causas de interesse público, contentando-se com o uso do binômio utilidade pública.

Sem motivação, cerceia-se ao particular atingido a possibilidade de confrontar, no caso concreto, se foi atingido o ideal abstrato, plasmado normativamente.

## 6. Moralidade

Também não se pode prescindir, no trato da temática aqui posta, do *standard* da moralidade. Nas primícias, com *hábitat* preponderante no direito privado, o princípio, nos dias atuais, exerce incontestável influência no direito público, traduzindo exigências do bem administrar.

Encontra-se, a partir de 5.10.88, previsto, às expressas, em nossa Lei das Leis, alargando o conceito de legalidade no que condiz com o controle jurisdicional dos atos administrativos.

O seu significado, e incontestável importância nos quadrantes de nosso *ordo juris*, foi, com precisão inexcelsível, realçada por José Augusto Delgado:

“A moralidade tem a função de limitar a atividade da administração. Exige-se, com base nos postulados, que a forma, que o atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo consagrados no alcance da imposição do bem comum”<sup>28</sup>.

Adaptadas, ao plano expropriatório, a combinação harmônica entre eficiência e justiça, constata-se ser obrigatório ao Poder Público, quando expropriar, efetuar, em prol do proprietário atingido, contrapartida remuneratória. Se é certo que a desapropriação imponha-se pelo bem geral, não menos escorreito que o agente estatal, no manejo de tal competência, proscreva o enriquecimento sem causa, vedação secular que o direito hauriu da moral.

Realizando essa aspiração, o constituinte não é omissivo em prever a obrigação estatal de ressarcir o *dominus* (arts. 5º, XXIV, 182, §§ 3º e 4º, 184, *caput*, todos da CF de 1988)<sup>29</sup>. E não é só. Tal compensação não pode ser tardia. Pelo contrário, necessita anteceder a perda definitiva da propriedade, embora não afete a imissão provisória<sup>30</sup>. Igualmente, descabe afastar-se de parâmetros de justiça. Deve fazer retornar ao patrimônio afetado não só o valor do bem perdido, mas eventuais despesas que a desapropriação acarretou ao particular, como a constituição de advogados e assistentes técnicos, a perda da potencialidade econômica do bem, etc.

A perda da propriedade sem o adorno indenizatório é reputada como confisco, cuja liceidade somente é concebida nas hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição. São elas a perda de bens como efeito civil das infrações criminais (art. 5º, XLVI) e a figura do art. 243, *caput* e parágrafo único, relacionada a glebas cultivadas com plantas psicotrópicas, fora dos casos de permissão legal, e a todos os bens auxiliares do tráfico ilícito de entorpecentes.

## 7. Proporcionalidade

A despeito de remotas raízes históricas, a noção de proporcionalidade passou a freqüentar o ainda incipiente direito público com os revolucionários ingleses do século XVII, a pregar, fortemente influenciados pelo jusnaturalismo, então elaborado à base da razão, que o poder de polícia, exercido pelo governante, somente poderia limitar direitos fundamentais do indivíduo com vistas à proteção do interesse coletivo, combatendo a sua ação desarrazoada.

Transplantada para a França, mesmo passado o fastígio do Iluminismo, a doutrina serviu de estuque para o controle dos atos administrativos através do *récurso pour excès de pouvoir*, criação do *Conseil D'État* em 1806, desenvolvida, com contornos mais definidos, a partir do Segundo Império quando a Lei de 24.5.1872 legou a esse órgão feição jurisdicional.

A partir da segunda metade do atual século, passou a influenciar, mediante o aprofundamento de seu estudo na Alemanha, o direito constitucional no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos individuais.

Volvendo-se ao direito administrativo, o princípio da proporcionalidade, segundo evocação de Celso Antônio Bandeira de Mello,

“enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam”<sup>31</sup>.

Na mesma linha, texto produzido, em março de 1996, pelo Grupo de Estudos da Justiça Federal de Primeira Instância de Curitiba/PR, fornece noção lapidar:

“O princípio da proporcionalidade é um desenvolvimento do princípio do Estado de Direito. Significa ele, em termos simples, que o Estado, para atingir os seus fins, deve usar só dos meios adequados a esses fins e, dentre



os meios adequados, só daqueles que sejam menos onerosos para o cidadão.”<sup>32</sup>

Da dimensão estrutural do cânon extraem-se duas premissas. A primeira é a de que somente desapropriar-se-á quando tal providência for *necessária e adequada* à concretização do fim público visado. Em segundo lugar, ressaindo forçosa a utilização de tal competência, deve-se escolher o meio que menor ônus cause ao cidadão.

Consoante Fernando Alves Correia<sup>33</sup> a vinculação do expropriante à proporcionalidade constou de preocupação expressa do Código das Expropriações de Portugal (art. 4º, nº 1), quando preconiza a contenção da desapropriação aos lindes estritamente necessários à satisfação do interesse público.

Propugna, contudo, a perfilhação de três temperamentos. O primeiro desses, do qual não se esqueceu o art. 4º, nº 1º, do Código das Expropriações, em sua parte derradeira, centra-se em que a autoridade competente, ao determinar os bens indispensáveis à medida, deverá levar em conta o atendimento de necessidades futuras, desde que previsíveis. Exemplifica do seguinte modo:

“Se, por exemplo, na construção de um aeroporto for, desde logo, previsível que o desenvolvimento do tráfego aéreo virá a exigir a sua ampliação, é perfeitamente lícito que se proceda imediatamente à expropriação dos terrenos necessários a essa futura ampliação”<sup>34</sup>.

A segunda ressalva está nos casos em que a desapropriação, em proporções superiores ao necessário, faça-se no interesse ou por solicitação do particular. São os casos onde a expropriação atinge parte demasiado considerável do bem, de forma a prejudicar o seu uso normal. Poderá, então, o prejudicado requerer a desapropriação total. Identifica-se com o que, no nosso direito, é denominado direito de extensão<sup>35</sup>.

A última delas está na desapropriação-sanção, ocorrente quando o proprietário não dá aos bens a utilização compatível com a sua função social, não tendo a Administração que fundamentar o seu agir com a realização de obra ou serviço público, mas tão-só que entregar o bem a terceiros para que o empreguem no seu fim natural.

## 8. Judicialidade

O princípio da judicialidade, ou da reserva judicial, é corolário da exigência do devido

processo legal para propiciar a perda da propriedade, outrora assentada no art. 39 da *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, outorgada por João Sem-Terra aos seus barões.

Requer a interveniência do Judiciário para transferir ao Estado o domínio do bem expropriado caso haja discordância do proprietário. Denomina-o Carlos Ary Sundfeld de garantia adjetiva do expropriado, decorrente do art. 5º, LIV, da Constituição da República, ao reclamar, à privação da propriedade, o antecedente do devido processo legal, calcado em “um processo judicial, onde se possa exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa”<sup>36</sup>.

Averbe-se que o *Conseil Constitutionnel*<sup>37</sup>, ao oferecer compreensão exegética ao art. 66 da Constituição de 1958, legou à autoridade judicial comum o mister de custode da propriedade privada, embora circunscrevendo a franquia à propriedade imobiliária, de maneira que nas nacionalizações das casas bancárias, ocorridas em 1982, as ações cotadas em bolsa tiveram seu valor mensurado por uma comissão nacional de avaliação, organismo administrativo cujas deliberações estão submetidas à justiça administrativa.

Atormenta o direito brasileiro, principalmente depois da Lei Máxima de 1988, duas questões interessantíssimas, a saber: é possível ao particular descortinar a ocorrência do interesse público ensejador da medida? Em caso afirmativo, esta discussão pode ser travada nos autos da expropriação?<sup>38</sup>.

Quanto à primeira, maiores dúvidas inexistem. Resulta expressa do mandamento constitucional contido no art. 5º, XXIV, garantidor da integridade do direito de propriedade, a premissa de que este somente pode ser suprimido mediante desapropriação fundada em interesse público. Ausente este, ilícita a atuação estatal supressora de tal direito.

A indagação da utilidade pública condiz com a própria finalidade da expropriação e, por isso, constitui elemento vinculante para o administrador. A sua não-observância longe está do território da oportunidade ou conveniência, sendo, portanto, perscrutável judicialmente.

A nossa jurisprudência considera a finalidade do ato declaratório como integrante do *bloco da legalidade*, submetendo-se à censura judicial. Bem elucidativo o acórdão da 1ª Turma do STJ no REsp 1.225-ES:

“Administrativo. Desapropriação. Finalidade social. Inocorrência. I- Conquanto ao Judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve ele escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato bem como a finalidade, pois, aí, reside o freio à discriminariedade, por isso que a declaração de utilidade pública terá de indicar, precisamente, o fim a que se destina a expropriação. II- Tendo em conta o interesse público, é vedada à administração desapropriar ‘para construção de imóveis’ sem especificar a perseguição do interesse público, é dizer, a finalidade. III- Se a finalidade referida no decreto expropriatório é fraudada, desmerece-se, por si própria, a desapropriação. IV- Recurso provido e remessa dos autos ao Pretório Excelso”<sup>39</sup>.

No voto do relator é citado precedente do Supremo Tribunal Federal no RE 78.229-6<sup>40</sup>.

Problema maior consiste em fazer-se tal perquirição nos próprios autos da expropriação. A LGD contém dispositivos desfavoráveis a tanta, a começar pelo seu art. 9º, que dispõe:

“Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”.

Depois vem o seu art. 20, afirmando:

“A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”.

Pelos preceitos citados, o expropriado, se quiser impugnar a existência de utilidade pública, terá de fazê-lo por intermédio do ajuizamento de outra demanda, não podendo servir-se da oportunidade para defesa no processo de desapropriação.

Os nossos Tribunais, a despeito de permitirem que o objetivo da expropriação seja impugnado, excluem tal exame dos próprios autos da desapropriação. À época da Constituição pretérita, deliberou o TFR:

“A lei não impede “a discussão judiciária em torno do fundamento da desapropriação, no caso de eventual abuso por parte do Poder Público; também não impede que qualquer alegação de violação de direito individual seja examinada pelo Poder Judiciário. Só que tais

discussões deverão ocorrer em ação própria”<sup>41</sup>.

Tem-se, assim, admitido o mandado de segurança, quando visar à arguição de incompetência do expropriante, ou ilegalidade demonstrável de plano<sup>42</sup>. Na maioria das vezes, poderá ser preciso a realização de uma maior investigação probatória e, com isso, indispensável a opção pelo uso do procedimento ordinário.

O ponto negativo da via de defesa apontada pelo legislador está no art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41, ao prever que, uma vez incorporados à fazenda pública, os bens expropriados não mais reverterão ao expropriado, conquanto reconhecida a nulidade da desapropriação. Qualquer pleito resolver-se-á em perdas e danos.

Deve-se entender o significado da expressão *incorporação à fazenda pública* não como mera transferência dominial, mas sim diante do princípio da intangibilidade da obra pública, construção do *Conseil d'État* da França. Deste modo, somente quando, imitada provisoriamente na posse, a Administração edificar obra ou implantar serviço público, ou se encontrarem estes em adiantada fase de execução, não mais caberá o retorno do bem.

Para obviar tal inconveniente, a jurisprudência passou a admitir a propositura de medida cautelar, com vistas a sustar o andamento da desapropriação enquanto não decidido definitivamente o feito onde a sua nulidade é questionada<sup>43</sup>.

O dogma da não-discussão do interesse público na ação desapropriatória não mais deve prevalecer na atualidade. Rubem R. Nogueira<sup>44</sup>, lente da Faculdade de Direito da Universidade Católica da Bahia, ainda sob o jugo da ordem constitucional pretérita, lançou mão de percuente estudo sobre o assunto, principiando pela evolução histórica do nosso direito positivo, onde constatou que o Decreto nº 4.956, de 9.9.1903, continha preceituação que vedava tal verificação (art. 10). Referida norma sofreu vigorosa impugnação por parte de Rui Barbosa, fundado na jurisprudência das cortes norteamericanas, a advogar que, se o expropriado centra a sua contradita na Constituição, guardião tanto da intangibilidade da propriedade quanto do direito de desapropriar, caberia aos juízes e tribunais a sua averiguação, que deveria operar-se no mesmo processo por onde se desenrola a expropriação.

Conclui, assim, que o Decreto-Lei nº 3.365/41, na parte em que remete o exame jurisdicional da utilidade pública a feito distinto, viola, a um só tempo, as garantias constitucionais da propriedade e do acesso ao Poder Judiciário<sup>45</sup>.

Mais recentemente, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>46</sup> e Carlos Ary Sundfeld<sup>47</sup> inclinaram-se pela possibilidade de tal apreciação ser feita na própria expropriação. O último dos autores, vale citar, foi mais além. Pôs a questão não somente quanto ao art. 5º, XXXV, da Lei Máxima vigente, porquanto, a princípio, a franquia da intervenção judiciária estaria satisfeita com a possibilidade de propositura de ação direta, mas em conformidade com o item LIV do mesmo artigo, ao condicionar a perda da propriedade ao devido processo legal, o qual, por inexoravelmente abarcar o contraditório e a ampla defesa, não mais admite que a lei sonegue ao expropriado a oportunidade de, no processo de supressão de bem ou direito, que é o expropriatório, questionar a existência da utilidade pública ou do interesse social<sup>48</sup>.

Além do fator não-positivo da perda material do bem antes do julgamento da ação direta de nulidade, esvaziadora do conteúdo desta, a não-admissão da contestação do interesse público na própria desapropriação contribuirá para a multiplicação de processos perante o Judiciário, pois haverá a necessidade, na maioria dos casos, de serem intentadas uma ação ordinária e outra de natureza cautelar<sup>49</sup>. Cabe ainda mencionar que a utilidade do ajuizamento da ação direta ficou mais comprometida com a Lei nº 8.437, de 30.6.92, pelo fato das declarações de utilidade pública emanarem, de regra, dos chefes dos poderes Executivos Federal, Estadual e Municipal, possuidores de foro por prerrogativa de função<sup>50</sup>.

Ultimando este tópico, resalto consistir a nota singularizadora do controle exercido pelo Conselho de Estado voltar-se à largueza de seu alcance. Procedo referido órgão à análise da medida extrema também sob o ângulo do seu custo-benefício (*bilan-coût-avantages*), cotejando-a frente ao seu dispêndio financeiro, aos inconvenientes de ordem social que provoca e a outros interesses públicos. Operou como *arrêt de principe* (*leading case*) o *Arrêt Ville Nouvelle – Lille Est*, de 28.5.71, o qual foi seguido pelo *Arrêts Société Civile Sainte-Marie-de-l’Assomption e Sieur Grassin*, de 20.10.72 e 23.10.73. Graças ao acervo do Prof.

Raimundo Nonato Fernandes, emérito titular da cátedra de Direito Administrativo da UFRN, podemos constatar dita orientação sendo ratificada nos arestos seguintes: *Arestos Guillet* (16.1.76), *Dumas* (10.3.76), *Pourtier* (decisão em Assembléia, 28.11.75), *Demoiselle Branc* (26.11.75), *Mangin* (12.12.75), *Legagneux* (28.1.76), *Hugon* (17.12.75) e *Époux Bigois* (7.1.76). Idem nos julgados *Groupement forestier de Murat* (22.7.77), *Dame Pothier* (1.7.77), *Comité de défense des intérêts saintsais* (4.11.74), *Époux Willm* (1.7.77), *Gloeckler* (1.7.77), *Girard* (24.6.77), *Consorts Tacher* (18.11.77), *Syndicat des Palvdiens* (7.10.77), *Collin* (17.6.77), *Rezeau* (6.7.77) e *Ministre de l’Équipement c. Weber* (9.12.77), com a ressalva de não caber à autoridade do contencioso administrativo pronunciar-se sobre a escolha feita pelo administrador quando há mais de uma opção para ser realizada a utilidade pública. No último caso, salienta o em. jus-administrativista potiguar, que a desapropriação fora anulada por visar à construção de um conjunto habitacional em atentado ao meio ambiente, por tratar-se de um local pitoresco, situado próximo da antiga abadia e igreja de *Andlau*.

## 9. Publicidade

À derradeira, frise-se que a desapropriação, como atuação administrativa, não escapa, para a sua validade e eficácia, à publicidade, mecanismo indispensável ao Estado Democrático de Direito, para a satisfação do reclamo de transparência dos atos e negócios governamentais e seu controle pelos interessados<sup>51</sup>. Resulta invencível do art. 37, *caput*, da Lei Fundamental.

Em razão dela, segue-se que o ato declaratório do interesse coletivo, quer oriundo do Executivo ou do Legislativo, de qualquer das esferas políticas da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), deve ser publicado em órgão oficial<sup>52</sup>, ou ainda na imprensa local, se assim norma legal exigir.

Tratando-se de Município que não disponha de imprensa oficial ou periódico de circulação diária ou semanal, decidiu a jurisprudência<sup>53</sup> ser dispensável dita formalidade, suprida pela fixação de cópia da declaração no átrio do edifício do governo municipal.

Além da notícia genérica, a cientificação pessoal é vinculativa para toda e qualquer expropriação. A elevação constitucional

conferida à publicidade, como adverte Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>54</sup>, ostenta duas faces: uma primeira, de conhecimento para o público em geral e outra, de interesse específico do indivíduo, na maioria das vezes impondo a este um fazer ou uma abstenção. Nesta última hipótese, forçosa a notificação pessoal do comportamento público, excepcionando-se unicamente as hipóteses em que tal seja inviável, pela multiplicidade dos interessados, ou quando algum destes não seja suscetível de localização.

Assim caminha o Supremo Tribunal Federal, ao tornar indispensável a notificação pessoal do proprietário, ou de quem tenha poderes para representá-lo, para a vistoria prescrita pelo art. 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 76/93<sup>55</sup>.

## Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Introdução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. 4. ed. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1994.
- \_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- BON, Pierre. Direito de propriedade no Direito Constitucional francês. Tradução de Carlos Ari Sundfeld. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 10, p. 7-21, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1992.
- CORREIA, Fernando Alves. *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*. Coimbra, 1982.
- DALLARI, Adilson Abreu. Desapropriação : conceitos e preconceitos. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.
- DELGADO, José Augusto. Perspectivas do Direito Administrativo para o século XXI. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- \_\_\_\_\_. O Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 318, p. 55, 1991.
- DIAS, Francisco Geraldo Apoliano. Desapropriação : perfil atual. *Revista Teia Jurídica*. Recife, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas, 1990.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1966. v. 2.
- FRANÇA. Conselho de Estado. *Arestos Guillet*, 16.1.76; *Dumas*, 10.03.76; *Pourtier*, decisão em Assembléia, 28.11.75; *Demoiselle Blanc*, 26.11.75; *Mangin*, 12.12.75; *Legagneux*, 28.1.76; *Hugon* (17.12.75) e *Époux Bigois*, 07.1.76; *Groupement forestier de Murat*, 22.7.77; *Dame Pothier*, 1.07.77; *Comité de défense des intérêts saintsais*, 04.11.74; *Époux Willm*, 1.7.77; *Gloeckler*, 01.7.77; *Girard*, 24.6.77; *Consorts Tacher*, 18.11.77; *Syndicat des Palvdiers*, 7.10.77; *Collin*, 17.6.77; *Rezeau*, 06.7.77; e *Ministre de l'Équipement c. Weber*, 9.12.77 (Consulta realizada nos arquivos particulares do Advogado e Professor Raimundo Nonato Fernandes).
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires : Depalma, 1951.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo : Malheiros, 1992.
- NOGUEIRA, Rubem R. Controle judicial das desapropriações por interesse público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 30, p.5/16, julho, 1974. p. 5/16.
- PRINCÍPIO da proporcionalidade e Direito Administrativo. Texto desenvolvido a partir de trabalho produzido, em março/96, pelo Grupo de Estudos da Justiça Federal de Primeira Instância de Curitiba/PR, de que participaram os seguintes juízes: Antônio Albino Ramos de Oliveira, relator; João Pedro Gebran, revisor; Nivaldo Bunoni e Leda de Oliveira, debatedores. *Revista AJUFE*, São Paulo, n. 49, 1996.
- RIOS, Roger Raupp. A propriedade e sua função social na Constituição da República de 1988. *Revista Ajufe*, São Paulo, n. 45, 1995.
- RITA, José Serafim Ferreira. *Expropriação para ampliação do campo de tiro de Alcochete* : consequências da impugnação contenciosa do despacho expropriativo : eficácia do caso julgado em contencioso de anulação : inconstitucionalidade dos arts. 27 e 28 do Código das Expropriações de 1976. Parecer emitido no Processo nº 371/6/95, do Tribunal da Relação de Lisboa, Portugal.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.

## Notas

<sup>1</sup> *Direito Constitucional*, p. 172-3.

<sup>2</sup> Seguindo discrimen forjado por Antoine Jeammaud, os princípios positivos de Direito são as normas jurídicas ou princípios positivados, enquanto que os gerais são aqueles que, a despeito de não enunciados em norma explícita, vicejam em cada ordenamento em estado de latência, sendo suscetíveis de descoberta pelo labor do intérprete.

<sup>3</sup> Op. cit., p. 114.

<sup>4</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 408-9.

<sup>5</sup> *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158-9.

<sup>6</sup> Op. cit., p. 173.

<sup>7</sup> Perspectivas do Direito Administrativo para o século XXI. *Perspectivas do Direito Público*, p. 92.

<sup>8</sup> *Princípios constitucionais da administração pública*, p. 27-8.

<sup>9</sup> O íntimo liame com a desapropriação é encontrado em várias passagens da doutrina patrial e alienígena. Imperioso, na oportunidade, o relato de Maria Sylvia Zanella di Pietro: “Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público; o mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do poder público no funcionamento e na propriedade de empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional.” (grifos não constantes do original, *Direito Administrativo*, p. 60).

Idem Garrido Falla: “El hecho de que las diferentes potestades administrativas encuentren hoy día su fundamento en la genérica justificación de la situación de supremacía de la Administración pública frente a los particulares, no hace absolutamente inútil una discusión sobre el fundamento de la expropiación forzosa. Este se encuentra, de una parte, en la indudable necesidad que la Administración puede sentir, para satisfacción de necesidades públicas, de bienes concretos en manos de los particulares; de otra, en el mismo carácter subordinado y condicionado al interés público con que igualmente se configura el derecho de propiedad.” (*Tratado de Derecho Administrativo*, p. 239-240).

<sup>10</sup> Para júbilo potiguar, narra Carlos Medeiros Silva (A desapropriação por interesse social, *RDA*, n. 29, p. 5-6), que o ingresso, entre nós, do interesse social, como fundamento da expropriação, é tributado ao labor do Senador Ferreira de Souza, Professor de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito, por meio da apresentação da Emenda 3.068 à Constituinte de 1946.

<sup>11</sup> Sem embargo disso, o Estatuto Básico menciona genericamente a função social como um imperativo a quem detém a qualidade de senhor. A sua exigência de uma função social informa que o proprietário não conserva absolutos poderes sobre a coisa, cabendo dirigir o exercício do direito de acordo com as exigências da comunidade que integra (ver, a respeito, excelente artigo de Roger Raup Rios, A propriedade e sua função social. *Revista Ajuje*, n. 45, p. 49).

<sup>12</sup> Direito de Propriedade no Direito Constitucional francês. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 10, p. 10-11.

<sup>13</sup> Nossa Constituição prevê cinco situações em que a expropriação poderá ter lugar, divididas em duas categorias, quais sejam: a desapropriação ordinária (art. 5º, XXIV), que poderá ocorrer por necessidade ou utilidade pública e interesse social, e a desapropriação extraordinária ou desapropriação-sanção, na nomenclatura sugerida por José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 254), prevista nos arts. 182, § 4º, e 184, para fins de reformas urbana e agrária, respectivamente. A classificação da desapropriação em ordinária e extraordinária é tributada a Adilson de Abreu Dallari, *Curso de Direito Administrativo*, p. 34: (Desapropriação : conceito e preconceitos).

<sup>14</sup> Na desapropriação-sanção para reforma urbana, a área objeto da expropriação é definida em lei municipal específica, havendo ainda o concurso de lei federal definidora do modo como será exigido o aproveitamento dos imóveis. Na reforma agrária, embora a *fattispecies* moldada no art. 184, “caput”, da CF, indispensável norma legal para estatuir o seu procedimento em juízo (lei complementar) e para dispor sobre as exceções contidas no art. 185, I e II. Relevante noticiar que o Supremo Tribunal Federal (*Lex JSTF* 181/140, 182/74, 184/132 e 188/161) entendeu constituir óbice intransponível para a edição da declaração de interesse social a não-existência da legislação referida nos arts. 184, § 3º, e 185, ambos da CF, restando imprestável, por ausência de recepção, o Decreto-Lei nº 554/69, ao contrário do deliberado pelos Tribunais Regionais Federais (TRF. 5ª Região, 2ª Turma. V.u. AC nº 0501991/95-AL, Relator: Juiz Lázaro Guimarães, *DJU*, p. 6370, 20 mar. 1992. Seção 2; Idem. 3ª Região. 2ª turma. AG nº 03032944/92-MS. Relator: Juiz Roberto Haddad, *DJU*, p. 6290, 15 fev. 1995. Seção 2).

<sup>15</sup> O decisório foi assim ementado: “1. Recurso extraordinário. 2. Decreto municipal que declarou de utilidade pública, para desapropriação, terrenos

e benfeitorias, tidos como necessários à construção de via de acesso ferroviário entre estabelecimento particular e a estrada de ferro Central do Brasil. 3. Ação ordinária de nulidade do decreto. Alegação de tratar-se de desapropriação, exclusivamente, em benefício e proveito de empresa privada, com fins lucrativos. 4. Ação julgada procedente em primeiro grau, mas improcedente no acórdão recorrido. 5. O decreto que declara um imóvel de utilidade pública, para fins de desapropriação, é ato administrativo e não ato normativo, cabendo contra ele a propositura de ação ordinária visando sua anulação e não ação direta de inconstitucionalidade. 6. Emenda Constitucional nº 1/1969, art 153, § 22. 7. A simples construção de um acesso ligando o parque industrial de empresa particular à estrada de ferro, por si só, não indica ou induz existência de utilidade pública, mas, sim, de utilidade privada. Hipótese em que não há falar em abertura, conservação e melhoramento de via ou logradouro público, nem em meio de transporte ferroviário coletivo, como serviço à comunidade, eis que expresso, no próprio Decreto e sua motivação, que o ato expropriatório se destina à construção de uma via de acesso ferroviário entre a Companhia Mineira de Cimento Portland S.A. – Cominci e a estrada de ferro Central do Brasil. 8. Ao Poder Executivo interdita-se considerar de utilidade pública, para fins de desapropriação, situações não definidas em formas legais ou que, nestas, não sejam de manifesta compreensão. Precedentes do STF. 9. No caso concreto, releva destacar que, após a imissão provisória na posse, desde logo, o uso dos bens expropriados faz-se em favor da empresa privada, que, por sua iniciativa, neles principiou as obras de construção do ramal ferroviário, de seu exclusivo interesse. 10. Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 153, § 22, da Emenda Constitucional nº 1/69, e provido para declarar a nulidade do Decreto nº 454, de 7.3.1974, do Prefeito Municipal de Matozinhos, MG, restabelecendo-se, assim, a sentença”. (2ª Turma. Mv. Relator: Ministro Néri da Silveira, *DJU*, p. 4321, 8 nov. 1996. Seção 1).

<sup>16</sup> Associando finalidade com impessoalidade em sede de expropriação, conferir Geraldo Apoliano (*Desapropriação* : perfil atual, p. 2).

<sup>17</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, abordando o tema com a percuciência que lhe é conatural, distingue duas modalidades do defeito em comento: uma genérica, quando o agente despreza, no seu atuar, todo e qualquer interesse coletivo; outra, quando desatende, no caso concreto, um fim específico do poder manejado. Ensina o mestre: “O vício de desvio de poder, como assentam os doutos, pode apresentar-se sob dupla modalidade. Em uma delas, o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público. Neste caso atua para alcançar um fim pessoal, que tanto pode ser de perseguição a alguém como de favoritismo ou mesmo para atender um interesse individual do próprio agente. Em outra modalidade, manejando

também uma competência que em abstrato possui, busca atender uma finalidade pública que, entretanto, não é aquela própria, específica, da competência utilizada. Aí ter-se-á valido de uma competência inadequada, de direito, para o atingimento da finalidade almejada” (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 58-9).

<sup>18</sup> *Princípios de Direito Administrativo*, p. 22.

<sup>19</sup> Nossas Cortes têm censurado o *détournement du pouvoir* em sede expropriatória. Consultar: *RTJ*, n. 57, p.53 e 72 n. 479; *RSTJ*, n. 13, p. 272.

<sup>20</sup> STF. 2ª Turma., V.u. *DJ*, p. 301, 21 maio 1971.

<sup>21</sup> 2ª Turma, V.u., Relator : Ministro Cordeiro Guerra, *DJU*, p. 9.237, 20 de nov. 1976.

<sup>22</sup> RE 52.113. Relator Ministro: Cândido Mota Filho, *RDA*, n. 77 p. 238.

<sup>23</sup> *As garantias do particular na expropriação por utilidade pública*, p. 103.

<sup>24</sup> Apontando desvirtuamento na desapropriação, com a sua utilização para objetivos-fins fiscais, Otto Mayer ilustrara a literatura alemã com a seguinte ensinança: “Cuando la ley dice ‘expropiar’ no quiere decir ‘despojar’ por el hecho de que esto beneficie al Estado o responda a un interés público general vagamente definido. Debe querer decir que el inmueble podrá tomarse para servir al interés público personificado en una empresa determinada que representa una parte de la administración pública. Por lo tanto, está excluida, en principio, toda clase de expropiación que no tenga por objeto emplear en este sentido la propiedad así adquirida. Este principio de interpretación tiene importancia en diferentes sentidos. Tiene como principal consecuencia la de impedir la expropiación en interés fiscal, aun cuando este interés pueda representar una empresa del Estado. Para las *administraciones fiscales* propiamente dichas, esto es evidente (t. I., p. 188). No puede, v. gr., aumentarse y completarse mediante la expropiación del dominio patrimonial del Estado. En este caso no se trata, en el modo alguno, de administración pública” (*Derecho Administrativo Alemán*, t. 3, p. 17-18).

<sup>25</sup> Desapropriação para urbanização e reurbanização : validade da revenda. *RDA*, n. 128, p. 31-4.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 45.

<sup>27</sup> *RTJ*, n. 69, p. 222 e n. 64, p. 551.

<sup>28</sup> O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988, *Revista Forense* n. 318, p. 56.

<sup>29</sup> A Constituição Portuguesa de 1976 explicitou, no seu art. 62, nº 2, que tanto a requisição quanto a expropriação exigem o pagamento de justa indenização. Os arts. 42 e 43 da Constituição da República Italiana não esqueceu a necessidade de ressarcimento ao proprietário, tendo a Lei Fundamental de Bonn de 1949, no seu art. 14º, nº 3, mencionado que as leis de expropriação, pena de inconstitucionalidade, devam regular o conteúdo e a extensão da indenização. Possuindo, na França hodierna, o art. 17 da Declaração de 1789, relativo ao direito de propriedade, valor constitucional (decisão do

Conselho Constitucional 81-132 DC, de 16 de janeiro de 1982), a indenização pela sua privação deverá ser prévia e justa.

<sup>30</sup> Secundando posição adotada quando da Constituição revogada, que também consagrava a precedência da indenização, o Supremo Tribunal Federal tem, de forma reiterada, deixado assente que a expressão constitucional *prévia* constitui anteparo a proteger o indivíduo contra a transferência definitiva do bem para o Estado, não impedindo que agentes deste se imitam provisoriamente na sua posse com a consignação judicial do valor da oferta. Eis, à guisa de exemplificação, o decidido no *RE 164186-0*: “DESAPROPRIAÇÃO. IMÓVEL URBANO. JUSTA INDENIZAÇÃO. DECRETO-LEI Nº 1.075/70. IMISSÃO NA POSSE. DEPÓSITO PRÉVIO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que a garantia constitucional da justa indenização, nas desapropriações, diz respeito ao pagamento do valor definitivo fixado – seja por acordo das partes, seja por decisão judicial – momento em que ocorre a transferência do domínio. O depósito prévio permite ao desapropriante a simples imissão na posse do imóvel. A norma do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento da metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a Carta precedente (*RE 89.033 – RTJ 88/345* e *RE 91.611 – RTJ 101/717*) e nem o é com a atual. Recurso extraordinário não conhecido” (v.u. Relator: Ministro Ilmar Galvão, *DJU*, 7 fev. 1997. seção 1).

<sup>31</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 56.

<sup>32</sup> O princípio da proporcionalidade e Direito Administrativo. *Revista Ajufe* 49/63, p. 63.

<sup>33</sup> *Loc. cit.*, p. 117-9.

<sup>34</sup> *Loc. cit.*, p. 118.

<sup>35</sup> O direito de extensão, a ser exercido quando da contestação, é previsto no Decreto nº 4.956, de 1903 (art. 12), e, no particular, da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, pela Lei Complementar nº 76/93 (art. 4º), dele tendo cogitado o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64, art. 19, Iº).

<sup>36</sup> *Desapropriação*, p. 11.

<sup>37</sup> Decisão 89-256 DC, de 25 julho de 1989, ratificadora das decisões 85-189 DC, de 17 de julho de 1985, e 85-198, de 13 de dezembro de 1985.

<sup>38</sup> No direito francês, o juiz comum *juge judiciaire* apenas promove a operação necessária à transferência do domínio e da posse do bem à Administração. Cinge-se a verificar a regularidade formal do procedimento expropriatório, fixando a indenização devida. Caso o expropriado queira insurgir-se contra a desapropriação em si mesma, desnudando a presença de ilegalidades, é-lhe dado interpor recurso contencioso de anulação contra o ato declarativo de utilidade pública, cuja apreciação levará ao Conselho de Estado (*juge administratif*). Tal medida não possui eficácia suspensiva, permitindo que o juiz da desapropriação exare o *ordonnance* de

mudança da propriedade e da posse dos bens. Na hipótese do recurso contencioso de anulação ainda não estiver julgado quando emitida a *ordonnance*, o expropriado poderá manejar recurso de anulação desta para a *Cour de Cassation*, também desprovido de efeito suspensivo. Não interposta irresignação contra a *ordonnance*, ou improvida esta, eventual decisão posterior desconstituidora da declaração expropriatória não mais possibilitará ao interessado a re aquisição de seus bens. Similar a sistemática adotada pelo direito lusitano, onde é admissível o ataque do ato declaratório mediante recurso contencioso de anulação, a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Administrativo, o qual também não possui, por si, o condão mirífico da suspensividade, embora tal circunstância ostente genérica previsão normativa (Lei Orgânica do STA, art. 15, nº 5; Regulamento do STA, art. 60º; Código Administrativo, art. 82º, parágrafo único, nº 60), restritivamente condicionada a que: a) a suspensão não provoque grave dano ao interesse público; b) a execução do ato impugnado seja capaz de acarretar prejuízo irreparável ou de penosa reparação ao interessado. Embora a suspensividade do recurso contencioso seja excepcional, há lúcido ponto de vista adotado por José Serafim Ferreira Rita, Procurador-Geral Adjunto perante o STA, quando de parecer no Proc. 371/96, defendendo, como regra, a suspensividade do procedimento da desapropriação sob o argumento de que o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 26-4-83, entendera que, uma vez anulada a declaração de utilidade pública, todos os atos processuais praticados, mesmo depois do trânsito em julgado, perdem sua validade e eficácia (Expropriação para ampliação do campo de tiro de Alcochete. Conseqüências da impugnação contenciosa do despacho expropriativo. Eficácia do caso julgado em contencioso de anulação. Inconstitucionalidade dos artigos 27º e 28º do Código das Expropriações de 1976). Na Espanha, pela *Ley de Expropiación Forzosa* de 16 de dezembro de 1954 cabe recurso contencioso-administrativo quando ocorrer, no procedimento expropriatório, vício substancial de forma ou violação dos preceitos legais regentes da matéria, salvo quanto ao acordo de necessidade de ocupação, o qual somente é impugnável mediante recurso de *alzada* junto ao ministério correspondente. Há, na hipótese do preço oferecido ser inferior ou superior, em um sexto, ao pretendido como justo, o recurso contencioso-administrativo de lesividade, a ser interposto pela Administração, pelo beneficiário ou pelo proprietário. A singularidade do controle espanhol está em que tanto as controvérsias acerca da legalidade da expropriação, ou pertinentes à compensação do particular atingido, resolvem-se perante as cortes administrativas.

<sup>39</sup> *RSTJ*, n. 13, p. 272.

<sup>40</sup> *RTJ*, n. 72, p. 479, Relator: Ministro Rodrigues Alckim.

<sup>41</sup> *RTFR*, n. 120, p. 94, maioria de votos.

<sup>42</sup> Vide STF. 2ª T. ac. un., RE 99.593-5-GO, rel.

Ministro Djaci Falcão; LEX JSTF 65/207; STF, 2º T. ac. un., RE 90.602-9-SP, Rel. Min. Moreira Alves, LEX JSTF 56/108; STJ, 1ª T., ac. un., RE 93.308-5-PR, Rel. Ministro Néri da Silveira, LEX JSTF 86/80.

<sup>43</sup> TRF, 2ª Reg., mv. MS 89.02.02871, 1ª T. Rel. Juiz Célio Herthal, *DJU* de 14-11-89; e TRF, 6ª T. ac. un., AI 56.167-GO, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, *DJU* de 23-6-88.

<sup>44</sup> Controle judicial das desapropriações por interesse público, *RDP*, n. 30, p. 5.

<sup>45</sup> Pontificou o mestre baiano: “De pouco ou nada vale permitir a revisão da legitimidade da desapropriação por interesse público mediante ação direta (fora do processo expropriatório), se não fica assegurada a preservação final do bem atingido pelo ato nulo. A lei só permite, na fase judicial da expropriação, a impugnação do preço oferecido ou a denúncia de vício do processo respectivo, e ainda veda a reivindicação do bem incorporado à Fazenda Pública, mesmo em havendo nulidade processual. Por onde se vê que, não admitindo a discussão dos pressupostos constitucionais da desapropriação, o legislador comum despoja o direito de propriedade de sua garantia constitucional, o que deve abrir a instância judicial do controle de constitucionalidade dos atos legislativos”. Mais adiante, assevera: “9. Tal proibição expressa, taxativa, é duas vezes contraditória e ofensiva ao que o nosso ordenamento tem de mais arejado, de mais perfeito, como diz Pontes de Miranda, que é o art. 153, § 4º, da Constituição, vedando o controle judicial dos requisitos essenciais de toda desapropriação, no mesmo processo em que esta se efetiva, impede com isso o controle imediato de constitucionalidade da lei expropriatória e, ainda por cima, fecha a via de conhecimento de possível lesão de direito individual, o que tudo envolve manifesto desrespeito ao disposto no art. 153, § 4º.” (Controle Judicial das Desapropriações por Interesse Público, *RDP*, n. 30, págs. 8 e 10).

<sup>46</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 386.

<sup>47</sup> *Desapropriação*, p. 30-2.

<sup>48</sup> Luminosa a lição ministrada pelo conspícuo professor: “Não basta assegurar-se ao interessado a apreciação judicial de sua inconformidade. É preciso fazê-lo no bojo do processo expropriatório. A correção desta assertiva resulta, com toda evidência, do cotejo dos incs. XXXV e LIV do art. 5º do Texto Constitucional. O primeiro garante o exame judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito; o segundo, como se expôs, exige o devido processo legal para a decretação da perda da propriedade. Em virtude daquele, qualquer lesão a direito provocada por uma desapropriação ilegal já seria suscetível de apreciação do Poder Judiciário. O segundo dispositivo quer mais do que isto: quer o exame judicial das eventuais lesões a direito do expropriando no processo de desapropriação. Desta maneira, não basta garantir-se a apreciação jurisdicional fora dele. Contudo, os arts. 9º e 20 do Decreto-Lei 3.365/41, dispõem que a contestação não pode versar senão

sobre os vícios do processo judicial e o valor da indenização, sendo defeso ao Judiciário decidir, no processo de desapropriação, se se verificam os casos de utilidade pública. A jurisprudência já afirmara, à luz do ordenamento constitucional anterior, a possibilidade de exame dessas questões, desde que fora da ação expropriatória. A Constituição de 1988, porém, exige a alteração deste entendimento, para admitir-se, na própria ação de desapropriação, o exame da validade da declaração de utilidade pública ou interesse social e de qualquer outro tema que possa influir na improcedência da ação. Os referidos arts. 9º e 20, se já não estavam em desconformidade com a Constituição anterior, sem qualquer dúvida não foram recepcionados pela Carta de 1988. Destarte a contestação pode abranger qualquer matéria útil à defesa do expropriando, inclusive a validade da declaração de utilidade pública ou interesse social”. (*Desapropriação*, p. 30-2).

<sup>49</sup> Por essa razão, Fernando Alves Correia (Loc. cit., p. 198, nota 340) critica os modelos francês e português, recomendando a unificação do procedimento expropriatório em prol das cortes administrativas, às quais competiriam tanto a apreciação de sua legalidade quanto as controvérsias sobre a indenização devida.

<sup>50</sup> Cf. a ementa do ARMS 94.04.07644-RS, TRF-4ª Região, Rel. Juiz José Fernando J. de Camargo: “Administrativo e processual civil. Agravo regimental. 1. Na cautelar, a agravante busca sustar os efeitos do decreto do Sr. Presidente da República que declarou de interesse social para fins de reforma agrária o imóvel denominado “Estância Farroupilha”. Trata-se de decreto de efeitos concretos. E “não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, a competência originária de tribunal” (§ 1º, do art. 1º da Lei nº 8.437/92). 2. Agravo regimental improvido”. (2ª Turma *DJU*, 10 mar. 1994. Seção 2.).

<sup>51</sup> O liame entre publicidade e expropriação é alvo de destaque por Geraldo Apoliano (loc. cit., p. 2).

<sup>52</sup> Dispõe, entre outras coisas, o art. 5º, I, da Lei Complementar nº 76/93: “A petição inicial, além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil, conterá a oferta do preço e será instruída com os seguintes documentos: I – texto do decreto declaratório de interesse social para fins de reforma agrária, publicado no *Diário Oficial da União*”. Em Portugal, o Código das Expropriações (art. 14º, nº 1) determina a publicação da declaração de utilidade pública no *Diário da República*.

<sup>53</sup> Ver *RJTJERGS*, n. 150, p. 396.

<sup>54</sup> *Princípios constitucionais da Administração Pública*, p. 248.

<sup>55</sup> Consultar: Pleno, MS 22.285-9, ac. un. Relator Ministro Sydney Sanches. *DJU*, p. 16.320-21, 17 maio 1996; Pleno, MS 22.165-8, ac. un. Relator Ministro Marco Aurélio. *DJU*, p. 42.607, 7 dez. 1995.



# A cidadania

## Sua complexidade teórica e o Direito

JOSÉ RIBAS VIEIRA

### SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Discussões sobre a cidadania.* 3. *Constituição, democracia e cidadania.* 4. *Conclusão.*

### 1. Introdução

O debate sobre a categoria cidadania é estratégico para uma sociedade como a brasileira marcada nos dias atuais por um agudo processo de desigualdade social e, por consequência, de exclusão social. Dessa forma, tal categoria abre margem para enquadrar, por exemplo, a importância de atores políticos do nível dos movimentos sociais com o objetivo de operar as mudanças necessárias na estrutura de nossa sociedade.

Não podemos esquecer, também, o fato de que a categoria cidadania está, hoje, incluída dentro dos mecanismos de proteção constitucional<sup>1</sup>.

Esses dois aspectos demonstram a necessidade de que a importância da concepção teórica da cidadania para a presente realidade social, em particular a brasileira, cresce, ainda mais, se pudermos perceber a sua interface com a ordem jurídica no sentido de efetivar as institucionalizações das reformas político-econômicas tão necessárias entre nós.

José Ribas Vieira é Professor titular de Teoria do Direito e Direito Constitucional da “Universidade Federal Fluminense” (UFF), Professor Associado da “Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro” (PUC-RIO) – e Professor Adjunto de Teoria do Estado da “Universidade Federal do Rio de Janeiro” (UFRJ).

Trabalho apresentado no “Seminário sobre o Espaço Público” promovido pelo Departamento de Direito da PUC-RIO, em 29 de agosto de 1997.

<sup>1</sup> Vide o artigo de Peter Häberle, la jurisdicción constitucional en iberoamericana. Dykinson, [s. l.] : 1997 : *El recurso de amparo en el sistema germano-federal*. Na página 256, Häberle acentua como o Tribunal Constitucional alemão atua como uma “corte cidadã” ao decidir recurso constitucional previsto no artigo 93. 4a da Lei Fundamental de 1949 ao facultar a qualquer cidadão, esgotados outros meios judiciais, a proteção de direitos fundamentais.

Sobressalta-nos, ainda, uma inquietação tendo como perspectiva qual o quadro teórico a respeito de cidadania que poderia ser adotado. Há, desse modo, o trabalho referencial sobre essa noção elaborada por T. H. Marshall<sup>2</sup>. Esse autor traça os pontos clássicos para a compreensão do universo da cidadania por meio de uma trajetória histórica lastreada no contexto anglo-saxônico. Percebem-se, dessa forma, as transformações operadas principalmente no campo dos direitos civis e como seu impulso tornou possível a construção de uma sociedade com maior igualdade jurídica.

Concebido nesses parâmetros, o perfil teórico da cidadania, não pode ser esquecida a noção de que a categoria estudada por nós apresenta, também, uma sinonímia com a participação política. Tal tradução ganhou bastante espaço, notadamente na literatura social brasileira. Assim, encontramos os trabalhos seminais de Wanderley Guilherme dos Santos<sup>3</sup>. Sua contribuição culmina com o conceito de cidadania regulada para contextualizar o processo social brasileiro ao apontar que sua definição está norteada, não em um código de valores políticos, e sim num sistema de estratificação ocupacional.

É fácil constatar que esses encaminhamentos teóricos não mais balizam as exigências da sociedade contemporânea cortada por uma profunda dinâmica de democratização e da necessidade de nuclear uma idéia de ação política direcionada. Em consequência, depara-se, hoje, a vinculação orgânica de cidadania com as categorias de espaço público e de virtude cívica.

## 2. Discussões sobre a cidadania

Visualizamos, no debate presente, sobre a categoria cidadania dois conjuntos de reflexão teórica, a saber: um articulado mais no campo do indivíduo; e outro modelado mais explicitamente ao conceito de democracia.

Em relação ao indivíduo, é no quadro do conflito entre liberais e comunitários (republicanos) que podemos adensar alguns traços mais recentes sobre os fundamentos da cidadania.

<sup>2</sup> Vide MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro : Zahar, 1967. cap. 3.

<sup>3</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Ordem burguesa e liberalismo político*. São Paulo : Duas Cidades, 1978 e, também, MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e Participação* : ensaio sobre o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular na nova Constituição. São Paulo : Marca Zero, 1990.

Trata-se o embate entre uma concepção mais de “*status legal*” (direitos) contra uma perspectiva de um ideal normativo de deveres cívicos<sup>4</sup>. Por meio da análise de Michael Walzer<sup>5</sup>, é possível apreender outros aspectos importantes desses contrastes das leituras liberais e comunitárias acerca da cidadania. Walzer indica, nesse raciocínio, os legados greco-romanos para uma concepção de dever cívico para a cidadania. Em contrapartida esse filósofo norte-americano vê a compreensão liberal na fonte situada na Roma ulterior do tempo do Império e nas reflexões modernas de Direito Romano. O autor da obra clássica *Spheres of Justice* delinea, ainda, como a visão rousseauiana e o período jacobino da Revolução Francesa consolidaram para os teóricos comunitários (os republicanos cívicos) a idéia da maior felicidade na proporção do envolvimento na atividade pública. Em síntese, para Walzer, a cidadania comunitária é uma responsabilidade e, por consequência, um encargo orgulhosamente assumido. Em relação à visão liberal, a cidadania é um conjunto de direitos da qual se integra de forma passiva. Numa, demanda a nossa concepção de vida, e noutra está localizada numa esfera exterior. Pressupõe-se, assim, duas distinções: uma da homogeneidade social e outra simboliza um processo mais difuso. Apesar dessas diferenciações, Walzer opta por uma postura socialista em detrimento desse conflito entre liberais e comunitários.

Dentro desse conjunto mais vinculado à ação política do indivíduo, não pode ser omitida a contribuição de Hannah Arendt. A presença de Arendt para o debate da cidadania é, atualmente, redeseenhada devido à temática da identidade cultural. Desse modo, a cidadania significa um “pertencer” a uma comunidade. A leitura dessa arguta pensadora deste século traz importantes pontos de contraste no debate contemporâneo da construção da identidade cultural. Há, desse modo, para autora, em realidade, uma permanente contradição das duas ordens de existência diferentes, nas quais o indivíduo integra, a saber: numa que lhe é

<sup>4</sup> Vide o verbete citizenship in : HONDERICH, Ted (org.). *The Oxford : companion to philosophy* Oxford : Oxford University Press, 1995. p. 135-136 e BERTEN, André et al. *Libéraux et communautariens*. Paris : PUF, 1996.

<sup>5</sup> O resumo exposto por nós sustentou-se no artigo elaborado por Michael Walzer sobre título *Communauté, citoyenneté et jouissance des droits*. *Esprit*, n. 122, p. 121, maio/abr. 1997.

própria, e noutra que é comum aos seus pares. Nessa direção, o “bem público”, da qual se inquietam os cidadãos, é, realmente, o “bem comum” no sentido de estar no mundo sem ele (o indivíduo) possuir<sup>6</sup>. Registre-se, o que qualifica o espaço público da cidadania é uma ação política própria e consertada.

Cabe agora examinar o universo da cidadania sob a perspectiva de um processo democrático em que encontramos as contribuições de Chantal Mouffe e de Habermas. A de Chantal Mouffe vem com a marca de uma busca de uma democracia radical. Essa estudiosa francesa procura estabelecer um diálogo que consiga superar a dicotomia entre a modernidade e pós-modernidade. Assim, a sua concepção de modernidade opõe-se a uma perspectiva de firmar, por exemplo, exclusivamente valores que a integram, fruto do Iluminismo do final do século XVIII. Chantal Mouffe reconhece como grande parâmetro da modernidade a revolução democrática antevista por Claude Lefort. Por meio do seguinte trecho, de autoria de Chantal Mouffe, podemos sintetizar o seu pensamento:

“Em efeito, vê-se a revolução democrática, tal qual ela é apresentada por Lefort, como sendo o que caracteriza a modernidade; ele é claro no que se designa, hoje, como a pós-modernidade em filosofia é, de fato, somente o reconhecimento dessa impossibilidade de achar um fundamento último e uma legitimação por trás que é constitutivo de acontecimento mesmo da forma democrática da sociedade e, daí, pela modernidade”<sup>7</sup>.

Na outra ponta do conjunto democrático a respeito da cidadania está a contribuição habermasiana. O objetivo de Jürgen Habermas é viabilizar, também, essa concepção de democracia radical por meio de uma noção bem

<sup>6</sup> Vide TASSIN, Étienne. Qu'est-ce qu'un sujet politique? : remarques sur les notions d'identité et d'action. *Esprit*, op. cit., especialmente, p. 144. E, também, é importante, a leitura de Seyla Benhabib, *Models y public space* : Hannah Arendt, the liberal tradition, and Jürgen Habermas. CALLOUM, Craig. (Org.). In: *Habermas and the public Sphere*. Cambridge : The Mit Press, 1993. p. 73, 98.

<sup>7</sup> MOUFFE, Chantal. *Le politique et ses enjeux* : Pour une démocratie plurielle. Mauss : Paris Éditions la Dé ceuverte, 1994. p. 30 e a obra organizada pela mencionada autora, *Dimensions of Radical Democracy* : pluralism, citizenship, community. Londres : Verso, 1992. Recherches.

definida de espaço público como mecanismo procedimental para a construção dessa forma política. Habermas é, nesse nível, um crítico pertinaz da colonização do mundo da vida pelas políticas administrativo-sociais de Estado de Bem-Estar Social. No seu importante artigo Soberania popular como procedimento<sup>8</sup>, ao questionar o esvaziamento do processo democrático-representativo, defende não uma volta ao passado, mas, sim, a materialização de uma nova dinâmica por meio de um discurso comunicativo. Com esse objetivo, Habermas rediscute os legados do liberalismo e do socialismo. Quanto ao liberalismo, acentua a possibilidade por meio de um contexto discursivo de garantir as diferenças. Em relação ao socialismo, visualiza a riqueza do anarquismo ao defender a relevância para o processo político das associações. Habermas rejeita, também, que o procedimento democrático permita a existência de um saber intelectual condutor. O filósofo alemão abre o caminho para a trajetória de duas formas de democracia nas quais podemos distinguir a presença da cidadania, a saber:

*modelo de sitiamento* – implica que a “fortificação política” é sitiada à medida que os cidadãos, por intermédio de discursos públicos, tentam influenciar, sem intenções de conquista, os processos de julgamento e de decisão;

*modelo de eclusa* – para que os cidadãos possam exercer influência sobre o centro, isto é, parlamento, tribunais e administração; os influxos comunicativos vindos da periferia têm que ultrapassar as eclusas dos procedimentos democráticos e do Estado constitucional<sup>9</sup>.

Vale registrar que Habermas opta pelo modelo por eclusa na medida em que reconhece a sua perspectiva como sitiamento bastante derrotista pela seguinte razão:

“Uma dose de formação democrática da vontade tem então de migrar para dentro da própria administração; o Judiciário, por sua vez, que implementa o direito, tem que se justificar diante de foros ampliados da crítica jurídica. Nesse sentido, o modelo das eclusas conta com

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. *Novos Estudos Cebrap*, n. 26, p. 100-113, mar. 1990.

<sup>9</sup> Uma conversa sobre questões da Teoria Política : entrevista com Jürgen Habermas a Mikael Carlekedem e René Gabriels. *Novos Estudos Cebrap*, n. 47, p. 85-102, mar. 1997. Os modelos citados constam da p. 87.

uma democratização mais abrangente que o modelo do sitiamento”<sup>10</sup>.

Fixamos, então, que o quadro teórico mais questionador e completo para enfrentar os desafios da cidadania nos dias atuais é essa elaboração habermasiana de espaço público. E mais ainda. Por meio do autor da *Teoria da Ação Comunicativa* acreditamos que é possível estabelecer um profundo diálogo com a ordem jurídica. Foi no campo do Direito Constitucional que mais avançou um debate pertinente a essa articulação de democracia e cidadania.

### 3. Constituição, democracia e cidadania

Exemplificando pelo Direito Constitucional alemão após os anos 20 deste século, seu centro de análise foi da concretização das normas constitucionais. Estudaram-se, assim, os mecanismos da efetividade do conteúdo das constituições. Coube à interpretação constitucional (via hermenêutica) um lugar central nesse debate. Não podemos esquecer a presença do intérprete como um filtro nesse procedimento. Devemos agregar as observações críticas, já mencionadas por nós, de Habermas para o perigo de qualquer saber especializado dentro do procedimento democrático. Contra essa postura diferenciada entre os intérpretes constitucionais, insurge, nos últimos vinte anos, a figura de Peter Häberle<sup>11</sup>. Esse jurista alemão visualiza que há, na verdade, um espectro mais amplo de participantes nessa concretização constitucional (via interpretação). Pois esta resulta de uma sociedade aberta caracterizada pelo pluralismo da participação e, ao mesmo tempo, ocorre um mecanismo dialético ao resultar um elemento formador e constituinte dessa própria sociedade. Desse modo, o processo interpretativo resulta de todas as forças sociais da comunidade política. Häberle aponta, por exemplo, que o cidadão é legítimo para propor um recurso constitucional, como é previsto pela Lei Fundamental de 1949 (art. 93, 4a), após o esgotamento de todas as medidas judiciais protetoras de lesão judicial de Direito Fundamental. Assim, segundo esse jurista, com

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. As passagens de Häberle contidas no trabalho foram extraídas desse livro. Vide, também, *Retos actuales del estado constitucional*. Oñati: IVAP, 1996.

a presença de vários desses entes legítimos participando da Jurisdição constitucional, traduz um verdadeiro processo público. Ela tem por consequência uma dupla interface: estrutura ao mesmo tempo o Estado, como também a própria esfera pública. Häberle rejeita a possibilidade de tratar as forças sociais como meros objetos. Deve haver uma integração ativa delas como sujeito. Entretanto, Häberle cai no mesmo dilema da concretização constitucional ao privilegiar o saber especializado por meio de uma teoria constitucional:

“É verdade que o processo político é um processo de comunicação de todos para com todos, no qual a teoria constitucional deve tentar ser ouvida, encontrando um espaço próprio e assumindo sua função enquanto instância crítica. Porém, a ausência *ein Zuwening* da *academic self restraint* pode levar a uma perda da autoridade. A teoria constitucional democrática aqui enunciada tem também uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”<sup>12</sup>.

No Brasil, pela notícia publicada no jornal *Folha de São Paulo* de 9 de abril de 1997, informa-se que o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional projeto de lei disciplinando o processo e julgamento de ação declaratória de constitucionalidade. Nesse referido projeto, é apontada, pela primeira vez entre nós, a possibilidade de uma maior participação da sociedade civil na jurisdição constitucional por meio do artigo 29, § 2º que dispõe:

“Art. 29. Segundo os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição, poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto da apreciação pelo órgão especial ou pelo plano do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de *apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos*” (o grifo é nosso).

É na noção de espaço público habermasiano que encontraremos elementos para questionar as categorias de sociedade aberta/constituição propostas por Häberle. Frontalmente, coloca-se o pensador alemão contra o papel a ser desempenhado pelo Tribunal Constitucional como um filtro de todas as forças sociais intérpretes da Constituição, ao afirmar:

“A corte não pode assumir o papel

<sup>12</sup> Ibidem, p. 55.

de um regente que assume o lugar de um sucessor menor ao trono. Sob um olhar crítico de uma robusta esfera pública legal – uma cidadania que tem crescido para tornar-se uma ‘comunidade de intérpretes constitucionais’ – uma corte constitucional pode, na melhor das hipóteses, exercer o papel de tutor<sup>13</sup>”.

Habermas fulmina, ao lembrar a discussão da lei do aborto na Alemanha, o fato de que “O Tribunal Constitucional desempenha um papel infeliz ao exercer funções de legislador paralelo”. Cabe para esse filósofo alemão não uma competência desse órgão de exame da constitucionalidade de arvorar-se num intérprete de ordem concreta de valores da constituição. E sim, apenas esse aspecto, sublinha de forma exata Habermas, seria uma atribuição do Tribunal Constitucional zelar somente pelo surgimento democrático do direito. Isto é, se foram cumpridas todas as exigências normativas do processo democrático de legislar<sup>14</sup>. Arremata ainda o autor de *Between Facts and Norms* que a razão não pode estar centrada numa autoridade estranha, residindo em algum lugar além da comunicação política<sup>15</sup>.

É importante lembrar que o próprio Häberle está consciente de outras restrições no tocante à própria legitimidade da Jurisdição Constitucional na Alemanha ao apontar:

“Agora bem, a forte articulação da ética e com a opinião pública burguesa (cidadã) do controle jurisdicional da Constituição (especialmente no que respeita ao recurso constitucional), sua capacidade de identificação na relação cidadão-Constituição e, com isso, sua participação da construção de uma cultura política, ocultam também um aspecto negativo; o Controle Jurisdicional da Constitucional da Lei Fundamental pode induzir também, a uma desconfiança política contra a democracia e a uma confiança desproporcional na Jurisprudência”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms* : contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge : The Mit Press, 1996. Cap. 6, p. 280.

<sup>14</sup> HABERMAS. *Entrevista*. Op. cit., p. 100.

<sup>15</sup> HABERMAS. *Between Facts and Norms*. p. 285.

<sup>16</sup> HÄBERLE. *El recurso de amparo*. Op. cit., p. 254. Aliás, o artigo escrito por Christine Landfried,

Assim, esse jurista alemão adverte o perigo da atuação da Tribuna Constitucional resvalar para uma situação de abandono de “pluralismo de interesses”.

#### 4. Conclusão

A análise de determinadas leituras demonstrou a complexidade e o aprofundamento do debate sobre a cidadania além dos limites das contribuições (apesar de ainda serem pontos de referências teóricas) delineadas por T. H. Marshall ou a sua redução a um mero núcleo de participação política. Vimos, quer por meio de privilegiar o indivíduo como sujeito político, quer por meio da intersubjetividade esboçada no processo comunicativo, que há, na verdade, nas novas discussões em torno da categoria de cidadania, um interesse na compreensão de uma ação política bem direcionada e explicitamente ativa. Não se pode esquecer, ainda, o que vincula todo esse novo universo teórico é seu profundo compromisso de viabilizar (por meio de uma ação política) uma estrutura democrática. Destacamos, nesse quadro, a presença fundamental dos estudos de Jürgen Habermas por intermédio do espaço público e de uma perspectiva procedimental do campo democrático. Centramos, por consequência, suas reflexões para demarcar as fronteiras da relação da cidadania com o Direito. Apontou-se, dessa forma, que se Häberle abre as portas para a participação necessária da sociedade no desenho constitucional, de outro modo, ele, na verdade, como aponta Habermas, perfila por meio da teoria constitucional/tribunal constitucional uma postura de um certo fechamento de uma participação de uma sociedade aberta no exame das normas da constituição.

Julgamos também relevante que esse todo conjunto teórico seja essencial para a transição das leituras de cidadania no Brasil. De uma sociedade que foi fundamentada por uma cidadania regulada (W. Guilherme dos Santos) sem o “lastro de políticos” passando por uma ruptura, nos dias de hoje, pela atuação dos movimentos sociais, corra um risco. Risco esse que ao enaltecer o discurso do Judiciário como

Germany em *The global expansion of Judicial power*. New York : New York University Press, 1996, examina o perigo da presença da força dos partidos políticos na jurisdição constitucional alemã. Häberle é, também, atento com a injunção dos partidos políticos no Tribunal Constitucional alemão.

elemento e intérprete das garantias dos direitos fundamentais e da própria cidadania, possamos estar, por via do papel atribuído aos juízes, entre nós, substituindo uma forma de cidadania regulada por meio de corporações por outra marcada pela função de tutor como é, hoje,

materializada de modo emblemático pelo Supremo Tribunal Federal. Sem dúvida nenhuma, cremos que essa é a maior conclusão a ser extraída dessas observações esboçadas a partir do atual debate articulado no quadro da cidadania.

# Direito a ser ouvido em um prazo razoável. Morosidade da justiça segundo a ótica do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SARA MARIA STRÖHER PAES

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Celeridade do processo e tempo para defesa. 3. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. 3.1. A noção de tribunal. 3.2. A duração do processo. 3.3. Determinação do que é razoável. 3.4. A complexidade do caso. 3.5. A conduta do demandante. 3.6. A conduta das autoridades. 4. Reparação.*

## 1. Introdução

As Declarações de Direitos são documentos pelos quais os direitos “se apresentam em sociedade”. O ano de 1776 marca a ruptura com a metrópole e o início de uma nova forma de organização política independente, no caso das 13 colônias americanas que dotam a si mesmas de “Declarações de Direitos”, como parte de suas respectivas constituições como Estados livres. O ano de 1789 marca a ruptura com o antigo regime e o começo do Estado Constitucional no continente europeu, com a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”. Essas declarações não são apenas declarações de direitos, pois incluem o desenho básico da estrutura do Estado e tornam cidadãos os indivíduos de um Estado estabelecido pela soberania popular.

Já nas primeiras declarações de direitos (tais como a Carta Magna Inglesa, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, e outras) foram incluídas, ainda que de forma muito rudimentar, disposições desenhadas para assegurar o direito a um juízo justo. O que resulta interessante é notar como, apesar da diversidade de sistemas jurídicos, pôde-se formular um conjunto de princípios e normas de validade universal

que tem mudado muito pouco ao largo da história, e tem sido consagrado em distintos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Um dos direitos individuais que, ao largo da história, sempre tem figurado entre aqueles de importância fundamental, em relação à garantia da reta administração de Justiça e no que se refere aos instrumentos de proteção contra os abusos do poder, é o direito a um “juízo justo”, ou a um “processo equitativo”, também chamado de direito ao “devido processo”, ou direito a um “processo regular”, ou identificado no artigo 8º do Convênio Americano de Direitos Humanos (finalmente firmado pelo governo brasileiro) como um conjunto de “garantias judiciais”.

O Estado, como forma de organização dos povos em um território, como ente responsável pela paz pública, pelo desenvolvimento do povo e pelo bem-estar comum, atua em vários planos para fazer efetiva essa finalidade. Uma administração de justiça rápida, em seus justos prazos acertada, constitui uma preocupação legítima e irrenunciável do Governo. O desfrute de qualquer direito fundamental exige uma política jurídica ativa, como também econômica, por parte dos poderes públicos; significando que o Estado assume um papel passivo de não permitir que seja violado por outros e ativo no sentido de criar instrumentos para que a pessoa tenha condições de obter proteção judicial efetiva em defesa de seus direitos e interesses, em um prazo razoável.

Tem dado lugar a muitos escritos o desânimo que a duração dos processos causa aos litigantes em potencial. O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante. Nos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos vigentes. O direito à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, mesmo que o acesso à justiça pudesse ser um direito natural, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem

violados pelos demais. O Estado, portanto, permanecia passivo com relação a problemas tais como a capacidade de uma pessoa para reconhecer seus direitos e para defendê-los adequadamente na prática.

O conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação a partir do momento que as ações e relações assumiram caráter mais coletivo que individual. O movimento se fez no sentido de se reconhecer os direitos e deveres sociais. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos todos os direitos antes proclamados. A atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos.

O direito à justiça ganhou atenção e importância entre os novos direitos substanciais, sociais e individuais dos indivíduos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e mesmo como cidadãos, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação, sendo este o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico que pretenda garantir e não só proclamar os direitos de todos. Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois anos ou mais para uma decisão executável. Esta demora aumenta os custos para as partes e pressiona economicamente os débeis a abandonar seus casos ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.

A Convenção Européia de Direitos Humanos regula as garantias do processo de forma a conseguir um juízo justo, entre os quais o direito a ser ouvido em um prazo razoável, qualificando-o como um direito humano, que é da natureza da própria Convenção. Como indica Pérez Luño:

“en todo caso, se puede advertir una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea, a reservar la denominación ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ es la más usual en el plano



de las declaraciones y convenciones internacionales”<sup>1</sup>.

Depreende-se da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 que esta trata de alguns direitos humanos, declarados como tal, que os Estados obrigam-se a cumprir, e isso significa que estes devem incorporá-los ao ordenamento interno. Os direitos sociais e políticos constituem objeto de outro instrumento, a Carta Social Européia.

A importância que um Estado defere a um direito, no dizer de Perez Luño<sup>2</sup>, verifica-se no trato que recebe o direito em matéria de garantia. Dessa forma, a categoria dos direitos públicos subjetivos, entendidos como autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado, perde seu sentido ao achar-se superada pela própria dinâmica sócio-econômica de nosso tempo, em que o desfrute de qualquer direito fundamental exige uma política jurídica ativa (e na maioria das vezes também econômica) por parte dos poderes públicos.

Parte-se do princípio de que não é possível o desfrute adequado da liberdade, aquela esfera de autonomia individual, sem condições sócio-econômicas mínimas que permitam seu exercício, eliminando a injustiça e miséria que condenam o homem à dependência. Para isso, entretanto, é necessário que a neutralidade do Estado, o *laissez-faire*, *laissez-passer*, substitua-se por uma posição intervencionista, tendente à transformação das condições de desenvolvimento de determinada comunidade, para permitir a plena realização do ser humano. O Estado deve prestar os meios necessários para isso. Surgem assim os denominados “direitos de prestação” que exigem um comportamento positivo dos poderes públicos.

“Como conseqüência da falta de reservas existenciais próprias, o indivíduo transfere ao Estado a exigência natural de segurança. Do Estado se esperam as ajudas que lhes permitam subsistir através das diversas crises que podem afetar-lhes, tanto se é o desemprego, enfermidade, falta de habitação, como a perda do país natal. Nenhum Estado moderno pode frus-

trar tais esperanças sem ameaçar com isto sua própria existência; por isso mesmo tem que enfrentá-las”<sup>3</sup>.

A garantia de ser ouvido em um prazo razoável encerra uma faceta de conteúdo prestacional.

## 2. Celeridade do processo e tempo para defesa

Uma das condições que deve cumprir um processo para não resultar injusto ou arbitrário tem que ver com a celeridade do mesmo. É da essência da administração de justiça que, para ser justa, esta tem que ser rápida, ou, pelo menos, ser entregue em um tempo adequado para os interessados. Uma justiça lenta, ou que se retarde indevidamente, é, por si só, injusta. De nada serve ao demandante ou ao demandado em um processo civil, ao acusador ou ao acusado em um juízo penal, que, depois de largo tempo, aceitem-se seus alegados, se o mero transcurso do tempo lhes ocasionou um dano irreparável. Haver-se visto envolvido em um longo processo pode ter prejudicado seus interesses, ou, inclusive, ter lesionado sua reputação e a percepção que se tenha dele no grupo social. Ademais, com muita frequência, quem pode esperar é aquele que sabe que sairá derrotado e que se beneficia com uma decisão tardia. Ao contrário, a quem lhe assiste a razão, cujos direitos tem sido lesados, não dispõe de tempo e não pode esperar eternamente que se estabeleça a justiça.

Tanto a Convenção Americana como a Convenção Européia destacam que toda pessoa, na determinação de seus direitos ou obrigações civis, ou na sustentação de uma acusação criminal formulada contra si, tem direito a ser julgada “dentro de um prazo razoável”. A Convenção Americana de Direitos Humanos expressa, no art. 7º, parágrafo 5º, que toda pessoa detida por causa de uma infração penal terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que continue o processo.

<sup>3</sup> FORSTHOFF, Ernest. Problemas constitucionales del estado social. In: ABENDROTH, Wolfgang. *El estado social*. Traducción de José Puente Egido. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1986. p. 53.

<sup>1</sup> PEREZ LUÑO, op. cit., p. 30.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 27.

Provavelmente é em matéria penal que a agilidade e rapidez do processo resultam mais necessárias para assegurar sua justiça e retidão. Entretanto, dada a natureza do que está em jogo, é também nesse campo que surge de maneira mais nítida a necessidade de compatibilizar, por uma parte, a rapidez do processo e, por outra, os requerimentos da defesa. Para que o processo seja justo, deve ser rápido, mas não tanto, para que essa rapidez não possa comprometer as possibilidades da defesa. Nesse sentido, deve-se procurar um certo grau de equilíbrio entre a necessidade de que o processo se desenvolva sem dilações indevidas e o tempo requerido para a defesa. A garantia do art. 14, parágrafo 3º, alínea *b*, do Pacto de Direitos Civis e Políticos, que confere ao acusado em matéria penal “dispor do tempo necessário para a preparação de sua defesa”, é regra reiterada tanto pela Convenção Européia como pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Em conseqüência, a duração do processo deve ser razoável tanto que não resulte excessivamente prolongada quanto permita dispor do tempo indispensável para a preparação da defesa.

Por isso, a própria jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos não considera o tempo como o único elemento a ser manejado, embora seja fundamental, mas dependerá de outras circunstâncias do processo. O longo lapso temporal de um processo pode vir motivado por fatores alheios à atuação dos órgãos judiciais e, em geral dos poderes públicos, situando-se no comportamento das partes. Na verificação de se o processo atendeu ou não o direito a ser ouvido em um prazo razoável, tomam-se em conta as exigências de uma boa administração de justiça, segundo suas circunstâncias, e a duração normal dos que tenham idêntica natureza, não prescindindo de fatores como o da atitude das partes ou do prejuízo que realmente houverem sofrido pela tardança na resolução.

O direito comentado encontra-se extensamente regulamentado no artigo 14 do Pacto de Direitos Civis e Políticos e no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Entretanto, nos concentraremos no trato conferido a este direito pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por meio dos julgados que dão aplicação ao artigo 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos.

### 3. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950, por doze países europeus, recolhe uma série de direitos e liberdades e institui dois órgãos, a Comissão Européia dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para assegurar o respeito dos Estados contratantes à Convenção.

O sistema de proteção de direitos e liberdades articula-se em dois níveis, um de caráter interno, mediante a possibilidade que têm os cidadãos de determinado país europeu acudir à própria organização judiciária interna, e, uma vez esgotada esta via, outra de caráter internacional, se ainda não houver sido satisfeita a pretensão de tutela de sua liberdade, ante a Comissão e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo.

Entre duas vias internacionais possíveis de satisfação de um mesmo direito ou liberdade, como pode ocorrer no caso em que um mesmo bem jurídico está, ao mesmo tempo, tutelado pelos organismos criados por instrumentos da Organização das Nações Unidas e por um instrumento regional de Direitos Humanos, sempre prevalecerá o mais benéfico ao indivíduo. É o princípio da primazia do dispositivo mais favorável aos indivíduos, quando direitos idênticos são garantidos por dois ou mais instrumentos.

A necessidade de se criar órgãos internacionais para a defesa dos direitos humanos está em que as garantias constitucionais exclusivamente nacionais nem sempre são suficientes, já que entre uma pessoa e seu Governo podem surgir conflitos nos que, segundo a expressão de um cronista inglês da Idade Média, “há de um lado muita potência e de outro muita impotência”.

“A Convenção Européia de Direitos Humanos supõe hoje o ponto culminante na proteção dos direitos no âmbito europeu que tem tido enormes implicações no âmbito interno dos distintos ordenamentos estatais. A proteção internacional dos direitos

supera o marco próprio dos direitos fundamentais”<sup>4</sup>.

O Estado que ratifica a Convenção se compromete a organizar seu sistema judicial de forma que cumpra as exigências dos direitos ali inseridos. Principalmente, no que concerne ao artigo 6º da Convenção, que embora considerado como direito autônomo, como é de um juízo justo, efetivo, contém garantias de outros direitos como meios de garantir o livre gozo dos direitos que pretende proteger. Recordemos o artigo 6º da Convenção:

“6.1. Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente, em prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial aos interesses da justiça”.

### 3.1. A noção de tribunal

Com respeito ao que se deve entender por Tribunal, a Corte Européia de Direitos Humanos tem adotado um conceito amplo e autônomo para os propósitos da Convenção, que não tem necessariamente que coincidir com a noção de tribunal utilizada na legislação interna dos Estados-partes da Convenção Européia. Em algumas de suas decisões, a Corte Européia parece haver confundido a noção de Tribunal com alguma das condições que este deve reunir para poder garantir um juízo com as garantias do procedimento a seguir ante esse órgão,

sublinhando que somente merece a denominação de tribunal, um organismo que responda a uma série de requisitos, tais como a independência, tanto ante o executivo como ante as partes em litígio, a duração do mandato de seus membros, e as garantias oferecidas pelo procedimento.

A juízo da Corte Européia – e no que estritamente concerne ao Convênio Europeu –, um tribunal se caracteriza, no sentido substantivo do termo, por sua função judicial, isso por sua faculdade de resolver ou determinar assuntos dentro de sua competência sobre a base do direito e seguindo os procedimentos conduzidos de uma maneira pré-estabelecida. Essa noção material do que constitui um tribunal também foi desenvolvida pela Comissão Européia de Direitos Humanos, sustentando que o elemento característico de um tribunal consiste em que suas declarações não constituem a faculdade discricionária sua, senão que representam o remate de um procedimento metódico conduzido sobre a base da preeminência do Direito.

Em um caso que envolvia o Conselho do Colégio de Advogados de Amberes (caso Amberes) – excluindo de sua lista um de seus membros –, a Comissão Européia estimou que esse Conselho, ao resolver em matéria de admissão da profissão de advogado ou de reinscrição em suas listas, não estava concebido como um tribunal; em sua opinião, este representava uma autoridade administrativa *sui generis* de um órgão corporativo, dispondo de faculdades regulamentárias, contenciosas, administrativas, financeiras e disciplinares, pelo que – tendo em conta a pluralidade das funções administrativas e outras assumidas pelo Conselho do Colégio – a Comissão estimou que esse órgão não podia considerar-se como um tribunal, no sentido do artigo 6 do Convênio Europeu. Entretanto, esse critério não foi compartilhado pela Corte Européia, indicando que o exercício sucessivo de distintas atribuições não poderia, por si só, privar uma instituição da qualidade de tribunal, com respeito a alguma delas.

No que se refere à noção autônoma, tribunal é todo ente com competência para julgar e resolver, conforme o Direito, controversias ou disputas, sendo ou não parte do Poder Judiciário, incluindo tribunais

<sup>4</sup> CRUZ VILLALON, op. cit., p. 42.

administrativos, ou órgãos que – como os colégios profissionais – excepcionalmente podem ter competência para atuar como tribunal e determinar direitos ou obrigações civis, ou aplicar sanções disciplinares. A capacidade para decidir as controvérsias que se lhe submetem é, provavelmente, uma das características distintas do tribunal<sup>5</sup>.

A Convenção Européia adota um mecanismo subsidiário de proteção estatal, fundamentalmente, por meio de seus Tribunais. A Convenção confia, em primeiro lugar, a cada um dos Estados contratantes a garantia do desfrute dos direitos e liberdades que ela consagra. As instituições criadas por aquela contribuem à dita finalidade, mas só entram em jogo pela via contenciosa depois de esgotados todos os recursos internos. Por isso, o artigo 26 do Convênio estabelece que a comissão não poderá ser requerida senão depois de esgotados os recursos internos, tal como se entende, segundo os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos.

### 3.2. A duração do processo

O que pode ser um meio para controlar a regularidade do procedimento, adverte o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por mais complexas ou acidentadas que se tenham revelado as diligências de um litígio, haverá sempre um prazo que não será possível ultrapassar. A partir de certo momento será necessário, pelo menos, explicar as razões da tardança. Assim se verifica no *affair Baggetta*, sentença de 25 de junho de 1987:

“Opina a Comissão que um procedimento penal que se estende três anos, dois meses e vinte e cinco dias sem passar o período de instrução, não se pode considerar em princípio – ao não existir motivos que o justifiquem – como razoável. A decisão definitiva sobre a acusação tardou tanto que corresponde ao Estado proporcionar uma explicação...”.

Nessa matéria, é impossível o estabelecimento de regras fixas, que só poderão ser medidas em função da duração de outros processos de idêntica natureza, pelo menos nos supostos de funcionamento normal da Administração de Justiça. No processo

penal, pelo valor de bens postos em jogo, a excessiva duração do procedimento causa mais repulsão que nos processos civis ou administrativos, mas nestes se conservará grande importância ao conjunto dos elementos que confluem na resolução do tema, sendo necessária uma maior ponderação. Em todo caso, a própria incerteza que produz uma dilação demasiada da resolução jurídica, em especial à provocada no processo penal, é uma tortura psicológica, como segundo o voto de Zekia no *caso Wemhoff*: “...uma pessoa desesperada defende sua inocência com uma vontade consideravelmente diminuída”.

### 3.3. Determinação do que é razoável

O direito que comentamos apresenta dificuldades no que se refere à determinação do período que deve tomar-se em consideração para estabelecer a duração do processo, e também no que se refere a determinar o que é um prazo razoável e que critérios devem considerar-se no que se refere ao direito da pessoa a ser ouvida sem dilatações indevidas.

Ao determinar se a prolongação de um procedimento – civil ou criminal – excedeu os limites, do que se pode considerar razoável a juízo da Corte Européia de Direitos Humanos, devem ser consideradas:

I) as circunstâncias particulares de cada caso e, mais especialmente, a complexidade do litígio no que concerne aos feitos ou a seus fundamentos jurídicos;

II) a conduta das partes – ou do próprio afetado em matéria penal – assim como o que eles arriscam no processo; e

III) a conduta das autoridades competentes, sejam elas administrativas ou judiciais. Só a lentidão imputável ao Estado, à luz de todos os fatores do caso, permite concluir se a duração do processo tem passado ou não os limites de um prazo razoável.

Em resumo, não se pode sugerir um lapso preciso que constitua o limite entre a duração razoável e o prolongamento indevido de um processo, é necessário examinar as circunstâncias particulares de cada caso e a complexidade do mesmo. Mas a ausência de uma regra matemática, com relação à duração do processo, tampouco deve estimar-se que outorga uma faculdade discricionária ao tribunal, ou à legislação interna

<sup>5</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, op. cit., p. 26.

dos Estados, em relação a definir o que é razoável. Há de se ter critérios iguais no tratamento de assuntos de natureza distinta.

É necessário que o cidadão obtenha justiça e a obtenha em um tempo adequado. A razoabilidade de um lapso somente pode ser apreciada em função das circunstâncias concorrentes em cada caso. Já que se parte da necessidade de tempo para a análise das causas submetidas a juízo, a exigência de rapidez poderia resultar contraditória com a idéia mesma de justiça.

“Deixar transcorrer um tempo prudente entre os fatos e sua resolução, não somente pode constituir uma sã medida de política jurídica, senão que, em ocasiões, é o único meio para obter os elementos necessários para uma autêntica valoração”<sup>6</sup>.

Não se trata de buscar uma justiça rápida, portanto, senão uma que se realize em tempo razoável. O tempo deve ser conveniente para que a justiça seja efetiva. Assim

“o problema mais importante consiste, pois, em extrair o significado exato das palavras *prazo razoável*. A Comissão estima que esta expressão é vaga, falta precisão, e que não é, por conseguinte, possível determinar de uma maneira abstrata seu alcance exato, que não pode ser expressado mais que à luz das circunstâncias particulares de cada caso”. (caso *Wemholf*, sentença de 27 de junho de 1968).

Efetivamente, o tema deste trabalho não pode ser entendido como simplesmente dirigido a obter a celeridade processual, pois, nesse caso, poderia ser vulnerado o resto das garantias que definem o processo mesmo. Trata-se de evitar aquelas dilações que sejam indevidas, não razoáveis, injustificadas. O que reforça a idéia de que se trata de um direito eminentemente circunstancial, que depende dos elementos presentes na contenda judicial.

Depois de indicar que a “característica razoável da duração de um procedimento que incide no artigo 6.1., aprecia-se segundo as circunstâncias do mesmo”, a Corte passa a relacionar as que devem ser consideradas em cada caso particular. Ou seja, em cada

procedimento, segundo sua natureza e incidências, deverão ter em conta uns ou outros fatores, como no caso *König*, 10 de março de 1980, *verbis*:

“Ao averiguar se a duração de um processo penal foi razoável, o Tribunal levou em consideração, entre outras coisas, a complexidade do caso, o comportamento do demandante e a maneira em que o assunto foi levado pelas autoridades administrativas e judiciais (sentença *Neumeister*; p. 42-43, parágrafo 20.21, sentença *Ringelsen*, p. 45, parágrafo 110).”

Assim, segundo a jurisprudência desenhada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a solução da suposta violação do direito consignado no artigo 6.1, da Convenção Européia, depende do resultado que se obtenha da aplicação desses critérios às circunstâncias.

### 3.4. A complexidade do caso

Estando entendido que nenhum processo é igual a outro, certamente eles podem apresentar um distinto grau de dificuldade, tanto no que se refere ao estabelecimento dos fatos como na determinação do direito aplicável, para cuja adequada avaliação e resolução se requererá um lapso diferente.

Na jurisprudência ainda não se tem um intento de delimitação exata do que se deva entender por “complexidade”. É a concreção casuística, referente aos elementos de direito e aos de prova dos fatos, que dificulta ou complica o trabalho do órgão jurisdicional, ao implicar maior atividade para a resolução do litígio. No caso *Pretto* e outros, sentença de 8 de dezembro de 1983:

“A Comissão e o Governo estão de acordo em estimar que os fatos não apresentam controvérsia alguma, mas colocam um problema complexo de interpretação jurídica. O Tribunal subscreve esta opinião: trata-se de aplicar uma lei relativamente nova, que não continha disposições em relação ao ponto de direito em litígio, ou seja, saber se as condições a cumprir, para o exercício do direito de preleção, eram válidas igualmente para o direito de resgate; ademais a jurisprudência, ainda muito pouca, revela orientações contraditórias. Era,

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 116.

pois, razoável, para eliminar esta divergência e assegurar a certeza do direito, que a Sala Terceira do Civil do Tribunal de Cassação adiasse sua decisão até que se produzisse uma decisão do Plenário do Tribunal, ainda que, com isto, se produzisse uma dilação no processo”.

A complexidade do caso se completa com as conseqüências mais ou menos gravosas da dilação.

### 3.5. A conduta do demandante

Em matéria criminal, se bem que o acusado não tem a responsabilidade de que o processo se conclua com presteza, ele pode obstruir o desenvolvimento do mesmo ou, em pleno exercício de seus direitos, recorrer a uma estratégia que inevitavelmente, prolongará a duração do juízo. Como tem expressado a Corte Européia de Direitos Humanos, a conduta do afetado constitui um fato objetivo que não pode ser atribuído ao Estado, e que deve ser tomado em consideração para determinar se tem excedido ou não o tempo razoável que deve durar o processo. Não obstante, tem que fazer notar que esse mesmo alto Tribunal tem sustentado, sistematicamente, que não se pode responsabilizar o indivíduo por fazer pleno uso dos recursos que tem disponíveis na esfera do Direito interno, e muito menos se tais recursos têm sido exitosos.

O problema é mais complexo em matéria civil, em que, em virtude do princípio dispositivo, as partes têm a iniciativa e o poder para avançar no processo, o qual permitirá ao Estado trasladar uma quota importante da responsabilidade pela duração do processo ao demandante ou ao demandado. Entretanto, a Corte Européia de Direitos Humanos tem sustentado que essa característica do processo civil não exime os tribunais de cumprir com assegurar às partes que seus direitos serão determinados dentro de um prazo razoável. Esta responsabilidade do Estado é, obviamente, maior quando o próprio Estado é uma dessas partes no processo civil e o tem dilatado incessariamente.

Em todo o caso, e de acordo com o já expressado, o indivíduo não perde seu direito a um processo sem dilações indevidas pelo simples fato de utilizar todos os recursos

internos. No *caso Poiss*, em que o governo da Áustria qualificou como um erro por parte do demandante o fato de haver-se dirigido repetidas ocasiões à jurisdição superior, interrompendo com isso o trabalho do órgão inferior, a Corte Européia de Direitos Humanos desestimou este argumento, recordando que não cabe reprochar a um demandante o fato de haver utilizado plenamente todas as vias e recursos que lhe concede o Direito interno, e muito menos se eles geralmente prosperaram. Inobstante, a Corte observou que, ainda que esta conduta pôde haver sido legítima em si mesma, ela constitui um fato objetivo imputável ao Estado demandado, e que deve ter-se em conta para determinar-se se tem ultrapassado a duração razoável do processo. Aqui trata-se do demandante que pleiteia o direito que comentamos. A esse respeito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se pronuncia no assunto *Neumeister*:

“Sobre este ponto, a Comissão considera que o inculpaado que se nega a colaborar com os órgãos da instrução ou que interpõe os recursos que correspondam, limita-se a fazer uso de seu direito e não pode ser sancionado por este motivo, a não ser que proceda com abuso ou excesso”.

Com a utilização desse critério, à hora de averiguar a dilação do tempo ou o atraso na resolução do litígio, o Tribunal o que quer é sancionar a manipulação do procedimento judicial, abusando do procedimento com demandas e recursos por motivos indefensáveis e infundados, o que prolonga sem necessidade a instrução e atrasa a conclusão do feito. No que se refere ao processo penal, a condução do processo constitui responsabilidade do aparelho estatal, limitando-se os acusados ao exercício de sua defesa. Podem utilizar todos os direitos que lhes oferece o ordenamento processual, mas com a obrigação de contribuir com o seu reto desenvolvimento. O princípio de condução do litígio pelas partes (dispositivo) deve ser compatível com a boa marcha dos procedimentos, que o próprio órgão judicial deverá ter em conta, dando de ofício ao processo o curso que corresponda, pois esse princípio não libera a autoridade judicial dos deveres de vigilância em sua adequada condução.

### 3.6. A conduta das autoridades

A tramitação de um processo – civil ou criminal – pode ver-se retardada, seja por falta de diligência, ou por negligência, na eficiência da condução do caso por parte das autoridades judiciais, ou por problemas estruturais próprios do sistema judicial, que costuma ter conexão com a carência de meios para o desenvolvimento adequado da administração de justiça ou organização dos tribunais, o que deslocaria a responsabilidade do Poder Judicial ao Executivo e ao Legislativo, responsáveis pelas medidas legais. A importância desta distinção radical é que, não sempre, o retardo judicial será incompatível com a obrigação do Estado de assegurar que a duração do processo não exceda um tempo razoável.

Evidentemente, se o prolongamento indevido do processo é o resultado da negligência das autoridades judiciais, tal atraso constituirá uma violação do direito a um juízo rápido. A respeito, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem assinalado que os juízes responsáveis pelo caso devem dar especial consideração às possíveis sérias conseqüências de qualquer demora para as partes no processo e, sobre essa base, manejar o caso com especial diligência.

O Tribunal, em suas considerações jurídicas, tem deixado claro que o fator relativo ao comportamento das autoridades compreende de maneira genérica a íntegra atuação dos poderes públicos. A Comissão, ao argumentar as alegações de Portugal no caso *Guincho* em que, entre outras alegações, alegou a falta de preparação profissional do juiz encarregado do caso, assim se expressou:

“Em relação às aptidões profissionais do juiz encarregado do caso do demandante, a Comissão constata que as Altas Partes Contratantes são, segundo os termos do Convênio, responsáveis por todos seus órgãos, qualquer que seja o poder ao qual pertence. A Comissão, portanto, não é chamada a estabelecer ao detalhe se uma violação alegada do Convênio é imputável às autoridades dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário...”.

A responsabilidade internacional do Estado se baseia na má organização ou

carência de eficácia na Administração de Justiça do país, pouco importando qual poder é culpável por isso. Assim, o Tribunal europeu assinalou no caso *Martins Moreira*, em que o Governo português alegava que somente o comportamento das autoridades judiciais poderia fazer incorrer em responsabilidade a Portugal, não os possíveis erros do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou dos organismos ou pessoas que não dependam da organização do Estado:

“Esta opinião se opõe à reiterada jurisprudência do Tribunal. O Estado português, ao ratificar o convênio, tem contraído a obrigação de cumprir-lhe e deve, em especial, garantir que assim o farão suas distintas autoridades”.

### 4. Reparação

Se o particular que sofreu a vulneração de seu direito não puder ser reparado, carecerá de sentido para ele a proteção que pretende oferecer o Convênio Europeu. Portanto, o artigo 50 do Convênio contém que

“se a resolução do Tribunal declara que uma resolução tomada ou uma medida ordenada por uma autoridade judiciária ou qualquer outra autoridade de uma Parte Contratante se opõe total ou parcialmente às obrigações que derivem do presente Convênio e se o Direito interno de dita Parte só permite de maneira imperfeita reparar as conseqüências de esta resolução ou medida, a resolução do Tribunal concederá, se procedente, uma satisfação equitativa à parte prejudicada”.

Os danos sofridos pelo retardo podem ir além da satisfação por uma sentença favorável ou contrária, para que o indivíduo se considere reintegrado na plenitude de seus direitos. Nem sempre a sentença bastará para compensar, em sua totalidade, os danos causados pelo atraso, e o Estado responde pelo descumprimento da obrigação assumida. Quando acontece a impossibilidade de se retornar o direito ao seu titular, pelo menos *in natura*, pois o tempo perdido não volta, caberá uma indenização justa aos prejudicados.

No caso *Unión Alimentaria Sanders*, originário da Espanha, sentença de 7 de julho

de 1989, frente à concreta reclamação de danos e prejuízos por parte da sociedade postulante, a decisão do Tribunal indica o seguinte:

“Entende o Tribunal que Unión Alimentaria Sanders S.A., sofreu um dano material que não se pode valorar com precisão. Resolvendo com equidade, como estabelece o artigo 50, concede-lhe a soma de 1.500.000 pesetas”.

E, ainda, decide

“Que o Estado demandado deve pagar à Unión Alimentaria Sanders S.A. um milhão e quinhentas mil pesetas por danos materiais e duzentos e vinte mil, e cento e setenta e uma pesetas (220.171) por gastos e custas”.

## 5. Conclusão

Um dos deveres jurídicos de um Estado é o respeito à existência dos demais, compreendidas a soberania e a independência. Cumpre, igualmente, respeitar as regras de direito internacional admitidas pelo consenso geral e observar, escrupulosamente, as estipulações dos tratados ou convenções a que tenha celebrado ou a que se tenha associado. Da obrigação do respeito à soberania e independência dos outros Estados resulta, em linha reta, o dever de não intervir em seus negócios, internos ou externos, ou imposição de certa maneira de proceder. Entretanto, de todos os assuntos de que se ocupa o direito internacional público, tem grande relevância o da responsabilidade dos Estados.

O princípio fundamental da justiça se traduz concretamente, segundo Le Fur, em duas grandes regras universais, regras “que constituem, ao mesmo tempo, o fundamento do direito internacional e do direito interno público e privado de todos os países”. São elas a obrigação de manter os compromissos assumidos e a de reparar o mal injustamente causado ao outro. Entre os direitos internos dos Estados está a soberania interna que compreende, entre outros direitos, o da jurisdição, ou seja, o de submeter aos próprios tribunais os assuntos referentes às pessoas e coisas que se encontram em seu território, bem como o de estabelecer sua organização judiciária. Ao firmar a Conven-

ção Européia, o Estado contratante está recebendo os dispositivos ali expressos em forma de compromisso com seus próprios cidadãos.

De outra parte, os direitos humanos abarcam também os direitos não recolhidos nos textos positivados. Entretanto, obtém-se maior benefício estipulando que direitos fundamentais se referem a direitos humanos recebidos pelo Direito Positivo. Os direitos de prestação são meios de exercício dos direitos reconhecidos e o titular está habilitado a reclamar uma atuação positiva por parte dos poderes públicos. São direitos de crédito frente a esses poderes.

A constitucionalização dos direitos humanos, na incorporação ao ordenamento jurídico interno, no dizer de Peces-Barba<sup>7</sup>,

“es razonable porque los derechos fundamentales cumplen una función de límite al poder y de guía para el desarrollo del Derecho en todos sus escalones a través de todos los operadores jurídicos. No tendría sentido que su positivación se produjese en otros niveles inferiores”.

Estes mesmos critérios adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos têm sido usados na jurisprudência dos Estados-Partes da Convenção Européia, assim também a constitucionalização do direito a não sofrer atrasos na resolução de processos judiciais, na seção que trata dos direitos fundamentais, como é o caso da Espanha, art. 24, e Suécia, art. 9 de suas respectivas Constituições.

## Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo : Saraiva, 1973.
- ALMAGRO NOSETE, José. *Comentarios a las Leyes Políticas* : Constitución española de 1978. Edersa, 1983. v. 3.
- BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, José M. *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*. Barcelona : Bosch, 1983.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio, FERNANDEZ FARRE-RES, German. *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*. Madrid : Civitas, 1995.

<sup>7</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, op. cit., p. 51.



- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant *Acesso à justiça*. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1988. Tradução de : Access to justice : the worldwide movement to make rights effective : a general report, 1978.
- CRUZ VILLALON, Pedro. Formación y evolución de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional* v. 9, n. 25, p. 35-62, ene/abr. 1989.
- DE ESTEBAN, Jorge, LÓPEZ GUERRA, Luis. *El régimen constitucional español*. Labor, 1982. v. 2.
- CONSTITUIÇÃO Espanhola de 1978. Civitas, 1994. COSSÍO DÍAS, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- FAÚNDEZ LEDESMA, H. *Administración de justicia y Derecho Internacional de los derechos humanos : el derecho a un Juicio justo*. Caracas : Comisión de Estudios de Postgrado.
- FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Placido. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid : Civitas, 1994.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. *La tutela judicial efectiva*. Madri : Tecnos, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*. Madri : Civitas, 1989. v. 1.
- GIMENO SENDRA. *Constitución y proceso*, Madrid : Tecnos, 1988.
- GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael. La tutela judicial efectiva como Derecho Fundamental. In: SEMINARIO DE PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 1985, Zaragoza. *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Zaragoza : Institución Fernando el Católico, 1985. p. 11-30.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Derecho a la tutela jurisdiccional*. Madri : Civitas, 1989.
- GRANADOS, Francisco. *El Ministerio Fiscal : del presente al futuro*. Madri : Tecnos, 1989.
- LÓPEZ GUERRA, Luiz. El ordenamiento constitucional : derechos y deberes de los ciudadanos. In: *Derecho Constitucional*. v. 1.
- MONTERO AROCA, Juan. *Responsabilidad civil del juez y del estado por la actuación del poder judicial*. Madri : Tecnos, 1989.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, José María. *El convenio europeo de derechos humanos: textos internacionales de aplicación*. Madri : Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1988.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Derecho y derechos fundamentales*. Madri : Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 323-423.
- PÉREZ LUÑO, A. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid : Tecnos, 1984.
- PÉREZ MUÑOZ, Vicente. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* la Ley, n° 2.858, 22 de octubre de 1991.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madri : Marcial pons Ediciones Jurídicas, 1994.
- PÉREZ VERA, Elisa. *El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos*. Madri : Revista de Derecho Internacional Público, 1993.
- REVENGA SANCHEZ, Miguel. *Los retrasos judiciales : cuándo se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones?* Madrid : Tecnos, 1992. (Colección Jurisprudencia práctica).
- REZECK, J. F. *Direito Internacional Público: curso elemental*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo : Saraiva, 1991.

# Liberalismo e Intervencionismo Neoliberalismo, ou liberalismo construtor e Intervencionismo social

A precisão de seus conceitos mediante a análise da gradação do controle estatal e de sua política de prioridades

MÁRCIO NUNES ARANHA

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Considerações preliminares.*  
2.1. *Sistema econômico versus regime econômico.*  
2.2. *Intervencionismo: pressupostos básicos para sua análise.* 2.2.1. *Âmbito de análise restrito ao sistema capitalista.* 2.2.2. *Finalidade visada pelo intervencionismo estatal.* 2.2.2.1. *Análise sob o ponto de vista lógico.* 2.2.2.2. *Análise sob o ponto de vista histórico.* 3. *Histórico do advento do intervencionismo.* 3.1. *O sistema econômico clássico.* 3.1.1. *Considerações gerais.* 3.1.2. *O pensamento e a contribuição de Adam Smith.* 3.1.3. *O pensamento e a contribuição de David Ricardo.* 3.2. *O Dirigismo Econômico: planejamento.* 4. *Aspectos fundamentais do tema.* 4.1. *Aspectos terminológicos.* 4.2. *Aspectos jurídicos, políticos e econômicos.* 4.3. *Aspecto filosófico-político.* 5. *O Estado liberal e o Estado social.* 6. *O dirigismo estatal e o neoliberalismo.* 6.1. *Neoliberalismo: definição e propostas.* 7. *O pensamento de Simonde.* 8. *Conclusões.*

## 1. Introdução

A dicotomia intervencionismo-liberalismo econômico está intimamente ligada à idéia de *planejamento econômico*, que, por sua vez, cresce de importância com a mudança no pensamento estatal, operada na história recente da *evolução do regime capitalista*, e, com a aceitação unânime em não haver a possibilidade de que uma ordem econômica seja implantada, ou mesmo possa perpetuar, sem que um disciplinamento jurídico estatal limite as liberdades em função das responsabilidades recíprocas entre os *setores economicamente relevantes* da sociedade, vale dizer, regule as relações entre o indivíduo, suas instituições e o aparelho estatal<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup>ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 15. ed. São Paulo : Atlas, 1991. p. 43-44.

## 2. Considerações preliminares

### 2.1. Sistema econômico versus regime econômico

Por sistema econômico deve-se entender o “conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, de conformidade com as quais se realiza o modo de produção – propriedade privada, propriedade estatal ou propriedade coletiva dos bens de produção – e a forma de repartição do produto econômico – há rendimentos de propriedade? ou só rendimentos de trabalho? ou de ambos? – em uma determinada sociedade”<sup>2</sup>. Daí falar-se de *sistema capitalista* em contraposição ao *sistema socialista*. O primeiro “estrutura-se desde um *modo de produção*, sustentado sobre relações específicas entre os homens e os meios de produção. Nele há a consagração da propriedade privada dos bens de produção, e o motor da atividade econômica é o lucro individual; há a individualização da propriedade e do lucro, e os investimentos privados ocupam lugar preponderante no balanço nacional”<sup>3</sup>. O sistema socialista, por sua vez, dependendo de sua configuração, extremada ou não, funda-se na propriedade estatal ou na propriedade coletiva dos bens de produção, e o motor da atividade econômica encontra-se no rendimento do trabalho, ou neste associado a rendimentos de propriedade.

O regime econômico, por sua vez, diz respeito ao “conjunto de princípios que orientam o exercício da atividade econômica, em seus vários níveis e setores”<sup>4</sup>. Assim, pode-se falar em regime liberal e regime intervencionista conforme a natureza dos princípios norteadores da atividade econômica como tal.

O regime liberal clássico pregava que o Estado deveria omitir-se em interferir na dinâmica do processo econômico, expressando-se pela máxima *laissez-faire, laissez passer*.

A qualificação do regime intervencionista, cujo desenvolvimento doutrinário realizou-se posteriormente ao do regime liberal, é a de que o Estado deveria abster-se de uma posição contemplativa e passiva e assumir uma posição de direção e controle efetivos da atividade econômica. Para tanto, o Estado institucionaliza, por meio de regimes jurídicos específicos, temas jurídicos básicos à economia, como a proprie-

dade e o contrato, mas também aqueles relativos a relações de âmbito estritamente técnico, como a regulamentação de *trusts* e cartéis, além da oferta de moeda e demais incursões em áreas cujas estruturas relacionais apontam para uma regulamentação de grande complexidade.

### 2.2. Intervencionismo: pressupostos básicos para sua análise

#### 2.2.1. Âmbito de análise restrito ao sistema capitalista

Uma conseqüência da distinção entre os sistemas e regimes econômicos está em elucidar a questão conceitual quanto à localização do tema do intervencionismo estatal frente aos sistemas econômicos.

Enquanto, no sistema socialista, o planejamento econômico encontra-se como pressuposto essencial da própria caracterização do sistema, pois não se concebe tal regime, ao menos nos estágios primários de seu desenvolvimento, sem o caráter diretivo controlador do Estado, no sistema capitalista, a introdução da idéia do intervencionismo vem a lhe dar uma qualificação nova: suas transformações históricas.

Por força dessas considerações, extrai-se, em primeiro lugar, uma conclusão quanto ao tratamento e aos limites do intervencionismo estatal. Só há de se falar em intervencionismo quando este não determine, de forma absoluta, a atividade econômica, ou seja, desde que ele deixe espaço à manifestação da liberdade de iniciativa, pois não há de se falar em intervenção em algo que se resume a nada. Pode-se intervir, desde que reservado um campo propício à intervenção, pois senão ela converter-se-ia no disciplinamento único da atividade econômica e no campo aberto da ingerência estatal, caracterizando-se não mais como interferência, mas sim como fonte de iniciativa, que, logicamente, em nada intervém, conquanto dê origem. A existência de uma *área circunscrita* de determinação da liberdade de iniciativa é um pressuposto lógico da análise do intervencionismo, nos moldes em que se quer analisá-lo<sup>5</sup>.

Tal conceituação, pois, leva à consideração do sistema capitalista como base de análise do

<sup>5</sup> A esse respeito, há o seguinte esclarecimento: “a existência de um campo reservado à liberdade de iniciativa constitui-se pressuposto lógico-jurídico da matéria de intervenção do Estado no domínio econômico. Não houvesse tal área circunscrita, não haveria intervenção” (OLIVEIRA apud GRAU, op. cit., p. 63).

<sup>2</sup> GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981. p. 60.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Ibidem.

estudo que ora se pretende, dentro da noção estabelecida de intervencionismo como a

“descrição do conjunto de ações (...) que o Estado, nos dias que correm, desenvolve *no* e *sobre* o processo econômico, objetivando a correção de distorções inevitáveis (...) visando à realização dos fins do Estado Social: justiça social e desenvolvimento”.

Intervenção é, assim, a

“ação que o Estado empreende *no* e *sobre* um campo reservado à liberdade de iniciativa do setor privado – enfatizando que tal reserva não é peculiar do regime liberal, mas da essência do sistema capitalista”<sup>6</sup>.

Cumprido, dessa forma, que se analise a evolução do intervencionismo estatal dentro da evolução do sistema capitalista através da história, e, daí, retirar-se o material necessário à ponderação das vantagens e desvantagens que advêm das posições tomadas a partir de então.

## 2.2.2. Finalidade visada pelo intervencionismo estatal

### 2.2.2.1. Análise sob o ponto de vista lógico

Tal como se determinou no item anterior, o intervencionismo deve ser analisado dentro do ambiente proporcionado pela visão do sistema capitalista, o que implica dizer que o valor fundamental do capitalismo – o mercado – deve ser também o limite de ação do intervencionismo.

A ação intervencionista estatal, para preservar sua natureza qualificadora do sistema capitalista por meio de uma mudança de ponto de vista quanto a seu regime econômico, não pode transbordar para a seara de delimitação do núcleo determinante dos conceitos de mercado, propriedade privada dos bens de produção e liberdade de iniciativa econômica, pois, se assim o fizer, e por conseguinte, destruir a essência desses conceitos, com eles vai a esfera de determinação do próprio sentido de intervenção. Com a eliminação do objeto que se tenta regular, perde-se também, com isso, o sentido da própria *regulamentação*.

Com isso, pode-se extrair, enfim, a finalidade básica do intervencionismo estatal, muito embora ele seja direcionado por muitos outros fatores. Está-se a falar da preservação do

*mercado*, que é o *mecanismo de coordenação do processo econômico* e a conseqüente salvaguarda do ambiente propício à dinamização dos dois valores juridicamente protegidos do capitalismo: a propriedade privada dos bens de produção e a liberdade de iniciativa econômica.

### 2.2.2.2. Análise sob o ponto de vista histórico

Não somente sob o aspecto lógico pode ser indicada a preservação do mercado como finalidade básica do intervencionismo. Tal conclusão também é alcançada pela análise puramente histórica dos fatores que condicionaram a passagem do regime liberal para o intervencionista. O que se deduz da análise histórica, que será aprofundada no capítulo seguinte, é a constatação de que o intervencionismo foi uma estratégia de sobrevivência do mercado, que se sentia em vias de ser pulverizado pela anarquização das relações econômicas desenvolvidas sem qualquer tipo de ingerência estatal. O encaminhamento, portanto, dessas relações visava à correção das distorções do liberalismo para preservação do mercado. Para tal conclusão, passa-se, agora, ao estudo mais aprofundado das etapas de evolução por que passou o intervencionismo estatal, sob os seus diversos aspectos.

## 3. Histórico do advento do intervencionismo

### 3.1. O sistema econômico clássico

#### 3.1.1. Considerações gerais

Tendo-se em vista o momento de relevância marcado pelo último quartel do século XVIII, que foi contemporâneo à passagem de uma concepção mercantilista para uma concepção liberal do Estado, propõe-se, pois, analisar tal período na sua contribuição para o pensamento filosófico.

A partir do surgimento do Estado Liberal, pode-se, se não exclusivamente, ao menos, mais precisamente, delimitar as bases do pensamento jurídico-econômico sobre a dicotomia liberalismo-intervencionismo, e, daí, observarem-se as condições e o ambiente propício às nuances de cada corrente filosófica. Disse-se “não exclusivamente”, pois, como observa Eric Roll,

“nos cinquenta anos que rodeiam o final do século [XVIII] se verificaram profundas mudanças sociais. As novas formas de produção, de relações sociais, de

<sup>6</sup> GRAU, op. cit., p. 63.

governo e de pensamento social, que haviam caminhado vagarosamente e com passo vacilante, devido a lutas com as antigas formas, avançavam agora triunfais, e devido a seu progresso espetacular foram facilmente esquecidas as lutas anteriores”<sup>7</sup>.

Ocorre, contudo, que a precisão do enfoque do liberalismo clássico somente veio a se dar com o ambiente revolucionário daquele período. Assim, continua o autor dizendo que o processo de formação de um corpo de doutrina com consistência interna própria somente vem a existir com o pensamento liberal de fins do século XVIII: “o que o século havia produzido até então fora confuso e acidental”<sup>8</sup>.

Dois nomes sobressaíram-se, então, como representantes do chamado *sistema econômico clássico*: Adam Smith e David Ricardo. Eles empreenderam um esforço de sistematização das teorias econômicas até então esparsas, que exprimiam a influência da filosofia liberal que surgia. Puseram a descoberto uma lógica do sistema capitalista na compreensão da existência de uma submissão às leis internas do próprio sistema, em oposição à regulamentação externa, por meio de formas próprias do regime feudal.

Mas há um aspecto de relevância transcendente na análise da importância dessa teoria clássica para a discussão do liberalismo e intervencionismo estatais. Esse aspecto é encontrado no entendimento de que esta escola gozou, em sua época, e durante longo período, de *autoridade universal* que o sistema clássico veio a ter, influenciando *decisivamente* sobre a política. Nesse sentido, a transcrição da seguinte observação:

“Durante quase meio século não há possibilidade de se citar uma escola do pensamento econômico que goze autoridade universal. Só com o advento da teoria da utilidade marginal, na década de setenta, logra-se certa unificação, e novamente chega a ser possível considerar uma doutrina como de aceitação geral; mas aí, então, já não se trata de uma autoridade indiscutível, nem tampouco universal, pois só tem preponderância dentro do pensamento acadêmico,

<sup>7</sup> ROLL, Eric. *História das doutrinas econômicas*. Tradução de Cid Silveira, Richard Paul Neto e Constantino Ianni. 4. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1977. p. 127. Tradução de: A history of economic thought.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 127.

e sua influência sobre a política não se pode comparar com a da teoria clássica”<sup>9</sup>.

### 3.1.2. O pensamento e a contribuição de Adam Smith

As características básicas de Adam Smith, naquilo que interessa à análise que se pretende empreender, dizem respeito à filosofia social e política, que é a base de sua obra, e aos preceitos de política econômica, que derivam dessa filosofia. Tais aspectos dão os fundamentos para o estudo da evolução do liberalismo. Quanto aos aspectos puramente econômicos, esses não serão sequer mencionados, porquanto não se afiguram de relevância para a abordagem filosófico-jurídica do presente trabalho.

Assim, podem ser enumeradas as características da filosofia de Adam Smith: sua filosofia social de fé absoluta na ordem natural; a descrença na eficácia de qualquer manipulação, que diz ser artificial, da atividade econômica pelo Estado; e o alcance do bem comum como consectário lógico-natural do advento do bem econômico.

Tal fé na ordem natural exprimia-se como “a crença na existência de uma ordem natural (qualquer que seja o modo de defini-la), superior a qualquer ordem artificial criada pelo homem. A uma organização social inteligente cabe apenas agir o quanto possível em harmonia com os ditames da ordem natural”<sup>10</sup>.

“Uma ou outra vez Smith aproveita um argumento qualquer para acentuar a bondade suprema da ordem natural e para assinalar as imperfeições inevitáveis das instituições humanas. Ponham-se de lado as preferências e limitações artificiais, diz, e se estabelecerá por si mesmo o ‘sistema óbvio e simples da liberdade natural’”.

Diz também que

“as inclinações naturais do homem estimulam... essa ordem de coisas que a necessidade impõe’ inclinações que muito amiúde frustram as instituições humanas”<sup>11</sup>.

O homem, segundo Adam Smith, deve ser

<sup>9</sup> Ibidem, p. 129-130.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 134.

livre para poder expressar, sem barreiras, os seis motivos que determinam de um modo natural a conduta humana: o amor de si mesmo, a simpatia, o desejo de ser livre, o sentimento da propriedade, o hábito do trabalho e a tendência para trocar, permutar e substituir uma coisa por outra. O homem seria o melhor juiz de seu próprio interesse.

“Não só, deixando-o à sua sorte, obteria o máximo de satisfação, como aumentaria o bem-estar comum. Obtinha-se esse resultado porque a Providência havia determinado que na sociedade se estabelecesse um sistema em que prevaleceria a ordem natural. Os diferentes móveis da conduta humana equilibravam-se de tal modo que o bem de um não entraria em conflito com o bem de todos”<sup>12</sup>.

A fé, que Adam Smith cultivava no equilíbrio natural dos motivos humanos, foi o que o levou a fazer a célebre declaração de que ao procurar seu próprio benefício, “uma mão invisível o conduzia a favorecer um fim que não entrava no seu propósito”<sup>13</sup>.

Tudo isso revelava uma descrença de Smith na intervenção consciente do homem no processo de desenvolvimento econômico<sup>14</sup>. Assim, o Estado é mais eficaz quando deixa de intervir, mas, mais do que isso, a sua intervenção nos interesses dos indivíduos é geralmente prejudicial. Aqui, um ponto importante: define Smith, então, três papéis próprios do Estado:

“O primeiro é o dever de defender o país contra a agressão estrangeira; o segundo, o dever de estabelecer boa distribuição de justiça; e o terceiro, manter obras públicas e instituições que um indivíduo ou um grupo de indivíduos não manteriam por falta de remuneração adequada”<sup>15</sup>.

Mas, não em todos os pontos, a doutrina smithiana é alheia ao aspecto de dar obrigações ao Estado: assim

“Paz dentro e fora do país, justiça, educação e um mínimo de empreendi-

mentos públicos, como estradas, pontes, canais e portos são os únicos benefícios que o Governo pode outorgar. Em tudo o que for além disso, a ‘mão invisível’ é mais eficaz”<sup>16</sup>.

Vê-se que, mesmo sob a influência pesadamente abstencionista, Adam Smith deixa transparecer o influxo de concepções sociais de caráter positivo do Estado e somente justifica a não-atuação estatal por força de uma constatação prática de que as relações naturais econômicas cumpririam melhor aquele papel.

Os reflexos econômicos do pensamento filosófico smithiano, apenas como ilustração, refletem-se no entendimento de que o equilíbrio das relações econômicas dar-se-ia, principalmente, por força de um móvel do comportamento humano, quando se trata de atividade econômica: o egoísmo individual. Assim, o seu sistema de relações intersubjetivas, por força da chamada *mão invisível*, é auto-regulante e autolimitador dos excessos que porventura possa um móvel do comportamento humano ocasionar. O egoísmo do homem é, dentro daquele sistema, o próprio delimitador de seus excessos, pois, segundo Smith, o

“homem aumenta, pela divisão do trabalho, a própria produtividade, mas também deixa de ser independente dos demais. O homem, como membro de uma sociedade, tem quase sempre oportunidade de que seus semelhantes o ajudem, mas é inútil que espere que o façam unicamente por benevolência. Para atingir seus próprios fins deve recorrer ao egoísmo dos outros, e não apenas à simpatia deles”<sup>17</sup>.

São os interesses individuais, dentro de uma sociedade, os freios mais eficazes contra o transbordamento dos egoísmos, mas para tanto, parte do pressuposto de que todos compartilham desse mesmo sistema de valores escalonados, ou seja, a prioridade do próprio interesse sobre todas as demais vicissitudes sociais.

Outro freio eficiente seria a possibilidade imaginada por Smith de que o homem poderia escolher entre produzir ele próprio o que precisa ou comprar, por um valor menor, obviamente, aquela necessidade. Parte, então, de uma certa ingenuidade na consideração de que todo “o chefe de família prudente deve ter como

<sup>12</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>13</sup> SMITH apud ROLL, op. cit., p. 135.

<sup>14</sup> “Smith, com efeito, duvidava que o indivíduo não favorecesse assim os interesses da sociedade de uma maneira mais efetiva que se se tivesse proposto a fazê-lo”. “Nunca soube”, diz, “que tenham feito muito benefício os que fingem tratar com o bem público” (ROLL, op. cit., p. 135).

<sup>15</sup> Ibidem, p. 135-136.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>17</sup> Ibidem.

máxima não tentar fazer em casa aquilo que lhe custe mais fazer do que comprar...”<sup>18</sup>.

Quanto às aspirações de poucos em verem-se em posições privilegiadas, a qualquer custo, frente aos demais, tais aspirações não encontrariam campo propício à germinação, pois, segundo Smith, posições privilegiadas somente poderiam ser mantidas com a ajuda do Estado, e como o Estado não intervinha, a não ser excepcionalmente para manter a concorrência, tais posições seriam inalcançáveis. Aqui a origem do ranço liberal ostentado contra o funcionalismo público, hoje tão em voga. Esses em nada se assemelham aos apadrinhados da infância dos Estados modernos. Nesse ponto, Adam Smith foi vítima de seu otimismo, e de seus preconceitos, ou melhor, da única experiência de vivência social que experimentara. Acreditava que

“os males sociais que o rodeavam fossem erros de anteriores governos; toda a história, até então, fosse uma sucessão de intenções mal concebidas para favorecer os privilégios de um reduzido número de indivíduos; eliminassem-se esses privilégios e tudo iria bem. Em toda a obra de Smith estava implícita a esperança de indivíduos ou de classes. A harmonia social natural se revelaria a todos quando se conseguisse essa emancipação”<sup>19</sup>.

Como encerramento de valorização de sua teoria, ainda dizia que qualquer patologia dominante dentro do seu sistema não poderia lograr êxito, porquanto “o livre jogo das forças naturais destruiria todas as posições que não se baseassem em contribuições ao bem comum”<sup>20</sup>. Tal posicionamento otimista, contudo, é submetido à crítica já por David Ricardo.

Smith ataca firmemente o mercantilismo e, embora não tenha sido o único a fazê-lo, encontra, por meio de tal atitude, um campo propício e receptivo às suas idéias. Eis que no campo histórico abomina o protecionismo, caracterizador do mercantilismo, despertando olhares dos grupos econômicos que queriam ver-se livres das restrições impostas pelos Estados. É o surgimento do capital internacional, o capital sem pátria, e, portanto, sem compromisso com a Nação. O que realmente importa dessa questão de crítica ao mercanti-

lismo é tal *ambiência* a proporcionar a propagação extraordinariamente rápida do liberalismo de Adam Smith. A afirmação é bem esclarecida por Eric Roll, dizendo que

“embora o apóstolo do liberalismo econômico falasse em termos brilhantes e persuasivos, seu sucesso não teria sido tão grande se não se tivesse dirigido a um auditório já preparado para receber sua mensagem. Falou pela voz dele a voz dos industriais que desejavam eliminar inteiramente todas as restrições do mercado da oferta de trabalho, restrições que eram resíduos do antiquado regime do capital comercial e dos interesses dos proprietários de terra”<sup>21</sup>.

A crítica ao mercantilismo era uma crítica à forma de se encarar a atividade econômica.

Com o intuito de fechar o sistema, como toda ideologia triunfante, baseia sua defesa do interesse particular no fato de que tal defesa também podia ser aplicada ao bem comum. Aqui está um ponto chave da discussão eterna entre o liberalismo e o intervencionismo. O primeiro argumento de que se lança mão e que, no mais das vezes, também se configura no objetivo último de perquirição: qual teoria leva, de forma mais satisfatória, ao bem comum? É um argumento tipicamente tomista e que leva a consideração do que seja tal bem comum. Hoje, parece que o entendimento converge para a afirmação de que o bem comum não é nem o bem de todos, nem o bem de cada um, mas, precisamente, o bem de todos e o bem de cada um.

### 3.1.3. O pensamento e a contribuição de David Ricardo

David Ricardo, por sua vez, é considerado o principal representante da economia política clássica. Desenvolveu em muito a obra e a linha de pensamento de Smith de maneira clara e concisa, levando a que seu livro, intitulado *Princípios*<sup>22</sup>, fosse considerado o de maior acuidade no estudo do funcionamento do sistema econômico.

Por força de sua formação não acadêmica, afasta-se de digressões filosóficas e históricas, o que o descredencializa a uma contribuição relevante para o presente estudo, muito embora

<sup>18</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>22</sup> RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. São Paulo : Abril Cultural, 1982. (Os economistas).

a análise de sua teoria possa valer para se identificar a característica que marcaria a evolução do pensamento econômico. Tal característica diz respeito ao método de pesquisa por ele utilizado, em que há a presença marcante do processo dedutivo de análise e a relativa alienação do mundo real quando da formulação de teorias econômicas. Introduce, pois, a desvinculação dos aspectos sociais e a abstração como meio para tal. Justiça seja feita, porém, quanto à preocupação de David Ricardo sobre o tema da distribuição do produto entre as classes sociais.

### 3.2. O Dirigismo Econômico: planejamento

Após a análise do nascimento da teoria econômica clássica, berço do liberalismo econômico, segue-se à sua evolução doutrinária, o pensamento de John Maynard Keynes, teórico do início do século XX, que abriu os olhos dos estudiosos da economia, que, no período que se sucedeu aos clássicos citados, direcionaram os estudos sobre a economia política para o âmbito dos reflexos no campo individual.

Apenas antecipando conclusões, pode-se, desde já, colocar em evidência que os influxos das teorias que abriram margem ao dirigismo econômico não o foram de contraposição com o sistema clássico no que tange à forma de se encarar o estudo da atividade econômica. Entende-se isso melhor ao se afirmar que o autor que deu o impulso inicial a tal mudança, o fez no sentido de estabelecer como preocupação da economia política, a economia como um todo, ao invés da orientação pós-clássica de análise da economia em face dos consumidores individuais. Passa-se a entender o fenômeno econômico sob uma macrovisão do mesmo. Contudo, resume-se a isto a similitude do pensamento que surgia em Keynes com aquele dos clássicos.

Já no tocante à forma de condução da economia nacional, reside o ponto de divergência fundamental que se pretende analisar. Precisamente aqui, verifica-se o cerne da questão quanto ao intervencionismo e ao liberalismo. É mais precisamente na afirmação básica das idéias de Keynes e contestadora das idéias clássicas – Smith e Ricardo – “de que a economia era dotada de uma tendência intrínseca para um estado de equilíbrio com pleno emprego”<sup>23</sup>. Certo é que tal constatação foi forçada pelos

acontecimentos históricos, como a grande depressão de 1929. Como a tendência não seria mais a do equilíbrio desejado, necessário se fazia alguma espécie de ingerência estatal no campo antes destinado ao fatal rearranjo da economia por si própria, ou antes, pela liberdade de autotutela dos seus partícipes internos. A mão invisível deveria ser substituída pela mão visível do Estado, e tal postulado seria erigido como norteador da atividade estatal desde então.

Surgiu uma nova forma de encarar a teoria econômica. Essa passou a levar em conta aspectos antes desprezados pelas teorias que lhe antecederam. A busca do equilíbrio, a partir de então, girava em torno do elemento positivo ou participativo direto do Estado, falando-se, portanto, *em economia do bem-estar*.

Criava-se a Nova Economia, designada sob a nomenclatura de macroeconomia, nomenclatura essa dada por Ragnar Frisch, célebre economista norueguês, que a define como o ramo da economia que “estuda os problemas do desemprego, da estabilidade econômica, da inflação e do crescimento econômico”<sup>24</sup>. Uma elucidação sobre o rumo tomado pela análise econômica, que acompanhou o surgimento do entendimento intervencionista, pode ser assim expressa:

“na medida em que os clássicos – e esta expressão abrange, pelo menos, todos os grandes economistas até John Stuart Mill, inclusive – preocuparam-se principalmente com os agregados do sistema econômico, tais como o total da produção, da renda, do consumo, da poupança, dos investimentos, as partes da produção que cabem ao capital, à terra e ao trabalho, o movimento da economia global através do tempo, como uma resultante do equilíbrio entre os diversos elementos de que ela se compõe – sob este ângulo a Nova Economia, ou macroeconomia, representa um retorno às origens, um afastamento das preocupações da microeconomia”<sup>25</sup>.

Vê-se, assim, que a mudança no direcionar da preocupação da teoria econômica, refletida no posicionamento em analisar a atividade econômica do seu aspecto mais abrangente, acompanhou a mudança de atitude do Estado frente à economia, passando a regrá-la não somente

<sup>23</sup> ROLL, op. cit., p. 492.

<sup>24</sup> FRISCH apud ROLL, op. cit., p. 519.

<sup>25</sup> ROLL, op. cit., p. 520.



de forma a disciplinar a liberdade que nela deveria ser preservada, mas a regê-la, determinando ativamente o alcance de tal liberdade.

Finalmente, com o intuito de esclarecimentos posteriores, deve-se atentar para o fato de que se a adesão à teoria macroeconômica teve o condão de impulsionar a economia dos Estados Unidos da América para a liderança do planeta, ela trazia em si a compreensão do fenômeno econômico em desprestígio, ou antes, na ausência de preocupação com o reflexo pontual da política econômica sobre a vida do cidadão.

Quer-se com isso dizer que, se, de um lado, impulsionou sobremaneira a economia como um todo, por outro, desviou a atenção que sempre se houvera dado, ao menos em parte, às conseqüências que tais políticas refletiam no indivíduo enquanto tal. A análise era macroeconômica, assim como os resultados eram analisados de forma estatística e geral.

Despreza-se, assim, as peculiaridades, e encara-se de forma mais natural o prejuízo de uma parcela considerável da população, ou do *bem-comum* em seu aspecto individual, em prol de uma política macroeconômica de estabilização para o *bem-comum* em seu aspecto global.

#### 4. Aspectos fundamentais do tema

##### 4.1. Aspectos terminológicos

Explanadas as origens e o contexto em que os termos liberalismo e intervencionismo aparecem na história recente, tem-se de se precisar um aspecto fundamental à compreensão da atuação estatal como intervencionista ou como seguidora do liberalismo. Fala-se da diferenciação dentro do conceito maior de intervenção do Estado no domínio econômico e de política propriamente intervencionista ou de caráter liberal.

Por *intervenção do Estado no domínio econômico*, entende Celso A. Bandeira de Mello um complexo conceitual de três dimensões, que são expressas de três modos de intervenção diversos a seguir:

“(a) ...dar-se-á através de seu *Poder de Polícia*, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como *agente normativo e regulador da atividade econômica*, caso no qual exercerá funções de *fiscalização* e em que o *planejamento* que conceber será meramente *indicativo para o setor*

*privado e determinante para o setor público*, tudo conforme prevê o art. 174; (b) mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais; e (c) ele próprio [o Estado], em casos excepcionais, como logo se dirá, atuará empresarialmente no setor, mediante pessoas que cria para tal fim”<sup>26</sup>.

Logo, nessa conceituação, não está inserida necessariamente a característica ideológica de intervencionismo ou liberalismo econômicos. Os conceitos de liberalismo e intervencionismo refletem-se na forma e intensidade em que se decide politicamente aplicá-los num certo período histórico.

Assim, quando se fala em intervencionismo, não se quer referir-se somente à intervenção do Estado no domínio econômico. Essa última caracteriza-se pelo simples fato de o Estado controlar os agentes econômicos para manter o mercado livre – e aí está a se falar em liberalismo – quanto em não só agir normativamente nesse sentido, mas também no sentido de estabelecer políticas positivas de prioridade nacional, ou até mesmo interferir ativamente, sob a forma institucional, na vida nacional – e aqui se está a falar em intervencionismo.

Quanto a este último aspecto da intervenção do Estado no domínio econômico, pode-se salientar que detém, inclusive, uma denominação específica, dada por Alberto Venâncio Filho, em obra monumental sobre o tema, e que se expressa nos seguintes termos sobre o *direito institucional econômico*:

“examina-se a intervenção do Estado no domínio econômico, não como agente normativo, impondo regras de conduta à vida econômica, mas como elemento de atuação no próprio processo econômico. Pode-se assim, antepor ao Estado como norma, Direito Regulamentar Econômico, o Estado como agente, Direito Institucional Econômico”<sup>27</sup>.

Conquanto pareça ser esse o entendimento mais aceito sobre o alcance contenedístico da

<sup>26</sup> MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 317.

<sup>27</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Intervenção do Estado no domínio econômico: o Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, 1968. p. 337.

terminologia apresentada, não é um tema absolutamente incontroverso. Hely Lopes Meirelles, ao definir a intervenção do Estado no domínio econômico, o faz aproximando-a a uma concepção tipicamente intervencionista da atuação estatal. Dessa forma, ele entende a intervenção do Estado no domínio econômico ligada de forma umbilical ao conceito de bem-estar social<sup>28</sup>. Com base nisso, pode-se inferir que o conceito de intervenção no domínio econômico de Hely Lopes Meirelles está vinculado a uma concepção de Estado Social, que é, em essência, intervencionista.

Apesar das diferenças de emprego dos termos mencionados, parece ser mais útil à apreciação do tema proposto o entendimento do termo *intervenção do Estado no domínio econômico* em seu sentido amplo, tanto de intervenção puramente normativa, isenta de conotação social, quanto impregnada dela, e ainda de intervenção direta do Estado empresário.

Por intervencionismo e liberalismo deve-se entender, pois, o qualificativo diretivo da atuação do Estado no domínio econômico. *Respectivamente, atuação meramente garante do mercado livre e atuação compensatória de disparidades acrescida de um caráter social de promoção do bem-comum.*

#### 4.2. Aspectos jurídicos, políticos e econômicos

Quanto aos aspectos jurídicos, políticos e econômicos, as observações devem ser sumárias, no sentido de se afirmar categoricamente a necessidade de uma análise, que já vem sendo feita ao longo do trabalho, das diversas facetas

<sup>28</sup> Eis o trecho pertinente: “Para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares, o Poder Público impõe normas e limites e, quando o interesse público o exige, intervém na *propriedade privada* e na *ordem econômica*, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta anti-social da iniciativa particular. Nessa intervenção estatal, o Poder Público chega a retirar a propriedade privada para dar-lhe uma destinação pública ou de interesse social, através de *desapropriação*, ou para acudir a uma situação de iminente perigo público, mediante *requisição*; em outros casos, contenta-se em ordenar socialmente o seu uso, por meio de *limitações* e *servidões administrativas*, ou em utilizar transitoriamente o bem particular, numa *ocupação temporária*. Na ordem econômica, o Estado atua para coibir os excessos da iniciativa privada e evitar que desatenda às suas finalidades, ou para realizar o desenvolvimento nacional e a

dos fenômenos do liberalismo e intervencionismo.

Há de se perceber, principalmente nessa matéria, uma implicação recíproca dos campos do saber, notadamente campos jurídico, político e econômico, para conformação e entendimento preciso do tema liberalismo e intervencionismo. Assim o é, pois, *se o resultado é jurídico, a decisão é política e as razões para decidir são de índole filosófico-econômicas.*

A concepção do Estado do bem-estar social implica mudanças profundas na regulamentação da intervenção do Estado na economia, e esta, por sua vez, não somente pressiona uma mudança política, como dirige e é dirigida pelo ordenamento jurídico correspondente. As teorias, por sua vez, interagem reciprocamente e formam elos comuns para a análise de questões compartilhadas pelas diversas áreas do conhecimento, promovendo uma visão mais precisa dos conceitos. Assim, liberalismo e intervencionismo são complexos conceituais a haurirem sua conformação completa na contribuição dos pontos de vista de cada uma das ciências jurídica, econômica e política.

#### 4.3. Aspecto filosófico-político

Independentemente das implicações necessárias da economia, que já foram analisadas no resumo histórico das principais concepções econômicas relativas ao liberalismo e ao intervencionismo, tem-se como de importância fundamental a precisão da questão quanto à relação do filosófico-político com os dois termos. Quer-se dizer, com isso, que o melhor entendimento dos sentidos de liberalismo e intervencionismo está em se divisar o Estado Liberal e o Estado Social. Cada qual correspondendo ao predomínio de valores próprios de uma ou outra corrente de pensamento. O *justiça social*, fazendo-o através da *repressão ao abuso do poder econômico*, do *controle dos mercados* e do *tabelamento de preços*. (...) Os fundamentos da intervenção na propriedade e atuação no domínio econômico repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade. Os interesses coletivos representam o *direito do maior número*, e, por isso mesmo, quando em conflito com os interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da *maioria*, que é a base do regime democrático e do direito civil moderno” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 493).

liberalismo a perseguir fielmente o arcabouço do Estado Liberal e o intervencionismo a refletir as aspirações dos fundamentos do Estado Social.

## 5. O Estado liberal e o Estado social

Até agora foram vistos o arcabouço político e econômico que permeou a dicotomia liberalismo-intervencionismo com reflexos no campo jurídico. Tais reflexos no campo jurídico, contudo, podem ser melhor entendidos pela consideração da evolução de duas expressões básicas do Estado moderno: o Estado liberal e o Estado social.

Tais concepções refletem um embate em torno da necessidade, ou até utilidade, em que o Estado assumisse uma postura de participação e controle da dinâmica social.

O Estado liberal e a sua conseqüente expressão no pensamento jurídico implicaram um avanço no seu tempo, no sentido de que aquele Estado humanizara “a idéia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna”<sup>29</sup>.

Mas o embate que originou tal evolução já era um embrião de ideal democrático pleno, no sentido de que se pleiteava a mudança para a participação de todos na determinação dos rumos da Nação. Pleiteava-se a emancipação do povo frente às estruturas de controle e decisão já incompatíveis com a evolução social da época.

O Estado liberal, com o advento da terceira classe – a burguesia –, não solucionou a questão básica dos novos tempos de plenitude democrática, embora tenha sido um passo necessário a tal evolução. Tanto assim o foi, que se originou uma corrente que faria frente a tais conquistas liberais, por antagonismo com sua natureza. Aqui fala-se do Estado socialista, que preconizou, em última análise, o monopólio decisório e de controle não a todas as classes, se ainda se pode falar nisso, mas a chamada quarta classe, o proletariado. O processo foi de ação e reação frente a uma constatação de desequilíbrio.

Dessa forma, o que se poderia prever seria a derrocada de ambas as formas de autoritarismos, sendo que o chamado bloco capitalista é que se viu obrigado a solucionar, mais cedo, suas contradições, pois via-se já inserido em

um processo democrático apto a impulsionar a modificação necessária do regime para um equilíbrio de fato. Aqui, toma força a teoria democrática em

“evitar que a transição [do Estado Liberal à outra forma mais democrática] conduza necessariamente àquele resultado, ou seja, ao Estado da última classe – o proletariado – como já acontecia em vasta área de países socialistas do Oriente, e sim ao Estado de todas as classes, como pretende ser o Estado democrático do Ocidente, ditado pelas mudanças inevitáveis do capitalismo e pelo imperativo de justiça social, que obriga ao abandono das antigas posições doutrinárias do liberalismo”<sup>30</sup>.

E continua Paulo Bonavides, como que prevendo o desfecho da trama, que o verdadeiro conflito existente então seria entre o Estado socialista, de uma classe, e portanto anti-democrático, e o Estado social, na tentativa de consolidar uma verdadeira democracia. O Estado socialista sucumbe, mas não em prol do Estado Liberal. Ele sucumbe em prol do Estado Social. A história levou ao pronunciamento do sentimento mais arraigado dos nossos tempos: o Estado democrático.

O segredo, pois, reside em manter a evolução iniciada com a *planificação na liberdade*, tão combatida pelas idéias liberais, como explicita o autor citado:

“O Estado social é, sob certo aspecto, decorrência do dirigismo que a tecnologia e o adiantamento das idéias de colaboração humana e social impuseram ao século. De um lado, os povos que vêem nele o instrumento da sua maioridade política, social e econômica. De outro, a escolha hamletiana entre a planificação livre e a planificação completa. Mas planificação livre, planificação na liberdade? Não haverá aí alguma contradição? Quando responde precisamente a essa indagação, é que o liberalismo se enrijece na sua fúria anti-social, nas objeções às medidas híbridas, que impermeabilizam algumas zonas da sociedade à plena realização da livre iniciativa”<sup>31</sup>.

O embate, pois, que se dá está necessariamente dentro de uma concepção intervencionista ou dirigista da sociedade como um todo,

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 23.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 25.

o que faz que se originem duas formas de ver o Estado social, expostas por Paulo Bonavides:

“Distinguimos em nosso estudo duas modalidades principais de Estado social: o Estado social do marxismo, onde o dirigismo é imposto e se forma de cima para baixo, com a supressão da infraestrutura capitalista, e a conseqüente apropriação social dos meios de produção – doravante pertencentes à coletividade, eliminando-se, dessa forma, a contradição, apontada por Engels no *Anti-Duehring* entre a produção social e a apropriação privada, típica da economia lucrativa do capitalismo – e o Estado social das democracias, que admite a mesma idéia de dirigismo, com a diferença apenas de que aqui se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo”<sup>32</sup>.

Não se deve, contudo, perder de vista certas constatações que se referem à ambiência própria para tal evolução. A evolução democrática pressupõe, segundo o pensamento até aqui desenvolvido, uma base capitalista, ou seja, uma estrutura de mercado, onde a liberdade possa ser o pano de fundo para a intervenção estatal. O pressuposto básico do socialismo, de apropriação dos bens de produção e de supressão de mercado, inibe a evolução para a democracia, como se extrai da derrocada do sistema do bloco oriental.

Nesse sentido, é pertinente a transcrição seguinte de Eros Roberto Grau:

“Parece-me no entanto que, no esforço [de intervenção] assim desenvolvido, não se consubstancia senão uma tentativa de variação de expressões para designar momentos e modalidades de um mesmo processo, desenvolvido em direção a um mesmo objetivo: correção das distorções do liberalismo, para a preservação da instituição básica do sistema capitalista, o *mercado*”<sup>33</sup>.

Aqui se encontra, normalmente, o elemento central de críticas ao intervencionismo estatal, quando este acaba por sufocar o próprio mercado. Mas parece que a questão, neste ponto, não se refere a opção liberalismo-intervencionismo, mas antes à *dosagem do caráter interventor*.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> GRAU, op. cit., p. 62.

## 6. O dirigismo estatal e o neoliberalismo

A noção de que o dirigismo estatal é necessário à concretização da democracia pode ser entendida pelas próprias críticas direcionadas pelos neoliberais aos dogmas do liberalismo.

Assim, Joseph Lajugie determina com precisão o defeito fundamental das doutrinas liberais clássicas por meio de uma abordagem que, no primeiro tópico, poderia ser confundida com a de um jurista de nossa época. Diz ele:

“O liberalismo clássico teve o defeito de apegar-se apenas à idéia abstrata de liberdade, ao invés de preocupar-se com as liberdades concretas e, sobretudo, com a concorrência. De fato, no mundo moderno, a concorrência desapareceu e, com ela, as reações que deviam assegurar o equilíbrio econômico. A própria liberdade destruiu a concorrência e isso provocou: *uma má organização da produção*, devido ao desenvolvimento das sociedades anônimas. Estas favoreceram a concentração das empresas e a constituição dos monopólios. ‘Os grandes negócios são incompatíveis com os princípios de uma economia livre. Na realidade, representam a forma que assume o coletivismo entre os homens de negócio’; *um mau funcionamento dos mercados*. A formação dos monopólios falsifica a economia de mercado, quando não a suprime; *um mau funcionamento da moeda* – O leal cumprimento dos contratos a longo prazo pressupõe a estabilidade da moeda”<sup>34</sup>.

A inadequação do regime liberal puro à evolução moderna pode ser melhor entendida pela referência mais precisa às conseqüências que ele gerou.

São problemas que dizem respeito, entre outros, aos bens coletivos, à tecnologia de defesa, aos encargos administrativos, aos atendimentos previdenciários, às flutuações conjunturais, aos espaços vazios, à aceleração do crescimento e aos vícios do sistema de preços<sup>35</sup>. São razões práticas que servem à afirmação de que não se pode abrir mão de intervir. São razões econômico-sociais pois a opção frente à

<sup>34</sup> LAJUGIE, Joseph. *As doutrinas econômicas*. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: DIFEL, 1959. p. 121-122. Tradução de: Les doctrines économiques.

<sup>35</sup> ROSSETTI, José Paschoal. op. cit., p. 384-391.

dicotomia, que ora se estuda, tem como força precípua de influência critérios eminentemente práticos de conveniência para o desenvolvimento econômico do abstencionismo ou intervencionismo estatal.

### 6.1. Neoliberalismo: definição e propostas

Prosseguindo-se na mesma linha de análise, pode-se verificar a contribuição do neoliberalismo para a discussão atual da dosagem do intervencionismo estatal como único caminho para o alcance da democracia.

Lajugie define o neoliberalismo sob a nomenclatura de *liberalismo construtor* e promove o delineamento de sua expressão básica da seguinte forma:

“O liberalismo construtor não permitirá que se utilize a liberdade para matar a concorrência. Ele se opõe a um só tempo ao liberalismo clássico, conservador e anárquico e ao socialismo despótico e arbitrário. ‘O liberalismo *manchesteriano* compara-se a um regime de tráfego que permite aos automóveis circular à sua vontade, sem o Código de Trânsito’. Daí resultam colisões, congestionamentos de tráfego, a menos que, para abrir caminho, os grandes veículos esmaguem os pequenos. ‘O Estado socialista assemelha-se a um regime onde uma autoridade central fixa, de forma imperativa, quando o indivíduo deve sair com o seu carro, para onde deve ir e que caminhos deve tomar’. Isso significa a morte da iniciativa privada e da liberdade individual. ‘O Estado verdadeiramente liberal é aquele onde os automobilistas têm a liberdade de ir para onde quiserem, mas respeitando o Código de Trânsito’. Liberalismo não significa abstencionismo. Não intervir é tomar o partido do mais forte, a quem se concede carta branca. O Estado pode ser chamado a intervir, a fim de restabelecer as condições de uma concorrência real. O seu papel é *manter o meio livre*. O Estado pode ser levado a praticar algumas arranhaduras no princípio abstrato da liberdade para assegurar uma liberdade efetiva. Por conseguinte, ao invés de neoliberalismo, seria melhor chamarmos esta doutrina de neoconcorrencialismo”<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> LAJUGIE, op. cit., p. 122-123.

A diferença que se percebe entre o intervencionismo da doutrina social e o da doutrina neoliberal está, basicamente, nos pontos de partida de suas análises, especificados nas conclusões deste trabalho.

### 7. O pensamento de Simonde

Contribui para o entendimento mais preciso da diferenciação entre os princípios básicos do liberalismo e do intervencionismo o pensamento de Simonde. Jean Charles L. Simonde nasceu em Genebra, em 1773. Foi um pensador que presenciou as grandes revoluções do seu tempo – Revolução Francesa, guerras de Napoleão, Revolução Industrial – e que, no início de suas obras, foi fiel discípulo de Adam Smith.

Contudo, o pensamento de Simonde foi tocado pela realidade social que via crescer sob a estrutura liberal, como a fome e a miséria operária, chamando a atenção, de 1819 a 1867, para o aspecto social dos problemas econômicos com os quais se viu sensibilizado.

Entende que a Economia Política deve perseguir, como fim maior, a felicidade humana, ou seja, que o processo produtivo é essencial para o desenvolvimento humano; mas tal processo, com base na livre iniciativa e na propriedade individual dos meios de produção em um mercado de concorrência, deve ser guiado, ou antes, conformado ativamente para a satisfação dos fins para os quais existe. O mercado não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a concretização da justiça social e a felicidade do homem.

Esclarecedora é a passagem transcrita por Paul Hugon da obra de Simonde intitulada *Nouveaux Principes*:

“Confessamos com A. Smith ser o trabalho a única origem da riqueza, a poupança o único meio de acumular, mas acrescentamos ser a satisfação das necessidades o único objetivo da acumulação, havendo aumento de riquezas nacionais apenas quando há aumento da satisfação das necessidades nacionais”<sup>37</sup>.

A riqueza deixa de ser encarada em si mesma e passa a ter um aspecto instrumental para a consecução de um valor com o qual ela deve estar em harmonia: a felicidade. *O*

<sup>37</sup> SIMONDE, apud HUGON, Paul. *Economistas célebres*. São Paulo : Atlas, 1955. p. 217-218.

*intervencionismo nasceu assim como uma expressão de um ponto de vista mais humano do fenômeno econômico.*

Simonde, assim,

“teve o mérito de ser um dos primeiros a mostrar a preocupação de deslocar o centro de interesse do estudo econômico, passando-o da simples riqueza para o homem, estendendo-o da produção à repartição e ao consumo, da oferta à procura, e insistindo sobre a importância de reforçar o ponto de vista econômico com a introdução do ponto de vista social. Aparece assim como o precursor das inúmeras reações contra o individualismo exacerbado, e, em particular, como precursor das escolas sociológicas. Sustentando que a harmonia dos interesses não existe, opôs ao *laissez-faire* a necessidade de reformas, abrindo assim o caminho ao intervencionismo econômico sob todas as suas formas. Seus projetos de intervenção social – principalmente o ‘seguro profissional’ (o patrão deve segurar seus operários contra os riscos sociais, a doença, a velhice, a invalidez e o desemprego) – fazem-no um precursor do grande movimento de legislação social desenvolvido em todos os países nos nossos dias”<sup>38</sup>.

Criticava, enfim, a harmonia dos interesses preconizada pelos teóricos liberais clássicos. A existência dos grandes grupos econômicos desequilibravam um equilíbrio ideal. Havia a necessidade de um contrapeso, que se manifestaria pelo instrumento criado pelo homem para a harmonização da vida social ao grau máximo possível para a consolidação da sua felicidade: o Estado.

A riqueza deixa de ser um aspecto objetivo que reflete a evolução de uma Nação. Assim, considera Simonde que

“a riqueza em suas relações com a população, cuja vida possibilitará ou tornará feliz uma nação, não nos parece aumentar em opulência com o simples aumento de seus capitais, mas, sim, apenas quando ao aumentarem seus capitais, proporcionarem estes também maior bem-estar à população que devem sustentar (...) Encaramos o governo como devendo ser o protetor do fraco

contra o forte, o defensor dos incapazes de se defenderem a si próprios, o representante do interesse permanente, mas calmo, de todos, contra o interesse temporário, mas apaixonado, de cada um (...) fez-se sentir a necessidade dessa autoridade protetora (...) faz-se necessária para impedir que os homens sejam sacrificados aos progressos duma riqueza que não poderão aproveitar. Somente ela pode pôr-se acima do cálculo material do aumento dos produtos, cálculo esse suficiente para levar os indivíduos a decidir, contrapondo-lhe o cálculo do aumento dos prazeres e do bem-estar geral, que deve ser o objetivo para o qual tendem as nações”<sup>39</sup>.

E apenas para completitude da exposição do pensamento do autor, ele assim se manifesta quanto à divisão do trabalho, fazendo-se entrever o profundo compromisso social que dirige sua teoria:

“em conseqüência dessa divisão [do trabalho] o homem perdeu em inteligência, em vigor corporal, em saúde, em bom humor, o que ganhou em capacidade na produção da riqueza. É pela variedade de suas operações que a alma se desenvolve; uma nação deseja possuir homens para fazer deles cidadãos, não para transformá-los em máquinas, muito parecidas com aquelas que se movem pela ação do fogo ou da água. A divisão do trabalho valorizou operações tão simples que crianças da mais tenra idade podem executá-las; assim; as crianças, antes do desenvolvimento de qualquer de suas faculdades, antes de qualquer conhecimento dos prazeres da vida, se vêem, de fato, condenadas a fazer mover uma roda, a virar uma torneira, a dobrar uma bobina. Mais quantidade de galões, de alfinetes, de fios e de tecidos de seda e de algodão, são o fruto desta grande divisão do trabalho; mas por que preço odioso foram comprados, se com o sacrifício moral de tantos milhares de homens!”<sup>40</sup>.

## 8. Conclusões

Por todo o exposto, podem-se entender agora, com maior precisão, as características e

<sup>38</sup> Ibidem, p. 218.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 221-222.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 223.

a conformação atual do embate liberalismo-intervencionismo, começando-se pela terminologia empregada.

Aceita a constatação de que o abstencionismo estatal foi sepultado pela história dos povos, e, portanto, entendendo-se que a diferenciação hoje existente entre as correntes de pensamento deve estar necessariamente dentro do campo do intervencionismo estatal, cabe definir em que pontos fundamentais, de gradação e valoração do aspecto intervencionista estatal, pode-se visualizar a essência das correntes que hoje digladiam: *o neoliberalismo ou liberalismo construtor* e *o intervencionismo social*.

As diferenças fundamentais entre o intervencionismo da doutrina social e o da doutrina liberal encontram-se, basicamente, em linhas gerais, em três esquemas: o da qualificação do regime liberal; o de determinação teleológica do Estado; e o da assimilação ou não da solidariedade social.

O neoliberalismo parte do pressuposto de que o regime liberal é o campo propício onde se aparariam arestas perniciosas ao pleno desenvolvimento do mercado, da livre concorrência, da propriedade privada dos meios de produção, da liberdade em abstrato. O intervencionismo pressupõe que tal regime seja falho em sua conformação básica de preordenação de valores próprios de uma classe, e não, do conjunto social.

O neoliberalismo entende que a concentração de esforços na perfeita esquematização das atividades econômicas dentro da livre concorrência e a proibição de excessos é, por si só, bastante para o alcance do bem-comum, e aqui se verifica sua semelhança com o antigo liberalismo: a estrutura econômica é um fim em si mesma, pois o bem-comum é consequência lógico-natural do bem econômico. Com isso parte do pressuposto de uma *mínima intervenção estatal*. O intervencionismo, ao contrário, não identifica tais valores como prioritários, pois entende ser papel do Estado, prioritariamente, o bem-comum, mediante prestação direta e positiva deste, e deixa a atividade econômica com o papel de promover, dentro de sua evolução possível e histórica, o melhoramento das condições materiais. Desvincula, portanto, o melhoramento das condições sociais de uma espera pelos frutos do regime econômico, e ordena ao Estado que faça tudo, no limite do possível, que implique na melhoria

daquelas condições.

O regime neoliberal entende que a função do Estado está puramente em escolher os “quadros jurídicos onde se desenvolverá a atividade econômica”<sup>41</sup>. Questões como a da previdência social devem ser inseridas dentro do mercado livre. O intervencionismo, por outro lado, entende que o Estado deve servir como meio para corrigir distorções sociais de fundo, para compensar aos que não receberam o equivalente ao seu esforço dentro do regime de livre concorrência, devido aos males originários do mesmo, responsabilidade de todos. Ela incute dentro de sua concepção um *sentimento de solidariedade social*.

Enfim, para o intervencionismo, o Estado passa a intervir concretamente para promover o bem maior que é o bem comum e deixa, pois não suprime, as bases do sistema capitalista. O sistema econômico deve ser entendido quanto a sua posição meramente instrumental de alcance paulatino de uma estrutura econômica propícia ao desenvolvimento social. Indica que se deixe a atividade econômica, com sua função instrumental, e que o Estado persiga com *unhas e dentes* o bem-estar social e que se tribute – aqui um ponto fundamental – somente a ele, ou seja, ao bem-estar social, os sacrifícios da sociedade e nunca ao aspecto econômico, que é meramente instrumental, e como tal, não pode justificar a penitência social.

## Bibliografia

- BRUTON, Henri J. et al. *Teorías del crecimiento económico*. Traducción de Julio Cerón. México : Herrero Hermanos, 1964. Tradução de: Theories of economic growth.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981.
- HUGON, Paul. *Economistas célebres*. São Paulo : Atlas, 1955.
- LAJUGIE, Joseph. *As doutrinas econômicas*. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo : DIPEL, 1959. Tradução de: Les Doctrines économiques.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito*

<sup>41</sup> LAJUGIE, op. cit., p. 125.

- Administrativo*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- MYRDAL, Gunnar. *Aspectos políticos da teoria econômica*. Tradução de José Auto. Rio de Janeiro : Zahar, 1962. tradução de: The political element in the development of economic theory.
- RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo : Abril cultural, 1982. (Os economistas). Tradução de: On the principles of political economy and taxation.
- ROLL, Eric. *História das doutrinas econômicas*. Tradução de Cid Silveira, Richard Paul Neto e Constantino Ianni. 4. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1997. Tradução de: A history of economic thought.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 15. ed. São Paulo : Atlas, 1991.
- SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. 8. ed. Rio de Janeiro : Agir, 1975. v. 2, p. 891. Tradução de: Economics.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Intervenção do Estado no domínio econômico : o direito público econômico no Brasil* : Fundação Getúlio Vargas, 1968.



# Competência constitucional da Polícia Rodoviária Federal

ADILSON ABREU DALLARI

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Os textos legais. 3. Interpretação das normas constitucionais. 4. O contexto do dispositivo em exame. 5. Conclusão.*

### 1. Introdução

O objetivo principal do presente estudo não se concentra sobre a situação atual das atribuições da Polícia Rodoviária Federal, mas, sim, sobre suas possíveis futuras competências, em face do que consta do texto do substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 73, de 1994, que dispõe sobre o Código de Trânsito Brasileiro.

O artigo 20 desse Projeto elenca as competências da Polícia Rodoviária Federal, que são enumeradas em treze incisos, compreendendo uma gama bastante variada de atribuições.

O problema está na constitucionalidade desse artigo, tendo em vista que a Constituição Federal, em seu art. 144, restringe as competências da Polícia Rodoviária Federal ao “patrulhamento ostensivo das rodovias federais”.

### 2. Os textos legais

O dispositivo sobre cuja constitucionalidade se indaga tem a seguinte redação:

“Art. 20. Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais:

I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;

II - realizar o patrulhamento ostensivo, executando operações relacionadas

com a segurança pública, com objetivo de preservar a ordem, incolumidade das pessoas, o patrimônio da União e o de terceiros;

III - aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito, as medidas administrativas decorrentes e os valores provenientes de estada e remoção de veículos, objetos, animais e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

IV - executar serviços de prevenção, atendimento de acidentes e salvamento de vítimas;

V - realizar perícias, levantamentos de locais de acidentes, boletins de ocorrência e termos circunstanciados, teste de dosagem alcoólica e outros procedimentos estabelecidos em lei e regulamentos imprescindíveis à elucidação das causas dos acidentes de trânsito.

VI - credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de cargas indivisíveis;

VII - assegurar a livre circulação nas rodovias federais, podendo solicitar ao órgão rodoviário a adoção de medidas emergenciais, e zelar pelo cumprimento das normais legais relativas ao direito de vizinhança, promovendo a interdição de construções e instalações não autorizadas;

VIII - coletar dados estatísticos e elaborar estudos sobre acidentes de trânsito e suas causas, adotando ou indicando medidas operacionais preventivas encaminhando-os ao órgão rodoviário federal;

IX - implementar as medidas da Política Nacional de Segurança e Educação de Trânsito;

X - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Contran;

XI - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à celeridade das transferências de veículos e

de prontuários de condutores de uma para outra unidade da Federação;

XII - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 67, além de dar apoio, quando solicitado, às ações específicas dos órgãos ambientais;

XIII - fiscalizar, autuar, aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis às infrações referentes a excesso de dimensões e, por meio de balanças móveis, as relativas a excessos de peso, bem como notificar e arrecadar as multas aplicadas”.

Como se pode notar, no inciso II, está prevista a realização do patrulhamento ostensivo, com a indicação de seus objetivos.

Os demais incisos, todavia, contemplam uma gama extremamente variada de atribuições as mais diversas. Algumas delas enquadram-se perfeitamente no disposto no inciso II, pois outra coisa não são senão atividades inerentes ao patrulhamento ostensivo. Outras podem ser consideradas como complementares ao patrulhamento. Mas, por outro lado, existem competências absolutamente extravagantes, totalmente desconectadas da atividade de patrulhamento, como é o caso da arrecadação de multas, ou que exigem conhecimentos técnicos alheios à atividade policial, como são exemplos a fiscalização do transporte de cargas indivisíveis e a realização de perícias.

O mais aberrante é, sem dúvida, a concentração de poderes para autuar infratores e arrecadar as multas, constante dos incisos III, XI e XIII.

Enfim, existe uma confusão muito grande entre atividades que, normalmente: são desenvolvidas por outros agentes, com auxílio e apoio do patrulhamento; atividades de patrulhamento que requerem o concurso de outros agentes; e atividades próprias e típicas de patrulhamento.

Num primeiro lance de vista, portanto, o que se percebe é um problema de técnica legislativa, de má redação, de maneira a causar terríveis dificuldades interpretativas.

Mas não é difícil perceber o porquê desse emaranhado confuso de atribuições. Esse texto, acima transcrito, segue, muito de perto, o que consta do art. 1º do Decreto nº 1.655, de 3 de outubro de 1995, que, atualmente, “Define a competência da Polícia Rodoviária Federal e dá outras providências”, o qual tem a seguinte redação:

“Art. 1º. À Polícia Rodoviária Federal, órgão permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Justiça, no âmbito das rodovias federais, compete:

I - realizar o patrulhamento ostensivo, executando operações relacionadas com a segurança pública, com o objetivo de preservar a ordem, a incolumidade das pessoas, o patrimônio da União e o de terceiros;

II - exercer os poderes de autoridade de polícia de trânsito, cumprindo e fazendo cumprir a legislação e demais normas pertinentes, inspecionar e fiscalizar o trânsito, assim como efetuar convênios específicos com outras organizações similares;

III - aplicar e arrecadar as multas impostas por infrações de trânsito e os valores decorrentes da prestação de serviços de estadia e remoção de veículos, objetos, animais e escolta de veículos de cargas excepcionais;

IV - executar serviços de prevenção, atendimento de acidentes e salvamento de vítimas nas rodovias federais;

V - realizar perícias, levantamentos de locais, boletins de ocorrências, investigações, testes de dosagem alcoólica e outros procedimentos estabelecidos em leis e regulamentos, imprescindíveis à elucidação dos acidentes de trânsito;

VI - credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de remoção de veículos, escolta e transporte de cargas indivisíveis;

VII - assegurar a livre circulação nas rodovias federais, podendo solicitar ao órgão rodoviário a adoção de medidas emergenciais, bem como zelar pelo cumprimento das normas legais relativas ao direito de vizinhança, promovendo a interdição de construções, obras e instalações não autorizadas;

VIII - executar medidas de segurança, planejamento e escoltas nos deslocamentos do Presidente da República, Ministros de Estado, Chefes de Estados e diplomatas estrangeiros e outras autoridades, quando necessário, e sob a coordenação do órgão competente;

IX - efetuar a fiscalização e o controle do trânsito e tráfico de menores nas rodovias federais, adotando as providências cabíveis contidas na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

X - colaborar e atuar na prevenção e repressão aos crimes contra a vida, os costumes, o patrimônio, a ecologia, o meio ambiente, os furtos e roubos de veículos e bens, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o contrabando, o descaminho e os demais crimes previstos em leis”.

Provavelmente, pensou-se que em assim procedendo, ficariam eliminadas quaisquer dúvidas ou questionamentos sobre a matéria, pois o mencionado Decreto já foi expedido sob a égide do texto constitucional atualmente em vigor, presumindo-se, portanto, que esteja em perfeita conformidade com a Lei Maior.

Todavia isso não ocorre. De imediato, verifica-se que o Decreto nº 1.655/95 foi editado pelo Presidente da República sob invocação dos incisos IV e VI, do art. 84 da Constituição Federal como seu fundamento de validade.

Entretanto, tais incisos não autorizam a edição do referido Decreto, pois se referem, ambos, ao poder regulamentar, à competência do Presidente da República para expedir normas destinadas à especificação de meios e modos para a fiel execução da lei ou para a ordenação da administração pública federal em nível infralegal, na forma da lei. Nunca em lugar da lei, nem, muito menos, contra a lei.

Ocorre que o atual Código Nacional de Trânsito (Lei nº 5.108, de 21.9.66) nem menciona a Polícia Rodoviária Federal entre os integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, havendo, portanto, um evidente vício formal na edição do Decreto nº 1.655/95.

Mas a preocupação que motivou o presente estudo é de outra ordem. Está voltada para o futuro e se concentra na constitucionalidade do conteúdo das disposições que descrevem as competências da Polícia Rodoviária Federal.

Com efeito, ao mencionar esse organismo, em seu art. 144, ao dispor sobre a segurança pública, a Constituição Federal promulgada em 1988 o fez dentro do seguinte contexto adjacente:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da

ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º - A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º - A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbem a execução de atividades

de defesa civil.

§ 6º - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º - Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

A simples leitura desse conjunto de dispositivos já revela uma heterogeneidade entre as diversas entidades ligadas à área da segurança pública. Algumas delas exercem atividade policial propriamente dita, em sentido estrito, enquanto outras são destinadas a prestar apenas serviços auxiliares à segurança pública.

Mais evidente ainda é a absoluta similitude entre a Polícia Rodoviária e a Polícia Ferroviária federais, ambas destinadas a executar o “patrulhamento ostensivo” nas respectivas áreas. Não se lhes deu (pelo menos expressamente) competências propriamente “policiais”, no sentido de exercício de atividades assemelhadas às das outras polícias mencionadas nesse mesmo contexto.

Tendo a Constituição restringido a competência da Polícia Rodoviária Federal ao “patrulhamento ostensivo”, cabe agora examinar o disposto nesse § 2º supratranscrito, para saber se ele autoriza o legislador ordinário a contemplar esse organismo com todas aquelas atribuições acima referidas.

### 3. Interpretação das normas constitucionais

Antes de se procurar identificar o que o texto constitucional teria querido dizer ao mencionar o vocábulo *patrulhamento*, cabe examinar qual o sentido dessa palavra na linguagem comum, registrada nos dicionários.

No Brasil, o consagrado Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira se refere a “patrulha” como uma “ronda de soldados”. Em Portugal, Rodrigo Fontinha, em seu *Novo Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, menciona “patrulha” como “grupo de soldados ou de polícias, encarregados de fazer rondas, durante

a noite, para defesa dos cidadãos pacíficos”, mencionando o verbo *patrulhar* como “guardar de patrulhas; vigiar; rondar”.

No campo do Direito, o famoso *Vocabulário Jurídico* de Plácido e Silva conceitua “patrulha” nestes termos:

“Derivado do espanhol *patrulla*, na terminologia militar designa o grupo de soldados ou de homens armados, sob o comando de militar mais graduado ou de uma pessoa, com o encargo de exercer o policiamento de uma cidade, ou de executar qualquer outra missão. Extensivamente, porém, é empregado para designar o próprio policiamento, que melhor se diria patrulhamento, ou a ronda, executada pelo grupo de soldados”.

Esses registros correspondem efetivamente à idéia, presente no senso comum, de exercer a vigilância, com o propósito de manter a ordem e a segurança. Em sua máxima extensão, o conceito de patrulhamento chega perto de policiamento, mas não vai além disso e não perde seu núcleo central de observar, cuidar, zelar ou vigiar.

Obviamente, quem patrulha não o faz para simplesmente contemplar os acontecimentos, e, por isso, deve deter poderes para cumprir sua função de evitar a ruptura da ordem pública e zelar pela segurança de pessoas e bens. Porém, nada mais que isso.

Cumpra agora, com observância das regras de hermenêutica, procurar saber qual teria sido o propósito do constituinte ao dizer que a Polícia Rodoviária Federal “destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais”.

Com esse propósito, em primeiro lugar, é preciso afastar qualquer cogitação a respeito de uma eventual influência do Decreto nº 1.655/95 sobre o texto constitucional ou seu entendimento. Obviamente, não se interpreta a Constituição à luz de normas subalternas. Nem se pense que o decreto regulamentar possa condicionar a lei disciplinadora do preceito contido no texto constitucional.

A interpretação constitucional é diferente da interpretação das normas ordinárias e deve partir do próprio texto supremo, que não é condicionado por coisa alguma, mas que condiciona todos os outros textos legais de menor hierarquia, conforme ensina Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do Direito*, 9. ed. Forense, 1984. p. 314):

“A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos”.

Portanto, vamos diretamente ao texto constitucional, sem perder de vista que as normas nunca podem ser examinadas isoladamente, pois não se pode conhecer o Direito levando em conta uma norma isolada, apartada do sistema ao qual pertence, mas também sem deixar de considerar que cada norma isolada também é importante, também comporta interpretação direta e imediata quando seu sentido puder ser assim captado.

No campo específico da interpretação de dispositivos constitucionais, cabe atentar para a importantíssima assertiva feita com excepcional ênfase por Antonino Pensovecchio Li Bassi (*L'interpretazione delle Norme Costituzionali*. Milano : Giuffrè, 1972. p. 44 e sgts.) que, após ressaltar a importância do método teleológico, que vivifica a atividade interpretativa, assim como do método lógico-sistemático, onde se consideram as normas, não isoladamente, mas em seu relacionamento recíproco, diz (e isto é de extrema importância para o tema em estudo), que não se pode simplesmente desprezar a interpretação da norma isolada.

Demonstrado aqui, até mesmo *ad nauseam*, nosso respeito pelo método lógico-sistemático, resta considerar que isso não nos levará a procurar obscurecer as disposições cristalinas nem a procurar retirar, por vias indiretas, conclusões contrárias às afirmações categoricamente contidas nas normas isoladas. Conscientes da importância do sistema e de seus princípios informadores, nem por isso desprezamos o valor intrínseco de cada norma.

Essa orientação está em perfeita conformidade com os ensinamentos de Carlos Maximiliano (op. cit., p. 111), no seguinte sentido:

“Embora seja verdadeira a máxima atribuída ao apóstolo São Paulo – a letra mata, o espírito vivifica –, nem por isso é menos certo caber ao juiz afastar-se das expressões claras da lei, somente quando ficar evidenciado ser isso indispensável para atingir a verdade em sua plenitude. O abandono da fórmula explícita constitui um perigo para a certeza do Direito, a segurança jurídica; por isso é só

justificável em face de mal maior, comprovado: o de uma solução contrária ao espírito dos dispositivos, examinados em conjunto. As audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra”.

No caso em exame, não se pode ignorar que o texto constitucional, não sem razão, ao se referir à Polícia Rodoviária Federal, utilizou a expressão *patrulhamento*, quando poderia ter-se valido de qualquer outro, mais abrangente, caso efetivamente desejasse dar a esse organismo uma dimensão maior.

Quando a Constituição Federal, no § 2º, do art. 144, falou em “patrulhamento ostensivo das rodovias”, era isso mesmo que estava querendo dizer, conferindo à Polícia Rodoviária Federal o poder-dever de exercer a vigilância, com o propósito de manter a ordem e a segurança, conferindo-lhe poderes para cumprir sua função de evitar a ruptura da ordem pública e zelar pela segurança de pessoas e bens. Mas nada mais que isso.

Assim sendo, não pode o legislador ordinário desobedecer o comando superior constitucional, atribuindo à Polícia Rodoviária Federal competências muito maiores do que as que lhe foram dadas pela Constituição.

O campo de atribuições de qualquer órgão, entidade ou agente é sempre delimitado pela regra de competência. Quando a própria Constituição já fixou a competência, norma alguma pode aumentá-la ou diminuí-la. O mandamento constitucional deve ser fielmente obedecido.

#### 4. O contexto do dispositivo em exame

A interpretação do texto constitucional acima procedida é, de certa forma, reforçada pela análise do conjunto do Projeto de Lei em exame.

Com efeito, enquanto a localização e a configuração da Polícia Rodoviária Federal dentro do Sistema Nacional de Trânsito estão em conformidade com a Constituição, o disposto no art. 20 dele discrepa, aparecendo como algo aberrante, desconectado do contexto e com ele conflitante.

Sem dúvida, a Polícia Rodoviária Federal está contida na definição que o Projeto dá ao Sistema Nacional de Trânsito:

“Art. 5º. O Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que têm por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades”.

Essas atividades todas estão distribuídas pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema, que estão logo adiante relacionadas:

“Art. 7º. Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades:

I - o Conselho Nacional de Trânsito (Contran), coordenador do Sistema e órgãos máximo normativo e consultivo;

II - os Conselhos Estaduais de Trânsito (Cetran) e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal (Contrandife), órgãos normativos, consultivos e coordenadores;

III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V - a Polícia Rodoviária Federal;

VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e

VII - As Juntas Administrativas de Recursos de Infrações (Jari)”.

Note-se que há uma clara distinção entre os “órgãos e entidades executivos rodoviários” (inciso IV) e a Polícia Rodoviária (inciso V).

Esta não é órgão ou entidade executiva rodoviária.

Não sendo órgão ou entidade executiva rodoviária, não pode exercer as competências que o mesmo texto reserva para quem tem tal enquadramento:

“Art. 21. Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas respectivas atribuições;

II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres, e de animais, e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas;

III - implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário;

IV - coletar dados e elaborar estudos sobre os acidentes de trânsito e suas causas;

V - estabelecer, em conjunto com os órgãos de policiamento ostensivo de trânsito, as respectivas diretrizes para o policiamento ostensivo de trânsito;

VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar.

VII - arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos, e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

VIII - credenciar os serviços de escolta, fiscalizar e adotar medidas de segurança relativas aos serviços de renovação de veículos, escolta e transporte de carga indivisível;

IX - fiscalizar, autuar, aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar;

X - fiscalizar o cumprimento da norma contida no art. 96, aplicando as penalidades e arrecadando as multas nele previstas;

XI - implementar as medidas da Política Nacional de Trânsito e do Programa Nacional de Trânsito;

XII - promover e participar de projetos e programas de educação e segurança, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Contran;

XIII - integrar-se a outros órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito para fins de arrecadação e compensação de multas impostas na área de sua competência, com vistas à unificação do licenciamento, à simplificação e à cele-

ridade das transferências de veículos e de prontuários de condutores de uma para outra unidade da Federação;

XIV - fiscalizar o nível de emissão de poluentes e ruído produzidos pelos veículos automotores ou pela sua carga, de acordo com o estabelecido no art. 67, além de dar apoio às ações específicas dos órgãos ambientais locais quando solicitado;

XV - vistoriar veículos que necessitam de autorização especial para transitar e estabelecer os requisitos técnicos a serem observados para a circulação desses veículos.

*Parágrafo único.* Excetua-se da competência do órgão rodoviário da União as atribuições constantes do inciso VI”.

Como se pode observar pela simples comparação entre os diversos incisos dos arts. 20 e 21, há uma clara superposição de atribuições, o que, se for mantido, ensejará uma infinidade de conflitos de competências, gerando disputas, insegurança, incerteza e afetando a qualidade e eficiência de todo o Sistema.

Do ponto de vista técnico, cabe eliminar tais conflitos. Do ponto de vista jurídico-constitucional, essa eliminação deve ser feita retirando-se do rol de atribuições da Polícia Rodoviária aquilo que a ela não pode competir, por força de sua configuração constitucional como organismo destinado exclusivamente a exercer o patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

Não se diga que o parágrafo único do artigo supratranscrito teria eliminado uma superposição. Talvez tenha sido redigido com essa intenção, mas o fato é que acabou atribuindo competências de autoridade de trânsito a quem não pode ser senão agente da autoridade de trânsito.

Com efeito, a leitura dos conceitos e definições constantes do Anexo I do Projeto de Lei em exame mostra que “autoridade de trânsito” é o dirigente máximo do órgão ou entidade executivo, e, conforme já foi dito, a Polícia Rodoviária não tem essa posição.

Na verdade, a Polícia Rodoviária Federal enquadra-se perfeitamente no conceito de “agente da autoridade de trânsito”, habilitada para exercer “atividades de fiscalização, operação, policiamento ostensivo de trânsito ou patrulhamento”.

Finalmente, cabe observar que o amplís-

simo rol de competência do art. 20 não se coaduna com o próprio “conceito de policiamento ostensivo de trânsito”, contido no Anexo do Projeto de Lei em exame e que tem a seguinte dicção:

“É a função exercida pelas Polícias Militares e a Polícia Rodoviária Federal com o objetivo de prevenir e reprimir atos relacionados com a segurança pública e de garantir que as normas relativas à segurança de trânsito sejam obedecidas, assegurando a livre circulação e evitando acidentes”.

Nem mesmo a substituição do vocábulo *patrulhamento*, usado pelo texto constitucional, pela palavra *policiamento*, constante da definição acima transcrita, pode justificar o escancarado alargamento feito pelo art. 20 do Projeto em exame.

## 5. Conclusão

Em face do exposto, resta apenas concluir,

sinteticamente, que o disposto nos incisos do art. 20, tal como se encontra, é claramente inconstitucional.

Na verdade, as atribuições constitucionalmente conferidas à Polícia Rodoviária Federal correspondem ao que consta do inciso II.

Nada impede, porém, que se deixem mais claramente fixadas, em outros incisos, algumas outras atribuições, acessórias, instrumentais ou derivadas do que consta do inciso II, mas nada mais que isso.

Por essa mesma linha de raciocínio, é forçoso concluir que o parágrafo único do art. 21 também não pode subsistir, pois sua manutenção causaria um vazio legal no âmbito federal, já que ninguém seria competente para exercer as atribuições ali referidas.

Manter a redação tal como se encontra, será o mesmo que deflagrar a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, sobrecarregando ainda mais o já demasiadamente sobrecarregado Supremo Tribunal Federal.



# Administração pública e racionalidade gerencial: programas de desligamento voluntário, características e efeitos alcançados

ANTÔNIO RODRIGUES DE FREITAS JR.  
ANTÔNIO RUSSO FILHO  
MÁRIO SÉRGIO MASCHIETTO

Com o advento da crise do paradigma político do *welfare state*, que já em meados dos anos oitenta pôs a nu as insuficiências das concepções que viam no Estado o provedor direto do bem-estar, quando não do próprio emprego, tomaram corpo um sem-número de tentativas de repensar a Administração tendo presentes suas reais possibilidades orçamentárias, bem como suas finalidades principais<sup>1</sup>.

Um pouco premida por imperativos econômicos, um pouco também induzida pelo predomínio de ideários políticos que constituem, em maior ou menor grau, modulações da ideologia do *minimal state*, a Administração foi levada, especialmente ao longo da última década, a rever seus pressupostos, bem como a repensar seus parâmetros constitutivos. Essa mudança de perspectiva, como é compreensível, causou grande impacto sobre algumas das categorias fundamentais da dogmática jurídica publicista e ensejou, como subproduto, a necessidade de se desenharem novos quadrantes conceituais por cujo intermédio fosse possível veicular essa nova espécie de demanda política.

---

<sup>1</sup> Farto material de análise pode ser encontrado nos já consagrados ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'état providence*. Paris : Seuil, 1985; EWALD, François. *L'état providence*. Paris : Bernard Grasset, 1986; KETTLER, David. *Legal reconstitution of the welfare state : a latent social democratic legacy*. *Law and Society Review*, v. 21, n. 1, 1987; bem como em MOZZICAFREDDO, Juan. *Pós-modernismo e estado providência*. *Sociologia : problemas e práticas*, n. 3, 1987; SANTOS, Boaventura de S. *O Estado e a sociedade em Portugal : 1974-1988*. Porto : Afrontamento, 1990, particularmente nos capítulos da segunda parte; além das

Antônio Rodrigues de Freitas Jr. é Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP; Professor de Direito junto ao Instituto de Economia da UNICAMP e, desde 1996, na chefia da Assessoria Técnico-Jurídica da Câmara Municipal de São Paulo.

Antônio Russo Filho é Advogado e Assessor Jurídico da Câmara Municipal de São Paulo.

Mário Sérgio Maschietto é Advogado e Assessor Jurídico da Câmara Municipal de São Paulo.

1. Com esse pano de fundo sobressaem, no Brasil, muitas propostas tendentes a reduzir os gastos públicos destinados à remuneração de servidores. Tenham-se presentes, v.g., propostas de reforma constitucional destinadas à redução e/ou à extinção de benefícios previdenciários; figuras jurídicas tais como o desligamento de servidores por “insuficiência de desempenho” e os assim chamados “Programas de Desligamento Voluntário” aplicados à Administração Pública.

É precisamente desses últimos que nos ocuparemos ao longo do presente estudo.

A primeira circunstância a se levar em conta para a plena compreensão desses programas consiste no fato de terem sua origem no âmbito da iniciativa privada.<sup>2</sup>

Com efeito, durante os piores momentos da recessão econômica que teve lugar na segunda metade dos anos oitenta, diversas empresas foram levadas a praticar extensos programas de dispensa de seus empregados. Ocorre notar, entretantes, que o Brasil passava, naquela ocasião, pelas últimas etapas de seu longo e quase inconclusivo processo de democratização institucional, e também em função disso, o cenário econômico contava então com a ampla capacidade de arregimentação e de conflito protagonizada por sindicatos de trabalhadores; particularmente de trabalhadores urbanos do setor industrial e da atividade bancária.

A solução então esboçada por algumas lideranças empresariais, para superar ou

contribuições de Teubener, Lord Charlton, Giugni e outros, na coletânea patrocinada pelo Instituto Universitário Europeu, *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, antitrust and social welfare law*. Berlin : Walter de Gruyter, 1986; assim como nos conhecidos trabalhos de KEANE, Jons. *Democracy and civil society*. London : Verso, 1988; O'Connor. *The fiscal crisis of state*. New York : St. Martin's Press, 1973; PRZEWORSKI, Adam. *Capitalismo e social-democracia*. São Paulo : Companhia das Letras, 1989; e Claus Offe, especialmente nos ensaios reunidos por KEAN, John. *Contradictions of welfare state*. Cambridge : MIT Press, 1984.

<sup>2</sup> Estudos iniciais sobre o assunto, focalizando em particular o fenômeno no âmbito da iniciativa privada, com ênfase na experiência Brasileira, encontram-se em Argelina Figueiredo e Antônio Rodrigues de Freitas Jr., reunidos por F. Engelstad em ELSTER, Jon. ENGELSTAD, et. al. *Layoffs and local justice*. Oslo : Institutt for samfunnsforskning, 1994.

minorar o impacto das dispensas coletivas nas relações com os sindicatos de trabalhadores, foi a implementação de programas de dispensas sujeitas a adesão de empregados interessados; e para tanto as fez acompanhar da concessão de vantagens adicionais àquelas então previstas na legislação em vigor. A premissa desses programas foi a de que o oferecimento de vantagens adicionais (aviso prévio ampliado, meses adicionais de cobertura por planos de saúde, compromissos de reconvocação em caso de reaquecimento da atividade econômica, etc.), contribuiria para legitimar as iniciativas de corte de pessoal, conferindo-lhes um sinal de boa-fé e de sinceridade no trato com o problema, bem como tornando mais assimilável o custo social e humano a ser inexoravelmente pago por consequência da crise recessiva.

É necessário não perder de vista que a dispensa – vale dizer, que a rescisão do vínculo empregatício por iniciativa unilateral do empregador – mesmo coletiva, estivera sujeita no direito brasileiro, para a grande maioria dos casos, à vontade exclusiva desse último. Por outro lado, nada obstante amplamente discricionária, a dispensa sempre foi acompanhada de um sistema de indenização tarifada tendo por base, sobretudo, as variáveis tempo de serviço e remuneração. A solução preconizada por certos empresários, sob a rubrica dos chamados “Programas de Desligamento Voluntário”, foi precisamente a de tornar mais atraente – ou se tanto menos oneroso – o ato da dispensa, de tal ordem que os empregados pudessem, eles próprios, optar pela ordem dos que seriam por ele vitimados.

Esse painel de informações históricas pode ser útil para compreender em que medida e sob quais aspectos a própria idéia de um Programa de Desligamento Voluntário (PDV) tenderia a apresentar dificuldades se e quando aplicado à Administração pública sem as necessárias mediações e adaptações.

2. Embora buscando atingir finalidades semelhantes, os diferentes programas agregados sob a rubrica PDV, apresentam diversidade sob inúmeros aspectos, em correspondência com as peculiaridades existentes em cada Entidade da Administração Pública a que se destinam.

2.1. Nesse passo, o programa instituído pelo Executivo Federal, por intermédio da Medida Provisória nº 1.530, foi estruturado tendo por escopo atingir aqueles servidores exercentes de

atribuições de menor qualificação e complexidade na Administração.

Em conseqüência, foram excluídos do âmbito do programa os integrantes de carreiras consideradas estratégicas para o desempenho das atribuições reservadas à Administração Pública, tais como Advogados da União, Auditores Fiscais do Tesouro Nacional, Diplomatas, Analistas de Controle e Finanças, entre outros de nível técnico e superior.

Dessa forma, puderam aderir ao programa os servidores estáveis, titulares de cargo de provimento efetivo, bem como os antigos servidores celetistas não amparados pela estabilidade conferida pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e que com o advento do Regime Jurídico Único – Lei nº 8.112/90 – tiveram suas funções transformadas em cargos.

Uma vez que o eixo de tais programas consiste no oferecimento de incentivo financeiro, autêntico estímulo ao servidor a fim de que se desligue da Administração Pública, o Executivo Federal, tendo em vista as metas a serem atingidas, estabeleceu indenização de forma escalonada, de acordo com o tempo de efetivo exercício.

Assim, o servidor com até 14 (quatorze) anos de serviço, por exemplo, recebeu indenização no importe de uma remuneração por ano, enquanto que aquele que contava com 15 (quinze) a 25 (vinte e cinco) anos recebeu indenização no montante de uma remuneração e meia.

Considerando também as repercussões sociais advindas da possibilidade de desemprego, em decorrência do Programa de Desligamento Voluntário, ao instituí-lo buscou-se uma forma de minimizar seu impacto social, razão pela qual o plano em apreço instituiu projeto de apoio, qualificação e aperfeiçoamento profissional objetivando a reinserção do servidor no mercado de trabalho (art. 14 do Decreto nº 2.076, de 20 de novembro de 1996).

No tocante às assim chamadas Metas e Resultados, segundo dados jornalísticos<sup>3</sup>, do total de servidores a que se dirigia, aproximadamente 327.834 (trezentos e vinte e sete mil, oitocentos e trinta e quatro), 10.865 (dez mil, oitocentos e sessenta e cinco), 3,31% manifestaram e tiveram deferida sua adesão; o que, de certo modo, evidencia o reduzido impacto concreto dessa iniciativa no montante da folha de pagamento da União.

<sup>3</sup> O Estado de São Paulo, 20.dez.1996.

2.2. Na mesma direção, o Executivo do Estado de São Paulo, procurando adequar sua folha de pagamentos ao limite delineado pela Lei Complementar nº 82, de 27 de março de 1995, conhecida como “Lei Camata”, que preconiza sejam as despesas com pessoal limitadas a 60% (sessenta por cento) das receitas correntes líquidas, vem promovendo programas de desligamento voluntário.

O mais recente deles, instituído por meio da Lei Complementar nº 811, de 24 de junho de 1996, foi organizado tendo como “público alvo”, em especial, os servidores que ingressaram na Administração Pública nos últimos 12 (doze) anos, eis que, segundo dados apurados pela Secretaria da Administração e Modernização do Serviço Público, nesse período teria sido constatado aumento injustificado no quadro de pessoal.

Em vista de tais objetivos, procurou-se ampliar ao máximo o universo de servidores aptos a aderir ao referido programa.

Desse modo, puderam candidatar-se ao PDV estadual servidores estáveis titulares de cargos de provimento efetivo, servidores admitidos nos termos dos incisos I, II e III do artigo 1º, da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974, extranumerários e celetistas, excluídos apenas os integrantes da Polícia Civil e Militar e Agentes de Segurança Penitenciária.

Em consonância à sua decisão de estimular a adesão daqueles servidores que ingressaram na Administração nos últimos doze anos, foi estabelecido como incentivo financeiro o valor de 100% (cem por cento) da retribuição global mensal do servidor por ano de serviço público estadual, limitado ao máximo de 12 (doze) retribuições.

Tendo em consideração a elevada competitividade existente no mercado de trabalho, em decorrência da recessão econômica, o plano em análise preocupou-se em oferecer aos servidores treinamento destinado a requalificá-los profissionalmente, tendo em vista a busca de novo emprego ou a abertura de negócio próprio, inclusive proporcionando-lhes linha de crédito especial e assistência tecnológica.

No que pertine aos objetivos pretendidos com a implantação do programa, pode-se dizer que o número de adesões ficou dentro da expectativa pretendida, eis que do total de servidores “elegíveis”, aproximadamente 289.492 (duzentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e noventa e dois), cerca de 12.538

(doze mil, quinhentos e trinta e oito), ou seja, 4,33% (quatro vírgula trinta e três por cento) aderiram ao PDV<sup>4</sup>.

2.3. Em decorrência do aumento de competitividade ocasionado por fatores de natureza a um só tempo política e econômica, as empresas estatais, necessitando igualmente adequar-se às exigências do mercado, ocuparam-se de desenvolver novos parâmetros para suas estruturas organizacionais, de acordo com a visão privatística que privilegia o nível técnico em detrimento do nível quantitativo de empregados, aliado ao enxugamento de custos e ao incremento no ganho de produtividade a fim de se tornarem competitivas e adaptarem-se aos recentes paradigmas que norteiam o novo conceito de custo de produção.

Em meio a esse cenário, a Companhia de Eletricidade do Estado de São Paulo S/A (Eletropaulo), implantou, no mês de maio de 1995, seu plano de demissão voluntária.

Assim, tendo o propósito de atingir as metas acima expostas, a empresa em questão, após realizados os estudos acerca de seu quadro funcional, direcionou seu plano apenas aos empregados admitidos anteriormente a 31 de dezembro de 1989.

No tocante à modalidade de rescisão contratual, o programa foi estruturado de molde que o desligamento se desse por meio de despedida sem justa causa; circunstância essa que possibilitou ao trabalhador o levantamento do fundo de garantia por tempo de serviço. Tal fator constituiu-se em substancial incentivo à adesão, e não é encontrado nos programas precedentes.

Item de relevante importância, uma vez que almeja minimizar as conseqüências sociais da retração de postos de trabalho gerada pelo PDV, e inexistente no programa implantado pela estatal paulista, é aquele que proporciona ao empregado auxílio visando requalificá-lo para a busca de novo emprego ou abertura de empreendimento particular.

No que respeita às finalidades colimadas, quais sejam, a redução de pessoal e a diminuição das despesas com a folha de pagamentos, o projeto em análise apresentou índices que revelam que tais planos, uma vez elaborados e estruturados de acordo com a realidade própria de cada Entidade, podem alcançar considerável

probabilidade de êxito; tudo a depender, naturalmente, das expectativas que neles sejam depositadas. Tenhamos presente que, de um universo de aproximadamente 20.000 (vinte mil) empregados, a que o programa foi destinado, o número de adesões alcançadas foi de cerca de 1.000 (mil), ou seja, 5% (cinco por cento), estando tal resultado dentro das expectativas vislumbradas pela empresa.

2.4. Por último, cabe uma descrição sintética do programa de desligamento voluntário cuja implantação está em debate no âmbito do Legislativo paulistano, levando em conta suas peculiaridades e necessidades; programa esse consubstanciado no Projeto de Resolução nº 03-0032/97.

Nesse passo, tendo como premissas a redução das despesas com seus servidores, assim como a intenção de se estabelecer, futuramente, um regime único de pessoal, o programa em consideração foi direcionado unicamente aos servidores vinculados à Administração sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, estáveis e não estáveis.

Descendo às especificidades do Plano, observamos que a Administração, com o escopo de concretizar tais finalidades, considerado para tanto o impacto global na folha de pagamento, fixou como incentivo financeiro o valor de 100% (cem por cento) da retribuição do servidor por ano de serviço prestado à Câmara Municipal de São Paulo, até o limite de 15 (quinze) anos.

No atinente ao apoio à reintrodução do servidor no mercado de trabalho, o Projeto de Resolução em análise nada inseriu entre suas disposições. Contudo, consta do relatório final elaborado pelo Grupo de Estudos incumbido de analisar a viabilidade de implantação dessa modalidade de desligamento, sugestão no sentido de que se promovam esforços visando à requalificação dos servidores desligados.

Mas o mais interessante, e que é onde reside o novo, é a forma definida para a rescisão contratual dos servidores estáveis, qual seja, a dispensa sem justa causa.

A despeito de tais servidores serem amparados pela estabilidade prevista no art. 19 do ADCT da Constituição Federal, seu desligamento pôde efetuar-se na modalidade acima referida, uma vez que foi prevista, em seus dispositivos, a possibilidade de prévia transação do direito à estabilidade.

<sup>4</sup> Dados fornecidos pela Secretaria de Administração e Modernização do Serviço Público.

QUADRO COMPARATIVO DOS PROGRAMAS DE DESLIGAMENTO VOLUNTÁRIO  
PROPOSTOS NO ÂMBITO DO SETOR PÚBLICO

<i>Programas</i>	<i>Público alvo</i>	<i>Incentivos propostos</i>	<i>Modalidade de desligamento</i>	<i>Resultados obtidos</i>
Executivo Federal	servidores efetivos e celetistas não estáveis	uma remuneração por ano de efetivo exercício, até o 14º ano; 3/2 remuneração a partir do 15º ao 24º ano; uma remuneração somada a 80% de seu valor, a partir do 25º ano	pedido de demissão	de um total de 327.834 servidores aptos, aderiram 10.865 (10%)
Executivo Estadual	efetivos, servidores admitidos nos termos da Lei 500/74, extranumerários e celetistas	100% da retribuição global mensal, até o limite de 12 anos e 400% para os servidores com menos de 4 anos de serviço público estadual	pedido de demissão	de um total de 289.492 servidores aptos, aderiram 12.538 (4,33%)
Eletropaulo S/A	empregados contratados anteriormente a 31-12-1989	3/4 do salário por ano, até o limite de 10 salários	dispensa sem justa causa	de um total de aprox. 20.000 aptos, 1.010 (5%)
Projeto de Resolução do Legislativo Municipal de São Paulo	servidores celetistas, estáveis e não-estáveis	100% da remuneração global mensal, até o limite de 15 anos	dispensa sem justa causa	(em fase de tramitação legislativa)

4. Ante a simples observância das peculiaridades de cada programa desenvolvido no setor público, fica patente, antes de mais nada, que inexistente “um” modelo básico de Programa de Desligamento Voluntário aplicável na esfera do setor público.

Bem ao contrário, trata-se de constatar que, sob a rubrica de PDV agregam-se programas de conteúdo, destinação, área de incidência e finalidades distintos, quando não entre si contraditórios.

Isso parece decorrer, por um lado, das diferentes apropriações efetuadas, no setor público, sobre a idéia de PDV que, como já tivemos ocasião de ressaltar, originou-se na iniciativa privada como estratégia para fazer frente ao déficit de legitimidade e a seus efeitos potencialmente conflitivos, de políticas de corte coletivo no número de empregados, as quais seriam, de um modo ou de outro, invariavelmente praticadas por imperativos de ajuste a peculiaridades do mercado.

Por outro lado, entretanto, é possível afirmar que a variedade dos conceitos de PDV, praticados ou desenhados com vistas ao setor público,

explica-se também pela ausência de parâmetros gerenciais, revestidos de um mínimo de racionalidade administrativa que os habilite a adquirir a grandeza de verdadeira estratégia de gestão dos recursos humanos. Bem ao contrário, a extensão e a natureza da diversidade permitem constatar que se trata de um nome genérico sob cujo manto estão recobertas perspectivas e objetivos dos mais variados; sem que entre os mesmos se possa identificar um liame com modelos nem sequer com projetos administrativos relativamente afins.

Assim como do ponto de vista administrativo, sob o ângulo jurídico a matéria necessita vir a ser percebida cum grano salis. Com efeito, por mais não fosse, a diversidade dos mecanismos e das figuras jurídicas empregados impõem que cada juízo analítico acerca da legalidade ou da constitucionalidade dos programas de desligamento voluntário demande uma reflexão particular. Basta ter presente, v.g., que se a maioria deles se serve do veículo da demissão (rescisão unilateral por iniciativa do servidor celetista), há casos em que a figura jurídica preconizada exhibe o sentido inverso, qual seja o da dispensa (rescisão unilateral por iniciativa

do empregador ou da Administração, conforme o caso).

De qualquer modo, essa enorme diversidade, quer sob o prisma jurídico quer sob o administrativo, parecem indiciários do profundo vazio programático e da absoluta falta de políticas públicas racionalmente sustentadas, destinadas à gestão de recursos humanos no âmbito do setor público. Por sinal, resta sempre a sensação de que, em realidade, ditos Programas de Desligamento Voluntário obedecem mais ao propósito casuístico de singela redução do número de empregados; sem que dita redução

seja justificada por políticas de médio e longo prazos concertadas em função de projetos relativamente acabados e racionalmente articulados de gestão de recursos humanos.

Que fique claro que essa deficiência necessita vir examinada de um ponto de vista mais amplo, em que seja levada em conta a grande incerteza quanto ao que fazer com o Estado numa atmosfera de crise dos já conhecidos paradigmas de *welfare state* e de *minimal state*, os quais, como se sabe, povoaram o cenário do debate administrativo ao longo, pelo menos, dos últimos quarenta anos.

# "Preço público" e "taxa": algumas considerações

CICERO CALDAS NETO

## SUMÁRIO

1. Do preço público. 2. Da taxa. 3. Da diferença entre taxa e preço público. 4. Conclusão.

### 1. Do preço público

O Estado, para obtenção dos recursos materiais necessários ao *custeio* dos serviços públicos, pode se utilizar de meios *semelhantes* aos dos particulares, em vez de fazer uso do poder tributário.

Nesse caso, aliena bens dominiais, cede seu uso, vende produtos e/ou, mediante remuneração, presta serviços de natureza comercial ou industrial. Para isso, cobra *preços, receita originária* – relação contratual – em contraposição aos tributos, *receita derivada* – compulsoriedade.

Na obtenção de receitas *originárias*, o processo de gestão e o regime jurídico a que o *Estado* recorre deverão ser análogos aos do *direito privado*.

Embora imprescindível nos dias atuais, diante da modernização tecnológica e dos meios de comunicação, a ninguém é imposto tornar-se *usuário* dos serviços de telefone, energia elétrica, correios e transportes urbanos mantidos pelo Estado.

Estando tais serviços postos à disposição de todos (*generalidade*, uma de suas características), quem os queira *voluntariamente* assume a condição de *usuário*, pagando o chamado *preço público*.

A existência do *preço público* requer que a *receita* se mantenha ao nível da *despesa*, ou seja, a quantia que exige do usuário, pelo fornecimento de serviços ou coisas, deverá ser *suficiente* apenas para cobrir seus *custos*.

Cicero Caldas Neto é Bacharel em Ciências Contábeis. Professor de Contabilidade Geral e Análise de Balanços. Analista Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau. Assessor do Juiz Federal da 2ª vara. Diretor da Secretaria Administrativa da Seção judiciária da Paraíba.

Ensina Theodoro Nascimento que

“preço é a quantia que representa pagamento pela utilização e consumo de serviço ou produto, de natureza comercial ou industrial, que o Estado fornece, ou que representa pagamento pela aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo de bem público dominial”<sup>1</sup>.

## 2. Da taxa

A teoria científica das taxas é obra dos tratadistas germânicos. Kurt Heinrich Rau, em 1832, foi quem apresentou uma teoria científica sobre a taxa (*gebuhr*), enfocando sua natureza, seu conceito e fundamento, distinguindo-a do imposto. Na sua obra *Princípios de Ciência das Finanças* apontou, na taxa, uma *contraprestação de serviço essencial do Estado, ligada a um interesse público*.

No Brasil, com a Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891, foram dados os primeiros passos para a racionalização do sistema tributário, embora não se fixando, ainda, uma divisão dos tributos. Foi com a Constituição Federal de 16 de julho de 1934 que se estabeleceu a divisão *bipartida* dos tributos, distinguindo-se o *imposto* da taxa, o que foi seguido pela Lei Maior de 10 de novembro de 1937.

A legislação de 1939, quantos às taxas, estabeleceu imposições estranhas ao conceito estabelecido, o que fez com que o legislador o fixasse por meio do Decreto-Lei nº 1.804, de 24 de novembro de 1939, reproduzido depois pelo Decreto-Lei nº 2.416, de 17 de julho de 1940, que em seu artigo 1º, parágrafo 2º estabelecia que:

“A designação de imposto fica reservada para os tributos destinados a atender indistintamente às necessidades de ordem geral da administração pública; a de taxa, para os exigidos como remuneração de serviços específicos prestados ao contribuinte, ou postos à sua disposição, ou ainda para as contribuições destinadas ao custeio de atividades especiais do Estado ou do Município, provocadas por conveniências de caráter geral ou de determinados grupos de pessoas”<sup>2</sup>.

Com a Constituição Federal de 18 setembro de 1946, instalou-se a divisão *tripartida* dos tributos, outorgando competência aos poderes tributantes para exigir impostos, taxas e contribuições de melhoria (artigo 30), sem, entretanto, definir-lhes conceitos e características, levando em consideração apenas o destino da arrecadação. A conceituação exigida só veio a ser estabelecida com a Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, que distinguiu os impostos das taxas pela existência (taxa) ou não (imposto) da atividade estatal em relação ao contribuinte.

Surge, então, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), que dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados e aos Municípios, adotando a divisão tripartida dos tributos:

“Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício do poder de polícia, ou a utilização efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

“Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

Essa distinção foi ratificada pela Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.

Nos dias atuais, de acordo com o artigo 145 da Constituição Federal de 1988, além dos impostos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *poderão* instituir taxas arrecadadas em razão do exercício do poder de polícia ou pela *utilização* efetiva ou potencial de *serviços* públicos específicos e divisíveis, *prestados* ao contribuinte ou postos à sua disposição. Têm-se, assim, as taxas de serviço e as taxas de polícia.

<sup>1</sup> *Tratado de Direito Tributário brasileiro*. Forense, 1977. v. 7, p. 8.

<sup>2</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de. *A taxa no sistema tributário brasileiro*. Revista dos Tribunais, 1968. p. 14.



A taxa, então, é tributo que o Estado exige do particular, em benefício da coletividade, exercitando seu poder de polícia e realizando, mediante solicitação, despesas em prol do contribuinte, ou ainda colocando à disposição serviço específico da atividade estatal.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 77, dispõe que as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, não podendo ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas.

Aliomar Baleeiro esclarece:

“O serviço é efetivo, quando ministrado ao contribuinte a qualquer título, isto é, porque lhe interesse ou porque deva sujeitar-se a ele por sua atividade em relação a terceiros.

- É potencial, quando compulsório, funcione efetivamente à disposição do contribuinte. Compulsório o pagamento, não o uso.

- É específico, quando possa ser separado em unidades autônomas de intervenção da autoridade ou de sua utilidade, ou de necessidade pública, que o justificou: – por exemplo, a existência do corpo de bombeiros para o risco potencial de fogo.

- É divisível, quando possa funcionar em condições tais que se apure a utilização individual pelo usuário – a expedição de certidões, a concessão de porte de armas, a aferição dos pesos e medidas, etc.”<sup>3</sup>.

E quanto ao poder de polícia, este é regulado pelo artigo 78 do CTN, verbis:

“Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado,

ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

“Parágrafo único – Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando 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”.

E se a

“taxa tem como fato gerador o poder de polícia, não há que se falar de ‘utilização’ ou de ‘possibilidade de utilização’ de serviço pelo particular; mas de sujeição deste à fiscalização do poder público, que cobra a taxa para manter os instrumentos necessários a que essa fiscalização se consume”<sup>4</sup>.

Assim, a taxa pelo exercício do poder de polícia tem nele próprio, isto é, na atuação fiscalizadora do Estado, seu fundamento exclusivo, não havendo proveito direto do contribuinte que a paga, mas à população, em benefício de quem o poder público exerce a fiscalização. Seu caráter é contraprestacional.

### 3. Da diferença entre taxa e preço público

Com base nessas definições, tem-se *entendido* que, se o serviço público é *essencial*, há taxa; se *industrial* ou comercial, há *preço público*. A taxa seria *compulsória*, bastando que o serviço seja posto à *disposição*; o preço seria *voluntário*, de uso potencial, *podendo* o usuário dele prescindir.

Infere-se, ainda, da diferenciação entre *taxa* e *preço público* que, enquanto aquela sujeita-se às limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150, CF/88), o mesmo não ocorre com este.

Até porque

“taxa é tributo cobrado de quem se utiliza de serviço público especial e divisível, ou de quem tem à sua disposição tal serviço. O fato gerador da taxa é o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível

<sup>3</sup> *Direito Tributário brasileiro*. 8. ed. Forense, 1976. p. 321.

<sup>4</sup> NASCIMENTO, op. cit., p. 120.

(CTN, art.77)<sup>5</sup>.

Enquanto o

“preço público é tipo de receita originária, sem qualquer coação, e que tem por fonte de recurso o próprio setor público”<sup>6</sup>.

A taxa foi distinguida do preço público desde a edição da Súmula 545 do Colendo Supremo Tribunal Federal, verbis:

“Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Sobre o polêmico tema, seus traços distintivos e elementos característicos foram examinados quando do X Simpósio Nacional de Direito Tributário (São Paulo, 19-10-85), coordenado pelo Prof. Ives Gandra da Silva Martins, na conferência inaugural proferida pelo Ministro, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, que assim se pronunciou:

“Quando se indaga se no ordenamento positivo há um critério jurídico que estabeleça a distinção entre a taxa e o preço público, forçosamente somos obrigados a optar pela negativa. No entanto, na medida em que se entender por critério jurídico o conjunto de elementos, de indícios, fornecidos pelo ordenamento legal no sentido da diferenciação entre os institutos, aí sim se pode falar numa resposta afirmativa. Cabe, portanto, à doutrina e à jurisprudência a tarefa de reunir tais elementos, de modo que se possa chegar a uma conclusão, que evidentemente terá natureza aproximativa, não sendo dotada de rigidez matemática”<sup>7</sup>.

#### 4. Conclusão

Em resumo, quanto aos tributos qualificados como *taxas*, tem-se que sua natureza jurídica

depende do fato gerador, que tem aspecto duplo: “o exercício do poder de polícia” e “a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos, específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”. É o que o Direito Tributário configura como situação “necessária e suficiente” à imposição tributária (CTN, arts. 4º e 114).

Seu regime tributário é compulsório, inclusive pela mera disponibilidade do serviço (CTN, art. 79, I, b). Sua fixação e aumento é feita por lei, com eficácia para o exercício seguinte.

O *preço público* é contribuição facultativa, sem as limitações constitucionais ao poder de tributar e fixado pela autoridade administrativa competente. Representa a retribuição de um valor, real ou não, em relação à utilização ou compra de bens ou serviços estatais. A receita gerada é industrial, jamais tributária.

Exemplificando, se o Estado monopolizar a indústria açucareira, o preço de cada quilo do açúcar será *preço público*. Não haveria obrigatoriedade do pagamento para toda a coletividade, restrita apenas para quem adquirisse açúcar para consumo. No dia em que todos pagassem pelo açúcar que estivesse à disposição, teríamos então a *taxa*.

Alberto Deodato foi enfático:

“As características da taxa são estas: obrigatoriedade e divisibilidade. Enquanto isto, o preço se caracteriza pela facultatividade. Se o tributo a pagar é por um serviço pedido, não obrigatório, então o tributo pago se chama preço. Se esse tributo é igual ao custo do serviço, o preço é público; se é inferior, o preço é político. Quanto ao preço quase privado, este é o de concorrência e o de monopólio. Tanto na taxa como nos preços, há o interesse público. A diferença, entretanto, é esta: na taxa há obrigatoriedade de serviço mensurável; nos preços, há facultatividade dos serviços mensuráveis”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. 3ª Turma. Decisão unânime. Apelação em Mandado de Segurança nº 91.01.130285/MG. Relator: Juiz Vicente Leal. *DJU*, p. 947, 7 nov. 1991.

<sup>6</sup> Idem. Decisão unânime. Apelação Cível nº 93.37098-0/DF. Relator: Juiz Tourinho Neto. *DJU*, p. 9.313, 14 mar. 1994.

<sup>7</sup> CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 3. ed. Atlas, 1991. p. 328.

<sup>8</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988* : Sistema Tributário. 2. ed. Rio de Janeiro : forense, 1990. p. 56.

# As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA

## SUMÁRIO

*1. Considerações preliminares. 2. Estado de direito democrático. 3. Administração pública democrática. 4. Participação popular na Administração pública. 5. Processo administrativo. 6. Audiência pública como instrumento de participação popular. 7. Audiência pública e processo administrativo. 8. Audiência pública e decisão administrativa. 9. Previsões legais. 9.1. O projeto de lei de processo administrativo. 10. Conclusões.*

### 1. Considerações preliminares

É conhecida a busca mundial de redefinição do papel do Estado, com profundas mudanças nas bases, nos elementos nucleares do modelo estatal conhecido como Estado-providência ou do bem-estar social (*Welfare State*). Cogita-se em crise ou mesmo esgotamento do modelo apontado, fator propulsor da procura incessante por fórmulas destinadas a precisar os novos contornos político-institucionais do Estado contemporâneo<sup>1</sup>.

Como não poderia deixar de ser, essas políticas públicas de reforma e reestruturação têm reflexo direto no campo da Administração pública, impondo sua modernização e reordenação, seja sob o aspecto orgânico, seja sob o funcional.

Nesse contexto, uma das principais tarefas do direito administrativo é a de viabilizar, por meio de mecanismos institucionais, a efetivação de direitos, não somente individuais, mas sociais, coletivos e difusos, ou seja, centrali-

Gustavo Henrique Justino de Oliveira é Procurador do Estado do Paraná e mestrando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da USP.

<sup>1</sup> A propósito das transformações do Estado contemporâneo, consultar RAMÓN CAPELLA, Juan. *Los ciudadanos siervos*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1993. p. 93-135.

zar-se na figura do *cidadão-administrado* como indivíduo detentor de direitos perante o Estado-administração.

Portanto, impõe-se a institucionalização de canais destinados a permitir que os cidadãos, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões acerca dos assuntos públicos, mas com reflexos na atuação administrativa.

No Brasil, uma dessas formas de participação popular na gestão e no controle da Administração pública é a realização de audiências públicas, as quais encontram-se relacionadas com o processo administrativo brasileiro.

## 2. Estado de direito democrático

Uma vez decretada, no campo constitucional, a concomitante submissão do Estado à lei e ao direito – ou ao princípio do Estado de direito – e à democracia – ou ao princípio democrático – acarreta implicações de grande relevância, com reflexos (i) no âmbito da legitimação e exercício do poder do Estado; (ii) em suas organizações político-institucionais e, principalmente (iii) na outorga de direitos e garantias fundamentais, de ordem individual e coletiva.

A consagração da noção de *Estado de direito* por um Texto Constitucional teria, em linhas gerais, dupla finalidade: a imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos. Como bem assinala Giannini, a idéia de *Estado de direito*, em sua origem, “*pretendia introduzir uma garantia aos cidadãos contra os arbítrios do poder público*”<sup>2</sup>.

Karl Larenz entende que a configuração do Estado de direito visa impedir que

“aqueles a quem eventualmente é confiado o exercício do poder estatal o utilizem de um modo distinto do sentido que impõe o Direito”<sup>3</sup>.

No que tange à *democracia*, mesmo sendo difícil conquistar a unanimidade na determinação precisa de seus contornos elementares, Norberto Bobbio alude à existência de uma *definição mínima*. O autor assinala a possibilidade de caracterizá-la como

<sup>2</sup> *Il pubblico potere* : stati e amministrazioni pubbliche. Bologna : Il Mulino, 1986. p. 95.

<sup>3</sup> *Derecho justo*. Madrid : Civitas, 1985. p. 151.

“um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”<sup>4</sup>.

A democracia estaria, assim, essencialmente relacionada à formação e atuação do governo.

Por outro lado, em decorrência da clássica noção concebida por Lincoln – “governo do povo, pelo povo e para o povo” –, torna-se claro que a titularidade do poder estatal, em um regime democrático, é conferida ao povo; é a idéia de *soberania popular*.

Em razão disso, da concepção de democracia extrai-se uma outra noção: a de *legitimidade*, concebida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como

“submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência”<sup>5</sup>.

Explicita o autor que o controle de legalidade advém da configuração do Estado de direito. Por sua vez, o Estado de direito democrático institucionaliza o controle de legitimidade.

Logo, a legitimidade pressupõe a legalidade, e por isso o uso, neste trabalho, da locução Estado de direito democrático, ao invés daquela expressa no art. 1º da Constituição da República.

## 3. Administração pública democrática

Canotilho aduz que a consagração constitucional da noção de democracia tem a finalidade de erigi-la a um autêntico princípio informador do Estado e da sociedade. Assevera o jurista português que o sentido constitucional desse princípio é a democratização da democracia, ou seja, a condução e a propagação do ideal democrático para além das fronteiras do território político<sup>6</sup>.

Insta salientar que o quadro institucional referente ao aparato administrativo brasileiro, o qual se reputava refratário a toda e qualquer

<sup>4</sup> *O futuro da democracia* : uma defesa das regras do jogo. 5. ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992. p. 18. Consultar, igualmente, BOBBIO, Norberto et al. *Crisis de la democracia*. Barcelona : Ariel, 1985.

<sup>5</sup> *Direito da participação política* : legislativa, administrativa, judicial : fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro : Renovar, 1992. p. 65.

<sup>6</sup> *Direito constitucional*. 5. ed. 2. reimp. Coimbra : Almedina, 1992. p. 421.

investida direcionada a reduzir o seu monolitismo, foi bastante modificado com a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

Em estudo publicado em 1986, ressaltava Odete Medauar que

“a preocupação com a democracia política leva, muitas vezes, ao esquecimento da democracia administrativa, quando, na verdade, esta deveria ser o reflexo necessário da primeira”<sup>7</sup>.

Pondera Ada Pellegrini Grinover que

“a Constituição pátria de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, mas devem também informar a função administrativa”<sup>8</sup>.

Com efeito, a configuração da República Federativa do Brasil como um Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*) e o tratamento metucioso conferido à Administração pública pelo legislador constituinte (arts. 37 a 42, principalmente), são fatores que, aliados a outros não menos importantes, vêm contribuir, e muito, para uma maior democratização da Administração pública brasileira.

Não é possível deixar de notar que o Texto Constitucional, em diversos momentos, pautou o caminho para uma maior participação dos cidadãos na esfera administrativa.

Em face disso, teve início no Brasil a real democratização administrativa, a ser implementada por intermédio da participação popular na Administração pública e, principalmente, por meio da democracia pelo processo<sup>9</sup>.

Entretanto, forçoso é admitir que *processo* e *participação* são institutos indissociáveis. Na feliz colocação do argentino Roberto Dromi, processo administrativo é o instrumento jurídico que viabiliza o exercício efetivo da parti-

cipação dos cidadãos; é “a ferramenta jurídica idônea a regular as relações entre governantes e governados”<sup>10</sup>.

No mesmo sentido Cândido Dinamarco, para quem

“essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo”<sup>11</sup>.

Assim, torna-se indeclinável analisar as noções de *participação administrativa* e *processo administrativo*, para depois confrontá-las com as audiências públicas.

#### 4. Participação popular na Administração pública

Tema essencial à apreciação dos contornos conceituais da *participação popular na Administração pública* é o sentido contemporâneo de *cidadania*.

Em ensaio intitulado *A nova cidadania*, Fábio Konder Comparato traça uma rápida evolução histórica de seu conceito, distinguindo três etapas: (i) a cidadania na civilização greco-romana; (ii) a cidadania individualista do Estado liberal; e (iii) a nova cidadania no Estado social, cuja noção elementar reside

“em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção: é a idéia de participação”<sup>12</sup>.

Eis a noção do cidadão colaborador, atuante, cooperador na gestão da coisa pública, pregada também por Roberto Dromi, idéia que se coaduna perfeitamente com a noção de *participação administrativa*.

Giannini aponta a participação popular na esfera administrativa como uma das caracte-

<sup>10</sup> Prefácio à obra coletiva *Procedimiento administrativo*. Tucuman : UNSTA, 1982. p. 11-13.

<sup>11</sup> *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 132. É a noção de “legitimação pelo procedimento”, defendida pelo Professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. A propósito, conferir LUHMANN, Niklas, *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : UNB, 1980.

<sup>12</sup> *Direito público* : estudos e pareceres. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 10.

<sup>7</sup> Administração pública ainda sem democracia. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, v. 23, n. 256, p. 38, mar./abr. 1986.

<sup>8</sup> Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 183, p. 11, jan./mar. 1991.

<sup>9</sup> Elio Fazzalari afirma que o esquema processual “seria a forma em que se realiza também, no plano técnico-jurídico, o jogo da democracia” (*Processo* : teoria generale. In : *Novissimo digesto italiano*, 1966. v. 13, p. 1.074).

rísticas da Administração pública contemporânea<sup>13</sup>.

Com propriedade, salienta Odete Medauar que

“no âmbito das matrizes clássicas do direito administrativo, a participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população”<sup>14</sup>.

No que tange à realidade institucional brasileira, a junção da noção de *democracia* à de *Estado de direito*, levada a efeito pela atual Constituição, muito mais que estabelecer um qualificativo do modo de ser do nosso Estado Federal, foi responsável pela atribuição aos cidadãos de um direito de primeiríssima grandeza, de importância inquestionável: o *direito de participação nas decisões estatais*.

Bem por isso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma ser a participação popular na Administração pública

“uma característica essencial do Estado de direito democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade”<sup>15</sup>.

Concebida como a *possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração pública, de caráter consultivo ou deliberativo*, a participação popular na Administração pública – ou *participação administrativa* – é considerada um dos principais meios para tornar efetiva a *democracia administrativa*.

Sobre as finalidades da participação administrativa, denota Diogo de Figueiredo Moreira Neto que a mesma

“visa principalmente à legitimidade dos atos da Administração Pública, embora, incidentemente, possa servir a seu controle de legalidade”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 139-140, nota 3.

<sup>14</sup> *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 216.

<sup>15</sup> Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, p. 32, jan./mar. 1993. Elencando formas de atuação direta (direito de ser ouvido, enquête) e indireta (participação popular em órgãos de consulta e de decisão, por meio do *ombudsman* e por via do Poder Judiciário), a autora aduz que a atuação dos cidadãos deve ocorrer diretamente na gestão e no controle da Administração pública.

<sup>16</sup> Op. cit., p. 87.

O lusitano Baptista Machado sustenta que a participação teria uma dupla função: uma função legitimadora, que pretende assegurar uma maior legitimidade político-democrática às decisões da Administração pública e ao exercício da função administrativa; e uma função corretiva, cujo objetivo se traduz em aumentar a correção das decisões administrativas, quer sob o ponto de vista técnico-funcional, quer sob o prisma da sua justiça interna<sup>17</sup>.

De acordo com o grau de intensidade da participação dos cidadãos – “desde a simples influência do administrado na decisão do Poder Público até a vinculação decisional” – apontasse, com suporte na doutrina de Agustin Gordillo, quatro espécies de participação administrativa: informativa, na execução, pela consulta e na decisão<sup>18</sup>.

Sobre as práticas participativas no direito comparado, é importante enumerar a lei norte-americana de 1946, o conhecido *Federal Administrative Procedure Act*, bem como o *Código do Procedimento Administrativo* português (Decreto-Lei nº 442, de 15.11.91) e a *Lei Espanhola do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum* (Lei nº 30, de 26.11.92) entre os diplomas que favorecem a intervenção regulada dos cidadãos na Administração pública.

Agustin Gordillo afirma que a América Latina é pouco propícia a institucionalização de mecanismos de participação popular na Administração pública<sup>19</sup>.

Um dado a ser colocado em relevo é a incipiente consolidação democrática dos governos latinos, fator essencial à recepção de formas cooperativas na gestão da coisa pública. Bem por isso a timidez dos ordenamentos jurídicos no que se refere à matéria.

Com essas ressalvas, a Lei Boliviana de Participação Popular, (Lei nº 1.551, de 20.4.94), com suas detalhadas disposições é, na América do Sul, o melhor exemplo de normatização de mecanismos participativos à disposição da população.

<sup>17</sup> Apud RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade na administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 301.

<sup>18</sup> Apud MOREIRA NETO, op. cit., p. 88 e 125.

<sup>19</sup> Ideas sobre participación en America Latina. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 57/58, p. 32, jan./jun. 1981.

## 5. Processo administrativo

Com a chancela de Karl Larenz, é possível sustentar que os órgãos integrantes do aparato estatal administrativo encontram-se mais fortemente subordinados ao Direito, uma vez que estão estritamente vinculados à lei<sup>20</sup>.

Por seu turno, Marcello Caetano assevera que, relacionada a essa concepção da legalidade está o direito processual, pois mediante o processo,

“se traçam as regras que há de seguir a formação, a manifestação e a execução da vontade dos órgãos administrativos assegurando-se a participação conveniente e justa dos membros da coletividade”<sup>21</sup>.

Assim, em respeito às noções de Estado de direito e legalidade, pretende-se ter regulada, normatizada, a fase precedente à edição dos atos, não somente administrativos, mas de todos aqueles correspondentes às funções estatais típicas.

Com o regramento do trâmite das decisões estatais – e em particular daquelas atinentes à função administrativa –, afastada está a

“imposição de provimentos sem prévia preparação mediante um procedimento e sem que o procedimento preparador se desenvolva em contraditório”<sup>22</sup>.

Em outras palavras, pronunciamentos estatais que interfiram, sob qualquer forma, na esfera dos indivíduos e da coletividade em geral, não coadunar-se-ão com o Estado de direito democrático, caso emitidos na ausência de prévia realização de um *processo*<sup>23</sup>.

Na acertada definição de Carlos Ari

<sup>20</sup> “La Administración interviene con más fuerza en la esfera vital de los ciudadanos singulares mediante órdenes individualizadas, mediante la concesión o la denegación de autorizaciones y en algún caso mediante la coacción directa. El ciudadano es especialmente sensible hacia cualquier clase de ‘arbitrio’, de trato desigual de uno respecto de otro o de la real o supuesta utilización de puntos de vista personales en las decisiones” (op. cit., p. 165).

<sup>21</sup> Tendências do direito administrativo europeu. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 1, p. 32-33, jul./set. 1967.

<sup>22</sup> DINAMARCO, p. 133.

<sup>23</sup> É óbvio que a afirmação comporta exceções, pois, em razão de sua própria natureza, alguns atos administrativos prescindem de uma prévia elaboração processualizada.

Sundfeld, processo é “o modo normal de agir do Estado, sendo consequência direta da idéia de função”<sup>24</sup>. O traço marcante desse estágio anterior é a *dinamicidade*, em oposição ao caráter estático dos atos dele resultantes.

Especificamente na esfera administrativa, opera-se uma grande revolução, uma vez que

“a garantia formal da justeza da decisão a tomar reveste maior importância do que a discussão jurisdicional da legalidade da decisão já tomada”<sup>25</sup>.

Por isso Roberto Dromi registra que

“o procedimento administrativo estabelece para o administrado o direito-dever de participação e colaboração na preparação, impugnação e fiscalização da vontade administrativa”<sup>26</sup>.

Nesses termos, admite-se visualizar uma autêntica *teoria do processo administrativo*.

Embora assinalando que a questão terminológica envolvendo *processo* e *procedimento* não será enfrentada nessa oportunidade, é importante registrar que será adotada a expressão *processo administrativo* para designar a atividade processualizada referente à função administrativa.

Contudo, insta deixar consignado que, com supedâneo na lição de Cândido Dinamarco, procedimento é

“um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder”<sup>27</sup>.

Haverá *processo administrativo* desde que esse *procedimento* seja realizado em contraditório e em harmonia com outras garantias processuais, atreladas originariamente ao processo judicial, porém incidentes – por expressa determinação constitucional – na processualidade administrativa (CF, art. 5º, inc. LV).

<sup>24</sup> A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 84, p. 67, out./dez. 1987.

<sup>25</sup> CAETANO, op. cit., p. 32-33.

<sup>26</sup> *El procedimiento administrativo*. 1. reimp. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 112. Nota o mesmo autor que é preciso ponderar “prerrogativas públicas e garantias individuais, liberdade da autoridade e autoridade da liberdade”, pois “é o equilíbrio destes dois pontos que, em um Estado de direito moderno, levam à paz e a justiça na sociedade” (Prefácio à obra coletiva *Procedimiento administrativo*. Tucuman : UNSTA, 1982. p. 13).

<sup>27</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 131.

A existência do processo administrativo, no ordenamento jurídico brasileiro, restou evidente após a promulgação da Constituição de 1988. É sobretudo da conjugação dos incisos LIV e LV do art. 5º da Lei Maior que é retirada essa afirmação.

Em primeiro lugar, a cláusula constitucional do *devido processo legal*, seja sob seu aspecto substantivo, seja sob seu aspecto processual, abrange a atividade administrativa<sup>28</sup>. Por seu turno, *contraditório* e *ampla defesa*, desdobramentos ou derivações da cláusula do *devido processo legal*, aplicam-se ao processo administrativo, nos termos do inciso LV do art. 5º da Lei Maior, ou seja, sempre que haja litigantes<sup>29</sup> ou acusados.

Todavia, se a concepção do processo administrativo traz em si um atributo primordialmente garantista, suas finalidades não se restringem unicamente à outorga de uma garantia.

Menor distância entre Administração e cidadãos, legitimação do poder, sistematização das atuações administrativas, melhor desempenho e controle das atividades, além de justiça nas decisões, são alguns dos muitos objetivos arrolados pelos estudiosos para ressaltar a importância do processo administrativo.

Portanto, partindo-se da constatação de *multiplicidade de interesses*, transparência e publicidade no atuar da Administração, é no *processo administrativo* que os vários interesses – individuais, coletivos e difusos – vão convergir e emergir. Desde que amplamente considerados, é por intermédio do mesmo *processo administrativo* que será obtido um melhor conteúdo e uma maior justiça nas decisões administrativas.

<sup>28</sup> Ada Pellegrini Grinover chega a mencionar um *devido processo legal administrativo* (Garantias do contraditório e ampla defesa. *Jornal do advogado*, n. 175, nov. 1990. Seção de São Paulo, p. 9).

<sup>29</sup> Doutrina e jurisprudência vêm conferindo amplo significado ao termo *litigantes*. Exemplificando, vale mencionar aresto do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada” (Recurso Extraordinário nº 158.543-9. Relator: Ministro Marco Aurélio. *DJU*, 6 abr. 1995).

## 6. Audiência pública como instrumento de participação popular

Ao lado da coleta de opinião, debates e consultas públicas, colegiado público e diversas formas de co-gestão, a *audiência pública* está inserida no rol dos mecanismos ou instrumentos de participação dos cidadãos na esfera administrativa.

A audiência pública é definida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como

“um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual”<sup>30</sup>.

É mediante a realização dessas audiências que se garante um direito fundamental dos cidadãos, que é o direito de ser ouvido, o direito de poder opinar, de modo eficaz, notadamente a respeito daqueles assuntos que interessam à coletividade.

A própria Constituição da República sinaliza o caminho da colaboração entre Administração e população.

Cabe destacar o art. 29, inc. X, em que se admite “a cooperação das associações representativas no planejamento municipal”, concretizando-se, por exemplo, na idealização do *plano diretor* (arts. 182 e seguintes). O art. 194, parágrafo único, inc. VII, possibilita uma gestão democrática e descentralizada da seguridade social, “com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados”.

Gestões similares estão previstas no art. 198, inc. III (serviços de saúde), art. 204, inc. II (assistência social) e art. 206, inc. (ensino público). A conservação do patrimônio cultural brasileiro deve ser promovida, igualmente, com a cooperação da comunidade (art. 216, § 1º). Por seu turno, a tutela do meio ambiente, *bem de uso comum do povo*, também há de ser levada a efeito com a participação da comunidade (art. 225, *caput*), sendo dever do Estado a promoção da educação ambiental e da conscientização pública

<sup>30</sup> *Direito da participação política* : legislativa, administrativa, judicial : fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro : Renovar, 1992. p. 129.



para o fim aludido (art. 225, inc. VI).

Do conjunto das disposições mencionadas, depreende-se o caráter coletivo das atividades integradas no âmbito das gestões constitucionais democráticas ou simplesmente *participativas*.

Sem prejuízo da diferenciação conceitual entre interesses (ou direitos) coletivo e difusos<sup>31</sup>, prefere-se empregar, nesse trabalho, o termo *direito coletivo* para qualificar o campo de atuação em que a realização de audiências públicas é pertinente, pois “se alguém o usufruir, todos os que estão numa mesma situação o usufruem também”<sup>32</sup>.

Logo, sempre que *direitos coletivos* estiverem em jogo, haverá espaço para a realização de audiências públicas. Por via de consequência, o território da atuação colaboradora dos cidadãos é vastíssimo, sendo as disposições constitucionais elencadas simplesmente exemplificativas.

Deve ser salientado o caráter pedagógico dessas audiências, pois estabelece-se uma real oportunidade de conscientização e educação da população sobre as diretrizes e políticas públicas.

Entretanto, para ser considerado um mecanismo cooperativo útil, tudo aquilo que foi discutido em sede de audiência pública deve ser considerado pelo órgão administrativo “decididor”.

A concordância dos cidadãos com os provimentos emitidos pelos centros administrativos competentes – pois seus pleitos, opiniões e sugestões foram ao menos apreciados – acarretará uma maior eficácia das decisões administrativas, bem como uma maior legitimidade do poder estatal.

## 7. Audiência pública e processo administrativo

Conforme foi assinalado, é por intermédio do processo que se concretiza a colaboração dos

<sup>31</sup> Ada Pellegrini Grinover manifesta predileção pelo termo *direitos coletivos e difusos*, e não *interesses*, aduzindo não existir razão, no Brasil, para a diferenciação terminológica, “pois nem mesmo a justifica o critério de competências estabelecido nos países que adotam o contencioso administrativo” em Mandado de segurança coletivo : legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de processo*, n. 58, p. 79. Sobre o tema, consultar MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos* : conceito e legitimação para agir. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.

<sup>32</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Habeas data e mandado de segurança coletivo. *Revista de direito público*, v. 23, n. 95, p. 197, jul./set. 1990.

sujeitos interessados em um provimento administrativo.

Para efetivar essa atuação, aos cidadãos interventores são outorgadas garantias de caráter processual, derivadas da cláusula constitucional do *devido processo legal*: contraditório e ampla defesa.

Os princípios constitucionais – explícitos e implícitos – que orientam e restringem o atuar administrativo incidem igualmente no processo administrativo, devendo ser diligentemente observados: legalidade, publicidade, impessoalidade (entendida aqui como imparcialidade do órgão “decididor”), moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e motivação.

Visando um melhor conteúdo e eficácia das decisões administrativas cujos efeitos recaiam sobre a população, ao Poder público impende dignificar a fase instrutória dos processos correspondentes, ampliando as possibilidades de fornecer e angariar informações úteis, necessárias, inclusive, para o correto desempenho da função administrativa.

Um primeiro ponto a ser considerado é que a discussão travada em sede de audiências organizadas pela Administração enseja uma maior publicidade e transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a coletividade, aplicação concreta do princípio da publicidade, insculpido no art. 37, *caput*, da Lei Maior.

Em segundo lugar, possibilita aos cidadãos maior e melhor informação e conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos administrativos, harmonizando-se com o preconizado no art. 5º, inc. XXXIII, da Constituição da República.

Este caráter informativo integra, ainda, as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, previstas no art. 5º, inc. LV.

Contudo, possível é afirmar que as audiências públicas exercem um *duplo papel informativo*. De um lado, propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos; de outro, habilitam o órgão administrativo “decididor”, tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, pois estabelece um maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa.

Para sua efetividade, as audiências devem ser realizadas antes da edição de decisões gerais, ou anteriormente à aprovação de um projeto de grandes proporções (v.g. alteração no plano urbanístico de um município, construção de um aeroporto).

## 8. Audiência pública e decisão administrativa

A doutrina distingue vários *graus de intensidade* ou *níveis de profundidade* dos mecanismos participativos, cujos resultados poderão ser *vinculantes* ou *não-vinculantes* para a Administração pública.

As audiências públicas podem ter lugar na fase instrutória (preparatória ou pré-decisional) ou na fase decisória do processo administrativo, sem prejuízo da realização em ambas as fases processuais.

Realizada na fase preparatória, o objetivo perseguido é o de possibilitar uma ampla instrução do feito. Logo, tem um forte sentido *informativo*, tanto para Administração, quanto para os cidadãos. No que concerne aos órgãos públicos, invoca-se ainda o sentido de *consulta*, decorrente do fato de poder a Administração ouvir os interessados, e isso previamente à tomada da decisão.

Salvo disposição legal em contrário, o resultado da audiência pública inserida nesta fase processual não vincula os órgãos públicos. É que a participação popular levada a efeito teve a finalidade de possibilitar a manifestação de opiniões, propostas e, sobretudo, informar Administração e cidadãos.

Todavia, constatando que os institutos participativos têm lugar, notadamente, no âmbito da atividade administrativa discricionária, eventual posicionamento da população firmado em sede de audiência pública é mais um elemento na limitação da liberdade de atuação da Administração. Ainda que não vinculante, as exposições dos interessados devem ser minuciosamente consideradas pelo órgão “decididor”, podendo inclusive constituir-se na motivação expressa de sua decisão.

Por outro lado, se inserida na fase processual de decisão, o resultado da audiência pública será vinculante para a Administração.

Concorda-se com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pois

“quando a eficácia pretendida for constitutiva de vontade, gerando uma condição vinculatória, estar-se-á introduzindo um órgão popular de decisão e uma nova função orgânica no sistema existente da administração pública, comprometendo-se, em consequência, o exercício de função similar por órgão

regular da estrutura do Poder Executivo”<sup>33</sup>.

Ainda segundo o autor, a instituição de audiências públicas com essa finalidade devem ser feitas por lei,

“de competência privativa do Poder Executivo que pretender, dessa forma, valer-se da participação do administrado (art. 61, § 1º, e, da Constituição)”<sup>34</sup>.

Um último ponto a enfrentar. Cumpre esclarecer que os órgãos públicos estarão compelidos à realização de audiência pública, se a lei assim estipular. Entretanto, a Administração poderá estar simplesmente facultada a implementá-la. Os efeitos advindos de sua não realização, em uma e outra hipótese, serão distintos.

Assim, desde que obrigatória, a realização da audiência pública será condição de validade do processo administrativo em que está inserida. Caso não implementada, ao arrepio da determinação legal, o processo estará viciado, e a decisão administrativa correspondente será inválida.

Por outro lado, estando a Administração meramente facultada a promover a audiência pública, com as ressalvas de previsões legislativas em contrário, nenhuma implicação haverá de sua não-realização.

No entanto, deve ser apreciado os casos em que é conferida legitimidade a interessados (entidades associativas ou mesmo cidadãos) para solicitar a realização de audiências, prévias à emissão da decisão. Se formulado e deferido, pela Administração, o pedido de organização de uma audiência pública, a mesma torna-se obrigatória. Em não sendo realizada por responsabilidade da Administração, defende-se que o processo encontrar-se-á maculado, sendo nulo o provimento final.

## 9. Previsões legais

Raras são as referências, nos diplomas legislativos brasileiros, às audiências públicas<sup>35</sup>, mormente no que tange aos processos administrativos.

Com relação ao *processo licitatório*, a Lei nº 8.666/93 estabelece, em seu art. 39, *caput*,

<sup>33</sup> Op. cit., p. 126.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Na esfera legislativa, a Constituição da República, no art. 58, § 2º, inc. II, outorga legitimidade às Comissões do Congresso Nacional, “para realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil”, em razão da matéria de sua competência.

que o mesmo será obrigatoriamente iniciado por audiência pública,

“sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea c” da mesma lei.

O legislador privilegiou uma ampla publicidade dos processos licitatórios envolvendo contratações vultosas, ensejando um efetivo controle de legalidade por parte da população<sup>36</sup>.

Entretanto, a doutrina diverge quanto aos efeitos da não-realização dessa audiência. Lúcia Valle Figueiredo, muito embora sustente o caráter não vinculatório da audiência, afirma que se não implementada, o processo será inválido<sup>37</sup>. Entendimento diverso tem Marçal Justen Filho, para quem

“a omissão pode funcionar como indício de irregularidade, mas não acarreta, por si só, vício do procedimento”<sup>38</sup>.

A previsão regulamenta uma situação específica, e visa a resguardar o interesse público, com a participação dos cidadãos. Assim, entende-se que a opinião mais consentânea com a finalidade aludida, decorrente inclusive de seu caráter obrigatório, é a nulidade do processo licitatório, caso não se promova a audiência pública.

Uma outra hipótese legal de realização de audiências públicas, e agora bastante detalhada, é aquela referente aos *processos de licenciamento ambiental*, envolvendo a publicidade do *estudo de impacto ambiental*. Como bem denota José Afonso da Silva, se o patrimônio ambiental

“é um bem de uso comum do povo, como diz o art. 225 da Constituição, nada mais coerente do que esse povo ter acesso a um instrumento da política de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente”<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Convém ressaltar que no Anteprojeto de Nova Lei de Licitações, elaborado no âmbito da Administração Pública federal, não consta disposição similar (DOU de 19.02.97).

<sup>37</sup> *Direito dos licitantes*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 95.

<sup>38</sup> *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1996. p. 236.

<sup>39</sup> *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 206.

Sem adentrar em minúcias sobre o procedimento referente ao EIA/RIMA, a matéria vem regulada na Resolução CONAMA nº 009/87 (D.O.U. de 5.7.90)<sup>40</sup>.

Nos termos do art. 2º, *caput*,

“sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o órgão de meio ambiente promoverá a realização de audiência pública”.

No caso de haver solicitação e o órgão competente não realizar a audiência, a licença concedida não terá validade (art. 2º, § 2º). O art. 5º prescreve que a ata correspondente à audiência, bem como seus anexos, servirão de base, em conjunto com o relatório de impacto ambiental (RIMA), “para análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do projeto”.

*De lege lata*, são essas as hipóteses que admitem a promoção de audiências públicas no âmbito da Administração.

## 9.1. O projeto de lei de processo administrativo

As audiências vêm previstas no Projeto de lei de processo administrativo (Projeto nº 2.464/96, em trâmite no Congresso Nacional), elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo eminente administrativista Caio Tácito.

O projeto privilegia a consulta pública (art. 31) e outros meios de cooperação administrativa (art. 33), prescrevendo, em seu art. 32, que

“antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”.

Contudo, a única ressalva a ser feita é que, a exemplo do que ocorre em matéria ambiental, poderia ter sido outorgada legitimidade a entidades associativas ou mesmo a grupos de cidadãos para *formular* requerimento de realização de audiências públicas, o que conferiria

<sup>40</sup> A audiência pública em matéria de licenciamento ambiental encontra-se no art. 55 do Anteprojeto da Consolidação das Leis do Meio Ambiente (DOU de 17.2.92, suplemento especial). As Constituições dos Estados de São Paulo e Pernambuco estabelecem a obrigatoriedade de realização de audiências públicas nessas hipóteses (art. 192, § 2º e art. 215, respectivamente).

maior amplitude ao direito de participação popular.

Considerando que a função administrativa contemporânea caracteriza-se por sua complexidade e multiplicidade, o campo para a realização dessas audiências é bastante fértil.

Cumprido exemplificar com dispositivos da Lei de Concessões e Permissões (Lei federal nº 8.987, de 13.2.95). O art. 3º estipula que

“as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”<sup>41</sup>,

abrindo margem para a implementação de audiências públicas.

## 10. Conclusões

O estreitamento dos laços da sociedade civil com o Estado, a ser alcançado sobretudo por meio do aprimoramento dos vínculos mantidos por esse com os cidadãos, tende a tornar mais efetiva a finalidade primeira do atuar dinâmico da Administração pública: *o agir a serviço da comunidade*.

Bem por isso, é preciso empreender tentativas de

“fazer coincidir o mais possível realidade social e centros de decisão política e administrativa, em uma expansão progressiva e ‘quotidiana’ do princípio da soberania popular”<sup>42</sup>.

Reconhecida uma *ampla processualidade* no desenvolvimento das funções estatais, torna-se imprescindível destacar a consolidação e valorização do *processo administrativo brasileiro*, principalmente em razão da combinação dos incisos LIV e LV, ambos do art. 5º da Lei Maior.

A realização de audiências públicas nos processos administrativos vem de encontro com o postulado de legitimidade do poder, inerente ao Estado de direito democrático. Está relacionada com a aplicação dos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Inseridas na fase de instrução dos processos administrativos, podendo ocorrer também na

<sup>41</sup> Conferir, igualmente, os seguintes dispositivos da lei de concessões: art. 7º, incs. I e II; art. 21, art. 22, art. 29, inc. XII e art. 30, parágrafo único.

<sup>42</sup> NIGRO, Mario. Il nodo della partecipazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 34, n. 1, p. 228, mar. 1980.

fase decisória, as audiências públicas têm por escopo tornar efetivo o direito de defesa dos cidadãos, o direito de opinar e ser ouvido, quando a situação envolva *direitos coletivos e difusos*.

Portanto, toda vez que esses direitos estiverem em discussão, as audiências públicas possibilitam a real observância do direito de informação (art. 5º, inc. XXXIII), bem como das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV), integrantes da cláusula constitucional que fundamenta o processo administrativo: o devido processo legal.

## Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* : uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992.

CAETANO, Marcello. Tendências do direito administrativo europeu. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 1, p. 25-39, jul./set. 1967.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. totalmente ref. e aum., 2. reimp. Coimbra : Almedina, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público* : estudos e pareceres. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 3-24: A nova cidadania.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, jan./mar. 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

DROMI, Roberto. *El procedimiento administrativo*. 1. reimp. Buenos Aires : Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

———. *Procedimiento administrativo*. Tucuman : UNSTA, 1982. p. 11-13: Prefácio.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes*. 4. ed. rev. e amp. São Paulo : Malheiros, 1994.

GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere* : stati e amministrazioni pubbliche. Bologna : Il Mulino, 1986.

GORDILLO, Agustín A. Ideas sobre participación en América Latina. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 57/58, p. 29-38, jan./jun. 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 183, p. 9-18, jan./mar. 1991.

————— Garantias do contraditório e ampla defesa. *Jornal do Advogado*, n. 175, nov. 1990. Seção de São Paulo, p. 9.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 4. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1996.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Madrid : Civitas, 1985.

MEDAUAR, Odete. Administração pública ainda sem democracia. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, v. 23, n. 256, p. 37-53, mar./abr. 1986.

————— *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

————— *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito*

*de participação política* : legislativa, administrativa, judicial : fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.

NIGRO, Mario. Il nodo della partecipazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 34, n. 1, p. 225-236, mar. 1980.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade na administração pública*. Coimbra : Almedina, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo : Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 84, p. 64-74, out./dez. 1987.

————— *Habeas data e mandado de segurança coletivo*. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 95, p. 190-199, jul./set. 1990.

# A federação como mecanismo de proteção do meio ambiente

PAULO JOSÉ LEITE FARIAS

“A Constituição da República de 1988 exprime o estágio culminante da incorporação do meio ambiente ao ordenamento jurídico do País. A Constituição tornou o meio ambiente tema da competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Raul Machado Horta

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Problemática das leis no Estado Federal. 3. A distribuição de competência legislativa do Estado Federal na Constituição de 1988. 4. Competência concorrente como mecanismo de defesa do meio ambiente. 5. Conclusões.*

### 1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988, no Título “Da Organização do Estado” (Capítulo II do Título III), introduziu, em favor dos Estados-Membros e do Distrito Federal, a competência concorrente com a União (art. 24), para legislar sobre diversas matérias enumeradas, bem como a competência comum para outras matérias legislativas (art. 23).

Nas matérias de competência concorrente, incluem-se relevantes tópicos como os direitos financeiro, tributário, econômico, urbanístico, penitenciário e direitos ou interesses coletivos como saúde, educação, meio ambiente, consumidores, menores, patrimônio histórico e cultural; razão pela qual o estudo dessa peculiar repartição de competência mostra-se fundamental à identificação da legislação aplicável a esses relevantes ramos da ciência jurídica.

A distribuição das competências é o problema nuclear do federalismo, sinalizando a opção constituinte por mais ou menos centralização política, por mais ou menos aderência

Paulo José Farias é Promotor de Justiça do MPDFT, Professor de Direito Tributário da AEUDF (Associação de Ensino Unificado do DF), Mestrando em Direito e Estado na Faculdade de Direito da UnB.

aos modelos e princípios assentes de Estado Federal<sup>1</sup>.

A repartição de competências está na raiz mesma da evolução histórica do federalismo e de sua concepção.

A técnica vivificada pelo constituinte brasileiro de 1988 envolve o sentido de delegação, poderes enumerados, poderes reservados e concorrência legislativa, de construção complexa a suscitar inevitáveis conflitos, motivo pelo qual o tema mostra-se profundamente relevante para o operador jurídico que atua em áreas sujeitas à superposição de ordenamentos por diferentes entidades federativas.

Em todos os Estados federais, inclusive nos Estados Unidos, berço do federalismo, a evolução do sistema aponta para modelos que se distanciam do parâmetro clássico, especialmente no âmbito da distribuição das competências. Nota-se uma clara tendência à supremacia federal sobre os Estados-membros, ao contrário do que inicialmente foi proposto pelo modelo clássico americano<sup>2</sup>.

Assim, surgem desafios de como preservar o federalismo, diante da necessidade de proteção de bens jurídicos nacionais e mundiais, como o meio ambiente, que carecem de uma atuação muitas vezes centralizada do Estado.

A função do federalismo mudou historicamente. Se, antes, serviu para assegurar *as autonomias regionais*, ou como forma mais eficiente de *descentralização administrativa*, hoje assume uma função essencialmente política, como um dos instrumentos de garantia da democracia participativa e dos direitos fundamentais<sup>3</sup>, entre os quais destaca-se o direito

<sup>1</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona : Ariel, 1970. p. 356, assinala que “é a chave da estrutura do poder federal”.

<sup>2</sup> Nesse sentido Raul Machado Horta, em sua consagrada obra *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 351, ensina, *verbis*:

“A previsão otimista não se concretizou. A evolução do Estado Federal caminhou em direção contrária. A União Federal, a Federação, ampliou os poderes enumerados e esse processo de dilatação e de concentração dos poderes federais acabou reduzindo cada vez mais a área dos poderes reservados aos Estados. O federalismo norte-americano não escapou a esse perverso processo de dilatação dos poderes federais e correspondente retraimento dos poderes estaduais”.

<sup>3</sup> Para HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo :

positivado de um *meio ambiente ecologicamente equilibrado*.

No trânsito do Estado liberal para o Estado social, o pêndulo da questão federativa inclinou-se no sentido de governos centrais fortes, mais adequados ao intervencionismo que exigia a implementação de mudanças sociais e econômicas.

A Constituição de 1988, ao contrário, não obstante ter fortalecido o modelo intervencionista estatal, procurou valorizar os entes federados, especialmente os Estados e Municípios<sup>4</sup>, retomando o modelo clássico de descentralização, restando, pois, a indagação relativa a mecanismos garantidores de direitos como a defesa ambiental.

Nesse contexto, o federalismo retoma seu curso embrionário. A centralização política não redundou em benefícios populares concretos, nem sempre assegurou a redução das desigualdades e injustiças sociais e, nos momentos de exaltação autoritária, foi o caminho mais curto para se violentar a cidadania.

Verifica-se que o federalismo pode levar à descentralização política, tornando o poder mais próximo do cidadão. A participação da cidadania (que não mais é vista sob a ótica individual, porém imersa nos interesses sociais, atuando de forma coletiva nas organizações da

Mestre Jou, 1968. p. 292, *verbis*: “A maneira como se distribui o poder do Estado determina a forma do mesmo”. Assim, esse consagrado jurista e cientista político alemão ressalta que “A democracia é uma estrutura de poder construída de baixo para cima; a autocracia organiza o Estado de cima para baixo”, nesse contexto situamos o Estado Federal como um mecanismo de distribuição de poder que aproxima o Estado da democracia e o afasta da autocracia, pois a distribuição de competências, característica basilar do Estado Federal, propaga o poder nas diferentes esferas federativas, facilitando o exercício do poder pela população (favorecendo a democracia) e dificultando a existência de dirigentes com largos poderes estatais (impedindo o exercício do poder de forma autocrática)”.

<sup>4</sup> No magistério do Professor Paulo Bonavides, *in verbis* : “As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros, 1996, p. 311). Ora, está configurado que o constituinte realmente teve o desejo de estabelecer uma nova ordem favorecendo a descentralização.

sociedade civil e defendendo objetivos metaindividuais, como o meio ambiente) é maior junto aos poderes locais.

Uma das formas de se atingir o fortalecimento do federalismo, favorecendo a descentralização política, bem como a necessária coordenação de interesses nacionais, é a competência legislativa concorrente<sup>5</sup>, que poderá ser o fator de equilíbrio entre as esferas de poder autônomas.

Assim, no conceito de “normas gerais”, fundamental para o perfeito funcionamento da competência concorrente, abriga-se a efetiva proteção de bens objetos de preocupação nacional que não possam ser delegados, na acepção da chamada “regra de ouro”<sup>6</sup> do federalismo, conforme procura-se demonstrar neste trabalho.

O sentido de “legislação concorrente” na Constituição de 1988 difere daquele que o senso comum teórico desenvolveu. Hamilton<sup>7</sup>, defendendo o Estado federado, já indicava a necessidade de divisão de poderes entre o legislativo federal e o legislativo local com a finalidade de proteção do povo do mau uso do poder (usurpação do legítimo destinatário do poder: o povo), dizendo que:

“Os obstáculos à usurpação e as facilidades de resistência aumentam com a maior extensão dos Estados, desde que os cidadãos compreendam seus direitos e estejam dispostos a defendê-los. Numa grande comunidade, a força natural do povo, em relação à força artificial do governo, é maior que numa pequena, e

<sup>5</sup> Pontes de Miranda, na obra *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. v. 22, p. 167 afirma que a técnica constitucional do século passado “repugnava a competência concorrente”.

<sup>6</sup> Para realização do princípio democrático na Federação, CELSO BASTOS afirma que “A regra de ouro poderia ser a seguinte: nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isto significa dizer que só serão atribuídas ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser executadas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o Município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União” (*Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1988. v. 1, p. 416).

<sup>7</sup> HAMILTON, MADISON, JAY. *Os artigos federalistas : 1787 - 1788*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro : Nova fronteira, 1993. p. 225.

obviamente mais capacitada para uma luta contra as tentativas do governo de estabelecer uma tirania... O poder, sendo quase sempre o rival do poder, fará com que o governo geral esteja sempre pronto a reprimir as usurpações dos governos estaduais, e estes terão igual disposição em relação ao governo geral. O prato da balança em que o povo se lançar irá preponderar infalivelmente”.

Assim, de forma incipiente já se indagava da necessidade de uma distribuição do poder dos representantes do povo. Constituiu-se esse o espírito regente da “legislação concorrente”, que resulta da divisão do poder soberano de legislar, isto é, de esferas de poder privativas da União e dos Estados-membros.

No entanto, observa-se que na Constituição brasileira, a acepção dada à legislação concorrente mostra-se distinta da originalmente encontrada no federalismo americano. Este repartia a competência encontrada, exclusivamente pela matéria objeto da legislação. Já a Constituição Federal de 1988 refere-se à legislação sobre matérias comuns, embora com limites de forma e conteúdo recíprocos, cabendo à União *as normas gerais* e aos Estados-membros *as normas específicas*.

Nesse ponto, a proteção ao *meio ambiente* está prevista, de forma *sui generis*, como sendo de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, de *forma concorrente* (art. 24, inciso VI), bem como de competência *comum* para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 23, inciso VI).

O uso do termo ou da noção de *competência concorrente* não constitui novidade na Constituição Brasileira, já tendo sido utilizado na Constituição de 1934<sup>8</sup>. No âmbito da Constituição de 1988, entretanto, a concorrência

<sup>8</sup> O artigo 10 da Constituição Federal de 1934 assinala, *verbis*:

“Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados:

I - velar na guarda da Constituição e das leis;  
II - cuidar da saúde e assistência públicas;  
III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte;  
IV - promover a colonização;  
V - fiscalizar a aplicação das leis sociais;  
VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus;  
VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente”.



enseja a possibilidade de iniciativa na área da legislação ambiental para os Estados e para o Distrito Federal, caso a União se mantenha inerte. Assim, caso um ente federativo não exerça sua função constitucional, o outro poderá fazê-lo, evitando a lacuna danosa à almejada proteção.

No mesmo diapasão, importante asseverar que a competência concorrente poderá ser exercida, não só quanto à elaboração de leis, mas, também, de normas infralegais como decretos, resoluções e portarias.

Para atender às peculiaridades próprias, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena, desde que não exista “lei federal sobre normas gerais” (art. 24, § 3º). Essa competência chamada “plena”, entretanto, sofre limitação qualitativa e temporal. No que se refere à primeira, verifica-se que a norma estadual não pode exorbitar da peculiaridade ou do interesse próprio do Estado em que foi editada; no que diz respeito à limitação temporal, verifica-se a necessidade de ajuste do disposto originalmente em face da norma federal ambiental superveniente.

No Direito Comparado, a preocupação de ajuste do modelo de proteção ambiental ao federalismo mostra-se relevante. Nesses termos, a Alemanha passou a prever, em 1972, na reforma da Constituição de 1949, a competência concorrente no que concerne à poluição do ar, do ruído e à eliminação de rejeitos (art. 74, nº 24) exatamente procurando a otimização do modelo federal à proteção desse direito planetário de quarta geração.

Por fim, salienta-se que, neste trabalho, procura-se demonstrar a simbiose entre o modelo federativo e a defesa do direito fundamental meio ambiente, tendo em vista que a moderna repartição de competência promovida pelo federalismo, por meio da competência concorrente, constitui-se mecanismo ensejador da proteção ambiental, não relegando, de forma exclusiva, na mão de um ente federado tão extraordinária tarefa.

## 2. Problemática das leis no Estado federal

### 2.1. O Estado federal brasileiro e seu surgimento

Alguns doutrinadores sustentam que a autonomia dos Estados da Federação, no Brasil, constitui um fato histórico. Alegam que é nas capitais e províncias, subordinadas a um

poder maior, que surge o espírito federativo brasileiro, sendo que as condições geográficas do país, bem como os problemas econômicos, exigiam uma solução contrária à centralização<sup>9</sup>.

Nesse sentido, é importante trazer à colação a teoria da Escola Vienense, na figura de Mouskheli<sup>10</sup>, que, ao referir-se à criação do Estado federal assinala que este pode ser criado por:

– uma lei, isto é, por um ato de direito estatal (quando um Estado unitário se transforma em Estado federal);

– um tratado internacional concluído entre os Estados interessados.

Entretanto, uma análise histórica da origem do Estado brasileiro comprova que este surge por meio de simples ato legislativo que transforma províncias imperiais (Estado Unitário) em Estados-membros (Estado federal).

O manifesto republicano de 1870 é traço marcante do pensamento pré-republicano, a favor do princípio federativo:

“No Brasil, antes ainda da idéia democrática, encarregou-se a natureza de estabelecer o princípio federativo. A topografia do nosso território, as zonas diversas em que ele se divide, os climas vários e as produções diferentes, as cordilheiras e as águas estavam indicando a necessidade de modelar a administração e o governo local, acompanhando e respeitando as próprias divisões criadas pela natureza física e impostas pela imensa superfície do nosso território”<sup>11</sup>.

Provisoriamente, a Federação surge no Brasil mediante disposições do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, concomitantemente,

<sup>9</sup> Há autores, entretanto, que defendem o ponto de vista que o Brasil foi um país que sempre se caracterizou por nítida descentralização política: “A nossa evolução tem-se processado, sem descontinuidade, em função dessa dualidade de ordens jurídicos: a do centro do poder soberano e a das entidades menores, coincidentes com as áreas seccionais de governo, estabelecidas desde 1532. Essa descentralização decorreu, naturalmente, de fatores geográficos e históricos, a começar pela amplitude do território e pela primitiva dispersão dos núcleos de formação social” (TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional estadual*. Forense, 1980. p. 1).

<sup>10</sup> Esse autor, junto com Kelsen, concebe o Estado Federal, como forma do mais alto grau de descentralização.

<sup>11</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. 1953. v. 1, p. 295.

com a proclamação da república. Esse diploma legal instituía a forma de governo republicana em um Estado federal. Assim, as antigas províncias do regime imperial foram declaradas “estados”, nos seguintes termos: “As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil”.

Na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, consolida-se a criação de Estados-membros, já no artigo 1º, *verbis*:

“A Nação brasileira adota como forma de governo, sob regime representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel de suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil”.

Verifica-se, então, que a Constituição efetiva uma descentralização política muito mais intensa do que a existente no regime imperial – tal fato constitui uma nítida distinção entre a formação da Federação norte-americana e da Federação brasileira.

## 2.2. Histórico da repartição constitucional de competências

Desde a Constituição de 1891, que instituiu o federalismo no ordenamento constitucional, nossas sucessivas Leis fundamentais têm sido marcadas pela Federação, mas o efetivo equilíbrio entre as partes federativas, muitas vezes, mostrou-se precário:

“No Brasil é manifesto o declínio da ordem federativa, consideravelmente precipitado, do ponto de vista jurídico e formal, pelos constituintes que, em 46 e 67, amesquinham grandemente o espaço autônomo reservado à competência das unidades participantes, ao mesmo passo que agigantavam a União e a autoridade constitucional do Presidente da República”<sup>12</sup>.

A Constituição de 1891, na qual foi concedida bastante autonomia aos Estados-membros, seguiu o molde federal adotado pelos Estados Unidos, Suíça, Argentina e México, sendo tal filosofia modificada já com a reforma de 1926, que amplia os casos de intervenção da União nos negócios dos Estados:

<sup>12</sup> RUSSOMANO, Rosah. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : J. Konfino, 1968. p. 128 e segs.

“Dessa maneira, a reforma de 1926 restringiu a autonomia dos Estados, que passavam a sofrer rigoroso controle político e mesmo administrativo, por parte da União. O Brasil era então, talvez mais do que hoje, uma Federação governada pelos grandes Estados, que submetiam os pequenos a uma espécie de imperialismo fraterno”<sup>13</sup>.

Assim, a partir de 1926, reconhece-se que o Estado federal brasileiro não vence a vocação centralista do poder político. Observa-se que na Constituição de 1934 alarga-se a competência privativa da União, deslocando-se, por exemplo, a competência de legislar sobre direito processual, dos Estados, para a União.

Orlando Bitar refere-se a duas fases do federalismo brasileiro: a primeira, de 1889 até 1934 (Federalismo segregacionista – ênfase na autonomia local – primeira república) e a segunda, deste último ano até a Constituição de 1967 (Federalismo orgânico, ou Federalismo de cooperação – ênfase na cooperação – ajuda financeira da União para os Estados).

No Federalismo segregacionista, característico das Constituições de 1891 e de 1934, ressalta-se a dualidade soberana do Estado federal. Nessa espécie de federalismo, só se admite ação federal nos Estados para prestação de socorros. Conforme ressalta José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>14</sup>, “o federalismo dualista é segregador e centrífugo, não apreciando contatos e relações freqüentes com o Governo Federal”.

A Carta de 1937 afirmava ser o Brasil “um Estado federal”. Segundo Raul Machado Horta<sup>15</sup>, entretanto, tratava-se de disposição nominal, que não impediu, mas antes favoreceu a substituição da estrutura federal anterior pela de um Estado unitário descentralizado. Os Estados-membros passam à condição de meros departamentos, sob a administração do governo central.

A autonomia estadual foi acentuada pelo regime eleitoral de 1946, com o voto secreto e a representação proporcional. Isso assegurou maior garantia política aos governadores

<sup>13</sup> TRIGUEIRO, op. cit., p. 32.

<sup>14</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte : FUMARC, 1982. p. 192.

<sup>15</sup> HORTA, Raul Machado. *Problemas do Federalismo Brasileiro. Digesto Econômico*. São Paulo, n. 140, p. 90 e segs. mar./abr. 1958.

eleitos, vez que os Presidentes já não mais tinham o apoio incondicional do Congresso para a intervenção no Estado, sendo que no período de 1946 a 1964 não houve governador afastado do cargo por meio de intervenção federal.

A penúria financeira do Estado-membro faz deslocar para o Governo Federal as reivindicações municipais sobre serviços e obras de nítido interesse local.

A centralização do poder econômico pela União, com resultados que levam ao enfraquecimento dos Estados-membros e dos Municípios, é uma constante nos diversos modelos de federalismo adotados nas constituições brasileiras subsequentes.

Na Constituição de 1967, bem como na Emenda nº 1 de 1969, a preocupação central passa a ser com o desenvolvimento econômico-social e a segurança nacional, esta já com conceito abrangente. Acentuava o fortalecimento e a centralização do poder da União, reduzindo muito a autonomia dos Estados-membros, permitindo-lhes a ingerência nas finanças estaduais por meio dos sistemas de fundos, cuja aplicação é planejada e fiscalizada pelos órgãos centrais.

Essa constante centralização do Estado Brasileiro leva inúmeros autores a indagar se o Brasil era, ainda, verdadeiramente um Estado federal, em razão da hegemonia do ente União sobre os demais.

Contudo, com a Constituição de 1988, as esperanças ressurgem. No direito brasileiro, deve-se observar o Município antes e depois de 1988, ou seja, temos uma verdadeira metamorfose desta pessoa jurídica de direito público, pois a Carta Magna de 1988 veio realmente consagrar um momento histórico do país, assegurando a autonomia municipal e a integração do Município à Federação.

No magistério de Paulo Bonavides<sup>16</sup>, fica claro o avanço do texto constitucional no campo da autonomia municipal, *in verbis*:

“As prescrições do novo Estatuto Fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história”.

Ora, está configurado que o constituinte

<sup>16</sup> BONAVIDES, op. cit.

realmente teve o desejo de estabelecer uma nova ordem federal a partir do advento da Constituição de 1988. Segundo Raul Machado Horta<sup>17</sup>, há a reconstrução do federalismo com o lançamento das bases de um federalismo de equilíbrio, com a modernização da repartição das competências dos entes federados, bem como com a melhor repartição das rendas tributárias, a diminuição das hipóteses de intervenção federal, o alargamento da autonomia normativa dos Estados com seu ingresso na legislação concorrente, que abrange volume razoável de matéria legislativa.

### 2.3. A teoria de Kelsen sobre a superposição de ordens jurídicas em um mesmo território

A autonomia das entidades federativas, característica fundamental de um Estado federado, pressupõe a repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. Essa distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal.

Nesse sentido, muitas vezes a Federação é definida utilizando-se do conceito de repartição de competências. A forma de Estado caracterizada pela partilha constitucional de competências, conjugada pela participação das ordens locais na ordem jurídica nacional, opõe-se ao Estado unitário, porquanto este hospeda um único centro de poderes legiferantes, ainda que realize uma descentralização meramente administrativa.

A forma de Estado Federativo, como já vimos, pressupõe a existência de mais de uma ordem jurídica em um mesmo território.

Em decorrência, no território da Federação brasileira convivem quatro ordens jurídicas, a saber: a *ordem total*, representada pelas leis de caráter nacional, a *ordem geral*, representada pelas leis federais e as *ordens parciais* que se referem às leis estaduais e municipais.

Em primeiro lugar, cumpre analisar a diferença entre leis nacionais e leis federais, nos termos do ensinamento do mestre de Viena Hans Kelsen.

Kelsen, ao estudar as formas de organização do Estado, diferencia-as em centralizada ou descentralizada, consoante haja ou não diferença das esferas de validade das normas jurídicas<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> HORTA, op. cit.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São

Com relação, justamente, às esferas de validade das normas jurídicas, surgem as leis classificadas como *nacionais*, aquelas que não se circunscrevem ao âmbito de qualquer das pessoas políticas. Elas transcendem às três esferas federativas brasileiras; não se confundem com lei federal, estadual ou municipal. Têm um campo próprio de atuação que é excludente das demais pessoas políticas. Seu campo de incidência é privativo, porém não pode estender sua validade aos objetos próprios de legislação federal, estadual ou municipal.

As confusões no âmbito do nosso país, nessa temática, surgem em razão de reunir o Congresso Nacional a dupla qualidade de Legislativo Federal e Legislativo Nacional.

Assim, a questão coloca-se em saber quando o Congresso edita uma lei, enquanto órgão do Estado federal, e quando age na esfera da União, sob a perspectiva do direito interno deste Estado federal. Geraldo Ataliba<sup>19</sup>, colocou que:

“a distinção entre norma nacional (geral, global, total) e norma simplesmente federal (parcial, central) é melhor compreendida da meditação sobre a argumentação de Kelsen contra a tese de que a supremacia da competência, no Estado federal, radica-se na União”.

Kelsen<sup>20</sup> adverte que

“a ordem jurídica central que constitui a comunidade jurídica central forma, juntamente com as ordens jurídicas locais que constituem as comunidades jurídicas locais, a ordem jurídica total ou nacional que constitui a comunidade jurídica total, o Estado. *Tanto a comunidade central quanto as comunidades locais são membros da comunidade total* (grifo nosso)”.

Assim, os vivos pendores lógicos de Kelsen levaram-no a imaginar, dentro do Estado

Paulo : Martins Fontes, 1995. p. 297, *verbis*:

“A diferença entre um Estado centralizado e um descentralizado deve ser uma diferença nas suas ordens jurídicas. Na verdade, todos os problemas de centralização e descentralização, como veremos, são problemas referentes às esferas de validade das normas jurídicas e dos órgãos que as criam e aplicam. Apenas uma teoria jurídica pode fornecer a resposta para a questão da natureza da centralização e da descentralização”.

<sup>19</sup> ATALIBA, Geraldo. Autonomia municipal na nova Constituição. In : QUÉRCIA, Orestes (Org.) *Municipalismo*. São Paulo : CEPASP, 1986.

<sup>20</sup> KELSEN, op. cit., p. 298.

federal, pelo menos três ordens jurídicas diferentes, a saber: a da Constituição total (*Gesammtverfassung*), a da União (*Bund*) e a dos Estados-membros (*Laender*). A ordem jurídica da “Constituição total” é a mais vasta, estando nela formulados os princípios gerais de organização e ordenamento da União e dos Estados-membros. Já as duas ordens jurídicas da União e do Estado-membro são juridicamente iguais, porque se acham subordinadas por igual à ordem jurídica superior da Constituição total.

As duas ordens jurídicas, do *Bund* e das coletividades-membros, são ordens parciais. A do *Bund* o é porque sua competência não se estende senão a determinadas matérias, que lhe são delegadas pela comunidade jurídica total. A dos Estados-membros também é parcial pelo fato de ter uma competência delegada e, também, pelo alcance restrito da validade territorial de suas normas. Como conseqüência do fato de que a ordem do *Bund*, ou seja, do poder central, e as ordens jurídicas dos Estados-membros são ordens parciais, *subordinadas em igual medida à ordem jurídica da comunidade total* (*Gesammtgemeinschaft*), daí resulta logicamente que não pode existir entre elas relações de dependência ou de subordinação, mas de coordenação. Compreende-se, com meridiana clareza, que tanto uma como a outra se acham submetidas à ordem da Constituição Federal, que é a ordem suprema, e lhes delega as respectivas competências.

Como já citamos, em nosso sistema, o Congresso Nacional acumula as qualidades de órgão legiferante do Estado federal e da União. Assim, o produto da sua atividade legislativa poderá ser uma *lei nacional* ou *simplesmente federal*, conforme atue em uma ou outra qualidade.

O mesmo se aplica ao Executivo, que será nacional quando exercer funções do Estado nacional ou federal quando funcionar como órgão da pessoa política União.

Conclui-se, *portanto, não ter cabimento falar-se em hierarquia das leis federais, estaduais e municipais no nosso sistema constitucional*. As leis, sejam federais, estaduais ou municipais, são normas de igual natureza em decorrência da isonomia das respectivas fontes. Assim, o conflito é impossível, em virtude da harmonia interna no sistema constitucional, restando ao intérprete o pleno conhecimento da repartição constitucional de competências.

### 3. A distribuição de competência legislativa do Estado federal na Constituição de 1988

#### 3.1. A repartição de competência e a autonomia do Estado-membro

A autonomia do Estado-membro pressupõe repartição constitucional de competências para o exercício e o desenvolvimento de sua atividade normativa. O Estado federal não autoriza que se desvinculem esses dois aspectos fundamentais de sua fisionomia.

A técnica da repartição é elemento específico e essencial ao sistema federal. E, sob o ângulo da autonomia, a distribuição constitucional de competência entre o governo central e os governos estaduais irá conduzir ao conteúdo da atividade autônoma.

A fórmula da repartição de competências constituiu preocupação absorvente na confecção do modelo originário do Estado federal e a solução encontrada, para os intérpretes iniciais da Constituição norte-americana, deveria favorecer os poderes estaduais ou reservados, fundados em cláusula expansiva, enquanto os poderes federais seriam limitados pelo volume definido dos poderes enumerados.

A técnica da repartição de competências, teoricamente possível dentro de soluções plurais, não escapou, durante largo período de experimentação constitucional, à influência poderosa do modelo norte-americano. É certo que, no caso típico do Canadá, a repartição se libertou do modelo ortodoxo, para preferir outra forma de atribuição dos poderes reservados. A repercussão prática desse desvio organizatório foi restrita e se deve também ponderar que a discriminação extravagante proveio do ordenamento britânico, pouco afeiçoado às exigências do federalismo constitucional.

O esquema da repartição horizontal de competências, no sistema federal, admite três soluções diferentes:

a) repartição exaustiva da competência de cada ordenamento, enumerando detalhada e mais completamente possível todas as matérias sobre as quais têm competência o governo central e os governos locais;

b) enumeração da competência da União e atribuição aos Estados dos poderes remanescentes ou não enumerados (tal perspectiva robustece a autonomia dos Estados-membros e constitui uma solução, pelo menos teórica, contra a centralização);

c) enumeração da competência dos Estados-membros e atribuição à União dos poderes remanescentes (esse sistema fortifica o poder central).

O esquema constitucional efetivo consagrou a técnica dos poderes enumerados da União e dos poderes reservados dos Estados, criação do constituinte da Filadélfia e que exerceu secular influência na organização do Estado federal. Não obstante, tal fato, a teoria dos poderes implícitos, notadamente no terreno econômico, construiu, por meio da Corte Suprema, explicação que admitiu que os constituintes, mesmo que tacitamente, deram certos direitos à Federação, na solução de problemas comuns, principalmente aqueles vinculados a questões econômicas.

Essa técnica, que atende à exigência do compromisso político necessário ao estabelecimento da nova forma de Estado, encontra também explicação lógica e justificadora de sua presença no sistema federal.

O Professor *Josaphat Marinho*<sup>21</sup> discerniu, na permanência reverencial da técnica dos poderes reservados, manifestação do espírito conservador do constituinte, que não se desprende do eficaz instrumento de defesa e de proteção da economia liberal. Daí a censura que dirigiu ao texto da Constituição Federal de 1946 e a conseqüente proposta de revisão do problema, para que se promova o reajustamento do texto constitucional às exigências da realidade.

A técnica da distribuição de competências, a partir de Constituições federais após a Primeira Guerra Mundial, vem experimentando sucessivas modificações, responsáveis, na verdade, pela renovação de setor, que permaneceu, durante secular período histórico, impermeável às inovações.

#### 3.2. A repartição vertical de competência como forma moderna de distribuição do poder

Raul Machado Horta<sup>22</sup> ressalta na obra *Estudos de Direito Constitucional, verbis*:

“A repartição de competências não se limita ao plano da repartição horizontal

<sup>21</sup> MARINHO, Josaphat. *Poderes remanescentes na federação brasileira*. Salvador : Artes Gráficas, 1964. p. 11-13.

<sup>22</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 366.

da matéria legislativa, que coloca sua tônica no processo discriminatório e faz da repartição uma demarcatória das fronteiras normativas do Estado federal.

As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as normas gerais do Direito Constitucional Brasileiro.

A legislação fundamental superou a competência exclusiva e a técnica dos poderes reservados. Desenvolveu e aprimorou a técnica da competência concorrente, que pressupõe a matéria legislativa no campo da competência da União e a sucessiva atividade legislativa da União e do Estado-membro, marcada por intensidade diversa sobre a matéria eleita”.

Ressaltando o surgimento dessa nova técnica de repartição de competência, o consagrado constitucionalista dispõe, com maestria, *verbis*:

“No domínio do Direito estrangeiro, coube à Constituição Federal da Áustria, de 1º de outubro de 1920, a primazia na renovação da técnica constitucional da distribuição de competências.

A Constituição Federal alemã, de 11 de agosto de 1919, também denominada Constituição de Weimar, que recorda a sede do poder constituinte, exerceu, sem dúvida, larga repercussão no constitucionalismo do primeiro pós-guerra,

influindo na elaboração dos novos textos constitucionais. O prestígio da Constituição de Weimar decorreu, especialmente, do novo tratamento dispensado ao setor dos direitos e deveres fundamentais e à ampliação da matéria constitucional pela referência à ordem social e econômica. O sistema federal não lhe mereceu desenvolvimento adequado, e instaurou-se controvérsia sobre a natureza federal da Constituição de Weimar. O texto conferiu larga preeminência legislativa ao *Reich*, que se amparou no eficaz princípio do artigo 13: *Reichsrecht bricht Landesrecht*. Para acentuar a inferioridade legislativa do Estado-membro, a Constituição de Weimar ainda deferiu ao Governo do *Reich* o exercício do direito de oposição (*Einspruch*) contra as leis dos Estados (*Länder*) que tivesse por objeto a matéria prevista no art. 7º, nº 13, do texto constitucional. Tratava-se de oposição preventiva, com caráter de veto, manifestada antes da vigência da lei, sem deixar aos *Länder* qualquer oportunidade de litígio a respeito”.

### 3.3. A repartição de competência e o federalismo de equilíbrio

Em todos os Estados federais, nomeadamente nos Estados Unidos, berço do federalismo, a evolução do sistema aponta para modelos que se distanciam do parâmetro clássico, especialmente no âmbito da distribuição das competências. Nota-se uma clara tendência à supremacia federal sobre os Estados-membros.

O grande desafio é como preservar o federalismo, diante da crescente centralização política, na busca de direções que compatibilizem a necessidade de unificar as soluções aos grandes problemas nacionais e a necessidade de se fortalecer a democracia e a própria cidadania, que exigem a descentralização política.

Como outras questões fundamentais ao regime político americano, as decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos tiveram papel de relevo no federalismo. Em todas as instituições ali surgidas, serviram como suporte as controvérsias jurídicas que imprimiram grande relevo às liberdades e ao processo democrático, por meio da rica sistematização levada pela construção jurisprudencial:

“Por isso mesmo, estudar o direito constitucional americano, por meio das

decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos, quase significa fazer um curso de história daquele país, pois todos os problemas nacionais importantes lhe foram submetidos sob a forma de um caso de controvérsia jurídica. E vemos, então, como a Corte Suprema superpôs sucessivas camadas de interpretação da Constituição, de modo a ajustá-las às necessidades do momento<sup>23</sup>.

Agora, o federalismo retoma seu curso. A centralização política não redundou em benefícios populares concretos. A centralização nem sempre assegurou a redução das desigualdades e injustiças sociais e, nos momentos de exaltação autoritária, foi o caminho mais curto para se violentar a cidadania.

Está cada vez mais claro que não há necessidade de se atingir com eficiência a descentralização administrativa, valendo-se apenas do federalismo. Além disso, apenas o federalismo pode levar à descentralização política, tornando o poder mais próximo do cidadão. A participação da cidadania (que não mais é vista sob a ótica individual, porém imersa nos interesses sociais, atuando de forma coletiva nas organizações da sociedade civil, defendendo objetivos metaindividuais como o meio ambiente) é maior junto aos poderes locais.

Uma das formas de se atingir o fortalecimento do federalismo, com a melhor distribuição de poder entre os entes federados (federalismo de equilíbrio), é a competência legislativa concorrente<sup>24</sup>, que poderá ser o fator de equilíbrio entre as esferas de poder autônomas (não mais soberanas, como a tradição indicava). E nela, o essencial está no conteúdo conceptual que prevaleça às “normas gerais”, como limite constitucional à União.

### 3.4. O paradigma histórico: a Constituição americana de 1787 e sua evolução

É interessante notar que os federalistas americanos almejavam um Governo central (União) forte, que substituísse a tibia da frustrada Confederação<sup>25</sup>. Contudo, para vencerem

<sup>23</sup> RODRIGUES, Leda Boechat. Direito e política : os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 8, p. 161, 1977.

<sup>24</sup> MIRANDA, op. cit., afirma que a técnica constitucional do século passado “repugnava a competência concorrente”.

<sup>25</sup> HAMILTON, MADISON, JAY, op. cit., p. 172, afirmam, comparando, depreciativamente, a Confe-

as resistências dos Estados-membros (as antigas colônias), desenvolveram uma engenhosa fórmula federativa, no final do século XVIII<sup>26</sup>, concedendo ou “reservando”, originariamente, substanciais parcelas de poder às unidades federadas. Os poderes da União seriam os enumerados na própria Constituição. Tudo o mais estaria reservado aos Estados-membros.

É essencial assinalar que, mesmo nas matérias em que o Congresso pode legislar, a competência dos Estados não está excluída. As autoridades dos estados têm, nestas matérias, uma competência “residual”. O que não lhes é permitido é a elaboração de disposições que vão de encontro às disposições do direito federal. Nada lhes proíbe, entretanto, de elaborarem disposições que se aditem às do direito federal ou que preencham as lacunas deste.

René David<sup>27</sup>, notável estudioso do direito comparado, ressalta que:

“Também se podem assinalar, do ponto de vista jurídico, numerosas e, por vezes, importantes diferenças entre os direitos dos diversos Estados, que resultam muitas vezes de suas leis, mas podem também derivar da maneira como interpretam a *common law*. A organização judiciária e a organização administrativa diferem de Estado para Estado, assim como o processo civil e o criminal; o divórcio não é admitido nas mesmas condições e pelas mesmas causas; o regime matrimonial pode ser ora de

deração ao regime feudal, que :

“Embora não fossem, estritamente falando, confederações, os antigos sistemas feudais partilhavam da natureza dessa espécie de associação. Havia um chefe, líder ou soberano comum, cuja autoridade se estendia por toda a nação; diversos vassallos subordinados, ou feudatários, tinham grandes tratos de terra distribuídos entre si; e numerosos vassallos inferiores, ou servos, ocupavam e cultivavam essas terras, sob a condição de manter fidelidade ou obediência àqueles de quem as tinham recebido. Cada vassallo principal era um rei ou soberano em seu próprio domínio. A consequência dessa situação era uma contínua oposição à autoridade do soberano e freqüentes guerras entre os próprios grandes barões ou principais feudatários”.

<sup>26</sup> DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo : Saraiva, 1976. p. 224, diz que o federalismo nasceu realmente com a Constituição americana de 1787. “É um fenômeno moderno”.

<sup>27</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 375.

comunhão, ora de separação de bens; o direito das sociedades e o direito fiscal comportam regras diversas; a relação e a sanção das infrações penais também variam de um Estado para outro. Por mais importância que tenha ganho o direito federal, é o direito dos Estados que, na vida cotidiana, permanece o mais importante para os cidadãos e para os juristas americanos. É necessário sabê-lo e ter igualmente consciência da diversidade que pode existir entre estes direitos”.

A distribuição dos poderes era desigual, mas atidia às circunstâncias históricas.

Hamilton<sup>28</sup>, pedagogicamente, procura combater a argumentação de uma possível centralização de poderes pela União, assinalando:

“Uma grande vantagem, que pertence ao domínio dos governos estaduais, lança por si só uma luz satisfatória sobre a questão – refiro-me à administração ordinária da justiça criminal e civil. Esta é, entre todas, a mais poderosa, mais universal e mais atraente fonte de obediência e lealdade popular. É ela que, sendo o guardião imediato e visível da vida e da propriedade, tendo seus benefícios e ameaças em constante atividade perante o olhar público, regulando todos aqueles interesses pessoais e preocupações familiares a que a sensibilidade dos indivíduos está mais imediatamente atenta, contribui, mais que qualquer outra circunstância, para infundir nas mentes do povo afeição, estima e reverência pelo governo. Este notável cimento da sociedade, que se difundirá pela quase-totalidade dos canais dos governos individuais, independentemente de todas as demais causas de influência, lhes asseguraria um império tão definido sobre seus respectivos cidadãos que fariam deles em todos os momentos um completo contrapeso do poder da União e, não raro, seus perigosos adversários”.

Percebe-se que nessas formulações há uma preocupação central em se estabelecer uma divisão escarpada de competências entre a União (somente os poderes enumerados) e os Estados-membros (todos os poderes residuais – “reservados”).

<sup>28</sup> Op. cit., p. 171.

Não nos devemos espantar com esse princípio. Era muito natural que fosse afirmado logo em seguida ao dia em que os Estados Unidos conquistaram a sua independência. As 13 colônias, até a Guerra da Independência, tinham vivido de modo quase inteiramente independente uma das outras, e não tinham entre si, por assim dizer, nada em comum, a não ser o indesejável elo com a metrópole.

Todavia, a evolução do sistema tomou rumo oposto, embora mais próximo das reais intenções dos federalistas (fortalecimento do poder federal).

O texto da Décima Emenda, “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo”, não foi suficiente para impedir essa tendência<sup>29</sup>.

A redução da competência estadual, nos Estados Unidos, teve dois momentos destacados:

1 - A doutrina dos poderes implícitos da União, partida de genial construção da Suprema Corte americana, em 1819, no “leading case” *McCulloch versus Maryland*. Decidiu-se que na Constituição, apesar dos poderes enumerados, não existia qualquer expressão que “exclua poderes eventuais ou implícitos e que requeira que tudo o que foi concedido deva ser descrito expressa e minuciosamente”<sup>30</sup>.

2 - A consagração do princípio da supremacia federal, mercê do exercício do poder de revisão judicial, “que é, assim, o arbítrio do sistema federal”<sup>31</sup>; sobretudo a partir da legislação intervencionista do *New Deal*, de 1933. A Suprema Corte, no caso Estados Unidos *versus Darby*, de 1941, chegou mesmo a considerar a Décima Emenda como um “truísmo”,

<sup>29</sup> DAVID, op. cit., p. 369, em sentido oposto assinala:

“A décima emenda à Constituição dos Estados Unidos, em 1791, precisou sem ambigüidade possível a situação: ‘Os poderes que a Constituição não delega aos Estados Unidos, e que não proíbe que os Estados exerçam, são reservados a cada um dos Estados, respectivamente, ou ao povo’. Esse princípio nunca foi abandonado. A competência legislativa dos Estados é a regra; a competência das autoridades federais é a exceção, e esta exceção deve sempre fundar-se sobre um dado texto da Constituição”.

<sup>30</sup> Transcrição de SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1984. p. 15.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 22, 30 e 34.



sendo seu propósito “o de moderar temores de que o novo Governo nacional pudesse procurar exercer poderes não concedidos e os Estados pudessem não ser capazes de exercer plenamente seus poderes reservados”.

Como acentua Schwartz<sup>32</sup>, ver a Décima Emenda como um erro, “truísmo” é “destruir a base sobre a qual se assentou o conceito de federalismo dual”. Em outra parte<sup>33</sup> diz que se alguma coisa pareceu incompatível com as últimas décadas de concentração de autoridade no Governo Central, “foi a noção de que os Estados ainda possuem os atributos de soberania”.

A noção de federalismo dispensa, conseqüentemente, o argumento de soberania<sup>34</sup>. Mais importantes são os critérios de distribuição de competências, com limites mais precisos, embora vulneráveis às contingências históricas.

### 3.5. As tendências do federalismo, no direito comparado, quanto à distribuição de competências legislativas

Conforme ensina Paulo Luiz Neto Lobo<sup>35</sup>, *verbis*:

“Em 1970 aconteceu um colóquio internacional em Moscou patrocinado pela *International Association of Legal Science*, voltado a examinar o desenvolvimento dos sistema legais em sete Estados federais: União Soviética, Estados Unidos, Iugoslávia, Checoslováquia, Canadá, Índia e República Federal da Alemanha.

Quatro questões foram colocadas em discussão:

1. a que objetivos uma estrutura de Estado federal serve?
2. os objetivos conduziram a um conceito razoável de federação?
3. que distribuição de poderes entre o Governo federal e os Governos dos Estados-membros é desejável para se atingir os objetivos da Federação?

<sup>32</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>34</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 10, refere-se, ainda, à repartição rígida de atributos da soberania.

<sup>35</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concernente dos Estados-membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 101, jan./mar. 1989.

4. que instituições são adequadas para exercerem a função, dentro da Federação, de adaptação da distribuição de poderes diante da inevitável necessidade de mudanças?

Quanto à questão (3), pertinente a essa exposição, informa Hazard, os participantes notaram uma tendência para a centralização dos poderes em todas as federações. Esta constatação eu enseja a alguns debates em torno da utilidade da centralização: se um governo forte prejudica ou não os interesses dos Estados-membros. Todos responderam que sim.

Como métodos de distribuição dos poderes entre a União e os Estados-membros, os participantes indicaram dois:

1. o da Índia, onde a Constituição lista em grandes detalhes e extensão os poderes do Governo central e os dos Estados-membros;

2. o dos poderes reservados, seja para a União, seja para os Estados-membros, sempre em termos gerais, conferindo-se poderes específicos para o outro lado.

Temos de convir, por esse informe, que o conceito de “poderes reservados” mudou de função. Não se prende mais à reserva original das unidades que aderiram à Federação. Hoje, sua função consiste em atribuir competência, pela Constituição, dos poderes não enumerados, indistintamente, ou à União ou aos Estados-membros”.

Continuando sua enriquecedora exposição, o autor cita o direito hindu como singular, pois, exclui os poderes reservados, preferindo ampliar o modelo dos poderes enumerados aos dois lados (União e Estados-membros) em três listas de matérias específicas:

“1. a Lista I, ou a *Lista Federal*, contém 97 itens, incluindo defesa, negócios estrangeiros, bancos, moedas, sistema financeiro, etc.;

2. a Lista II, ou a *Lista Estadual*, compreende 65 itens, incluindo ordem pública, polícia, saúde pública, agricultura, educação, etc.;

3. a Lista III, ou a *Lista Concorrente*, menciona 47 itens, tais como casamento, contratos, responsabilidade civil, trabalho e bem-estar, previdência social, planejamento econômico e social, etc”.

Na “Lista III” indicam-se as matérias sobre

as quais a União e os Estados-membros podem legislar concorrentemente, sem caráter supletivo. Esse método tentaria evitar o conflito de competências, eliminando os poderes reservados e os implícitos, desencorajando a inovação jurisprudencial.

Nos Estados Unidos, Schwartz<sup>36</sup> fala de “federalismo cooperativo”, que representa a consequência da centralização, pela União, da receita tributária, controlando de forma indireta os Estados-membros por meio do sistema de subvenções, condicionadas a que as legislações estaduais sejam modeladas às diretrizes federais.

A supremacia federal, pois, constitui uma forte tendência dos modelos de federação existentes no direito comparado, sobretudo com o advento do Estado social. Tal fato torna improvável um retorno ao federalismo clássico.

#### 4. Competência concorrente como mecanismo de defesa de direitos fundamentais

##### 4.1. A mudança histórica da função do federalismo

A função do federalismo mudou historicamente. Se, antes, serviu para assegurar as autonomias regionais, ou como forma mais eficiente de descentralização administrativa, hoje assume uma função essencialmente política, como um dos instrumentos de garantia da democracia participativa<sup>37</sup>.

Tecnicamente, o federalismo é uma divisão constitucional de poderes entre dois ou mais componentes dessa figura complexa que decorre da existência de um Estado que possa apresentar formas de distribuição das tarefas políticas e administrativas.

Carlos Sanches Viamonte<sup>38</sup>, jurista argentino, já assinalava que a mais importante das vantagens decorrentes do federalismo foi dificultar as formas despóticas de governo e a preponderância do poder executivo.

As discussões em torno da posição do

<sup>36</sup> Op. cit., p. 44-45 e 64.

<sup>37</sup> Para Hermann Heller op. cit., p. 293, é típica da democracia, ao contrário da autocracia, a ampliação de círculos de poder político.

<sup>38</sup> SANCHES, Viamonte Carlos. *Manual de Derecho Político*: los problemas de la democracia. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1959. p. 219-223.

federalismo como um dos mecanismos de novos processos democráticos, que têm como finalidade, também, garantir as liberdades públicas, constitui tema central para a Teoria Geral do federalismo.

A projeção da Corte Suprema dos Estados Unidos, mediante as soluções das grandes questões constitucionais que ali surgiram, tem grande parcela na evolução do federalismo e suas diversas adaptações às circunstâncias sociais, econômicas e políticas, principalmente no que toca ao modelo americano.

Nesse ponto, a proteção ao meio ambiente está prevista, de forma *sui generis*, como sendo de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, de forma concorrente (art. 24, inciso VI), bem como de competência comum para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 23, inciso VI) surgindo a indagação de como a repartição de competências favorecerá essa proteção.

##### 4.2. A competência concorrente ambiental no direito constitucional

Entende-se por competência concorrente a faculdade atribuída por lei, para realizar uma ação comum; distingue-se, embora sutilmente, da competência comum, que é a faculdade que a lei concede a um ou a vários funcionários, juiz ou tribunal, para apreciar e julgar certos pleitos ou questões. Tanto a comum quanto a concorrente tratam de ações conjuntas, mas a primeira ocorre na atividade propriamente administrativa do Estado e na judicante, e a segunda se dá em relação à atividade legiferante, ou normativa no mais amplo sentido.

Na área da proteção ambiental, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios unem sua ação para preservar a natureza, combater a poluição, proteger os mananciais, as florestas, a flora e a fauna, e assim a atuação fiscalizadora pode ser exercida em conjunto ou supletivamente. Na competência concorrente, ocorre a faculdade de legislar, isto é, baixar normas e diretrizes, estabelecer regras que irão pautar a atividade administrativa e fiscalizadora das diversas unidades políticas do País, por meio de seus órgãos ambientais, bem como definir as fontes estatais do direito a ser aplicado às situações concretas *sub judice*, tudo com vistas ao objetivo primordial da proteção da natureza e do meio ambiente.

Instituição característica das organizações federativas modernas, registram-se os antecedentes da Constituição dos Estados Unidos, que

serviu de inspiração para nossa primeira Constituição republicana e federativa, de 1891, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919.

Em direito ambiental, a competência concorrente abrange a legislação sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; e ainda, sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; e responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Todo o Capítulo VI do Título VIII da Constituição (Ordem Social) é dedicado ao meio ambiente, estabelecendo o art. 25 que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, bem do uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A competência constitucional concorrente todavia é limitada pelos quatro parágrafos do art. 24, que introduzem a distinção entre normas gerais e especiais, sem definir critérios de distinção, o que tem engendrado difíceis problemas de administração e solução de questões de direito ambiental.

#### 4.3. Natureza das normas gerais e especiais

Considerando que não existem normas constitucionais ou ordinárias que definam o que se deva entender juridicamente por normas gerais, deve-se buscar na Teoria Geral do Direito os critérios dessa tipologia.

Segundo leciona Ferraz Júnior<sup>39</sup>,

“a descrição da hipótese da situação de fato, sobre a qual incide consequência, pode ser abstrata, na forma de um tipo ou categoria genérica, ou pode ser singular, na forma de um conteúdo excepcional. A distância entre o genérico e o singular, tomados como termos mutuamente relativos, admite gradações. Dependendo do grau de abstração podemos então distinguir entre normas gerais abstratas (isto é, gerais pela matéria), normas especiais e normas excepcionais”.

Segundo esse autor, as normas especiais não

excepcionam, propriamente, o tipo genérico, pois não o disciplinam de forma contrária, mas apenas de forma diferente, adaptada às circunstâncias e às suas exigências.

Esse entendimento confirma a antiga lição de Paulo Dourado de Gusmão<sup>40</sup>:

“Levando-se em conta as relações sociais disciplinadas pelo direito, direito geral é o aplicável a todas as relações ou a uma categoria ampla, enquanto direito especial, aplicável somente a um campo restrito de relações jurídicas”.

A distinção entre normas gerais e especiais, ou específicas, portanto, não tem um referencial semântico definido, isto é, não radica num conjunto definido de relações jurídicas, mas tão-somente num referencial pragmático relacionado com a maior ou menor abrangência das normas, segundo a intenção do legislador, quicá do intérprete ou aplicador da lei; trata-se de um critério puramente lógico-formal, que possibilita considerar geral uma regra em relação à especial que lhe constitui fundamento de validade. Pode-se assim dizer que uma norma especial é somente a que pode ser derivada de outra, considerada geral. Assim sendo, qualquer norma, salvo a *Constituição que é norma geral por excelência*, pode ser considerada geral ou especial, dependendo da sua comparação com outra norma no caso concreto.

Essa constatação conduz ao seguinte: as possibilidades de conflitos entre normas gerais e especiais que não possam ser resolvidos por princípios jurídicos objetivados em leis ou decretos, ou mesmo regulamentos interpretativos, somente podem ser solucionados pela teoria da interpretação da lei, e, dada a natureza lógica de tais conflitos, pela aplicação de princípios analíticos de interpretação das leis.

#### 4.4. Os conflitos entre normas gerais e especiais em direito ambiental

O conflito básico que se estabelece no direito ambiental brasileiro decorre da menção feita na Constituição de 1988 aos limites da competência da União, nos §§ 1º, 2º, 3º e 4º, do art. 24, *verbis*:

“§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

<sup>39</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p. 121-122.

<sup>40</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 120.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, *para atender a suas peculiaridades*.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário” (grifos nossos).

Estes dispositivos merecem alguns comentários em relação aos textos grifados.

Primeiramente, a Constituição estabelece uma competência para normas *gerais*, mas nem define o que seja, e nem faz referência a normas especiais; assim, pode-se entender, *a contrario sensu*, que, se a lei maior atribui à União competência em matéria de normas gerais, atribui aos Estados a competência para normas específicas. Não há no texto constitucional definição para normas específicas, mas o § 3º possibilita um critério jurídico: o do atendimento às peculiaridades. No entanto um conflito se estabelecerá caso a União regulamente, ela mesma, relações jurídicas peculiares a um determinado Estado, dando a este ente federado, por exemplo, tratamento distinto ao dado a outro ente federado.

Em segundo lugar, sempre restará ao Estado o critério da competência residual, reforçada em matéria de direito ambiental pelos parágrafos segundo e quarto. Este, por sinal, não suspende a validade da lei estadual, mas tão-somente a eficácia. Portanto, não se poderá considerar ilegal ou inconstitucional lei estadual que regulamente matéria já regulada pela União, mas tão-somente deixar de aplicá-la, em determinadas situações, o que não impede que ela prevaleça em outras. A lei estadual continua válida e vigente, mas as autoridades federais deverão dar prioridade à norma federal que regulamente o mesmo assunto.

Novamente a Teoria Geral do Direito fornece os elementos necessários a um entendimento mais abrangente dos problemas que poderão surgir. Como preleciona Maria Helena Diniz<sup>41</sup>:

“Não há hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais, esta somente existirá quando houver possibilidade de concorrência entre as diferentes esferas

de ação. Apenas nos casos de assuntos sobre os quais pode manifestar-se qualquer dos poderes conjuntamente, isto é, na esfera de competência concorrente, é que se tem a primazia, por exemplo, da lei federal sobre a estadual. Se é da competência exclusiva do Estado a elaboração de sua Constituição, norma da União sobre essa matéria não tem o condão de excluir a lei estadual. Uma norma constitucional estadual não prevalece contra uma lei federal ordinária, se o assunto disciplinado for de competência privativa ou concorrente da União. Se esta invadir esfera de competência do Município, o direito local prevalece sobre o federal”.

Também Oliveira Ascensão<sup>42</sup> nos brinda com excelentes subsídios:

“Uma regra é especial em relação a outra quando, sem contrariar substancialmente o princípio nela contido, a adapta a circunstâncias particulares... Devemos saber se, em princípio, a lei geral revoga a lei especial, ou a lei especial a geral... A lei especial nunca pode revogar a lei geral. Referindo-se a um ponto particular, deixa intocada a ordenação geral da matéria... E a lei geral revoga a especial?... A afirmação aparentemente lógica de que a lei geral, por ser mais extensa, incluirá no seu âmbito a matéria da lei especial, que fica revogada, não se sobrepõe à consideração substancial de que o regime geral não inclui a consideração das circunstâncias particulares que justificaram justamente a emissão da lei especial. Por isso esta não será afetada pela simples razão de o regime geral ter sido modificado”.

Essas opiniões, de conhecidos e abalizados cultores da Teoria Geral do Direito, levam-nos às ilações seguintes:

Podem ser consideradas normas específicas, tanto federais quanto estaduais, aquelas que regularem âmbitos especiais de relações jurídicas, considerados em relação à matéria, aos sujeitos da relação ou ao território de aplicação a normas, desde que essas normas sejam derivadas, ou fundadas em normas de maior abrangência, mas relativas ao mesmo objeto.

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. Saraiva, 1988. p. 351.

<sup>42</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito : introdução e teoria geral*. Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 446-453.

*Trata-se do critério analítico para considerar uma norma como específica.* Em relação às normas estaduais, podem ser consideradas também específicas aquelas que, em qualquer nível hierárquico de normatização, regulamentam matéria peculiar ao Estado, podendo ser aplicadas em outro lugar que não seja o território do Estado ao qual se destina a norma.

Daí a necessidade de critérios juridicamente aceitáveis, para solucionar os possíveis conflitos entre normas gerais e especiais, critérios que não podem esquecer a já mencionada teoria de Kelsen sobre a superposição de ordens jurídicas em um mesmo território.

#### 4.5. O critério básico para a solução dos conflitos normativos ambientais entre diferentes entes federados: *in dubio pro natura*

Dado o caráter eminentemente lógico da relação entre norma geral e especial, é preciso buscar outros critérios mais objetivos que possam orientar, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, a solução dos possíveis conflitos entre normas gerais da União e normas especiais dos entes federados.

Qualquer que seja o critério adotado, deve ser obedecida uma hierarquia lógica dentro do critério regente do ordenamento jurídico pátrio, qual seja, em primeiro lugar a própria Constituição, que constitui por excelência a lei nacional. Mas, de qualquer modo, as soluções jurídicas aos problemas concretos emergentes deverão respeitar o critério do bom-senso, da equidade e da submissão da aplicação das leis aos fins sociais a que se destinam, nunca sendo demais lembrar que direito não é matemática, *é juris prudentia*.

Pelo uso do texto constitucional, os já citados §§ 1º e 4º da Constituição, bem como a indefinição do que seja norma especial, aliados ao princípio da derivação analítica entre lei geral e especial, leva-nos, *fortiori ratione*, a fixar como regra geral que os eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, “devem ser resolvidos pela prevalência da norma que defenda melhor o direito fundamental tutelado, por se tratar de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional” (*in dubio pro natura*).

Fica assim solucionado o conflito em função da maior restritividade da legislação federal ou estadual, ainda que se trate de normas que o senso comum entenda como específicas. Exem-

plificando, a proibição regional ou local da pesca de determinadas espécies deve prevalecer sobre norma federal que não preveja tal situação.

Assim, assegura-se a possibilidade de a norma estadual estabelecer proibições onde a lei federal permite, bem como de que a lei federal estabeleça patamares mínimos de proteção ambiental a serem observados em todo o país.

Socorre-nos aqui o princípio da plenitude do ordenamento jurídico, aquele que autores, como Carlos Cossio, consideram o “axioma fundamental do direito”. Por ele, entende-se que a ordem jurídica é um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes, expresso no brocardo “tudo o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido”.

A Constituição Federal acolhe o princípio no inciso II do art. 5º:

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim sendo, a atuação da pessoa, sujeito de direito, é livre, salvo as restrições objetivamente previstas nas esferas legislativas centrais, regionais ou locais.

No caso do direito ambiental, suas normas estabelecem restrições ao exercício dos direitos subjetivos, principalmente o direito de propriedade, calcadas nas normas constitucionais que impõem a proteção ao meio ambiente, especialmente as do art. 225 da Carta Magna de 1988, com seus incisos e parágrafos.

Articulando-se tais limitações constitucionais com os princípios da competência concorrente e residual (art. 25, § 1º e, em relação aos Municípios, art. 30, inciso II), entende-se que a lei estadual pode estabelecer limitações ao exercício dos direitos, com vistas à proteção ambiental, ainda que não previstas na legislação federal, desde, é claro, que tais restrições sejam compatíveis com as liberdades públicas constitucionais. Ainda que haja expressa autorização federal, por meio de lei, se a lei estadual, *considerada constitucionalmente válida*, ao contrário impede tal conduta, prevalecerá a lei estadual. Trata-se em nossa opinião de situação característica em que o conceito de norma específica, cuja competência em matéria ambiental é atribuída ao Estado para atender a peculiaridades locais, poderá determinar a inaplicabilidade da lei federal em Estados onde haja leis em contrário.

Por fim, outro critério, distinto do que atribui máxima efetividade a norma de proteção, esvaziaria a Constituição total que deve reger todos os entes federados, além de ir ao encontro do princípio federativo, consagrado no art. 1º da Constituição Federal vigente “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito...”.

## 5. Conclusões

1) O federalismo brasileiro surge com uma descentralização política criada por ato de direito estatal (Decreto nº 1, de 15.11.1889); concomitantemente com a República, entretanto, verifica-se por circunstâncias históricas que o espírito federativo só aparece mais adiante, ao longo de um processo de busca de espaço institucional dos Estados, entes federados regionais, e Municípios, entes federados locais, aperfeiçoado na Constituição de 1988.

2) O desequilíbrio da distribuição de competências, bem como a fraca autonomia política e financeira dos Estados, por muito tempo interferiu na aceitação de um federalismo de equilíbrio no Brasil.

3) A introdução da competência concorrente na Constituição de 1988 representa um passo importante para o fortalecimento de um federalismo de equilíbrio no Brasil.

4) O modelo clássico do federalismo dual sofreu profundas transformações, inclusive nos Estados Unidos. O modelo dos poderes reservados – criação genial dos federalistas americanos para superarem as resistências das ex-colônias a um Governo central – perdeu ao longo da história sua importância fundamental, tendo fenecido sua função de chave da distribuição das competências, em especial por dois motivos:

a) a doutrina dos poderes implícitos, a partir da decisão da Suprema Corte, em 1819, no “leading case” *McAlloch versus Maryland*;

b) a doutrina da supremacia federal, consolidada em decisões da Suprema Corte que validaram a legislação do *New Deal*, desde 1933.

5) O federalismo em sua pátria de origem (os Estados Unidos) tomou rumo crescente de centralização política, com grande desnível de distribuição de competência legislativa, em prejuízo dos Estados-membros.

6) A legislação concorrente representa um terceiro nível de competência não-experimentado no Brasil, até à Constituição de 1988. A União continua com os poderes enumerados (e implícitos), os Estados-membros com os poderes não enumerados (ou reservados) e ambos passam a ter uma área comum, onde legislarão concorrentemente, cabendo à União editar normas gerais, não exaustivas, e aos Estados-membros editar as normas específicas (complementares ou suplementares).

7) A solução brasileira de federação instituída em 1988 adota, de forma híbrida, modelos do federalismo americano ((a) poderes reservados dos Estados-membros limitados pela supremacia legislativa federal e (b) poderes enumerados e implícitos da União), bem como do federalismo da Índia, cuja Constituição prevê três listas de poderes (ou competências): a lista federal, a lista estadual e a lista concorrente.

8) A eficácia do sistema, no que se refere à proteção ambiental, dependerá da interpretação do Supremo Tribunal Federal, como árbitro constitucional do federalismo, especialmente no que concerne às limitações de forma e conteúdo das normas gerais da União, que não podem ser exaustivas e devem atender à finalidade de harmonização e de fixação de pressupostos. A competência legislativa dos Estados-membros não é supletiva (preenchendo brancos que o legislador federal lhes facultou), porém própria e exclusiva no seu âmbito, respeitados os pressupostos gerais e os princípios da Constituição, consoante corolário da teoria de Kelsen sobre a superposição de ordens jurídicas em um mesmo território.

9) A competência concorrente, de função legislativa, não se confunde com a competência comum, caracterizada pelo comando constitucional à atuação de todos os entes políticos-administrativos com relação às matérias enumeradas. É competência de execução e não legislativa *tout court*.

10) Eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e norma especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental – relativo à proteção ao meio-ambiente, por se tratar de preceito constitucional (lei nacional) que se impõem à ordem jurídica central ou regional.

## Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito : introdução e teoria geral*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- ATALIBA, Geraldo. *Autonomia municipal na nova Constituição*. In : QUÉRCIA, Orestes (org.) *Municipalismo*. São Paulo : CEPASP, 1986.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte : FUMARC, 1982.
- BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1996.
- DALLARI, Dalmio. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo : Saraiva, 1976.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito : técnica, decisão, dominação*. São Paulo : Atlas, 1988.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1988.
- HAMILTON, MADISON, JAY. *Os artigos federalistas : 1787-1788*. Tradução de Maria Luíz X. de A. Borges. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1993.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968.
- HORTA, Raul Machado. *Problemas do federalismo brasileiro. Digesto Econômico*, São Paulo : n. 140, mar./abr. 1958.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges, 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concernente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 101, jan./mar. 1989.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona : Ariel, 1982.
- MARINHO, Josaphat. *Poderes remanescentes na federação brasileira*. Salvador : Artes Gráficas, 1964.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. v. 2.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1953. v. 1.
- RODRIGUES, Leda Boechat. Direito e política : os direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 8, 1977.
- RUSSOMANO, Rosah. *Lições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : J. Konfino, 1968.
- SANCHES, Viamonte Carlos. *Manual de Derecho Político : los problemas de la democracia*. Buenos Aires : ed. Bibliográfica Argentina, 1959.
- SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte americano atual*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1984.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional estadual*. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.

# Solo criado e a disciplina urbanística da propriedade

ADRIANO DALEFFE

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Pressupostos metodológicos. 3. A “questão solo criado”. 4. A propriedade privada urbana. 5. A função social da propriedade. 6. O regime do solo criado. 7. Transferibilidade do direito de criar solo. 8. Conclusão.*

### 1. Introdução

O violento processo de concentração populacional urbana tem instigado, antes, o urbanista e, depois, o jurista a encontrarem mecanismos eficientes de controle da utilização do espaço físico das cidades. Concluiu-se que o mercado<sup>1</sup>, por si só e da forma como vinha sendo regulamentado, não proporcionou distribuição razoável dos cidadãos por toda a extensão da urbe. Afinal, os valores perseguidos pelas regras do mercado não coincidem exatamente com um aproveitamento socialmente defensável do espaço urbano. A busca do lucro imobiliário, que é um valor juridicamente incontestável, diga-se de passagem, implica utilização distorcida da propriedade urbana, nem sempre coerente com uma equânime distribuição das despesas públicas entre os administrados. Há valores outros cujo atendimento demanda intervenção do Poder Público.

A idéia de confinar<sup>2</sup> a propriedade privada,

<sup>1</sup> Entenda-se por mercado o espaço de livre desenvolvimento da iniciativa privada, sem intervenção do Estado, onde as decisões são pautadas exclusivamente pela singular combinação de informações, habilidades e capacidades dos agentes econômicos (HAYEK, apud FONSECA, Eduardo Gianetti da. Vícios privados, benefícios Públicos? p. 112).

<sup>2</sup> Não encontramos legítima forma vernacular com o mesmo conteúdo significativo do italiano



gizando-lhe um perfil e atribuindo-lhe forma e conteúdo jurídico, não é nova e não é de causar perplexidade. Mesmo o modelo tradicional de propriedade (que é prevalentemente rural) esteve sempre assujeitado a sérias e significativas impositões derivadas do convívio social. Afinal, é própria do direito a idéia de limitação; alude-se a direito, alude-se necessariamente a limitação<sup>3</sup>. Tal limitação, contudo, agrava-se no tratamento da propriedade urbana.

Os instrumentos tradicionais de confinamento da propriedade privada, *rectius*, de definição do direito de propriedade são as limitações administrativas. Em sede urbanística, essas limitações se traduzem na disciplina do zoneamento, segundo a qual

“fixam-se as destinações de uso possíveis nas várias zonas em que se reparte a urbe e sua esfera de expansão, com o fito de assegurar condições e qualidade ambientais de vida satisfatórias”<sup>4</sup>.

Por meio do zoneamento, faz-se dividir a cidade em áreas segundo as modalidades de uso admitidas (residencial, comercial, mista etc.), fixar a dimensão mínima dos lotes, os coeficientes de edificação e de ocupação, além de fixar os recuos fronteiros, laterais e de fundos.

Entre os mecanismos ou técnicas de atuação urbanística mais recentes, a mais badalada é sem dúvida a do solo criado. Deposita-se no solo criado toda a sorte de anseios relacionados com o equacionamento do problema urbano. Em contrapartida, e como não poderia deixar de ser, instituto tão novidadeiro provoca sentimento de reserva e resistência. Porém, ambas as reações devem-se, em grande parte, à falta de tratamento adequado de todos os aspectos do instituto.

No presente trabalho, pretende-se demonstrar que o solo criado não encontra graves

---

“affievolimento”, de “affievolire”, referido por Renato Alessi (Principi di Diritto Amministrativo, p. 611.) Resta-nos o consolo de que, em física nuclear, confinamento significa “operação que impede, de modo eficiente e prolongado, que as partículas de um plasma colidam com as paredes do recipiente que o contém”. O tropo semântico adotado no texto é válido, pois.

<sup>3</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Servidões administrativas. *Revista de Direito Público*, n. 59/60, p. 89.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza jurídica do zoneamento. efeitos: *Revista de Direito Público*, n. 61, p. 34.

empecilhos de ser admitido no ordenamento jurídico brasileiro mediante regulamentação do art. 182 da Constituição Federal, que será lograda mediante lei complementar. Porém, da forma como vem sendo discutido, o solo criado tende a mostrar-se pouco produtor em termos de política urbana. Como se verá mais adiante, falta enxergar, no solo criado, interessante mecanismo de saneamento das regras que presidem a distribuição dos espaços urbanos atualmente. Antes, porém, calha externar os pressupostos metodológicos do presente trabalho.

## 2. Pressupostos metodológicos

O trabalho ora desenvolvido carrega a virtude de qualquer outro empenho científico: as conclusões atingidas são necessariamente relativas e provisórias. Jamais ousaríamos buscar “a” solução para o problema do solo criado, quanto menos para a questão da propriedade privada ou mesmo da propriedade privada urbana. Pautamo-nos pela lição de Karl Popper, segundo a qual

“a ciência nunca persegue a ilusória meta de que suas respostas sejam definitivas, nem mesmo prováveis; antes bem... a de descobrir incessantemente problemas novos, mais profundos e mais gerais, e de sujeitar nossas respostas (sempre provisórias) a contrastes constantemente renovados e cada vez mais rigorosos”<sup>5</sup>.

Tal pressuposto assume especial relevância quando se trata da propriedade privada e do seu equacionamento no mundo contemporâneo. Afinal, não há instituto jurídico mais sensível às transformações sociais que o da propriedade, o que exige do cientista (do direito, que nos interessa) permanente empenho na reformulação e rediscussão das premissas de raciocínio no trato da matéria.

Acreditamos também que todos os trabalhos realizados acerca do tema vieram impregnados da particular maneira de seus autores encararem a vida em sociedade e, particularmente, o direito. Afinal de contas,

“nossos escritos estão sempre dotados, consciente ou inconscientemente, de toda uma armação valorativa, que no jurista é quanto menos a busca e transmissão de uma emoção ou sentimento de justiça, valoração social, econômica, política,

---

<sup>5</sup> POPPER apud GORDILLO, Agustín. *El método en Derecho*. p. 86.

unida a um simultâneo esforço de persuasão, convicção de uma solução criativa, imaginação. Nisso a obra jurídica se aproxima do gênero literário; é também expressão de realização pessoal, persuasão, sentimento”.<sup>6</sup>

Não caberia aqui externar toda a carga valorativa que leva certos autores a menosprezar o solo criado, ou outros a colocar-lhe toda a espécie de obstáculos jurídicos e operacionais, desestimulando sua aplicação. Pretende-se apenas destacar que, de nossa parte, nutrimos especial interesse pela criação de instrumentos novos de política urbana, principalmente quando hábeis a reordenar as forças que atuam na distribuição do espaço urbano. Como se verá adiante, esse apreço refletir-se-á sobre o tratamento que demos ao tema do solo criado.

### 3. A “questão solo criado”

As discussões surgidas em torno do solo criado não são numerosas nem consistentes a ponto de justificar a discussão do problema em termos de questão. Rigorosamente não há uma “questão solo criado”. As aplicações práticas do instituto são tópicas. Em alguns países, a experiência não vingou e cogita-se ser abandonada (França). Em outros, partiu-se para cisão violenta entre o direito de propriedade e o direito de construir sobre ela, criando-se figura anômala que comunga de poucas características do solo criado na configuração que será minudenciada adiante (Itália).<sup>7</sup>

Porém, a formulação do problema nesses termos traz a vantagem de destacar os pontos de divergência na doutrina que impedem até mesmo a elaboração de um conceito de solo criado juridicamente adequado. Cada qual alude ao instituto remetendo-se a instrumentos diversos de controle do uso do solo urbano, ou invocando fundamentos diferentes de legitimação, ou ainda destacando certos aspectos do instituto em detrimento de outros. Sob esse aspecto, não seria de todo incorreto afirmar a existência da “questão solo criado”.

Em termos gerais, alude-se ao solo criado

<sup>6</sup> Ibid., p. 102.

<sup>7</sup> Sobre a experiência estrangeira acerca do solo criado, consultar SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 236. Não por coincidência, ver-se-á que a experiência mais profícua na matéria é a norte-americana, mediante o *Space Adrift* do Plano de Chicago.

como todo o espaço edificado que não esteja em contato direto com o solo natural, seja acima do nível do solo, seja abaixo. Solo criado seria então o solo artificialmente criado pelo homem dotado de alguma utilidade urbana (habitação, comércio etc.). Isso num primeiro momento e, como é facilmente perceptível, sem qualquer implicação para a ordenação urbanística. Nesse primeiro momento, tratou-se apenas de conceituar tecnicamente algo que já vinha caracterizando o crescimento das cidades – acentuadamente vertical, sem maiores conseqüências de ordem jurídica.

Posteriormente, com o desenvolvimento de estudos urbanísticos<sup>8</sup>, solo criado passou a referir-se exclusivamente ao solo artificial que excedesse um coeficiente de aproveitamento único, uniforme e válido para toda uma categoria de imóveis. Ou seja, a propriedade urbana estaria sujeita a um coeficiente uniforme de aproveitamento, válido para todos os imóveis urbanos de determinada região. Esse coeficiente autorizaria o proprietário a construir tanto quanto suportasse a área do seu terreno, numa proporção de um para um: cada metro quadrado de dimensão do terreno comportaria um metro quadrado de área de construção, em tese. Somente a partir desse limite é que se teria solo criado. Aqui já se vê um entrosamento da regulação urbanística da propriedade, pela lei de zoneamento, que fixa o coeficiente de aproveitamento do imóvel, com a noção técnica de solo criado acima indicada.

Disso resultou a admissão de um conteúdo mínimo de potencial de edificação para todos os imóveis urbanos, diretamente proporcional às dimensões do imóvel. A partir desse ponto, e até o limite de edificação próprio da zona de localização do imóvel, a prerrogativa de criar solo artificial (agora sim, solo criado) passaria pela superação de um obstáculo, seja uma outorga específica do Poder Público, seja a aquisição do direito de construir de outros particulares cujos imóveis não houvessem esgotado seu potencial de edificação.

Na doutrina, a fundamentação do solo criado vem de dois argumentos principais. Em primeiro lugar, a necessidade de solucionar tratamento não-igualitário que decorre do regime do zoneamento. Afinal de contas, distintos coeficientes de aproveitamento do solo urbano, estipulados de acordo com a paisagem urbana que se quer prestigiar em determinado

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano*, p. 57: Solo criado.

momento e para cada região da cidade, acabam redundando em tratamento não-isonômico dos proprietários. A possibilidade de edificar afeta diretamente o conteúdo econômico do imóvel. Um mesmo lote, de idênticas dimensões, tem seu valor alterado conforme se localize em área de elevado ou reduzido potencial de edificação. A estipulação de um coeficiente único, inerente à noção de solo criado, resolveria essa distorção.

Depois, invoca-se o solo criado como mecanismo de distribuição igualitária dos acréscimos de despesa pública que a criação de solo artificial acarreta. A cada nível de solo que se cria dá-se aumento desproporcional na demanda por equipamentos públicos de distribuição de água e esgoto, meios de circulação, transportes públicos, áreas de lazer etc. Logo, os responsáveis pela criação do solo artificial e seus beneficiários diretos teriam de arcar com os investimentos públicos que a satisfação de seus direitos provocou, no lugar de toda a coletividade.

Do que ficou exposto, vê-se que a noção de solo criado resulta da convergência de diversos mecanismos de ordenação do uso da propriedade urbana que, isoladamente, sustentam-se por si mesmos. Parte-se da fixação de um coeficiente de aproveitamento único do solo urbano, válido para toda uma região ou para todo o território nacional. É da própria idéia do solo criado que esse coeficiente, sobre ser único para toda uma classe de imóveis, seja imodificável. A possibilidade de vir a ser alterado esse coeficiente retira do instituto qualquer validade.

Além disso, concorre para a configuração do solo criado o estabelecimento de uma rigorosa disciplina de zoneamento. É distorcida a idéia de que o solo criado infringiria as regras de zoneamento. Em verdade, não há qualquer alteração na definição conceitual do zoneamento tal como hoje se encontra. A criação de solos artificiais estaria limitada ao teto de edificação estipulado para a região em que se encontra o solo natural, agora com mais vigor. Enfim, a adoção do regime do solo criado implica manutenção das regras de zoneamento.

Por fim, participa do mesmo regime a possibilidade de transferir direito de criar solos entre imóveis urbanos. Eis o aspecto realmente novo do instituto e cuja negação, ao nosso ver, infirma todo o esforço na sua caracterização. Imóveis que, por qualquer razão, não houvessem esgotado seu potencial de edificação, seja por

assujeitados a outras espécies de limitações administrativas (tombamento, servidão etc.), seja por vontade do proprietário, poderiam ceder o excesso não-utilizado, até o limite do seu coeficiente particular de edificação, a outros imóveis localizados na mesma ou em outras regiões da cidade, respeitados, sempre, os limites impostos pela lei de zoneamento.

Em linhas gerais, eis o que se tem afirmado acerca de solo criado na doutrina, com algumas variações. Para demonstrar os erros e desacertos que prejudicam a compreensão do instituto e sua aplicação prática, impõem-se breves considerações acerca do direito de propriedade, em particular da propriedade privada urbana.

#### 4. A propriedade privada urbana

Partimos do pressuposto de que “o problema da propriedade, em termos gerais e abstratos, não existe”.<sup>9</sup> A relação que o instituto da propriedade guarda com a realidade social na qual está inserido é de tal modo estreita que dificulta generalizações e formulação de conceitos universais e atemporais. Historicamente, isso exige que o estudo da propriedade esteja diretamente assentado nas condições sócio-econômicas do momento ao qual a propriedade se refere, sob pena de atingirem-se resultados gravemente distorcidos. Mais do que isso, a afirmação em epígrafe, de Capograssi, põe em relevo a existência não de uma, mas de diversas propriedades com regimes diferenciados em virtude de características próprias, seja numa análise sincrônica, seja diacrônica.

Contudo, e como ressalva Salvatore Pugliatti<sup>10</sup>, tal afirmação não pode conduzir a um empedernido empirismo, por meio do qual abandonaríamos qualquer pretensão de conceituar a propriedade em termos genéricos e abstratos, com um mínimo de abrangência espaço-temporal, para nos atermos à evolução histórica do instituto, apreendendo em cada momento um diverso e próprio conceito de propriedade.

Apesar de toda a transformação a que se tem assujeitado, a propriedade conserva um conteúdo significativo mínimo, válido para todas as formas de apresentação em todo o curso de sua evolução. Esse conteúdo mínimo permite

<sup>9</sup> CAPOGRASSI apud PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà nel nuovo Diritto, p. 146: La proprietà e le proprietà.

<sup>10</sup> Ibid., p. 147.

tratar a propriedade intelectual, por exemplo, ao lado da propriedade imobiliária urbana, sem temor de estar-se aludindo a conceitos distantes e completamente desvinculados. Enfim, todo o modelo de propriedade pode ser reconduzido a um referencial comum e impassível de compressão. A evolução do conceito mediante o delineamento jurídico da propriedade, no correr do tempo, opera sobre os aspectos (dir-se-ia “poderes”) que gravitam em torno desse conteúdo mínimo, intemerato.

A questão se põe na definição desse conteúdo mínimo, cuja maior ou menor amplitude determinará o grau de elasticidade<sup>11</sup> do conceito de propriedade em dado momento. Isso é de especial relevância para o problema da propriedade privada urbana.

É que se costuma conduzir esse conteúdo mínimo da propriedade privada aos poderes retratados na fórmula do *ius utendi, fruendi e abutendi*. Logo, a condição de proprietário conferiria poderes amplos de usar, gozar e abusar do bem objeto da propriedade, observados certos limites que nem o desbragado individualismo romano olvidou<sup>12</sup>.

Seguindo o mesmo raciocínio, na propriedade privada urbana, o usar, gozar e abusar levariam necessariamente à possibilidade de edificar, de construir sobre o solo natural. Assim, seria insuprimível do conteúdo da propriedade privada urbana a prerrogativa de criar solos artificiais acima do solo natural. O direito de edificar seria cláusula necessária e suficiente do conceito de propriedade urbana, ínsito ao seu conteúdo mínimo. Em outras palavras, o aproveitamento natural do solo

<sup>11</sup> A doutrina alude à elasticidade do conceito de propriedade em atenção à sua flexibilidade, ensejando toda a sorte de limitações para, logo depois, diante de modificação das regras vigentes, retomar seu conteúdo e extensão anteriores. Conforme Angel Sustaeta Elustizia, a propriedade é elástica porque “tales facultades pueden ser objeto de ampliaciones o reducciones, en cantidad o en intensidad, sin perder el dominio su naturaleza esencial” (*Propriedad Y Urbanismo*, p. 50). No texto o significado é mais restrito. Pretende-se apenas destacar a possibilidade de alterar os poderes que gravitam em torno do núcleo central e irredutível do conceito de propriedade sem, com isso, descaracterizá-la.

<sup>12</sup> A definição precisa dos limites desse conteúdo mínimo, mesmo que referido à propriedade privada urbana, é tema tormentoso e não será enfrentado no trabalho. Basta-nos afirmar que o direito de edificar gravita em torno dele.

urbano estaria na possibilidade de edificar, de levantar solos para uso residencial ou comercial. Sem essa possibilidade, a propriedade urbana restaria desvirtuada, desconfigurada, resultando em instituto outro que não rigorosamente propriedade.

No que toca ao regime do solo criado, essa concepção frustraria qualquer regulamentação que implicasse amesquinamento da prerrogativa de edificar. Para todos os efeitos, seria inerente à propriedade urbana o “estar para construir”, o suportar edificação. Sob essa feição é que a propriedade urbana teria sido tutelada constitucionalmente. Logo, a adoção de um coeficiente de aproveitamento único e uniforme para todas as propriedades de uma região ou de todo o território nacional esbarraria na cláusula constitucional da propriedade privada.

Ocorre que para a configuração do conceito de propriedade privada urbana concorrem outros ingredientes que infirmam a rigidez da tese acolhida pela doutrina. A possibilidade de edificar no solo urbano é antes contingência que inerência. A virtude de suportar edificações não participa do conteúdo mínimo do conceito de propriedade, mas sim gravita em torno desse núcleo ao lado de outros elementos ancilares. Mais precisamente, a possibilidade de edificar decorre de certo arranjo das forças do mercado que fazem com que os núcleos populacionais surjam e se desenvolvam, demandando acomodação das forças produtivas.

Afinal de contas, o solo urbano não é nada mais do que solo natural (pode-se dizer até mesmo “rural”) acrescido de equipamentos, públicos e privados *lato sensu*, que provocam e fomentam aglutinação populacional. Retirando-se todo esse aparato cultural, pois produzido pelo homem, o solo, que era urbano, retoma sua condição anterior de solo rural. Logo, não é de se extrair do solo urbano qualquer virtude a ele inerente que não decorra da conjugação de esforços públicos e privados que operam em seu derredor.

E, entre os esforços públicos acima mencionados, tomados *lato sensu*, incluem-se sem dúvida alguma as regras de confinamento da propriedade urbana traduzidas nas limitações administrativas. A determinação dos coeficientes de aproveitamento e de ocupação, do recuo fronteiro, lateral e de fundos etc. vai participar da definição da propriedade urbana, gizando-lhe os limites de utilização legítima. Não há direito de edificar antes da estipulação

das limitações administrativas, seja pelas regras de zoneamento, seja por outras ainda mais incisivas.

Quanto ao solo criado, não vemos empecilho algum em admitir a estipulação de um coeficiente de aproveitamento único para todos os imóveis de determinada região ou mesmo para todo o território nacional, sem com isso ofender o conteúdo mínimo da propriedade privada urbana na medida em que afetaria o direito de edificar dos proprietários. A estipulação do coeficiente único constrangeria violentamente o aproveitamento dos imóveis da área urbana, não há como negar. Porém, não se vislumbra qualquer direito dos proprietários de lotes urbanos de se opor a medida de tal jaez, visto que o direito de edificar não decorre naturalmente da propriedade do solo urbano. Mais precisamente, e sem causar perplexidade, a adoção desse coeficiente único viria sob as vestes de mais uma limitação administrativa, amparada na supremacia do interesse público sobre o interesse particular e, portanto, sem esbarrar na cláusula da propriedade tal como constitucionalmente consagrada.

Entre a atual disciplina do zoneamento, que fixa limites máximos de edificação diferenciados de acordo com a localização do imóvel urbano, e a estipulação de um coeficiente de aproveitamento único, aplicável de maneira uniforme, não mediará qualquer injunção ao direito de propriedade. Antes pelo contrário, o coeficiente de aproveitamento único teria a mesma natureza e o mesmo amparo do atual regime do zoneamento, com a vantagem de erradicar o tratamento não-isonômico já aludido. As aberrações que a estipulação desse coeficiente único poderia acarretar em relação a proprietários específicos, cujos lotes, submetidos à limitação uniforme, resultariam inutilizáveis pela reduzida dimensão, poderiam ser corrigidas com as mesmas regras utilizadas para corrigir as distorções derivadas do zoneamento.<sup>13</sup>

## 5. A função social da propriedade

Calha afastar a invocação do princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e

<sup>13</sup> A resolução definitiva dos problemas derivados do regime do zoneamento, quando a definição dos limites de uso legítimo da propriedade privada assume feição de sacrifício de direitos, é dada por MELLO, (op. cit. p. 34 a 47).

170, III, da Constituição Federal de 1988) como legitimadora da adoção do coeficiente de aproveitamento único dos imóveis urbanos e, conseqüentemente, do solo criado. A aplicação desse princípio enquanto norma-diretriz do sistema deve ser reservada para outras imposições ao direito de propriedade, quando os instrumentos já existentes no ordenamento falecerem. Não é o caso do solo criado.

Como visto acima, o núcleo do regime do solo criado reside em pura e legítima limitação administrativa, consistente na definição de um coeficiente de aproveitamento único para os imóveis urbanos, amparada na supremacia do interesse público sobre o interesse particular. O princípio da função social não é de ser invocado como fundamento das clássicas limitações administrativas à propriedade decorrentes do exercício da Polícia Administrativa.

Concordamos com a tese segundo a qual

“Não só a propriedade, como também a liberdade, pode ser condicionada pela atividade da Administração Pública à qual comumente se denomina Polícia Administrativa. Não há, na Constituição, nenhuma previsão específica a respeito da função social da liberdade e nem por isso se entende que o Estado não possa limitá-la. A razão é simples: o fundamento das limitações administrativas sempre foi encontrado na supremacia geral do Poder Público frente aos cidadãos, sem necessidade de disposição constitucional específica”<sup>14</sup>.

Não se está a desmerecer o princípio da função social da propriedade. Antes pelo contrário. Cuida-se de zelar pela integridade do princípio, deixando de invocá-lo quando desnecessário, evitando assim que seja desgastado pela aplicação acriteriosa.

O reconhecimento de que a propriedade cumpre uma função social ou, em termos menos ousados, de que o direito subjetivo de propriedade é de ser funcionalizado permeia todo o regime constitucional da propriedade. Porém, o esgotamento do princípio passa necessariamente pela utilização dos mecanismos que a própria Constituição estabeleceu para a ordenação da propriedade rural e urbana. Ou seja, não seria o caso de extrair toda a carga normativa do princípio da função social da propriedade. Afirma-se apenas que qualquer

<sup>14</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Temas de Direito Urbanístico* -1, p. 7: Função social da propriedade.

empenho nesse sentido começaria necessariamente pela idéia de função social que a própria Constituição Federal homenageou.

No que toca ao regime do solo criado, o princípio da função social da propriedade de nada acrescentaria. A preocupação com a má utilização do solo urbano, substrato da idéia de solo criado, traduziu-se na própria constitucionalização de uma ordenação urbanística. A Constituição Federal de 1988 é inovadora ao dispor acerca de “Política Urbana” (Capítulo II do Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira”). Isso já bastaria para legitimar a efetiva implantação do solo criado no ordenamento jurídico brasileiro, sem necessidade de apelar para a função social da propriedade e evitando esbarrar no ranço de conservadorismo que o princípio ainda enfrenta.

## 6. O regime do solo criado

Resta agora externar uma noção mais ou menos acabada de solo criado, respeitando as premissas anteriormente fixadas. A preocupação está em apresentar as principais características de um regime de solo criado juridicamente viável (pois compatível com o modelo vislumbrado pelo art. 182 da Constituição Federal e demais disposições atinentes à cláusula da propriedade) e tecnicamente útil enquanto instrumento de ordenação urbanística.

Afasta-se de antemão a configuração do solo criado como mecanismo de transferência de riqueza da iniciativa privada para os cofres públicos. Tende-se a enxergar no solo criado veículo novo de arrecadação do Poder Público Municipal. Isso pressuporia cisão definitiva entre a titularidade da propriedade urbana e a prerrogativa de edificar sobre ela. O direito de edificar sobre a propriedade acima do coeficiente de aproveitamento único seria então adquirido do Poder Público mediante pagamento de preço. A possibilidade de edificar seria objeto de outorga onerosa do Poder Público Municipal. Dessa forma seriam enfrentadas as despesas públicas decorrentes da criação de solos artificiais. O custo dos investimentos necessários para criar novos equipamentos públicos ou ampliar os já existentes seriam transferidos aos particulares diretamente interessados na criação do solo, desonerando toda a coletividade que, segundo se afirma, arca com tais despesas atualmente.

Pelo regime constitucional vigente, a oferta

e conservação de infra-estrutura para o crescimento das cidades é de ser suportada pela arrecadação geral do Poder Público Municipal, instrumentalizada via tributação por impostos. Não se admite a vinculação de tributo ao benefício que se auferi individualmente em decorrência da construção ou ampliação de equipamentos urbanos (rede de água e esgoto, área de tráfego, áreas de lazer etc.) impostos pelo natural crescimento das cidades. Se despesas especiais decorrem da criação de solos artificiais, terão de ser suportadas por toda a coletividade que, muito embora indiretamente, resultará igualmente beneficiada. Já o gozo (ou mesmo a disponibilidade de gozo) dessa infraestrutura poderá dar lugar à instituição de taxas, enquanto a especial valorização imobiliária que eventual obra pública causar aos imóveis lindeiros poderá ensejar contribuição de melhoria. Em breves linhas, eis a catadura do regime tributário constitucional numa perspectiva de direito das finanças, regime ao qual não se entrosaria a inclusão de novo mecanismo de arrecadação via solo criado.

Apresenta-se mais adequada a idéia de solo criado como vero e próprio mecanismo de ordenação do uso do solo urbano, partindo-se da fixação de um coeficiente de aproveitamento único para todos os imóveis urbanos do território nacional. Ainda que arbitrário, esse coeficiente poderia ser fixado em um, ou seja, estipulando-se que o potencial de edificação do imóvel urbano seria diretamente proporcional à área do imóvel: cada metro quadrado de área do lote ensejaria a edificação livre (leia-se apenas fiscalizada pelo Poder Público) de um metro quadrado de construção. O estabelecimento de coeficiente uniforme igual a um teria o mérito de desestimular a modificação que, como já se afirmou, é fundamental para o regime do solo criado. A proporcionalidade em um, apesar de arbitrária<sup>15</sup>, é a escolha menos arbitrária de todas.

Além disso, o solo criado implicaria manutenção de rigorosa disciplina de zoneamento, exatamente como é utilizada atualmente. A extensão da urbe seria segmentada em zonas às quais corresponderiam limites máximos de

<sup>15</sup> Reconhecem-se os esforços na legitimação técnico-jurídica de um coeficiente igual a um, principalmente por parte de GRAU, op.cit. p. 72. Porém, seria mais razoável admitir, desde logo, que a estipulação de um coeficiente mínimo, seja igual a um, a dois ou a dez, é tecnicamente arbitrária, porém juridicamente permitida.

edificação vertical, destinação específica de uso, recuos, alinhamentos etc. Frise-se novamente que o solo criado, ao contrário de infirmar, exige a disciplina de zoneamento.

O remate do regime do solo criado viria com a possibilidade de transferir direitos de edificação entre particulares e entre estes e o Poder Público. É que todo o imóvel, considerando seu potencial de edificação particular, igual a um, e o limite de edificação máximo derivado da lei de zoneamento, poderia suportar solos artificiais. Essas parcelas de solo artificial poderiam ser adquiridas de outros proprietários, públicos ou privados, cujas propriedades, por qualquer razão, não houvessem esgotado seu potencial de edificação. A relevância desse elemento para a configuração do solo criado impõe considerações mais demoradas em capítulo específico.

## 7. Transferibilidade do direito de criar solo

O esgotamento de toda a utilidade do solo criado enquanto instrumento de política urbana passa necessariamente pela possibilidade de transferir direito de criar solo artificial entre proprietários de imóveis urbanos. A doutrina é claudicante nesse ponto. Chega-se a admitir a institucionalização do solo criado, contanto que excluído do direito de transferir direito de edificar<sup>16</sup>.

Nem se põe o problema da cisão entre direito de propriedade e direito de criar solo. Afirma-se que essa cisão estaria no cerne do regime do solo criado e que, tendo em vista o conceito de propriedade privada acolhido na Constituição Federal, não poderia ser admitida. O próprio José Afonso da Silva cuida de afastar essa premissa ao afirmar que

“O conceito de solo criado não importa na separação da faculdade de construir do direito de propriedade do terreno. Ao contrário, reafirma sua correlação na medida em que transforma em direito subjetivo a faculdade de construir até o limite do coeficiente único estabelecido”<sup>17</sup>.

Seja como for, os empecilhos à institucionalização do solo criado geralmente invocados, de ordem material, são relevantes. A operacionalização de um mercado de direito de criar

solo é sobremaneira delicada. A fiscalização do Poder Público, hoje deficitária no tocante às licenças urbanísticas, teria de passar por completa reformulação. O controle dos imóveis que estariam sujeitos a ceder potencial de edificação implicaria criação de um sistema de registro estruturalmente assemelhado ao de registro público ora existente, porém mais eficiente. A relação custo-benefício apresentaria-se desequilibrada, ao menos num primeiro momento. A envergadura dos investimentos de implantação do sistema de controle não seria suportada por Municípios de pequeno porte. A especulação imobiliária que atualmente grassa no mercado traria de deturpar o empenho do Poder Público Municipal.

Porém, vislumbramos nessa possibilidade de transferir o direito de criar solo instrumento de prestígio da iniciativa privada na distribuição dos espaços urbanos. A adoção do solo criado importaria circulação do direito de edificar entre proprietários urbanos, ampliando as possibilidades de remanejamento da paisagem urbana. A rigidez do sistema do zoneamento, que apenas confrange a utilização do espaço urbano a certos limites, seria flexibilizada com a possibilidade de transferir direito de criar solo de imóveis situados em outras regiões ou zonas da cidade.

Poder-se-ia argumentar que o mercado (no caso, imobiliário) já demonstrara completa ineficiência na distribuição do uso do solo urbano numa perspectiva de justiça social. Isso já foi destacado no início do trabalho, quando se afirmou que a intervenção estatal seria insubstituível na realização de valores hoje constitucionalmente tutelados. Por óbvio, não cometeríamos o desatino de imaginar a utilização racional do solo urbano sem um mínimo de intervenção do Poder Público.

Todavia, as distorções hoje existentes no mercado e relacionadas diretamente com a especulação imobiliária decorrem sobretudo de uma intervenção inadequada do Estado, que acaba por fomentar os desvios. O problema não reside exatamente no mercado, mas na forma como se dá a intervenção atualmente. Em primeiro lugar, a atuação do Poder Público é tópica e descontínua, carecendo de um plano de médio e longo prazo. Não se cogita desenvolvimento urbano desprovido de planificação. Depois, os mecanismos de erradicação da especulação imobiliária não são aplicados. Há instrumentos de excelência previstos na Constituição Federal (art. 182) cuja implementação traria resultados significativos.

<sup>16</sup> Nesse sentido, confira-se SILVA. (op. cit. p. 235).

<sup>17</sup> Ibid, p. 236.

Enfim, quer-se afirmar que o solo criado representa mecanismo eficiente de distribuição do uso do solo urbano por deslocar para a iniciativa privada certas decisões hoje monopolizadas pelo Poder Público. Porém, pressupõe a observância de uma política urbana consistente, integrada por diversos outros mecanismos de ordenação urbanística previstos na Constituição Federal (art. 182).

Sobremais, ter-se-ia como extrair aproveitamento máximo do solo urbano mediante a transferência do direito de edificar atinente a imóveis sujeitos a limitações invencíveis para outros passíveis de edificação. Atualmente, há inegável desperdício de espaço urbano em imóveis públicos ou privados, de baixa estatura e localizados em zonas de largo potencial de edificação. Respeitadas contingências outras, decorrentes da garantia de um meio ambiente adequado, relacionadas à ventilação, à permeabilidade do terreno etc., os proprietários de tais imóveis poderiam ceder o potencial de edificação para outros que dele usufruiriam até o limite da lei do zoneamento respectiva.

Por fim, e no que respeita à propriedade do Poder Público, o regime do solo criado permitiria a transferência do direito de criar solo artificial ora subutilizado ou inutilizado, derivado de praças públicas, monumentos históricos etc., cujo potencial de edificação poderia ser entregue à iniciativa privada mediante oferta pública e respeitado o princípio da igualdade dos particulares em certame.

Enfim, o solo criado representa acréscimo extremamente útil no instrumental hoje existente de controle e distribuição do uso do solo urbano. Pela característica ora evidenciada, o instituto é único, insubstituível. Não há outro instrumento que prestigie de tal modo a iniciativa privada na reordenação da paisagem urbana, sem vincar-se exclusivamente na intervenção do Poder Público. Porém, e tal como se passa com todas as outras técnicas de atuação urbanística, pressupõe o delineamento de uma política urbana séria e consistente, amparada num plano de desenvolvimento urbano nos moldes previstos na Constituição Federal.

## 8. Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que não há empecilhos para a adoção do regime do solo criado

no ordenamento jurídico brasileiro. O ponto de partida do solo criado reside simplesmente num plus, num acréscimo legítimo de confinamento da propriedade privada urbana mediante técnica de limitação administrativa (mais especificamente zoneamento), amparado no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Além disso, o regime do solo criado implica manutenção da disciplina de zoneamento tal como hoje é concebida e aplicada, com uma rígida delimitação das áreas e categorização dos tipos de uso, fixação de dimensões mínimas dos imóveis urbanos, fixação dos coeficientes de edificação e taxas de ocupação admitidos em cada área e fixação de recuos.

Mais relevante que isso é admitir a possibilidade de transferir direitos de criar solos artificiais entre os proprietários públicos e privados, dando azo a uma livre circulação desses direitos no mercado. Não se vislumbra utilidade ao solo criado se desprovido desse mecanismo.

Porém, para que não se apresente contra-producente, antieconômico ou socialmente injusto, o solo criado é de ser integrado numa ampla e consistente política urbanística, onde se reconheça a planificação como o mais eficiente instrumento de controle do uso do solo urbano.

## Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. 4. ed. Milano : A. Giuffrè, 1978. v.2.
- DALLARI, Adilson Abreu. Servidões administrativas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 59/60, p. 88-98, jul./dez. 1981.
- ELUSTIZIA, Angel Sustaeta. *Propiedad y urbanismo*. Madrid : Ed. Montecorvo, 1978.
- FONSECA, Eduardo Gianetti da. *Vícios privados, benefícios público?: a ética na riqueza das Nações*. São Paulo : Companhia das Letras, 1993.
- GORDILLO, Agustin. *El metodo en Derecho* : aprender, enseñar, escribir, crear, hacer. Madrid : Civitas, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano : regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1983: Solo criado.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza*



- jurídica do zoneamento : efeitos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 61, p. 34-47, jan./mar. 1982.
- PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo Diritto*. Milano : A. Giuffrè, 1964.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Temas de Direito Urbanístico* -1. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 1-22: Função social da propriedade.

# A obrigação do administrador público de encaminhar, para inscrição em dívida ativa, créditos da Fazenda de qualquer natureza

MARLON ALBERTO WEICHERT

Verifica-se, em determinadas áreas da administração pública federal, que autoridades, ao apurar a existência de créditos da União em face de pessoas naturais ou jurídicas, adotam como única providência a instauração de Tomada de Contas Especial, a ser submetida ao E. Tribunal de Contas da União, *não adotando qualquer medida para a imediata cobrança executiva*.

Esses créditos, apurados mediante procedimentos administrativos, correspondem a recursos passados pela União a instituições privadas e pessoas físicas para pagamento de serviços, cujo controle posterior revela terem sido indevidos, normalmente pelo cometimento de irregularidades e fraudes pelos beneficiários. Correspondem, pois, à *restituição* de valores indevidamente recebidos.

Essa conduta de não adotar medidas efetivas de cobrança dos mencionados créditos, notadamente a instrução e o encaminhamento do processo para inscrição em dívida ativa e respectiva propositura de ação executiva, é, todavia, ilegal e antieconômica.

A vinculação da cobrança dos créditos federais à decisão do TCU vem, aliás, revelando-se extremamente danosa à celeridade do seu recebimento, pois implica submeter a verificação do cometimento das irregularidades e apuração dos respectivos montantes a um longo procedimento, que se inicia pelo órgão de controle local, prossegue pela instrução da Tomada de Contas Especial nos órgãos locais, passa pelas Coordenações em Brasília, então pela Ciset, para, enfim, ser julgada pelo TCU. Somente após a decisão do TCU é que se obtém o título executivo, que será enviado à Advocacia-Geral da União para ajuizamento.

Marlon Alberto Weichert é Procurador da República em São Paulo, com atuação na área do patrimônio público, ex-Procurador da Fazenda Nacional no Rio de Janeiro e ex-Advogado.

Ora, com toda certeza, a função básica do TCU não é a de criar o título executivo para cobrança dos créditos da administração em face de particulares.

O Tribunal de Contas, Corte administrativa integrante do Poder Legislativo, com espeque constitucional no art. 71 da Lei Fundamental, exerce o controle externo contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial da União e das entidades da administração indireta.

Nesse contexto, dentre outras missões, compete-lhe julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Dentro dessa larga atribuição, verificamos que realmente o TCU exerce controle sobre qualquer emprego de verbas públicas federais, inclusive aquelas destinadas pela União ao pagamento de serviços prestados por entidades privadas na área da saúde.

Dessa forma, é indiscutível que o TCU tem atribuição para apreciar a lisura das contas relativas ao emprego dessas verbas. No entanto, essa função não se confunde com aquela própria da administração de, internamente, manter rigoroso sistema de controle destinado a apurar irregularidades e, se for o caso, adotar as providências necessárias ao ressarcimento do Erário.

Em nada modifica esse entendimento o fato de o § 3º do art. 71 da Constituição Federal estabelecer que as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Com efeito, concluindo-se em sede de julgamento de uma tomada de contas pela irregularidade e verificando-se que até aquela data ainda não houve o ressarcimento ou a adoção das medidas necessárias, a decisão dessa Corte valerá como título executivo, a ser executado pela Advocacia-Geral da União (art. 81 da Lei nº 8.443, de 16-7-92).

Esse efeito da decisão, ressalte-se, somente ocorrerá caso não tenha havido ainda o ressarcimento, ou seja, permaneça o débito. É o que informa o art. 19 da Lei nº 8.443/92:

*“Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no artigo 57 desta Lei, sendo o instrumento*

*da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.*

*Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do inciso III, do artigo 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do artigo 58, desta Lei.”* (grifos nossos)

Assim, havendo a autoridade competente adotado as providências necessárias ao efetivo ressarcimento do débito apurado, por ocasião do julgamento da Tomada de Contas, não haverá mais dívida a ser inscrita, salvo se aplicadas as penalidades previstas na Lei Orgânica do TCU.

O que se conclui claramente do sistema abraçado pelo constituinte e pelo legislador ordinário é que o efeito de título executivo atribuído aos acórdãos do TCU objetiva dar eficácia material ao decidido, adotando-se de plano as medidas necessárias ao ressarcimento do Tesouro Federal, *sempre que verificada a irregularidade da conta e a inexistência de providências, até aquela data, no sentido de cobrança do crédito.*

*Trata-se, pois, de um efeito da decisão, mas não do seu objeto.*

Por esse mesmo motivo, em se constatando já ter ocorrido a quitação do débito ou a constituição, pela administração, do título executivo, não se concebe que possa ter perdido objeto o processo de Tomada de Contas. Apenas não mais se haverá de falar em atribuição de efeito de título executivo à decisão do TCU. Somente se aplicada multa, teremos nova dívida, justificando novo título.

De se notar, aliás, que o próprio TCU recentemente editou a Instrução Normativa nº 13/96, em que atribui caráter subsidiário à Tomada de Contas Especial, a “ser instaurada após esgotadas todas as providências administrativas internas com vistas à recomposição do Erário”. Com esse normativo, portanto, o TCU veio a reconhecer que, apesar das suas atribuições constitucionais e legais, a obrigação de cobrar primeiro o crédito é da própria administração.

Com efeito, não se pode conceber que o administrador público deixe de exercer sua obrigação de adotar *todas* as medidas necessárias à correção da irregularidade detectada, dentre as quais destaca-se a providência imediata de acionar os mecanismos legais da

administração destinados ao integral ressarcimento do Erário, sob o argumento de que órgão externo (o TCU) o faria.

Trata-se de omissão injustificável.

De fato, a legislação não permite dúvidas sobre a *obrigação* de o administrador adotar prontamente as medidas necessárias ao ressarcimento dos recursos irregularmente entregues a particulares. Vale lembrar, nesse particular, que o crédito é indisponível.

O próprio art. 84 do Decreto-Lei nº 200/67 (ainda em vigor) revela que a autoridade, ao tomar ciência de irregularidade que resulte em prejuízo para a Fazenda, *sob pena de co-responsabilidade*, deve tomar duas providências: (a) *adotar medidas imediatas para assegurar o respectivo ressarcimento*, E (b) *instaurar a tomada de contas*. Em que pese a repetição, veja-se a literalidade do dispositivo:

“Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de co-responsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, *DEVERÃO tomar imediatas providências para assegurar o respectivo ressarcimento E instaurar a tomada de contas*, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas.” (grifos nossos)

Não custa lembrar que a administração tem o *poder-dever* de cobrar os seus créditos, inclusive dotando-os de executoriedade mediante a inscrição em dívida ativa, medida que lhe atribuirá presunção *juris tantum* de liquidez e certeza.

O parágrafo 1º do art. 2º da Lei nº 6.830/80 registra que “qualquer valor cuja cobrança seja atribuída por lei” à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e respectivas autarquias “será considerado dívida ativa da Fazenda Pública”.

A Lei nº 4.320/64 – que estatuí normas de direito financeiro –, outrossim, define que os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não-tributária, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos como Dívida Ativa, após apurada a respectiva liquidez e certeza (art. 39, *caput*, e § 2º).

O parágrafo segundo, por sua vez, estabelece o conceito de Dívida Ativa Tributária e define *dívida ativa não-tributária* como sendo:

“... os demais créditos da Fazenda

Pública, tais como (...) *indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados,...* ou de outras obrigações legais.” (grifos nossos)

Os conceitos fixados em lei, portanto, são suficientes para concluirmos que, constatando o administrador a existência de alguma irregularidade na aplicação de verbas públicas, deve imediatamente adotar as providências necessárias ao seu ressarcimento, sem prejuízo da tomada de contas (quando cabível); essa providência será a apuração da liquidez e certeza do crédito, para a sua devida inscrição em dívida ativa.

Impõe-se, pois, à autoridade diligenciar a instauração de processo administrativo destinado a apurar a mencionada liquidez e certeza do crédito.

Embora, atualmente, inexistia procedimento específico regulamentado para o desenvolvimento desse processo (o que seria o ideal e recomendável), as normas gerais permitem fixar os elementos que devem ser observados na instrução e julgamento desses feitos.

O eminente Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao enfrentar o tema, esclarece:

“A questão mais importante relativa ao tema do procedimento administrativo substancia-se na seguinte pergunta: há ou não princípios gerais aplicáveis ao procedimento administrativo? Ou seja, mesmo à falta de lei reguladora de um dado procedimento, poder-se-á detectar alguns cânones gerais ou, pelo menos, algumas diretrizes de acatamento *obrigatório* para a Administração?”

*A resposta é positiva.*” (grifos nossos; *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Malheiros, p. 299)

Observados, portanto, os princípios norteadores de todo e qualquer processo administrativo, não se requer procedimento nominado específico para atuação da administração.

No caso sob exame, quais seriam então os princípios aplicáveis?

A Lei Fundamental, como sabido à saciedade, estabeleceu, nos incisos LIV e LV do art. 5º, que também administrativamente se requer um devido processo legal, com contraditório e ampla defesa. Essas, portanto, são regras inafastáveis e de observância obrigatória.

A jurisprudência e a doutrina ensinam que o básico para observância desses princípios é

fixar-se um procedimento em que seja assegurada ampla possibilidade de defesa, com o emprego dos meios e recursos a ela inerentes, com prazos adequados, liberdade de produção de provas e pleno acesso aos elementos de imputação da responsabilidade, bem como devida motivação das decisões.

Lembram, ainda, da necessidade de aplicação do princípio da verdade material, da oficialidade e do informalismo, de modo a alcançar-se a realidade dos fatos, independentemente de iniciativa do interessado e da forma que este atue no processo.

Na nossa prática, aliás, temos observado que os órgãos de apuração dos créditos não costumam pecar no atendimento desses princípios, exceto na parte que consiste em se assegurar duplo grau de jurisdição.

Não seria, todavia, difícil sanar esse óbice, bastando que a decisão dos órgãos locais de controle, na hipótese de recurso da parte, fosse objeto de revisão pela coordenação da área ou outra que seja fixada pela administração da pasta.

Inadmissível é a inércia da administração em cobrar executivamente os seus créditos sob a alegação de inexistência de procedimento específico, quando a mera aplicação de comensuráveis princípios permitir-se-ia obter a certeza necessária à constituição do título executivo, sem a necessidade de maior trâmite administrativo interno ou externo.

Saliente-se que a omissão das autoridades

em diligenciar a recuperação das verbas indevidamente repassadas pode, inclusive, caracterizar *ato de improbidade administrativa, na modalidade do artigo 10, inciso X, da Lei nº 8.429, de 2-6-92, sujeitando-as à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa, além do ressarcimento do dano.*

Ponto final merecedor de destaque consiste no inafastável apelo prático que colhe essa questão. Isso porque, a permanecer a concentração no TCU de todos os julgamentos de créditos públicos, naturalmente teremos demora na sua satisfação, em face da elevada quantidade de processos e da estrutura daquela C. Corte.

Por outro lado, fato hoje já concreto é o imenso tempo gasto com o trâmite burocrático na instrução desses feitos para o TCU, percorrendo diversas instâncias administrativas, conforme destacado no início. Exemplificativamente, temos que, no Ministério da Saúde, a cobrança executiva do crédito depende do pronunciamento de *quatro* órgãos distintos (auditoria, controle interno, controle externo e advocacia da União), *em procedimento que cumpre mais de DEZ etapas.*

E a tardia cobrança desses créditos traz no seu bojo, inelutavelmente, o sentimento de *impunidade*, que contamina a imagem da administração como um todo, sem falar na dificuldade de se localizar o devedor e bens após um lapso de tempo elevado.

# Número de vereadores das câmaras municipais

Interpretação do art. 29, inciso IV (princípios, autonomia, controle e critérios).

FABIANA DE MENEZES SOARES

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. O programa normativo da questão. 3. Análise do campo normativo (campo factual ou caso específico). 4. Definição dos critérios para fixação do número de vereadores*

### 1. Introdução

O presente trabalho não pretende oferecer uma solução acabada, mas sim suscitar alguns dados relevantes referentes à aplicação das normas adequadas à definição do número de membros do Poder Legislativo local, leia-se Câmara de Vereadores. Na medida em que comungamos da concepção da interpretação normativa como um processo, as etapas do mesmo e a importância de cada uma delas terão como matriz metodológica as concepções de formulação dos chamados “juízos de aplicação” de F. Müller, Klaus Günther e Alexy, não necessariamente nessa ordem. Isso ocorre em virtude de, em determinados momentos, estarmos convencidos de que um, outro ou todos apresentam um suporte racional mais pertinente à resolução do caso concreto.

Ultimamente, a autonomia municipal consagrada na Constituição da República tem sofrido uma série de questionamentos acerca dos seus limites, motivados, principalmente, em função de controle sobre seus atos e leis. O caso específico objeto deste estudo toca no sustentáculo da autonomia política, responsável pela mudança do *status* jurídico do município brasileiro com o advento da Carta Magna de 1988. O tema é espinhoso na medida em que dissertar sobre o Poder Legislativo implica delinear o perfil do município brasileiro dentro do Estado federativo, definindo assim o conteúdo de sua propalada autonomia.

O conflito de normas instaurado tem sua sede inicial dentro da própria Lei Maior, avançando por normas infraconstitucionais de *status* e âmbito de incidência variados e principalmente de natureza especial, como no caso das normas de direito eleitoral.

Ao lado de todas as normas que concorrem para reger a situação de revelação dos critérios jurídicos para fixar o número de vereadores, emerge outra, acerca do tipo do controle exercido, se prévio ou posterior, da natureza do controle, ou seja, se é político, constitucional, financeiro-orçamentário, de quais os agentes competentes para efetivá-lo e, a questão central, do quê, efetivamente, deve ser objeto de controle.

Após a análise dos tópicos acima levantados é que proporemos os critérios que, a nosso ver, são os mais pertinentes em face da situação fática na qual está inserido o município. A norma jurídica, no seu aspecto de hipótese normativa, como o próprio nome indica, permanece na esfera potencial até o momento em que um fato se refira a este “programa normativo” (ou a outros programas normativos). Nesse momento, surge o conflito, e cabe ao intérprete apontar para as normas jurídicas que deverão reger a situação, completando o seu processo de formação, posto que se concretizam. Assim, o nosso objetivo é demonstrar quais normas, sejam elas regras ou princípios, têm um peso maior e que, por isso, deverão ser utilizadas juntamente com outros elementos, como critérios para decidir acerca do conflito instaurado.

É preciso que o processo de busca da norma-decisão não fique adstrito a uma análise meramente normativa no sentido positivista. Sim, o limite é a norma jurídica, mas esta incide sobre uma realidade, o que, no caso em análise, é fundamental para descrever e delinear a situação de incidência e de aplicação.

O município é a realidade mais próxima que nos dá a noção empírica do que venha a ser Estado. A metodologia aqui adotada não se utilizará do método positivista, no sentido de uma interpretação reducionista, e muito menos será antipositivista, visto que estamos sob a égide do Estado de Direito.

## 2. O programa normativo da questão

(Município. Princípio da autonomia. Discricionariedade. Controle. Lei de efeito concreto)

Para Müller<sup>1</sup>, o programa normativo, juntamente com o campo normativo (ou campo factual), são elementos essenciais da estrutura da norma jurídica, cabendo ao programa normativo enunciar, descrever lingüisticamente as hipóteses de incidência normativa que concorrem para regular uma dada situação.

Afinal, a concretização das normas, concebida como processo que tem seu ápice com a descoberta da norma-decisão, se pudéssemos fazer uma metáfora, seria como uma moeda na qual, numa face, encontra-se a explicação dos textos normativos ou interpretação e, na outra, a análise do campo normativo, que formarão, em termos práticos, o direito.

A definição dos textos de normas que concorrem para regular a matéria é de suma importância na fixação dos limites para a definição dada ao texto normativo<sup>2</sup>.

Essa definição do sentido das normas passa primeiramente pela análise da inter-relação das normas referentes ao caso específico.

A coletividade local, autarquia territorial, comuna<sup>3</sup> ou município têm o seu tratamento legal determinado pela natureza do Estado no qual se inserem e pela natureza das normas que regulam as suas competências, limitando o seu poder.

Considerando a máxima Kelseniana do critério máximo de validade do sistema normativo, faremos a análise das normas sobre a matéria no sistema constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) colocou o município como um dos entes da Federação, o que não acontece em países como a Alemanha, EUA, Suíça, estados federais<sup>4</sup>, dando um tratamento constitucional à autonomia municipal. Em países como a França, Espanha, Itália<sup>5</sup>, é a lei ordinária nacional, visto que são estados com descentralização administrativa, mas não política, como os estados federais.

<sup>1</sup> *Discours de la methode juridique*, p. 337-359.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 354.

<sup>3</sup> França, Itália e Espanha possuem descentralizações territoriais locais com autonomia administrativa.

<sup>4</sup> Art. 28 da Lei Fundamental de Bonn, na Suíça, art. 42 Quater. A Constituição Americana não trata dos municípios, mas estes têm grande autonomia, adotando largamente procedimentos de democracia semidireta e direta.

<sup>5</sup> Cf. as seguintes disposições constitucionais: Itália art. 114, França art. 72, Espanha art. 140.

O fato de a autonomia municipal ser reputada via lei ordinária significa que a alteração da mesma pode ocorrer por meio do exercício ordinário da atividade legislativa, o que não acontece com o município brasileiro, que tem a sede de sua autonomia tratada em foro constitucional.

O regime federativo impõe a existência de três ordens jurídicas diversas, em âmbitos de incidência crescente, conforme o art. 18 da CRFB/88, ou seja, município (local), Estado-membro (regional) e União (nacional). À União cabe a edição de normas gerais e normas específicas cujas matérias o legislador constituinte julgou serem relevantes, do mesmo modo que as matérias da competência do Estado-membro e município.

O texto normativo, ao ser interpretado, traz prescrições abstratas que formam uma razão, um motivo, que justifica a sua existência e orienta a solução dos conflitos (Müller).

Essa razão que emerge do texto normativo, em se tratando do sistema constitucional, ganha uma dimensão a mais, uma vez que o dito sistema possui tanto normas públicas do tipo regras, quanto do tipo princípios (*standards*).

Alexy sustenta que os princípios são as verdadeiras normas jurídicas que permitem um trabalho de balanceamento e valoração na solução do conflito de normas. Isso devido a sua estrutura conectiva, que permite relacioná-los tanto com a situação descrita, quanto com outras regras e princípios<sup>6</sup>.

Para Canotilho, a Constituição é um “sistema aberto de regras e princípios”, sendo que os princípios têm uma função normogênica e sistêmica, na medida em que são fundamentos das regras jurídicas e têm idoneidade irradiante que liga e cimenta, de forma objetiva, o sistema constitucional<sup>7</sup>. Assim, emerge o que Müller denomina de princípio particular de interpretação constitucional<sup>8</sup> (concepção geral pré-constitucional), o princípio da unidade da Constituição, o da conciliação dos direitos fundamentais e das regras de competência.

Desse modo, em função da norma estruturante do modelo de Estado adotado no art. 10, em face das disposições do art. 18, referente à

<sup>6</sup> GÜNTHER, K. *Morality and Law*. p. 240: The sense of appropriateness application discourses.

<sup>7</sup> *Direito Constitucional*, p. 168-169.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 144.

organização do Estado, emerge o princípio federativo. A natureza desse princípio pertence o gênero dos denominados constitucionalmente conformadores, ou seja, princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, e estes, por sua vez, dividem-se, entre outros, nos princípios estruturantes do Estado<sup>9</sup>, que, no caso brasileiro, são atinentes ao estado do tipo federal, com descentralizações políticas regionais e locais (municípios).

O art. 60 da CRFB/88, que dispõe sobre o processo de emenda à Constituição, determina, no seu § 4º, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

“I. a forma federativa de Estado;

II. o voto direto, secreto, universal e periódico;

III. a separação dos poderes;

IV. os direitos e garantias individuais.” (grifo nosso)

Ou seja, ao poder constituinte derivado não foi autorizado, pela Lei Maior, propor qualquer alteração que tendesse a abolir, e que muito menos abolisse, normativamente, o modelo federativo disposto na Constituição, o mesmo cabendo para a independência das funções legislativa, executiva e judiciária<sup>10</sup>.

O federalismo brasileiro, com o direito da CRFB/88, ganhou, com a inserção do município em sua estrutura, uma peculiaridade inexistente em outros Estados Federais (Raul Machado Horta). Apesar de o município não possuir a função judiciária, não participar da formação da vontade nacional e mesmo que a Constituição não o nomeie como unidade federada, não devemos concluir que não integre a federação<sup>11</sup>.

Um dos elementos essenciais do Estado Federal, que o distingue do unitário, é a autonomia política com competências delimitadas em sede constitucional, e não em leis ordinárias (Rivero). Hely Lopes Meirelles sustenta que o município brasileiro possui singular posição no sistema federativo brasileiro em virtude de não

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>10</sup> Discordamos de Roque Carrazza que sustenta poder a emenda constitucional dirimir e mesmo eliminar a autonomia dos municípios.

<sup>11</sup> *Direito Municipal brasileiro*. 8. ed. p. 116-118. No mesmo sentido está expresso o pensamento de FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Comentários à Constituição*. v. 2. art. 8º a 36, p. 339.



ter o Poder Judiciário; entretanto possui os Poderes Legislativo e Executivo, atributo das entidades estatais superiores (União e Estado-Membro). Isso porque o município é “entidade estatal de terceiro grau, com personalidade jurídica, governo próprio e competência normativa”, com poder político no exercício de suas competências constitucionais, que não poderão ser obstados pela União e Estado-Membro.

Não nos parece, assim, que as imperfeições do texto constitucional, que são tantas e das mais variadas, aliadas às peculiaridades da inserção do município na federação, sejam argumento para concluir que, como não está escrito com todas as letras, o município não a integre<sup>12</sup>.

Quando a Lei Maior trata, no Título III, da organização do Estado, o faz da seguinte ordem: União, Estado, município, Distrito Federal e territórios. Será que, em virtude disso, poderíamos concluir que a Constituição relegou ao Distrito Federal o mesmo *status* do território, visto que são tratados em conjunto, ou apontou um critério decrescente de importância?

Esse critério não situou o município no contexto político administrativo como um integrante da federação com matiz próprio, ainda que a disciplina legal, em termos de representação no Senado Federal, o exclua? A utilização do método gramatical literal, erigido como o mais adequado, é incapaz, desde o século passado, de proporcionar uma decisão em consonância com um sistema normativo complexo e dinâmico.

Ademais, ainda que o município não forme abstratamente a vontade nacional, ele a concretiza por força de seu extenso leque de competências, disposto no art. 30. Cabe ao intérprete analisar a Constituição, extraindo normas e princípios implícitos, tendo em vista a hierarquia das normas constitucionais, que abrigam valores de diferentes gradações (Bachof)<sup>13</sup>. No topo das normas constitucionais estão, ao lado daquelas que expressam os direitos fundamentais, a forma e a organização do Estado, ou seja, os princípios estruturantes da própria Constituição (Canotilho).

<sup>12</sup> É pensamento do professor José Afonso da Silva do qual discordamos e que se acha expresso no seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. rev. p. 545.

<sup>13</sup> Op. cit. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. 2, p. 54.

As normas constitucionais é que impõem um sentido às normas infraconstitucionais, e não o contrário, sob pena de aniquilamento do princípio do Estado de Direito<sup>14</sup>.

O art. 29 da CRFB/88 positiva o princípio da autonomia política, fundado, por sua vez, no princípio da eletividade dos prefeitos e vereadores e no limite da despesa gasta com a remuneração dos mesmos, a saber:

“Art. 29. (...)

IV - número de vereadores proporcional à população do município, observados os seguintes limites:

a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos municípios de até um milhão de habitantes;

b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;

c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos municípios de mais de cinco milhões de habitantes; (...)”

O inciso VII, acrescido em 1993 por força da Emenda Constitucional nº 1, dispõe que o total da despesa com a remuneração dos vereadores não poderá ultrapassar o montante de 5% da receita municipal.

Desse modo, estamos diante de duas normas constitucionais que delimitam o “espaço de jogo” (Engisch, Müller) ou a moldura legal para concretização das competências municipais dispostas no artigo 29.

A mencionada concretização faz-se em dois níveis: nos “discursos de justificação” ou na elaboração de normas jurídicas abstratas e nos “discursos de aplicação”, no momento de concretização (ou decisão) dos discursos de justificação, por meio da aplicação das normas em instâncias administrativas e judiciárias, na interpretação de um fato específico, ou caso concreto, ou mesmo no exercício do poder de legislar da Câmara Municipal, autorizado por um “discurso de justificação”, *in casu*, o art. 29.

<sup>14</sup> Também discordamos da opinião do Professor José Nilo de Castro, que não considera o município ente federativo, não participando da vontade jurídica nacional, fundamentando seu entendimento, entre outras normas, na Lei Complementar 78/93, que dispõe sobre o número de deputados federais, e no seu texto, ao mencionar “unidades da federação”, expressão que não incluiu o Município. *Direito Municipal Positivo*, p. 45-47.

A competência legislativa do município, como qualquer outro poder político, seja da União ou dos Estados-Membro, é a forma mais plena da denominada “discricionariedade livre”<sup>15</sup>.

Isso porque o legislador municipal concretiza, como nenhum outro, os fins do Estado de Direito com base na devida valoração do conceito indeterminado, denominado “interesse local”, valoração essa que analisaremos com mais vagar no próximo item.

A discricionariedade à qual nos referimos significa que, dentro da moldura legal constitucional do tema, ou seja, o número de vereadores da Câmara Municipal, na competência para sua fixação, existe um espaço que deve ser preenchido de acordo com determinados critérios normativos (que, no caso, são os limites máximos e mínimos ao lado da vedação de não se comprometer mais de 5% da receita municipal com a remuneração de vereadores).

Ou seja, a proporcionalidade da fixação do número de vereadores, que não constitui de forma alguma, rígido critério matemático, porque se trata de aplicação de norma numa realidade de milhares de municípios com características peculiares, mas sim a votação do princípio da razoabilidade como norteador da atividade legislativa de competência do município, ente político.

Essa discricionariedade do legislador insere-se dentro do que Bachof denomina de “espaço de livre apreciação”<sup>16</sup>, ou seja, cabe à função legislativa determinar o número de vereadores dentro dos limites fixados pela Constituição. Entretanto, a fixação, dentro desses limites, não é possível de ser *controlada*<sup>17</sup>, sob pena de subversão da divisão das funções no Estado moderno e violação do princípio constitucional da operacionalização dos poderes em qualquer esfera política.

Para Canotilho, o princípio da separação dos poderes, princípio fundamental das estruturas organizatório-funcionais, significa a “correspondência entre órgãos e funções, e só admite exceções quando não for sacrificado seu núcleo essencial”<sup>18</sup> (grifo nosso).

<sup>15</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 221.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 221.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> CANOTILHO, p. 691.

Essa concepção é acrescida da repartição vertical de funções, que surge ao lado da clássica repartição horizontal (executiva, legislativa e judiciária), ou seja:

“Uma das formas de manifestação da separação de poderes e funções é a que se reconduz aos princípios do Federalismo, da autonomia regional e *autonomia local*”<sup>19</sup> (grifo nosso).

E mais, para Canotilho, a ordenação constitucional de funções é mecanismo de defesa e garantia da própria Constituição<sup>20</sup>. Desse modo, a interferência de qualquer órgão, *in casu*, no exercício da função legislativa municipal é, antes de tudo, um atentado à Constituição.

A Súmula 266 do STF prescreve que o mandado de segurança é meio processual adequado para controle de lei em tese<sup>21</sup>. O raciocínio é válido também para a ação popular e a ação civil pública, todos remédios constitucionais que possuem o mesmo fim, o controle dos atos administrativos, ou seja, atos jurídicos estatais de efeito imediato e concreto, pelo Poder Judiciário; o que os diferencia são os interesses que tutelam.

Entretanto, existem leis que o são na forma, mas o seu conteúdo é de ato administrativo (ou deste prescinde): são as denominadas leis de efeito concreto e auto-executórias. Para essas normas, a jurisprudência tem entendido ser cabível o controle via ações ordinárias, e não ação direta de inconstitucionalidade<sup>22</sup>.

O ato administrativo atinge, de forma singular e imediata, o seu destinatário; do mesmo modo, a chamada lei de efeito concreto. Esta possui um destinatário concreto, singular, e não uma classe de pessoas, e o objeto da norma, ou seja, a ação prescrita, universal.

Ação normativa individual esgota-se numa só execução (de tal modo que a norma que ela contém perde a eficácia), não se repetindo ao longo do tempo, valendo para todos os comportamentos que puderem se enquadrar na ação tipo (ou ação universal)<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 652.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 955.

<sup>21</sup> “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. Para Müller, a jurisprudência é a grande força motriz de concretização do sentido das normas.

<sup>22</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, p. 449; no mesmo sentido Hely Lopes Meirelles.

<sup>23</sup> BOBBIO. *Teoria general del derecho* : teoria de la norma jurídica, p. 142-143.

O exemplo próprio é o da lei que desapropria um dado imóvel. Portanto, não há de se dizer que a lei, quando fixa o número de vereadores de um município, seja lei de efeito concreto e, muito menos, auto-executória, passível de outros controles que não sejam o específico para leis e atos normativos, a ação direta de inconstitucionalidade.

Para o preenchimento do número legal de vagas da Câmara (este determinado), são necessárias a eleição, a diplomação e a posse. Todos esses atos dão legitimidade para o exercício da função legislativa, que, por sua vez, concretiza o princípio estruturante da representatividade.

Quanto ao controle da vedação do gasto de mais de 5% da receita do município com remuneração de vereadores, trata-se de norma para a qual o legislador constituinte não deixou nenhuma margem de liberdade, tanto para o legislador quanto para o Poder Executivo Municipal. Submetem-se os atos contrários ao dispositivo constitucional, inicialmente, ao controle interno municipal, ou seja, a Câmara Municipal, Poder Executivo, e, posteriormente, ao controle externo realizado pelo Tribunal de Contas do Estado, Ministério Público e cidadãos, por meio de ação civil pública proposta nas associações (que contemplem a defesa do patrimônio público nos seus fins institucionais, constituídos há mais de um ano) e ação popular, visto que os interesses tutelares ultrapassam a esfera individual (são do gênero metaindividuais) de fruição comum, ou *uti cives*<sup>24</sup>.

### 3. Análise do campo normativo (campo factual ou caso específico)

*(Ponderação dos princípios. O número de vereadores nas Constituições brasileiras. Densificação da expressão normativa “interesse local”)*

Para Müller, a delimitação do campo normativo significa a soma de dados reais normativamente pertinentes<sup>25</sup>. Ou seja, no item anterior definimos as regras aplicáveis ao caso, rejeitando as não-aplicáveis. Neste item, o objetivo é revelar o sentido mais adequado, razoável, para a posterior definição dos critérios de fixação do número de vereadores das câmaras

<sup>24</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de participação*: cidadania, Direito, Estado e Município, p. 155.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 358.

municipais. A descrição da situação fática das normas aplicáveis à espécie é essencial para uma interpretação que obedeça ao Princípio da Integralidade<sup>26</sup> (Müller, Günther, Canotilho).

A busca da norma adequada e, por via de consequência, da decisão mais justa, as noções de uma forma de vida e os conceitos empíricos de boa vida<sup>27</sup> integram a noção de pré-compreensão, essencial ao processo interpretativo.

A harmonização dos princípios incidentes, *in casu*, implicam uma investigação da pré-compreensão em nível constitucional, que se realiza por meio do “princípio da unidade da constituição” (que repele as antinomias entre normas pela interpretação sistêmica da Constituição, de modo a minimizar os antagonismos), com a conciliação dos direitos fundamentais e das regras de competência, *in dubio pro libertate*, inserção das disposições a serem interpretadas no contexto da história das ciências humanas, das idéias políticas, considerações de oportunidade e questões relativas à verificação dos resultados (práticos) da interpretação<sup>28</sup>.

Quando a Constituição fixa os limites do mínimo e do máximo número de vereadores das Câmaras Municipais, ela impõe, escolhe um sentido norteador à interpretação do mesmo, ou seja, *o município como comunidade* e não só como ente político. O legislador constituinte fala em habitantes, não em eleitores, cidadãos em sentido estrito, mas pessoas que vivem em uma dada realidade fática, um sistema social. Daí emerge a primeira noção de comunidade que reúne aspectos humanos, espaciais, culturais, de tradição histórica.

Ao lado desses aspectos referentes ao “mundo da vida”, emerge um outro dado fundamental à compreensão da situação como um todo: o histórico constitucional e pré-constitucional do município brasileiro.

<sup>26</sup> Esse princípio visa conciliar a realidade e a norma, diminuindo a tensão entre ambas, numa integração política e social que, no momento de concretização da norma, implica uma descrição exaustiva da situação fática sob o ângulo de todos os sujeitos envolvidos.

<sup>27</sup> GÜNTHER, p. 245-287.

<sup>28</sup> MÜLLER, p. 144-145. “Les données de champs normatifs combent matériellement largement non seulement la précompréhension générale et non juridique, mais aussi les nuances du prêsavoir strictement juridique”, p. 310. O autor menciona também o pensamento de K. Hesse.

Assim, apenas com essa sintética enumeração, já afastamos o critério da proporcionalidade como um critério matemático pronto e acabado. A questão é sobre uma realidade viva, diversificada, a ponto de o legislador constituinte ter dilargado a competência municipal, utilizam uma expressão indeterminada, “interesse local”. A *ratio legis* da norma constitucional reside na valoração que será feita, pelo município, de suas peculiaridades e necessidades, de tal modo que o conceito normativo (*interesse local*) será matizado e determinado.

O município brasileiro é herdeiro do município português, por força das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que, por sua vez, foi influenciado pelo *municipium romano*, por força da colonização da Ibéria. A *Lex Julia municipalis* expandiu o regime municipal romano aos territórios conquistados na Grécia, Gália (França) e Ibéria (Portugal/Espanha). O município romano apresentava-se em dois tipos, segundo possuísem maior ou menor autonomia (*municipia caeritis* e *municipia foederata*). Em ambos, a administração da *urbes* era dividida entre magistrados que exerciam poder de jurisdição, encarregados dos dinheiros públicos, fiscalização dos negócios públicos, defensor das cidades, notários e magistrados inferiores com funções administrativas e de polícia, os *aedilis*. O Conselho Municipal fazia as leis locais, denominadas *edictus*<sup>29</sup>.

O município brasileiro, no Brasil-Colônia, ganhou feição própria a despeito das diretrizes fixadas pela metrópole (de tendências centralizadoras) regulando e administrando a vida da comunidade. Uma prova disso foi o *status* alcançado pela Vila Rica, hoje Ouro Preto, que protagonizou, por meio dos Inconfidentes, um levante contra a Coroa portuguesa.

A Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, dispôs, nos seus artigos 167 a 169, acerca da administração das cidades e vilas. Dentro de um contexto, criou câmaras municipais com membros eleitos, sendo o seu presidente o que tivesse maior número de votos, remetendo à disciplina de lei o número de vereadores e a especificação de suas funções.

O art. 9º da Lei de 1º de outubro de 1824 dispôs que: “as câmaras da cidade” compor-se-ão de 9 membros, e as das vilas, de sete e de um secretário. As câmaras possuem funções deliberativas (posturas) e administrativas, não

existindo a figura do prefeito. Ainda hoje é assim em Portugal; o art. 252 da Constituição portuguesa prescreve que a câmara municipal é *órgão executivo colegial*, cujo presidente é o primeiro candidato da lista mais votada.

O Ato Adicional ou Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834 reduziu a autonomia do município, submetendo boa parte de suas atribuições às Assembléias das Províncias. Em 1840, por força de lei, coube às referidas assembléias fixar o número de vereadores. Contra essa situação de retorno a um modelo de administração centralizadora, em 1870, insurgiu-se Tavares Bastos, que, com espírito crítico, defendeu a autonomia municipal:

“A administração dos interesses coletivos que constituem o município, o serviço das vias de comunicação, as ruas, os jardins, os lugares de logradouro público, a iluminação, as águas, a irrigação, os esgotos, os incêndios, a escola, o hospital, o cemitério, e tantos outros, não oferecem em parte alguma tipos uniformes em importância ou grandeza. A extensão e riqueza dos municípios urbanos ou rurais, o grau de adiantamento dos povos, as circunstâncias físicas e a densidade da população variam profundamente em cada uma das partes do império, no norte, no centro, no sul, no oeste; variam mesmo, com feições pronunciadíssimas, nas diferentes comarcas de uma mesma província”.

Continuando, assevera:

“As leis não conhecem municípios tão uniformes e perfeitos; as leis os organizam diferentemente sob a lenta ação do tempo, ao influxo de necessidades e interesses que variam, variando as leis. ‘Como a família, existe a comuna antes do Estado’, dizia Roger Collard; a lei política a encontra, mas não a cria”<sup>30</sup>.

Essas elucubrações ganham maior relevância ao considerarmos o fato de que, nessa época, além de o Brasil adotar um modelo de Estado unitário, o mesmo era administrativamente (e, obviamente, politicamente) centralizador.

A Constituição de 1831, posta pelo Governo Provisório, inaugurando a República Federativa, nos artigos 67 e 68 consagra o princípio

<sup>30</sup> BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. *A província*: Estudo sobre a descentralização no Brasil. p. 143 e 146.

<sup>29</sup> MEIRELLES, p. 32.

da autonomia municipal, para regular o que fosse de seu peculiar interesse, e o princípio da eletividade. Curiosamente, a “legítima” Constituição de 1891, no seu art. 68, dispõe que “os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia nos municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”. Retirado o princípio da eletividade, os municípios não puderam efetivar suas atribuições constitucionais.

A Constituição de 1934 consagrou o princípio da autonomia municipal (mediante a concretização do peculiar interesse), com o princípio da eletividade de prefeitos e vereadores (salvo os prefeitos de estâncias hidrominerais) e, pela primeira vez, com a especificação de suas rendas (art. 13). Entretanto, essa autonomia seria diminuída com o advento da Constituição de 1937, nos arts. 26 a 29, que vinculam o princípio da eletividade aos vereadores, e com a Lei Constitucional nº 1, de 16 de maio de 1938, que cria a figura do interventor, largamente utilizado nas inúmeras cassações de mandato ocorridas.

Com a Constituição de 1946, as nomeações de prefeitos ocorreram nas capitais, nas estâncias hidrominerais e nas bases e fontes militares. Por demais municípios, o princípio da eletividade foi escolhido (art. 28), ao lado da administração própria, tendo em vista seu peculiar interesse.

Após o Golpe de 1964, promulgada a Constituição de 1967, esta dispõe, no seu art. 16, acerca da eleição direta de prefeito, vice-prefeito e vereadores, mantendo a escolha de prefeitos nas capitais, estâncias hidrominerais e municípios de interesse da segurança nacional. A autonomia municipal também foi garantida pela administração própria, de acordo com o peculiar interesse, repetindo o dispositivo da Constituição de 1891. Um ponto que merece ser destacado, pelo tom democrático de ingerência bem típico do período, é a determinação contida no § 2º do art. 16, que prescreveu remuneração somente para os vereadores dos municípios de população superior a cem mil habitantes, dentro dos limites e critérios fixados via lei complementar.

Do mesmo modo, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, conhecida pelos leigos como Constituição de 1969, dispõe sobre a eleição de prefeito, vice-prefeito e vereadores, administração própria com respeito ao seu peculiar interesse, remuneração dos vereadores

fixada pelas câmaras municipais dentro dos limites estabelecidos pela lei complementar, além de determinar o número de vereadores em, no máximo, vinte e um (21), guardando-se a proporcionalidade com o eleitorado do município.

Como pudemos verificar, quanto mais autocrático o regime político, ou quanto mais se afasta do princípio federativo, mais a autonomia municipal é desrespeitada. Contudo, cumpre-nos ressaltar que somente a “Constituição” de 1969 fixou os limites para o número de vereadores, fazendo-o de forma a conceber o município tão-somente como realidade formal, tendo em vista a *proporcionalidade com o eleitorado* e não com o número de habitantes. Esse dado é bem significativo na fixação de critérios para a delimitação do número de vereadores em cada município, à luz da Constituição de 1988.

#### 4. Definição dos critérios para fixação do número de vereadores

*(Hierarquia de princípios. Notas de Direito Comparado. Determinação dos critérios norteadores em face do Princípio da Razoabilidade. Conclusões.)*

O objetivo desses critérios é a ponderação da liberdade autorizada pela CRFB/88, ou seja, fixação do número de vereadores.

Essa liberdade acha-se vinculada ao princípio da autonomia municipal, que se encontra no cume da hierarquia constitucional de princípios informadores da organização do Estado; é princípio estruturante.

Assim, para que a autonomia municipal tenha a eficácia ordenada pela Constituição, é necessário que o legislador municipal exerça a liberdade autorizada, à qual nos referimos.

Entretanto, essa liberdade situa-se sob a égide do Princípio do Estado de Direito, interpretado em consonância com o sistema constitucional de regras e princípios. Isso significa que, no momento concreto de fixação do número de vereadores, deve o legislador municipal guiar-se por critérios que, por sua vez, obedecem a “uma relação condicionada de precedência”, ordem essa ditada pela Constituição explícita e implicitamente<sup>31</sup>.

Emerge assim o primeiro critério, o número de habitantes do município. A razão existente

<sup>31</sup> ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 157-158.

por detrás dessa norma é a relação de quantos habitantes um vereador, em tese, representaria. Ou seja, a proporção mínima entre representantes e representados como forma de otimização (Alexy) do exercício da soberania popular. A título de elemento para um argumento *a contrario sensu*, a Espanha, país unitário, dispõe, em sua Lei reguladora das Bases do Regime Local, da possibilidade até mesmo de extinção dos Conselhos (Pleno) que equivaleriam às nossas câmaras municipais, com a sua substituição pelo conselho aberto (Assembléia de Municípios)<sup>32</sup>. Além disso, cabe aos municípios a regulamentação e organização, entre outros, do órgão deliberativo, inclusive quanto ao número de conselheiros (art. 20).

Também a França, Estado unitário, regulou, via lei ordinária válida para todas as comunas, especificamente, o número mínimo e máximo da proporção de habitantes e de membros do conselho municipal.

O número de conselheiros, determinado por lei, guarda uma relação entre o número de habitantes para cada vereador<sup>33</sup>. Exemplo: nas

<sup>32</sup> Art. 29. Aliás, o Regime do Conselho Aberto existe desde a Idade Média e há quem sustente que preexistia à ocupação romana. (ORDUÑA REBOLLO. Democracia direta municipal, concejos y cabildos abiertos. p. 27).

<sup>33</sup> Composição do Conselho Municipal. LACHAUME. *L'administration communale*. p. 128.

Comunas	Nº de membros dos conselhos municipais
De mais de 100 habitantes	9
De 100 a 499 habitantes	11
De 500 a 2.499 habitantes	15
De 2.500 a 3.499 habitantes	19
De 3.500 a 4.999 habitantes	23
De 5.000 a 9.999 habitantes	27
De 10.000 a 19.999 habitantes	33
De 20.000 a 29.999 habitantes	35
De 30.000 a 39.000 habitantes	39
De 40.000 a 49.999 habitantes	43
De 50.000 a 59.999 habitantes	45
De 60.000 a 79.999 habitantes	49
De 80.000 a 99.999 habitantes	53
De 100.000 a 149.999 habitantes	55
De 150.000 a 199.999 habitantes	59
De 200.000 a 249.999 habitantes	61
De 250.000 a 299.999 habitantes	65
De 300.000 habitantes acima	69

comarcas com menos de 100 habitantes, a relação é de cerca de 10 habitantes para cada conselheiro; nas Comarcas de 300.000 (e acima deste número), o número é de 69 conselheiros, o que corresponde a um conselheiro para pouco mais de 4.000 habitantes<sup>34</sup>.

Ao analisarmos essa relação (vereador/ nº de habitantes), à luz do art. 29 da CRFB, podemos observar que, nos municípios de até um milhão de habitantes, a relação, no limite máximo, vinte e um (21), é de um vereador para cada 47.619 habitantes; no limite máximo, ou seja, 55 vereadores, nos municípios acima de cinco milhões de habitantes, a relação é de 90.909 habitantes para cada vereador. Portanto, o legislador constituinte foi bastante parcimonioso se considerarmos as dimensões do Brasil.

Como o município é uma realidade social e não só jurídica, outros elementos devem ser considerados. O segundo critério surge em virtude da teoria das fontes do direito. A lei escrita fornece o primeiro critério, ou seja, a relação nº de habitantes por vereador, limitado pela obediência dos até 5% de gasto com a remuneração deste; trata-se de uma fonte escrita do direito ora analisado. Esse segundo critério é o costume municipal quanto ao número de vereadores. Entretanto, para que o costume (e não o "uso") tenha força de fonte, são necessários alguns elementos. O primeiro deles é o elemento objetivo, por meio do qual uma dada sociedade obedece a regra de modo uniforme (teor, ou conteúdo); o segundo é o elemento subjetivo, ou a *opinio juris seu necessitatis*, a convicção de que a regra consuetudinária se impõe como direito; o costume enquadra-se na chamada "dominação tradicional" (Weber), fundando-se na crença e na tradição<sup>35</sup>. Para Tércio Sampaio Ferraz, a estrutura da norma consuetudinária é formada por um elemento substancial (ou uso reiterado no tempo) e um elemento relacional (o processo de institucionalização – formação da convicção de obrigatoriedade) que a tornam obrigatória<sup>36</sup>. O direito é produto da sociedade, a ela se determina; as normas consuetudinárias surgem da sociedade e não mediante a construção formal do direito.

<sup>34</sup> Com exceção de Paris, 163; Marselha, 101; Lyon, 73.

<sup>35</sup> Segundo GENY, op. cit. MACHADO, Edgar de Goddó da Matta. *Elementos de teoria geral de Direito*. p. 227.

<sup>36</sup> *Introdução ao estudo do Direito* : técnica, decisão e dominação, p. 219.

Sustenta Garcia de Enterría que “justamente no âmbito do Direito do Estado, concretamente no Direito Constitucional, é onde reproduz a mais importante e extensa aplicação do costume como fonte normativa”<sup>37</sup>.

Há determinados municípios que tradicionalmente, por fatores diversos, possuem um determinado número de vereadores com a obrigatoriedade de a Lei Orgânica regular a matéria; essa tradição foi positivada. Daí que este segundo critério assume singular importância no momento de se modificar o número de vereadores, no sentido de diminuí-lo.

O terceiro critério relaciona-se com o segundo na medida em que revela as características peculiares do município.

O primeiro aspecto que emerge é o *território do município*. A comunidade se assenta num espaço físico que condiciona o tipo de trabalho dos que ali vivem, os modos de ocupação do solo, a concentração ou dispersão habitacional, etc.

Desse modo, os municípios dividem-se em:

a) *Preponderantemente rurais*: há uma tendência, nesses municípios, da existência de várias dificuldades para fazer com que suas reivindicações cheguem até os representantes populares, seja em razão da distância, dificuldade de locomoção, ou mesmo condições de vida mais penosas.

b) *Preponderantemente urbanos*: a realidade da vida comunitária localiza-se dentro do perímetro urbano, sendo que a zona rural é pequena (em número populacional) ou inexistente. O que pode ocorrer nesse tipo é a existência de grandes periferias que se situam numa “zona de dificuldade intermediária”, com problemas tanto do município urbano quanto do rural.

c) *Municípios com grande área e população dispersa*: nesses os problemas principais devem-se à distância entre a população municipal e o governo municipal, e, portanto, da tomada de decisões.

d) *Municípios com pequena área e população concentrada*: os problemas de saneamento básico, transporte e moradia tendem a ser mais agudos nesse tipo, em virtude da relação oferta/demanda, reclamando decisões mais imediatas. Vale o mesmo raciocínio para o município com perímetro considerável e densamente povoado.

<sup>37</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Tomas. FERNANDEZ, Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. v. 1, p. 68.

e) *Municípios com população flutuante*: suas necessidades evidenciam-se com o pico populacional, que pode variar em períodos anuais (o período de aulas em cidades universitárias) ou mesmo em períodos do dia (à noite nas cidades dormitórios).

f) *Municípios com fluxo imigratório*: apresentam crescimento populacional crescente, que pode acarretar queda na qualidade de vida, caso não haja planejamento. Esse município também reclama medidas mais urgentes.

O segundo aspecto diz respeito à grande possibilidade de conflitos de interesses sociais, coletivos e difusos de certos municípios em função das suas atividades geradoras de riqueza. Desse modo, tais municípios são portadores de maiores reivindicações e obrigam a uma gama de reivindicações, exemplos: municípios mineradores, siderúrgicos, com parque industrial instalado com sindicatos fortes, municípios turísticos.

Os aspectos acima suscitados são “normativamente relevantes” (Günther) na medida em que permitem descrever, de forma mais completa, a situação do município, de modo a identificar o que é de seu “peculiar interesse”, bem como, quais aspectos ou a soma destes exigem uma ação mais efetiva junto ao Governo Municipal.

É de acordo com um maior ou menor “grau de exigência” que se justifica a escolha de um certo número de vereadores.

A separação dos critérios obedece a uma ordenação didática para efeitos de uma maior clareza na exposição, o que não implica necessariamente uma ordem hierárquica, (a não ser em relação ao primeiro critério, que, por força de norma constitucional, é considerado relevante). A relevância ou não de um critério só será determinada frente à situação concreta, ou seja, os critérios de proporcionalidade exclusivamente matemáticos não são capazes de concretizar a autonomia municipal consubstanciada na regulamentação do seu “peculiar interesse”. Aliás, os limites dispostos na CRFB/88 são falhos porque criam situações desarrazoadas, na medida em que obrigam um município com menos de 100 habitantes a ter 9 vereadores, enquanto reduzem o número destes nas grandes cidades.

O princípio da razoabilidade surge na ponderação que precederá à adequada escolha do número de vereadores dentro dos limites legais. Quanto ao limite de gasto de até 5% da

receita com remuneração, como a própria CRFB/88 dispõe, trata-se de limite dentro do qual há uma certa liberdade; remunerações altas implicam um número reduzido de vereadores.

Entretanto, caso ocorra uma superação do limite constitucional em face de uma diminuição da receita, tal fato não significa o corte do “vereador excedente”. Trata-se de um representante do povo, legitimado pelo voto (mediante um processo normatizado), à luz do Princípio do Estado de Direito, que nada tem que ver com uma contingência administrativa. Esse fato deve ser apreciado para a legislatura futura.

Hão de ser consideradas as inúmeras variáveis que caracterizam cada município e que determinam o que é de seu peculiar interesse, variáveis essas que tentamos trazer à discussão.

Já o princípio da proporcionalidade é intrinsecamente ligado ao da razoabilidade. É por meio dele que, na aplicação da norma, proceder-se-á à escolha dos critérios aglutinadores das variáveis, dos meios aceitáveis e necessários em face das atuais possibilidades presentes numa situação de um dado município. Isso aliado a “todas as comparações e condições quantitativamente determinadas, que permitam uma decisão a favor de uma norma”, já que justificamos qual é a norma mais importante em jogo, ou seja, a que garante o exercício livre da atividade legislativa, pressuposto da sua autonomia política no quadro do regime federativo.

## Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Versión. Ernesto Garzon Caldeés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Tradução de: Theorie der grundrecht.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Traducción de Eduardo Pozo Acuña. 3. reimpr. Editorial Debate, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra : Almedina, 1995.

CASCAJO CASTRO, GARCIA ALVAREZ. *Constituciones extranjeras contemporáneas*. 3. ed. Madrid : Tecnos, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1992.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Comentários à Constituição de 1988: artigos 8º a 36*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1991. v. 2.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDES, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 7. ed. Madrid : Civitas, 1995. v. 1.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo* : parte geral, duodécima.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness application discourses*. Translated by John Farrel. State University of New York Press : *Morality an Law*.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

LACHAUME, Jean François. *L' administration communale*. Paris : LGDJ, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *O Direito Municipal brasileiro*. 8. ed. atual. por Izabel Camargo Lopes Monteiro, Yara Darcy Police Monteiro, Célia Marisa Prendes. São Paulo : Malheiros, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Traduit por Olivier Jouanjouan, Paris : Presses Universitaires de France, 1996.

ORDUÑA REBOLLO, Enrique. *Democracia directa municipal* : concejos y cabildos abiertos : Federación Española de Municipios y Regiones de Europa. Madrid : Civitas, 1994.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra : Almedina, 1991.



# O Estadista Agamemnom Magalhães

## sua trajetória política – sua atividade jornalística

JARBAS MARANHÃO

### A trajetória política

Advogado e político, autêntico homem público e pela antevisão das questões do interesse coletivo um verdadeiro estadista.

Como ele mesmo escreveu, desde 1916, quando terminou o curso acadêmico, sua atividade se distribuiu entre o pretório e o parlamento.

“Advogado e político, o Estado e o Direito têm sido a grande emoção da nossa vida pública”.

A advocacia foi o período inicial; logo depois a política o absorveu e o empolgou.

Foi Deputado estadual e federal. Deputado às Constituintes de 1933 e 1946, de que resultaram as Constituições de 1934 e 1946, respectivamente.

Ao terminar em 1934 as provas para a Cátedra de Direito Público e Constitucional da histórica Faculdade de Direito do Recife, o Presidente Getúlio Vargas o convidou para ser Ministro do Trabalho.

Desde aí iniciou a luta no campo político – pois já a vinha travando no campo doutrinário do Direito – em favor da economia nacional e contra toda e qualquer forma de abuso do poder econômico.

Enfrentou o truste de óleo no Nordeste, o de tecidos – o caso *rayon* e outra batalha foi a da nacionalização dos seguros.

Ainda no Ministério do Trabalho – com a sua grande sensibilidade para a questão social – deve-se a ele a criação dos mais importantes Institutos de Previdência e Assistência Social. Pela sua contribuição neste setor, pode ser denominado de o Ministro da Previdência

Jarbas Maranhão foi Secretário de Estado, Deputado Constituinte em 1946, Senador, Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco, Professor de Direito Constitucional. É integrante da Academia Pernambucana de Letras.

Social no Brasil. Foi ainda, nesta fase, Ministro da Justiça interino.

Do final de 1937 ao início de 1945 ocupou o cargo de Interventor Federal em Pernambuco. Seu governo caracterizou-se pela austeridade e zelo das finanças públicas. Inovou nos vários campos da administração, de tal forma que o ex-governador Roberto Magalhães Melo disse que “por seu descortínio como administrador público, pela sua obra política, pode ser considerado o desbravador do Pernambuco contemporâneo”.

Ministro da Justiça, em 1945, a sua experiência e formação no campo da ciência política levou-o a inaugurar, no Brasil, os partidos políticos de âmbito nacional.

Foi um dos fundadores do antigo e poderoso Partido Social Democrático, nos planos nacional e de Pernambuco; e uma de suas mais sólidas lideranças no estado e no país.

Sua missão naquele Ministério era a de promover a legislação imprescindível à redemocratização.

Fez editar os diplomas necessários a respeito. E a lei eleitoral permitiu que o trabalhador pudesse votar mediante alistamento *ex officio*.

Eleito deputado federal para a Constituinte de 1946, fez parte da Grande Comissão que elaborou o anteprojeto de Constituição e foi o relator do Capítulo da Ordem Econômica e Social.

Ao iniciar-se a Constituinte escreveu a respeito, a 2 de fevereiro de 1946, um artigo em que retrata logo as suas tendências a favor de uma democracia de inspiração social.

“Após a Guerra de 1914, surgiram, é verdade, muitas constituintes e muitas Constituições... Tempos depois ruíram as Constituições de Weimar e a da Espanha, admiráveis construções políticas e o mundo mergulhou nas trevas... Sou, entretanto, otimista, porque as experiências totalitárias fracassaram também. O que não há dúvida é que há outro centro de gravidade e as democracias já o compreenderam. Esse centro de gravidade é o fato social, e este será o conteúdo das novas instituições políticas... O que está provado e duramente provado é o seguinte: se as democracias, com o individualismo, resolveram o problema da produção, deixaram insolúvel outro problema mais grave, o problema da

distribuição... O desemprego é, ao meu ver, a maior contradição das democracias. Estas só poderão subsistir, como dizia Franklin Roosevelt, criando as novas cartas dos direitos econômicos do homem... É muito fácil fazer uma Constituição. Mas, não é fácil fazer uma Constituição que corresponda à realidade brasileira... A vida lá fora é que é indispensável ver e sentir. O que precisamos é de realismo político e profundo senso de evolução e ordem. Sob esse signo, a Constituinte poderá realizar obra feliz para os brasileiros. Olhar para o futuro e não para as estruturas mortas. Olhar para a vida e não para os túmulos... Creio que não há hoje, no mundo, mundo sob o signo da socialização, duas opiniões a respeito”.

Promulgada a Constituição de 1946 e iniciada a legislatura ordinária, foi eleito Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, não só pela sua expressão na política nacional, como pelos seus grandes conhecimentos jurídicos.

Exerceu o cargo com a sua reconhecida autoridade e competência e sempre muito vigilante na defesa de seus princípios e do que fosse realmente significativo para os interesses do Brasil.

Ao término do mandato parlamentar, em 1950, o Partido Social Democrático o fez candidato ao Governo do Estado.

Enfrentou uma ampla e fortíssima coligação de partidos. Nossa agremiação, o PSD, ficou praticamente isolada na campanha, que foi disputadíssima.

Seus adversários queriam, a todo custo, arrebatá-lo a liderança no Estado. Era uma hora decisiva para o seu destino político.

Lembro-me do que ele declarou quando, atendendo às aspirações das bases, o diretório lançou o seu nome como candidato ao governo.

Chamou a atenção para a atitude dos diretorianos de lançarem candidato justamente o líder do partido, num momento de incerteza de vitória.

Não era o receio da competição. Acostumara-se a grandes e ásperas refregas.

Era o senso da responsabilidade perante os correligionários e as frações do povo que o seguiam ou apoiavam.

Estava também emocionado e preocupado

com os sentimentos de antigo e caro companheiro de lutas, velho e dileto amigo, que divergira, pois aspirara a ser candidato e as circunstâncias não favoreceram.

Mais tarde pediu-me, reservadamente, que procurasse reverter a situação que, como se apresentava, lhe era muito penosa.

Deu-me elementos para propor justas compensações, mas tudo foi em vão. A política oferece, muitas vezes, essas horas de profundo constrangimento.

Disse-me ainda:

“esqueça-se que é candidato à reeleição (éramos deputado federal). Quero que estejamos juntos nos comícios que hei de fazer em todos os municípios do Estado. Se você não for reeleito e eu ganhar a eleição, não haverá problema. Se ambos perdermos, começaremos tudo de novo”.

Assim, por toda a extensão de nosso Estado, da capital ao rincão mais longínquo do interior, litoral, mata, agreste, sertões – o do São Francisco, o do centro e o dos contrafortes da serra do Araripe – pude observar o sentimento e a segurança com que se referia aos problemas e às peculiaridades de cada uma das regiões.

Pude observar, igualmente, a sua alegria na proximidade das multidões que o aclamavam, e como era intensa sua emoção no contato direto com o povo que o elegeu Governador Constitucional de Pernambuco.

Sua vitória resultou sobretudo do apoio cerrado das classes populares, da vibração dos menos favorecidos, da solidariedade da gente humilde.

Neste período governou apenas um ano e oito meses, pois na fatídica madrugada de 24 de agosto de 1952 o seu coração foi fulminado por um infarto.

O homem de luta no campo político e administrador austero e enérgico era um amigo devotado e atento. Daí a razão de tantas lealdades e dedicações.

No seio da família, um exemplo de compreensão e afetividade.

Os irmãos e sobrinhos o queriam muito e o admiravam.

Os filhos Paulo Germano, Maria Thereza, Maria Lectícia e Maria do Carmo mereceram o carinho paterno e conservaram intenso e vibrante o amor filial.

E sua mulher, a sempre querida Dona Antonietta, uma grande senhora, pela nobreza

dos sentimentos e virtudes, a maravilhosa e amada companheira de sua vida.

Agamemnom Sérgio de Godoy Magalhães, apesar de seu carisma, não foi um líder personalista. Em sua atividade política preocupou-se em formar quadros, em fazer escola de homens públicos.

Deu prestígio e força a Pernambuco no plano nacional buscando os melhores caminhos para os destinos do país. Marcou a vida brasileira e a de Pernambuco com os seus exemplos de espírito público e arrojo administrativo; e com a transmissão e debate de seu pensamento político e social.

Mostrou-se, no Parlamento como no governo, um político de idéias, da maior responsabilidade, altivo e austero, em sua generosa vocação de servir.

De início, promotor público e advogado; logo depois deputado estadual, por duas vezes; deputado federal em quatro legislaturas, incluindo-se as Constituintes de 1933 e 1946; Ministro do Trabalho; Ministro da Justiça, numa interinidade; Ministro da Justiça, como titular; Interventor Federal no Estado, do final de 1937 a fevereiro de 1945; Governador Constitucional de Pernambuco, de janeiro de 1951 a agosto de 1952; catedrático do velho Ginásio Pernambucano e da tradicional Faculdade de Direito do Recife, magistérios alcançados com a defesa de suas teses de Geografia – *O Nordeste Brasileiro* – e sobre *O Estado e a Realidade Contemporânea*, ele escreveu ainda numerosos artigos de jornal, numa atividade que serviu para o registro de suas lutas e para o conhecimento pela sociedade de seu pensamento e ação.

Precursor no campo das idéias e nos planos de administração, foi um estadista pela antevisão dos problemas e questões fundamentais de sua época.

O deputado Amaury Pedrosa acentuou um dos ângulos de sua personalidade:

“Homem de ação, por excelência, tinha de ser um forte, como sempre o foi, sendo esta a sua primeira e principal virtude”.

Segundo outro estudioso, Andrade Lima Filho, ele, para o povo, foi, antes e acima de tudo, o timoneiro seguro da nau administrativa, o político das miradas, como diria Roosevelt,

“o homem em dia com os problemas cruciais de sua terra e de seu tempo, que se atirava a eles com a sagacidade de um

decifrador de esfinges e a segurança dominadora de um autêntico homem de exceção... e que soube projetar-se na consciência das gerações e na continuidade dos tempos, pela ação, pela palavra e pelo exemplo, com a soberba legenda da imortalidade”.

O governante Agamemnon Magalhães, fossem quais fossem as dificuldades que haveria de enfrentar, jamais perdeu o entusiasmo e a confiança em seus princípios e atitudes; e a nítida inclinação de bem servir terminava por convencer a todos da razão de seus planos de governo.

As posições por ele assumidas nos Poderes Legislativo e Executivo, bem como na imprensa, incentivaram-se sempre tanto em seu espírito de homem público como em sua condição de intelectual.

Quando muitos se acomodaram e se mostraram descrentes ou agiram apenas em função de seus pequenos interesses, ele lutou tenazmente pela recuperação do homem.

Não temia os problemas por mais complexos e árduos. E, sem demagogia, guardou sempre a orientação de explicá-los de público, mostrando afirmativamente como resolvê-los, com o que alcançava a adesão popular, o apoio da opinião.

O estudioso da história ou o sociólogo há de ver nele um prenunciador pelas suas iniciativas na administração, pelo pioneirismo e relevo de suas obras, antecipação de medidas e providências, e com os estímulos que propiciou; e tudo “num ambiente de lutas incessantes e mesquinhas, de imperfeições e de indigência de recursos, de marasmo que se afigurava invencível, alimentado pelo comodismo rotineiro e doentio”.

Disse o saudoso Professor José Joaquim de Almeida, catedrático da Faculdade de Direito do Recife, que

“ele nascera para governar, impondo-se como condutor de homens, pois sabia como ninguém ensinar dirigindo e dirigir ensinando, em exemplos edificantes de vigor e inteligência; e que tinha a noção perfeita da necessidade de harmonizar esse dualismo angustiante que é o drama da realidade contemporânea – civilização e cultura – traduzindo a pugna incessante entre o sentido material e espiritual da vida”.

Agamemnon Sérgio de Godoy Magalhães, filho do juiz de direito e depois deputado Dr. Sérgio Nunes de Magalhães e de dona Antônia de Godoy Magalhães, nasceu em Pernambuco, a 5 de novembro de 1893, na antiga Vila Bela, hoje município de Serra Talhada, no sertão do Pajeú.

Faleceu na madrugada de 24 de agosto de 1952, aos 58 anos de idade, relativamente moço, muito moço mesmo para um estadista no pleno entusiasmo e propósito de contribuir e realizar em benefício de Pernambuco e do país.

O golpe brutal e imprevisito uniu correligionários e adversários, numa impressionante manifestação de pesar, jamais vista, como se toda sociedade pernambucana, espontaneamente, fizesse questão de consagrar a sua obra e a sua vida de lutador intransigente pelo bem coletivo.

A ninguém escapou a enorme extensão da perda e houve quem dissesse que até na morte ele revelara a sua vocação política.

*O Jornal do Commercio* (do Recife), depois de ponderar a sua insuspeição, assinala que, da mesma forma que o povo, sente e sofre a perda irreparável do singular homem público; que sua esclarecida visão de administrador, sua vivaz intuição do substrato econômico-social e a probidade no serviço público foram marcas perenes de sua excepcional carreira; e que o desvelo da coisa pública era o sinal e virtude dos estadistas como ele.

E mais:

“Há, entretanto, outro significado dessa perda a considerar. O significado, ainda pernambucano, mas já nacional, também, desse claro aberto, com seu falecimento, nos quadros dos grandes homens de Estado no Brasil”.

Por sua vez, a *Folha da Manhã* observa que se as divergências, em vida, se estabeleceram, não raro azedas e até rudes, a hora da justiça é precisamente essa em que todos se reúnem em nome da verdade para o testemunho memorável dos tempos.

Definiu Agamemnon Magalhães como

“homem marcante, singular e excepcional e que ele não cresceu por um desses imperativos do destino, pelos favores da contingência humana ou social; sua vitória é a da tenacidade inquebrantável, da bravura tão autenticamente pernambucana, da honestidade, da consciência

reta e limpa, da pugnacidade indomável, tudo isso fazendo de sua ação um exemplo e da sua luta uma vocação”.

Em seguida mostra quão profundo era o sentimento do povo e o sentido do poder para o grande político desaparecido.

“O povo veio ontem, diante de seu ataúde, dizer ao grande batalhador que o amava porque ele o amou, que o conhecia porque ele o conheceu e que o exaltava porque o poder para o senhor Agamemnon Magalhães era o enobrecimento e a grandeza dos humildes. Foi um carro triunfal aquele que, conduzindo o grande morto, trazia consigo, por um paradoxo inelutável, a apoteose da vida. Não era um enterro a cumprir um itinerário, como tantos, era uma consagração”.

O *Diário de Pernambuco*, em editorial, assim se manifestou:

“O inesperado falecimento de Agamemnon Magalhães no apogeu de sua carreira transfere-se, sem nenhuma concessão de necrológio, para o campo das perdas irreparáveis”.

E acrescentava:

“Não era um governante comum que desaparecia. Desaparecia um líder autêntico em pleno domínio das qualidades positivas de experiência e comando”.

Desaparecia – aditamos – numa hora de dificuldades nacionais e quando era apontado como uma reserva de moralidade e patriotismo.

Não importa os combates que travara na defesa das causas que o inspiraram, quando, àquela altura, transformara-se numa esperança, todos vendo nele o estadista honrado e competente para servir aos ideais da nacionalidade.

## A atividade jornalística

Os artigos de Agamemnon Magalhães transmitem, com muita nitidez, a visão, ou a imagem de um período da história do país, marcado pelo caráter de transição.

Tanto na fase do Estado Novo como na da redemocratização ou reconstitucionalização, eles incrementaram o debate das idéias políticas e de questões predominantes à época e ainda hoje atuais.

Os seus argumentos, num estilo direto, cortante, agudo, comunicativo tornavam-se facilmente apreendidos.

A frase é clara e forte, prendendo a atenção e despertando o interesse do leitor.

Versando as mais variadas e importantes matérias, assumia uma feição pedagógica e não apenas informativa, alcançando a maior repercussão.

Os seus textos concisos traduziam uma personalidade carismática e a tenacidade de um intelectual e líder político empenhado em sua doutrinação.

Não é sem razão que ele escreveu não haver democracia sem educação e que a educação não se faz somente na escola, mas com o subsídio de muitos órgãos, inclusive com a pregação dos homens públicos e dos partidos políticos. Não fossem essas entidades destinadas à formação da opinião pública, através das discussões doutrinárias e dos problemas de natureza coletiva.

Tinha o gosto da controvérsia, e havia nele uma certa inclinação polêmica.

Procurou sempre ser fiel a si mesmo e voltava-se de preferência para os problemas humanos.

Sua maior vibração verificava-se na defesa dos mais humildes, como se nessa luta identificasse seu próprio destino.

Era um político por vocação, isto é, pessoalmente desprendido, no entendimento de que o bem comum é o objetivo único do poder. Ele dizia “esquecer-se de si mesmo pensando e agindo”.

O poder é para servir, para ser útil, como uma constante atividade de doação.

O político verdadeiro é um ser permanentemente vigilante, atento aos interesses da coletividade.

A política o seduziu sempre, o agitou e o prendeu numa dedicação de tempo integral, até que as inquietações e tensões do espírito contribuíram para fulminar seu coração com um infarto.

Escreveu, discutiu, debateu, doutrinou no Parlamento, nos livros, nas teses para conquistar cátedras, como conquistou, e na imprensa, diariamente, por vários anos.

E não se pode dizer que, por meio do jornal, sua contribuição ao estudo da realidade brasileira e das idéias tenha sido menor.

Fez um meritório esforço de conciliação da política e da cultura.

Seus artigos foram numerosos, focalizando uma multiplicidade de assuntos, refletindo uma

época das mais densas e problemáticas, desde fatos do cotidiano a questões doutrinárias e problemas de cultura e de governo.

Escreveu sobre política, direito, economia, história, educação, cultura, filosofia, literatura, imprensa, saúde, classes trabalhadoras, administração, ação social, nordeste, sítios históricos, tradições culturais, Estado Novo, Constituinte de 46, Segunda Guerra Mundial, personalidades, municípios, cooperativismo, combate aos mocambos, ao latifúndio improdutivo e aos trustes. E, como foi observado, “à resistência aos nazi-fascistas, tema que muito o apaixonou”.

Os artigos eram diários. Descia às 8 horas ao gabinete de trabalho, onde despachava e concedia audiências populares ou públicas.

Seus oficiais de gabinete, então, o admirável e saudoso Ruy do Rego Barros e eu, sabíamos que durante 10 a 15 minutos ele não poderia ser interrompido. Logo nos chamava e o Secretário do Governo, José Maria de Albuquerque Melo, entregava o artigo, escrito às pressas, numa letra nervosa, quase ilegível, à excelente funcionária Maria Luiza Rosa Borges, que se entendia muito bem com aqueles rabiscos, e os traduzia e datilografava com perfeição.

Revisto por ele, cabia a mim levar pessoalmente o artigo, toda noite, à redação e entregá-lo ao redator-secretário, Cleophas de Oliveira – tal era o seu cuidado a respeito.

A *Folha da Manhã* alcançou grande penetração, não somente pelo seu prestigioso corpo de redatores, à frente deles, o redator-chefe, o saudoso intelectual e homem público Nilo Pereira, como principalmente pela curiosidade e interesse despertados nas elites e no povo, em conhecer as idéias ou pontos de vista do governante sobre fatos do cotidiano ou questões transcendentais, sempre transmitidos num estilo que, pela síntese e clareza, eram facilmente assimilados por todos.

E não era outro o objetivo de Agamemnon Magalhães senão este: o de ser entendido pelo maior número, pelo povo, comunicando, abertamente, a sua emoção e o seu pensamento, as suas tendências e ideais.

Temperamento ardoroso na defesa ou manifestação de suas posições sofreu em contrapartida ataques injustos.

Um deles – diz Nilo Pereira – o de ser simpatizante do Eixo. E acrescenta: nada mais injusto. Seus artigos são o melhor desmentido

a essa grosseira insinuação, que a história repele em nome da mais incontestável verdade. E, em seguida, dá o seu testemunho de redator-chefe da *Folha da Manhã*:

“o interventor Agamemnon Magalhães, que era, como se sabe, um nacionalista, teve em relação às potências do Eixo a atitude de um brasileiro digno desse nome. Sua colaboração com a Quarta Esquadra Norte-Americana, em operações no Atlântico Sul mereceu do Almirante Ingram, comandante em chefe dessa esquadra, os maiores elogios, que também não lhe foram regateados pelo Brigadeiro Eduardo Gomes”.

Versou diversificados temas, mas um deles – o da questão social, em todos os seus aspectos, as relações entre o trabalho e o capital, a sorte dos menos favorecidos da fortuna – prendeu, mais que todos, a sua atenção.

Mauro Motta aponta, em sua colaboração diária, os artigos que ele escreveu sobre lavadeiras, operários urbanos e rurais e cenas da vida dos humildes. E que, no geral, são artigos curtos, inclusive na estrutura do fraseio; mas não são de fôlego curto nem incultos, representando, no conjunto, subsídio para o conhecimento de muitas faces das idéias e da conduta de Agamemnon na vida pública e mesmo pessoal.

Escreveu Andrade Lima Filho que ele era o jornalista do “short” à maneira de Austregésilo de Athayde,

“sacudindo os fatos, nervosamente, no jornal de um modo quase lacônico. Mostrava o que a seu ver era a solução certa, para terminar colocando o leitor diante de uma alternativa. Certa vez, por exemplo, depois de pregar a necessidade do aproveitamento da energia hidrelétrica de Paulo Afonso, de que foi pioneiro, encerrava o assunto, de súbito, dessa forma que era típica de seu estilo exuberantemente afirmativo, estilo de quem fecha a questão e não admite contraste: ‘ou essa orientação, ou ficaremos de cócoras, à espera das chuvas’”.

Andrade Lima observa ainda que dentro do apanhado dos fatos ele lançava a tese, informando e doutrinando ao mesmo tempo, o artigo sendo, simultaneamente, notícia e substância, registro e idéia; que vibrante, candente, dinâmico, às vezes manifestando-se como panfleatório, mas sobretudo sintético, o estilo era nele,

em verdade, a encarnação do próprio homem; o jornalista um reflexo do administrador voltado de preferência para os problemas sociais, pois o fato social era a sua constante.

Mas uma coisa é certa – insiste Andrade – se há na política como no jornalismo, uma tortura da forma, ele foi possuído por ela. Era a tortura do fato social que o fazia, por vezes, irascível e contundente diante das misérias e injustiças do mundo. E isso, não raro se refletia nos seus modos de fazer jornalismo.

Na Assembléia Legislativa, nas Constituintes federais de 1933 e 1946, na Câmara dos Deputados, no Ministério do Trabalho e no Ministério da Justiça, na Interventoria Federal e no Governo Constitucional de Pernambuco a preocupação com o social foi nele dominante.

Da mesma forma, em seus numerosos artigos, a libertação das massas populares socialmente injustiçadas foi sempre muito

presente em seu espírito.

Num deles salientou:

“Quando eu recebo diariamente todos os aflitos, que me procuram, é precisamente para evitar as iniquidades sociais”.

O registro, com acerto, de um cronista de que ele era homem de poucas palavras, mas quando as pronunciava ia direto ao assunto, realista e objetivo, mereceu o comentário de Andrade Lima Filho, de que

“era o seu feito. O feito de um homem singularmente dinâmico, explosivo e inquieto, que não perdia tempo, como se adivinhasse que escasso seria o que a Providência lhe reservara”.

O exercício do jornalismo completa e enriquece a biografia de Agamemnon Magalhães, um estadista que, pelo pensamento e ação, marcou época e entrou na história.