

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

outubro/dezembro 1997 • BRASÍLIA • ANO 34 • Nº 136



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

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 34 • nº 136

outubro/dezembro – 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 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

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

Diretor: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS

João Evangelista Belém e Wellington de Araújo Moreira

REVISÃO DE PROVAS

Alessandra da Silva Moreira, Eloisa N. de Moura Silva, Helena Maria Vieira da Silva
e Fábio José Dantas de Melo

EDITORACÃO ELETRÔNICA

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 136 · outubro/dezembro · 1997

Cármem Lúcia Antunes Rocha	Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro 5
José Carlos Buzanello	Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político 29
Danilo Alejandro Mognoni Costalunga	A teoria das nulidades e o sobredireito processual 37
Cláudio Brandão	A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal 55
Josaphat Marinho	Constituição e instabilidade institucional 63
Álvaro Melo Filho	Novos parâmetros educacionais para o curso jurídico 71
Ricardo Rodrigues Gama	A prisão no Brasil 79
Fabiana de Menezes Soares	Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa 87
Flávio Sátiro Fernandes	Improbidade administrativa 101
Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva	Apropriação indébita tributária? 109
Palhares Moreira Reis	Eleições diretas e indiretas no Brasil 115
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Revisão constitucional. Subsídios para o processo de transformação do Estado brasileiro 131
Carlos David S. Aarão Reis	O fundamento da proteção possessória 143
Bernardo Leôncio Moura Coelho	A comprovação da regularidade trabalhista nas licitações: a proteção do empregado 153
Edilson Pereira Nobre Júnior	Prescrição: decretação de ofício em favor da Fazenda Pública 161
Véra Jacob de Fradera	Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte 169
Luiz O. Amaral	Violência e crime, sociedade e Estado 181
Jacques Távora Alfonsin	A reforma agrária como modalidade de concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais 191

Vânia Fernandes Diniz	Medidas provisórias - sua especificidade precária e a infringência de direitos adquiridos 203
Octaciano Nogueira	Voluntarismo jurídico e o desafio institucional 229
Arnoldo Wald	Do regime legal da Cédula de Produto Rural (CPR) 237
Sílvio Dobrowolski	O Poder Judiciário e a Constituição 253
Jete Jane Fiorati Wilson Fiorati Junior	A interpretação da linguagem do Regime Jurídico Administrativo 261
Paulo Henrique Soares	A recepção da Lei Complementar nº 64, de 1990 (Lei de Inelegibilidade), pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997 277
Rogério Marinho Leite Chaves	Ação monitória contra a Fazenda Pública 281
Luiz Carlos Bresser Pereira	Cidadania e <i>res publica</i> : a emergência dos direitos republicanos 289
Paulo Modesto	Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. As dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais 315
José Ricardo Meirelles	O princípio da capacidade contributiva 333
Valéria Aroeira B. D. Ferreira A. Marcos da S. de Jesus	A justiça agrária na Constituição Federal 341
Pedro Sérgio dos Santos	A inércia jurídica e os avanços tecno-científicos 347
Léo Ferreira Leony	Colisão de direitos fundamentais a partir da Lei nº 6.075/97: o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas e a liberdade de expressão e de informação 349
Peter John Arrowsmith Cook Junior	A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade 355
Orlando Venâncio dos Santos Filho	Do procedimento monitório 361
José Rossini Campos do Couto Corrêa	Uma controvérsia jurídica: a remuneração dos conselheiros tutelares 369
Ítalo Fioravanti Sabo Mendes	Do prazo para o ajuizamento da representação eleitoral (Art. 22, da Lei Complementar nº 64/90) 373
Jorgem Rubem Folena de Oliveira	O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social? 377

Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Processo e democracia.* 3. *Princípios processuais constitucionais.* 4. *Processo administrativo, democracia e Constituição.* 5. *Princípios fundamentais do processo administrativo na Constituição brasileira de 1988.* 6. *Conclusão.*

1. Introdução

Na peça *Les Plaideurs*, ficou célebre a passagem na qual Racine critica, acidamente, o processo, cuja finalidade é tão-somente dotar o juiz de objeto sobre o qual faz incidir o seu julgamento. O papagaio, cujo comportamento é posto à decisão do magistrado, serve à caricatura do processo dado ao objetivo da justiça voltada sobre si mesma.

Também não se pode esquecer a triste aventura humana da Inquisição, na qual havia “processo”. A questão era, para quê? para assegurar quem de quê?

O Estado nazista acolheu a figura do processo. Mas jamais reconheceu o Direito como forma de realização da Justiça. A mesma pessoa que executou uma decisão proferida em processo formalizado pelo Estado nazista, foi, no dia seguinte ao da rendição dos alemães, acusado de ter negado o direito ao processado e tornou-se, ele mesmo, parte de um outro processo, no qual figurou como acusado e condenado.

Esses quatro momentos da literatura e da realidade histórica mais recente põem em questão o centro das preocupações do Direito do Estado Democrático: *para quê* o processo? *para quem* o processo? e, a partir das respostas oferecidas naquelas duas primeiras questões, *como* o processo?

Kafka narrou um processo. Juscelino Kubischek foi vítima de um processo.

Cármem Lúcia Antunes Rocha é advogada.

A história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização da relação do poder e com o poder.

O processo reflete uma forma de convivência estatal civilizada segundo parâmetros previamente determinados pelo Direito posto à observância de todos. A civilização é formal. As formas desempenham um papel essencial na convivência civilizada dos homens; elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro e, inclusive, consigo mesmo. Por isso, o processo, como formalização de comportamentos para a reivindicação e efetividade de direitos, põe-se como uma necessidade da civilização e da civilidade jurídica do homem no Estado.

Não se é de esquecer, contudo, que o processo é meio, é instrumento, não é fim. Pelo menos na perspectiva democrática, que deve dominar todas as formas de se pensar e, principalmente, de se interpretar e aplicar o Direito Público. O processo é o instrumento que garante ao homem que a justiça pelas próprias mãos não precisa ser feita, porque ela será aperfeiçoada pelo Estado em forma processada segundo paradigmas jurídicos bem definidos e previamente estabelecidos e conhecidos. Fora daí, não há solução para a barbárie e para a descrença no Estado. Sem confiança nas instituições jurídicas, não há base para a garantia das instituições políticas. O processo é, pois, uma garantia da Democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade.

2. Processo e democracia

Como instrumento para a realização de um fim que lhe é externo, o processo¹ nem sempre

¹ Cabe uma palavra sobre o conceito de processo aqui utilizado. É que não tem sido incomum o uso indistinto ou, de menos, alternado da referência a processo ou procedimento administrativo, diferentemente do que se tem quando se cuida de processo judicial. Quanto a este, os conceitos são mais bem delimitados, esclarecendo, entre outros, na doutrina nacional, Ada Pellegrini Grinover que “o processo pode ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos. O procedimento é, assim, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, se desenvolve e termina o processo; é a manifestação extrínseca do processo.

foi – ou tem sido – utilizado democraticamente. Às vezes ele foi mesmo utilizado para impedir o exercício livre de direitos, para permitir que o Direito não se realizasse. O processo pode instrumentalizar a antidemocracia². Já não se tem a crença vã ou a convicção ingênua de ser ele um instrumento abúlico, política e juridicamente. Pior: ele pode ser a certeza do governante antidemocrático da insegurança constituída sob formas que deveriam conduzir ao objetivo contrário, qual seja, a segurança que somente o Direito Democrático pode oferecer.

A noção deste é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade jurisdicional; a noção de procedimento é puramente formal, não passando de uma coordenação de atos que se sucedem. E essa série de atos não é senão a maneira pela qual se exterioriza o processo”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOBER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981. p. 247).

Para os efeitos do presente estudo, valemo-nos do entendimento de que o processo é o instrumento pelo qual se cumpre a função estatal de solução de uma lide; é o meio formal de que se vale o Estado, direta ou indiretamente, para solver conflitos havidos no seio da sociedade. Procedimento é o modo pelo qual os atos que se desenvolvem processualmente são coordenados e formalizados. O processo é o meio que pode se desenvolver por mais de um modo, que é o procedimento. Como escrevemos em outra ocasião, “processo é o meio, o instrumento juridicamente criado para se realizar uma determinada finalidade. Difere de procedimento, que é o modo pelo qual se atua... O processo é instrumento; o procedimento é a maneira de fazer ou agir, ou, como na hipótese em foco, de conduzir o processo. O processo identifica o objeto e a forma de exercer determinadas atividades administrativas; o procedimento é o modo de aperfeiçoar esta atividade. Toda experiência administrativa tem um modo próprio de ser aperfeiçoada. Quando este modo se realiza por uma sucessão de atos encadeados e vinculados a fim específico, a doutrina do direito administrativo denomina-o procedimento. Nem sempre a atividade administrativa necessita de um procedimento; às vezes realiza-se por um único ato. Nem sempre, igualmente, requer-se um processo, conquanto seja sempre formal a atividade administrativa”. (*In Licitação*, no prelo).

² Não é outra a narrativa feita por Pietro Verri, quanto ao caráter extremamente perverso e antidemocrático do processo, em sua obra *Observações sobre a Tortura*. O relato de um conjunto de elementos forjados para fazer parecer o que de conveniência se fez para o Estado e que se conteve em um processo elaborado para incriminar alguém previamente identificado, demonstra a inocuidade do processo como garantia de direitos pela sua só ocorrência.

Acaso alguém poderia esquecer o processo de Sócrates? Ou as suas palavras platonizadas segundo a fórmula de que

“o que vós, cidadãos atenienses, haveis sentido, com o manejo dos meus acusadores, não sei; certo é que eu, devido a eles, quase me esquecia de mim mesmo, tão persuasivamente falavam... eu me vejo condenado à morte por vós; vós, condenados de verdade, criminosos da improbidade e da injustiça. Eu estou dentro da minha pena, vós dentro da vossa”³.

O processo fora uma farsa. A justiça, uma falsa. A segurança, uma morte.

Somente a principiologia democrática faz realizável a segurança jurídica, que é o princípio mantenedor do próprio Estado, sendo o da Justiça o princípio maior, justificador da própria existência do Estado. Por isso mesmo, somente o processo democrático pode estabelecer uma relação jurídica equilibrada de respeito aos direitos e ao homem como seu titular.

A segurança jurídica pode ser considerada como a certeza do indivíduo na correta aplicação dos valores e princípios de Justiça absorvidos pelo sistema de direito adotado em determinada sociedade.

Mas, como bem adverte Gustav Radbruch, “la seguridad jurídica no es el valor único ni el decisivo, que el derecho ha de realizar. Junto a la seguridad encontramos otros dos valores: conveniencia (Zweckmäßigkeit) y justicia. En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en el último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común. De ninguna manera es derecho todo ‘lo que al aprovecha’, sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia”⁴.

³ PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Rio de Janeiro, p. 25 e 92.

⁴ Segundo aquele autor, “La seguridad jurídica, inherente en toda ley positiva por esa su positividad, ocupa una notable posición intermedia entre la conveniencia y la justicia: por un lado es reclamada por el bien común, por el otro empero, también por la justicia. Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de justicia. Donde se origine una pugna entre seguridad jurídica y justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero no plasmado en forma de ley, se presenta en verdad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera”.

Como instrumento realizador desses princípios de Justiça, segurança e interesse público, o processo baliza-se segundo os elementos nos quais eles se compõem e se decompõem, pois o meio presta-se aos fins e não o contrário. O processo é um instrumento de exercício do poder. Assim, a democracia política e mesmo a democracia social têm no processo uma forma de manifestação e realização dos seus princípios. Mas a antedemocracia também pode valer-se dele para cumprir os seus objetivos. Daí a necessidade de se estabelecer uma principiologia jurídica democrática informadora do processo, sem a qual, tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável, como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação do arbítrio.

O processo administrativo democrático não é senão o encontro da segurança jurídica justa. Ele é uma das formas de concretização do princípio da legitimidade do poder, na medida em que se esclarecem e se afirmam os motivos das decisões administrativas⁵. Tais decisões são questionadas e deslindadas no processo administrativo e, nessa sede, o poder, no exercício do qual elas foram adotadas, recebe a sua condição legítima própria. Quanto mais democrático for o processo administrativo, mais demonstrativo ele é da essência e da prática do exercício do poder em determinado Estado.

3. Princípios constitucionais processuais

Considerado o processo como instrumento de exercício do poder, passou ele à condição de matéria fundamental a ser cuidada em sede constitucional. A constitucionalização do processo decorreu desse novo entendimento que passou a lhe ser reconhecido. Sendo um instrumento de atuação do Estado para garantir a prestação da jurisdição (denominada comum, para a judicial e à qual se acrescentou a administrativa), monopólio da pessoa política pública e manifestação máxima do poder

⁵ Segundo Niklas Luhman “...quem tem o poder detém condições de motivar outros a adotar as suas decisões; deve-se partir da hipótese de que no processo se criem razões adicionais para aprovação das decisões e de que, neste sentido, o poder origine a decisão e a torne legítima; visto desta forma, o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução da complexidade com a ajuda da criação do poder legítimo de decisão”. (*Legitimação pelo procedimento*, 1980, p. 27)

estatal, o processo afirmou-se como direito individual formalizado segundo princípios específicos a figurarem nos sistemas entre os direitos fundamentais do indivíduo. Nessa condição é que se dispôs, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, arts. 8º e 10:

“Art. 8º. Toda pessoa tem direito a um recurso efetivo perante as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violam os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pela Constituição e pela lei”.

“Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja ouvida equitativamente e publicamente por um tribunal independente e imparcial, que decidirá seja de seus direitos e obrigações, seja da legitimidade de toda acusação penal em matéria penal dirigida contra ela”.

O direito fundamental a um processo – e não a qualquer processo, mas ao que se designa *devido processo legal* – passou a ser incluído, no curso do presente século, de maneira formal e expressa, entre aqueles arrolados no rol dos direitos garantidos nos diferentes sistemas constitucionais positivos e, inclusive, assegurado no plano do Direito Internacional.

A jurisdição prestada segundo um processo democrático deu o tom da natureza dos demais direitos fundamentais reconhecidos, declarados e garantidos nos diferentes sistemas jurídicos no curso do século XX.

O processo democrático tornou-se, assim, uma garantia constitucional fundamental posta e assegurada pelo Direito. A jurisdição é o direito, de que é a correlata garantia o devido processo legal democrático.

A constitucionalização do processo fez-se, pois, para o atingimento dos objetivos de se propiciar ao cidadão o acesso à jurisdição (judicial ou administrativa, conforme o modelo constitucional adotado), à eficiência na prestação desse serviço essencial e à eficácia da decisão proferida pelo Estado na ação. Com tal garantia, se assegura o cumprimento de um dos fins essenciais do exercício do poder político da pessoa estatal, qual seja, o de solução de conflitos individuais e sociais na sociedade, a fim de que a liberdade esteja abrigada no espaço da convivência política na sociedade estatal. Quanto mais o processo oferecer segurança jurídica ao indivíduo de que qualquer ameaça ou lesão a direito seu será objeto de

solução pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, segundo o Direito positivado, mais o sistema será considerado eficiente e satisfatório para a sociedade política, mais a justiça estará sendo realizada e a liberdade garantida. Sabe-se que tanto a falta como o excesso de processo podem comprometer exatamente a eficácia do direito à jurisdição e do princípio do devido processo legal. É devido, adequado, legítimo o processo formalizado segundo a lei e para atingir o objetivo precípua de assegurar-se que o direito dito na ação seja eficazmente aplicado, respeitado ou restabelecido na forma decidida tempestivamente.

Para que o princípio da jurisdição seja garantido, as Constituições modernas cuidaram de formular, expressamente, o conjunto de subprincípios que o informam, de tal modo que do acatamento de todos se tenha a garantia do processo eficazmente respeitada. Fundamentalmente se tem como elenco de subprincípios embaixadores daquele princípio magno e da garantia do processo o de acesso à jurisdição, o de devido processo legal, o de contraditório, o de ampla , o de duplo grau de jurisdição, o de tratamento paritário das partes, o de motivação das decisões processadas, o de publicidade dos atos processuais, entre outros nos quais eles se desdobram.

A inclusão do princípio da jurisdição e da garantia do processo que a realiza, basicamente, decorre do entendimento afirmado, historicamente, de que pouco ou nada adiantava a só referência formal ao direito do indivíduo ou do cidadão de comprar aos umbrais dos tribunais, se ali não pudesse ele adentrar, participar e ver conhecido e solucionado o seu caso democraticamente. São os subprincípios arrolados e efetivados pelos sistemas constitucionais contemporâneos que adensaram a jurisdição como direito constitucional essencial assegurador de todos os outros direitos reconhecidos e declarados nos ordenamentos jurídicos. O conflito é da vivência humana. Há que se racionalizar, nos modelos de Direito, fórmulas normativas pelas quais possam eles chegar a uma solução que assegure ao homem a validade eficiente da convivência política numa sociedade democrática. O que garante essa certeza da Justiça possível dos homens pelos homens é exatamente a jurisdição, forma constitucional concebida de se fazer brotar da lide a resposta humana da justiça prestada como serviço estatal prestado, não apenas como ideal maior imaginado. Assim, não basta qualquer

jurisdição, senão aquela processada segundo parâmetros de Direito, criado justo e aplicado democraticamente.

Se a prestação da jurisdição pelo Poder Judiciário pôs-se desde os primeiros desenhos do Estado moderno como uma forma de realização humana da justiça desejada em dada sociedade, o Estado contemporâneo valoriza novas formas de atuação e reaprende-se, segundo paradigmas que ampliam a garantia do processo, sublinhando a atuação administrativa ao lado daquela judicial.

Após a constitucionalização dos princípios do processo judicial, a doutrina trilhou a formulação do processo administrativo, que as Constituições mais recentes vêm contemplando.

4. Processo administrativo, democracia e Constituição

a) Processo administrativo e democracia

O Estado informado, estruturado, cujas as funções são desempenhadas segundo os princípios democráticos, tem a sua organização e dinâmica integralmente modelados por eles. A democracia é a alma do sistema assim formado. Tudo o que lhe arranhe, embarace ou impeça é inválido por contrariar a essência do sistema constituído. Função alguma, órgão ou entidade que componha a sua estrutura, não estranha qualquer dos princípios que afirmam a democracia se é ela a opção da sociedade constituída em Estado segundo um sistema jurídico formalizado.

Não se poderia afastar, pois, daqueles princípios a atividade administrativa do Estado ou o conjunto de entidades e órgãos que a desempenham. Sendo base do Estado os princípios democráticos, não seria pensável nele haver uma Administração Pública autoritária ou distante daqueles princípios. A democracia modela e remodela a Administração Pública, reformula-a segundo o que dita a sua natureza cidadã e pública.

Na organização administrativa democrática, o processo administrativo surge como uma forma de superação da atuação estatal autoritária. É por ele, fundamentalmente, que o princípio da legitimidade do poder, desempenhado por meio da atividade administrativa, ganha densidade e foros de evidência e eficiência social e política. Mais ainda, é por meio do processo administrativo – em suas diferentes concepções, aplicações e demons-

trações – que a legitimidade administrativa democrática concretiza e estampa os princípios da responsabilidade e da moralidade administrativas.

Do processo administrativo medievalmente inquisitorial, trancado em porões mal iluminados em seus recônditos motivos, até o processo público e dada à garantia de participação do interessado e da sociedade, é de se ter que a história aplainou a trilha autoritária da Administração guardada a sete chaves pelos administradores tão pouco públicos das antidemocracias renitentes. O processo administrativo fez-se uma forma pela qual o poder exercido no desempenho dessa atividade retorna ao veio do qual afluíu, qual seja, a própria sociedade, daí retirando a sua vocação para desempenhar-se conforme os paradigmas de justiça nela pensados e postos em seu sistema de direito publicamente aceito como próprio. É nesse ambiente democrático que se concebe o processo administrativo como um instrumento de realização legítima da atuação estatal para a solução de conflitos ou para a adoção de medidas preventivas de futuras lides.

A legitimidade do exercício do poder manifestado no desempenho da atividade administrativa do Estado faz com que sejam relevados, então, os princípios da responsabilidade estatal e da moralidade administrativa. É a democracia que ilumina a Administração Pública, concebendo-a, de forma nova, sob o enfoque daqueles dois princípios, quais sejam, o da responsabilidade e o da moralidade administrativas.

Pelo princípio da responsabilidade estatal todos e cada qual dos agentes que compõem a pessoa estatal e todos aqueles que lhes façam as vezes comparecem perante a sociedade para a qual e em nome da qual atuam oferecendo uma resposta pelo seu comportamento. A responsabilidade faz a Administração Pública falar. Cessa-se por esse princípio a Administração unilateral, silenciosa em seus motivos, privatizada em suas causas e formas, e dá-se à razão dialética e à prática multiplicada na sociedade participante.

Pelo princípio da moralidade administrativa, põe-se a conduta administrativa conformada aos valores de honestidade e justiça devida a cada qual dos cidadãos e dos administrados na base das condutas públicas. Quer-se por ele atingir-se a juridicidade administrativa justa, a dizer, havida com a justiça determinada segundo os paradigmas do

Direito traçados como norte e limite da atuação dos agentes da Administração Pública. A moralidade administrativa desempenha, então, um papel preponderante e diretivo na garantia dos direitos subjetivos dos administrativos no exercício do poder manifestado pela função administrativa. A Administração Pública abúlica, inerte, onipotente e altaneira cedeu espaço a uma Administração democrática, na qual a moral advém como resultado do diálogo e da participação do cidadão, cujo sentimento de justiça dita os valores morais que são transformados, quando amadurecidos, em princípios jurídicos adotados pelo Direito⁶.

É, pois, para a realização dos princípios democráticos legitimadores do exercício do poder que se põe o processo administrativo como instrumento de ação do agente público, gerando-se em sua base jurídica o conjunto elementar dos subprincípios que dão ao cidadão a segurança de aplicação eficiente do Direito justo.

b) Processo administrativo e Constituição

A entronização dos princípios processuais nos sistemas constitucionais, conforme acima salientado, representa a necessidade de se assegurar que o acesso à jurisdição não seja o último, mas o primeiro passo para a certeza do cidadão de que os seus direitos, postos em questão, serão considerados, respeitados e assegurados segundo definido em processo público e democrático do qual ele participe ativa e livremente. Não bastaria formalizar o direito ao acesso à jurisdição, se não se assegurasse ao cidadão que ela seria prestada em um processo conduzido em estrita conformidade com normas previamente estabelecidas, garantidoras elas mesmas de outros princípios nos quais se desdobra aquele primeiro.

O processo administrativo passou a ser compreendido constitucionalmente como uma conseqüência inafastável da democracia que impregna todas as funções estatais, aí incluída, obviamente, a administrativa. Constitucionalizada a Administração Pública, o processo administrativo cuidado, em seus princípios essenciais, como matéria inserida no sistema

⁶ Ensina Ada Pellegrini Grinover que "...o processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro é que a história, a sociologia e a política hão de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico" (*Teoria geral do processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1981. p. 47).

jurídico fundamental do Estado não pode ser tida senão como consectário daquela primeira decisão constituinte.

Em primeiro lugar, como direito fundamental reconhecido, declarado e assegurado em forma específica pelo sistema, a garantia do processo administrativo teria que ser objeto de cuidado específico do constituinte originário. Não se disputa a sua natureza de direito constitucional fundamental do cidadão.

Em segundo lugar, como matéria administrativa constitucionalizada, o processo administrativo tangencia a questão da competência legislativa sobre o tema a indicar e mesmo definir o exercício de competência política das entidades que componham, quando for o caso, como ocorre no Estado brasileiro, a Federação. Mesmo em Estados unitários, a organização e a forma de atuação administrativa impõem o cuidado fundamental do processo administrativo em seus sistemas jurídicos. Guardase, aqui, na condição de matéria básica para a organização e exercício do poder, o tratamento da competência administrativa, na qual se inclui aquela que se refere ao processo administrativo.

No Brasil, o direito-fundamento do devido processo legal inteira-se pela garantia do processo administrativo. Tal direito é declarado e assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988.

Quanto à questão da competência para cuidar do tema em sede infraconstitucional, a organização federativa brasileira não permite que haja lei nacional sobre o tema. A autonomia administrativa, que caracteriza o princípio federativo dominante da forma de estado adotada no Brasil, tem a sua afirmação rigorosa na garantia de um espaço próprio de cada entidade federada (Estados-membros, Distrito Federal e municípios) para estruturar a sua organização e a sua forma de atuação, observados os princípios constitucionais. O processo administrativo, como instrumento de ação adotado pela Administração Pública, garantido em seus princípios fundamentais na Constituição Federal, tem o seu esboço infraconstitucional firmado pela legislação elaborada pelas diferentes pessoas políticas, cada qual seguindo as diretrizes que melhor se adaptem às suas condições⁷.

⁷ É certo que os sistemas constitucionais contemporâneos encarecem os princípios constitucionais da Administração Pública, fazendo-o, expressamente, a Constituição da República do Brasil em seu art. 37. Tais princípios ordenam, no

A autonomia administrativa limita-se pela definição constitucional da competência política de cada pessoa federada. Essa competência manifesta-se, fundamentalmente, pela capacidade de auto-organização e autogoverno segundo suas próprias Constituições e leis que adotarem (art. 25, da Constituição brasileira, de 1988). Todavia, a adoção dessa legislação estadual e municipal e, em especial, a que concerne à matéria administrativa – em cuja seara se tem o cuidado legislativo do processo administrativo – tem os seus limites estabelecidos no próprio sistema constitucional, pelo que tudo quanto desborde tais balizas ou transgrida direito fundamental constitucionalmente assegurado, é inválido juridicamente. Assim, os princípios constitucionais processuais são fundamentos necessários da legislação sobre processo administrativo a serem tomados em consideração e acatados, em sua integralidade material e formal, pelo legislador estadual e municipal.

Dois dispositivos constitucionais referem-se à competência das entidades políticas para legislar sobre matéria processual: o art. 22, I, estabelece que “compete privativamente à União legislar sobre... direito... processual...”, enquanto o art. 24, XI, reza que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre... procedimentos em matéria processual”.

Poder-se-ia imaginar que tendo a Constituição da República garantido “aos litigantes, em *processo* judicial ou *administrativo*, e aos acusados em geral... o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; o direito processual passou a incluir, necessariamente, no sistema positivo nacional, o processo administrativo. Nem se poderia excluir do domínio do direito processual por se ter nele o desfibramento da garantia constitucional, a ser objeto de cuidado infraconstitucional específico. Tal assertiva – que parece correta em face da dicção constitucional – poderia, à

sistema administrativo federal, as autonomias políticas, pelo que a legislação e as práticas administrativas partem e se voltam para a sua realização, acatando-os no rigor formal e material de que a natureza constitucional os dota. Os princípios constitucionais expressos no sistema brasileiro são o da juridicidade, o da impessoalidade, o da moralidade administrativa, o da publicidade, compondo-se ainda o sistema constitucional dos princípios administrativos implícitos da razoabilidade, da proporcionalidade e da motivação suficiente.

primeira vista, fazer supor que então o direito processual administrativo teria que ser objeto de legislação infraconstitucional pela União, privativamente, ou, quanto aos procedimentos, concorrentemente pela pessoa federal, pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal. Tal, porém, não ocorre. É que, sendo sistema, a Constituição somente pode ser entendida na globalidade de suas normas, especialmente a partir daquelas que veiculam princípios. Ora, um dos princípios mais fortes e vinculantes do sistema constitucional brasileiro é exatamente o federativo (cf., por exemplo, o art. 60, § 4º). Este princípio é formulado a partir da garantia da autonomia política e administrativa das entidades que compõem a Federação. Carente dessa autonomia o que se tem não é senão o que Paulo Bonavides já apelidou de “federação de opereta”. Se o processo administrativo, instrumentalizador das condutas administrativas e somente utilizado para a garantia dos direitos subjetivos do cidadão e do administrado em geral, não fosse inserido no espaço de competência própria e autônoma de cada entidade federada, como se ter que a auto-administração dessa pessoa estaria garantida? Como dizer autônoma para organizar a sua própria administração quem não dispõe de autonomia política para legislar sequer sobre o processo a ser seguido no exercício dessa matéria? Assim, tanto o processo administrativo, quanto os procedimentos que lhe são inerentes são objetos precípuos de tratamento autônomo de cada qual das entidades da Federação brasileira e a referência à legislação processual que compete privativamente à União, por definição constitucional expressa, é tão-somente aquela correspectiva à unidade do direito processual judicial (civil ou penal).

5. Princípios fundamentais do processo administrativo na Constituição brasileira de 1988

a) Constitucionalização dos princípios processuais administrativos

1) Como antes asseverado, iniciou-se a introdução dos princípios processuais nos sistemas constitucionais positivos pelo encarecimento do processo civil e, especialmente, do penal. É que além de serem ramos do direito mais bem sedimentados em razão de sua tradição, deixavam mais claramente à mostra – especialmente o processo penal – a vulnerabilidade do indivíduo em face do Estado quando do exercício da jurisdição.

Daí a inclusão de algumas garantias processuais nos períodos mais remotos do constitucionalismo. Assim, por exemplo, o devido processo legal e o julgamento pelos próprios pares, como direitos fundamentais reconhecidos em norma expressa, figuraram nessa condição na Carta Magna do Rei João sem Terra (datada de 1215), onde se pode ver, entre outros, os seguintes dispositivos que vêm à baila transcrever:

“21. Os condes e barões serão punidos por seus pares, e conformemente à medida de seu delito. (...)”

38. Nenhum bailio levará, de hoje em diante, alguém a julgamento, com base apenas em sua palavra, sem testemunhas dignas de crédito para apoiá-lo.

39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado de seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo de seus pares ou pela lei do país.

40. A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

A Revolução Francesa, com o sentido cosmopolita que emprestou às suas idéias, fez divulgar-se em todo mundo o direito ao devido processo como um dos direitos fundamentais do homem, estabelecendo, no inciso VII, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a disposição segundo a qual

“Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu’elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l’instant; il se rend coupable par la résistance”.

A necessidade de um processo havido na forma da lei para que a liberdade e a propriedade do homem fosse questionada e, eventualmente, restringida no exercício garantido foi, pois, reconhecido como um direito fundamental ao lado de todos os outros que são considerados de primeira geração.

2) O reconhecimento de que também o processo administrativo poderia provocar ablação a direitos, inclusive direitos fundamentais, como aqueles relativos ao patrimônio

jurídico e à própria liberdade do indivíduo, bem como a demonstração de que esse processo – pela sede administrativa na qual transitava – poderia encarecer a ação do poder político em relação ao indivíduo, desguarnecido das mesmas garantias de que se revestia o processo penal e civil patrocinados pelos fundamentos constitucionais, fez com que se erigisse à sede constitucional a matéria relativa ao tema.

Contribuiu para tanto a doutrina, cada vez mais serena, no sentido da condição autônoma e peculiar do processo administrativo.

Questionado, inicialmente, até mesmo em sua existência como categoria jurídica específica e distinta dos demais institutos, o processo administrativo recebeu o reconhecimento de sua especificidade somente em momentos mais recentes⁸. Explica-se a dificuldade de se admitir a existência do instituto pela circunstância de se ter associado, tradicionalmente, o termo *processo à jurisdição*, excluindo-se da atividade administrativa a condição de ser qualificada pelo desempenho havido também, em alguns casos, segundo um processo, perfeitamente caracterizado e dotado de elementos que o identificavam àquele judicial (e objeto de cuidados pelo direito processual), mas que o distinguiam daquele pela peculiaridade do seu objeto e singularidade de sua forma. À Administração Pública vinculou-se o instituto do ato administrativo, deixando que o processo fosse apropriado pelo ramo do direito encarregado do exercício da jurisdição⁹.

⁸ Somente em fins do século passado e início deste é que a doutrina alemã e a italiana principalmente e a doutrina francesa com mais parcimônia também passaram a fazer referência ao *procedimento administrativo* e à *operação administrativa* com o significado de um conjunto de atos que se ordenam, coordenam e aliam-se para o atingimento de um fim de interesse público específico. Segundo lição de Odete Medauar, “entre fins da década de 20 e fins da década de 40 vai emergindo outra concepção de processo administrativo, não mais integrado ao próprio ato em que resulta, mas como o aspecto dinâmico de um fenômeno, ou seja, como o desenvolver-se de um fenômeno em direção a um certo efeito: o processo como sucessão de fases ou de atos. Os momentos ou fases, assim, não se confundem com o próprio ato final, nem significam um de seus aspectos.” (*A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 58).

⁹ Nesse sentido cf. REAL, Alberto Ramón. Procedimiento administrativo comparado. In : MARIENHOFF, Miguel S. et al. *Procedimiento administrativo*. Tucuman : UNSTA, 1982. p. 195.

Com a absorção pela doutrina da idéia de que a atividade administrativa teria que ser formalizada segundo um processo para assegurar os direitos do administrado e do agente público e para que os sistemas de controle pudessem ser exercidos em instância jurisdicional, o processo administrativo passou a assumir feição própria, cuidada para o atingimento desses objetivos.

A concepção de que o exercício da competência administrativa faz-se mediante processo, com natureza, fins e forma próprios, transferiu o pólo principal da doutrina jusadministrativista. Esta, antes centrada na tensão da produção do ato administrativo unilateral, impessoal e editado no desempenho de poder incontestável, passou a ser concebida e explicada como uma relação, que é formalizada para cumprir um fim exterior e superior ao seu autor. A vocação pública da atividade administrativa compreende, então, um contraditório formalizado, o que vem a dar num processo, caracterizado segundo essa condição de sua essência. Essa vocação administrativa com a sua forma de realização transformaram-se segundo a concepção de Estado dominante praticada. O Estado Democrático de Direito pressupõe uma Administração Pública e põe um direito administrativo compreendidos, explicados e vividos segundo os princípios que o norteiam, dos quais releva o da participação livre do cidadão no exercício do poder, aí inserida a fase de controle da competência desempenhada. Pelo que o contraditório livremente posto e impessoal, pública e eticamente considerado e resolvido, faz parte da dinâmica administrativa. Logo, o processo administrativo passou a ser um instrumento da Administração Pública democrática buscada num Estado no qual esse regime político seja adotado. Assim, o processo administrativo passou a ser considerado matéria constitucional, pois a sua garantia é fundamental, como o é o processo judicial. A necessidade de se transportá-lo para a sede constitucional impôs-se, então, em razão das transformações tanto do Estado quanto dos princípios que o regime político democrático ostenta.

Daí a presença, no direito constitucional positivo brasileiro, do art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, segundo o qual “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”.

Note-se que o encarecimento do processo administrativo com os princípios que o norteiam em sistema constitucional não finda na dicção apenas de seu reconhecimento como garantia do administrado, mas se apresenta em outros direitos que são erigidos na mesma condição constitucional fundamental, como se tem com o reconhecimento do direito de petição aos poderes públicos. Assim, a Constituição da República de 1988 estabelece ser “a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. O exercício do direito de petição tangencia o processo administrativo, particularmente quando se cuida de impugnação (ou “petição” para se manter a expressão constitucional) contra ilegalidade ou abuso de poder, porque se tem, então, inevitavelmente, um processo, no qual se abriga tanto o contraditório, quanto a ampla defesa, a segurança dos princípios processuais constitucionais explícitos e implícitos adotados pelo sistema.

O direito de petição não começa e termina no pedido do administrado ou do agente público. A petição, obviamente, é apenas a primeira peça de um processo, que se desenrola, formalmente, para a obtenção do resultado segundo os princípios estabelecidos. Tal resultado mais não é que a prática eficaz, eficiente e justa da atividade administrativa juridicamente concebida.

A realização de um processo pela Administração Pública não é competência-faculdade, mas competência-dever vinculado. Alguns elementos admitidos para o exercício dessa competência podem ser discricionários, por exemplo, relativos ao momento, mas o exercício dela é sempre vinculado. Não cabe ao administrador público escolher a forma processual, ou eleger se processualiza determinado desempenho, ou não.

Especialmente no que concerne ao dever de disciplinar-se interna e externamente e, no exercício da competência disciplinar, de processar, quando tanto se impuser pelo desempenho administrativo, a matéria põe-se como um dever administrativo: esse se cumpre para que a decisão legítima e obtida no fluxo de um processo democrático tenha eficácia e conteúdo de justeza e de justiça. Esse dever, de resto, decorre do compromisso ético interno e externo da Administração Pública Democrática, sem o que ela carece de legitimidade e de amparo jurídico-constitucional.

Não há outra razão que a antidemocracia, o desprezo e pouco zelo pelo exercício da competência de processualizar a atividade administrativa, inclusive no desempenho da atividade disciplinar. Faz parte de uma cultura administrativa antidemocrática e decorrente da particularização do poder no Brasil a arenga, que entorpece os agentes competentes impedindo-os de se submeterem à lei, a máxima segundo a qual “aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei”, que se faz valer em todos os momentos de ruptura e afronta aos princípios democráticos¹⁰

É nessa cultura administrativa antidemocrática que se releva a importância do processo administrativo, especialmente o disciplinar, para o administrado. É que se não estiver juridicamente amparada a competência e formalmente realizada a atividade processual da Administração Pública, surge o que pode ser considerado um “poder punitivo informal” exercido antijuridicamente por administradores atuando abusivamente. A competência disciplinar, no exercício da qual pode haver punição de algum responsável, é jurídica, formal e objetiva. O que é uma manifestação da responsabilidade estatal e funcional e uma garantia de que o princípio da responsabilidade com a sociedade, com a Administração Pública e segundo o Direito será obedecido, converte-se, então, em irresponsabilidade do agente descuidado em processar ou abusivo ao punir sem formalidade e sem processo.

O processo administrativo é que estampa a responsabilidade administrativa e permite que o exercício dessa atividade seja controlada em sua juridicidade e em sua legitimidade, pelo que não pode se dar o seu desempenho de maneira informal. Qualquer comportamento administrativo, especialmente aquele que tangencie direitos específicos além do interesse público que define a sua adequação, deve ser desempenhado mediante processo, atendidos, neste, os princípios fundamentais que quanto a ele estabelece o sistema jurídico.

b) Os princípios fundamentais do processo administrativo na Constituição brasileira de 1988

1) – Reza o art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República de 1988, que: “ninguém

¹⁰ Releve-se a norma contida no art. 143, da Lei nº 8.112/90 (*Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União*), segundo a qual “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido *processo legal*”.

Oriunda do direito medieval inglês e incluída na Magna Carta de 1215, a cláusula do *due process of law* teve o título inicial de *law of the land*, a significar, no art. 39 daquele documento expedido por João sem Terra sob a pressão dos barões ingleses, o direito titularizado pelos homens livres de serem invioláveis em seus direitos concernentes à vida, à liberdade e à propriedade, os quais somente poderiam ser comprometidos ou extintos *per legem terrae (law of the land)*. A expressão inicialmente utilizada foi logo substituída pelo *due process of law*, sendo que no século XIV (1354), durante o reinado de Eduardo III, uma lei do parlamento inglês trouxe, categoricamente, essa expressão.

Foi exatamente ela que adentrou o constitucionalismo positivo norte-americano, constando da Emenda V, à Constituição dos Estados Unidos, na qual se assegura que

“ninguém será detido para responder por crime capital ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos em que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar ou na milícia, quando em serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, *nem ser privado da vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal*; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público sem justa indenização”.

Também a Emenda XIV da Constituição norte-americana refere-se, expressamente, ao devido processo legal, ao estabelecer que “nenhum Estado-membro privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal...”. Conquanto essa Emenda XIV faça referência aos Estados-membros da Federação, a sua importância acentuou-se pela dimensão que adquiriu com a interpretação que se lhe foi atribuída, dela se extraíndo a igual proteção para todos, a expansão das garantias relativas ao patrimônio jurídico, cujo comprometimento somente poderia vir a ocorrer no bojo de processo reto e justo, havido perante o juiz natural, nos termos processuais anteriormente previstos e garantidores de participação ampla do acusado.

A juridicidade do exercício do poder passou a ter, no princípio do devido processo legal, a sua manifestação excelente. Mais ainda, na interpretação da Suprema Corte, esse princípio contém a noção da juridicidade justa, afirmando Feliz Frankfurter que

“acha-se assentada a doutrina por esta Corte que a cláusula do *due process* enfeixa um sistema de direitos baseado em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimentos de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada tal como concebida por toda nossa história. *Due process* é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo”¹¹.

O princípio do devido processo legal compreende um conjunto de elementos jurídicos garantidores dos direitos fundamentais em sua persecução quando ameaçados, lesados ou simplesmente questionados, tais como o do direito à ampla defesa, ao contraditório, ao juízo objetivo, motivado prévia e naturalmente identificado, entre outros. Esse princípio é um instrumento de legitimação da ação do Estado na solução das indagações sobre os direitos que lhes são postos e um meio formal e, previamente conhecido e reconhecido de viabilizar-se o questionamento feito pelo administrado. Pelo que, se nos seus primeiros momentos de concepção e aplicação, foi ele considerado como garantia formal tão-somente, assim não persistiu por largo período, passando-se a vislumbrar, posteriormente, a sua natureza de garantia substancial sem a qual o direito material reconhecido nos sistemas jurídicos não teria eficácia¹².

Mas além de se ter reelaborado para comportar não apenas o aspecto das garantias formais, mas também as garantias materiais, o devido processual legal, inicialmente cogitado para o processo penal, transportou-se para o

¹¹ Apud MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due process of law*. In : ROCHA, Cármen Lúcia Antunes et al. *Perspectivas do Direito Público*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 414.

¹² É célebre a assertiva de Eduardo Couture segundo o qual “Se necesita, no ya un procedimiento, sino un proceso. El proceso no es un fin sino un medio; pero es el medio insuperable de justicia misma. Privar de las garantías de la defensa en juicio equivale, virtualmente, a privar del derecho”. (Inconstitucionalidade por privación de la garantía del debido proceso. In : *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires : Depalma, t. 1, p. 194.

campo civil, onde, na lição de Ada Pellegrini Grinover, “o conteúdo da cláusula (*due process of law*)... subsume-se na garantia da ação e da defesa em juízo”¹³. Essa mesma autora adverte que

“a Justiça civil, assim como a penal, é informada por dois grandes princípios constitucionais: o direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal. Destes decorrem postulados como a instrução contraditória, o direito de defesa, a assistência judiciária, o duplo grau de jurisdição, a publicidade das audiências e outros”¹⁴.

No Brasil, o constitucionalismo positivo albergou o princípio do devido processo legal (conquanto sem a utilização da expressão), desde a Carta de Lei Imperial, de 25 de março de 1824. Esta dispunha, em seu art. 178, inciso XI, que “ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita”. A Constituição da República, de 1891, estabelecia, quase que com as mesmas palavras, o preceito, rezando, em seu art. 72, § 15:

“Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada”.

A Constituição de 1934 inovou a matéria ampliando as garantias processuais tidas como fundamentais. Além da norma que se continha nas anteriores e que nessa veio prescrita no art. 113, inciso XXVI, onde se ampliou a garantia do juízo natural também para o processo e não apenas para a sentença, como se fizera assegurar nas Constituições primeiras, (“ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude da lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita”), ali também se estabeleceu que

“XXIV - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta. XXV - Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas”.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973. p. 40.

¹⁴ Idem. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo : José Bushatsky, 1975. p. 19.

A Carta de 1937, como não poderia deixar de ser em razão de sua origem espúria e autoritária, tolheu aquela garantia do devido processo ampliada pela Constituição de 1934, deixando-se apenas, no texto havido no art. 122, inciso XI, *in fine*, que

“a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”.

A Constituição de 1946, coerente com os princípios democráticos que restabelece no Estado brasileiro, retoma a fórmula de garantias processuais mais amplas anteriormente adotadas e as alarga, dispondo, em seu art. 141, §§ 25 a 27, que:

“§ 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória. § 26. Não haverá foro privilegiado nem juízos e tribunais de exceção. § 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior”.

A Carta de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda nº 1/69, estabeleceu, em seu art. 153, §§ 15 e 16, que

“§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção. § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

Coube à Constituição da República de 1988 inserir, no elenco dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado, o do devido processo legal, com amplitude ineditamente concebida no direito brasileiro, ali se abrindo não mais apenas a garantia do processo penal e civil e da instrução criminal no caso do contraditório, mas também o processo administrativo.

É que, como antes salientado, a certeza de que também a Administração Pública atua atingindo o patrimônio de bens jurídicos das pessoas e que carece por isso mesmo de processo o seu desempenho, determinou a expansão do princípio também ao campo do direito administrativo. Aqui, mais que a retidão e justiça

determinantes da juridicidade dos comportamentos impôs-se, no conteúdo do princípio do devido processo legal administrativo, o da moralidade administrativa. O denominado poder de polícia exercido pela Administração Pública teve o seu contraponto democratizador exatamente na cláusula asseguradora do devido processo legal administrativo. Esse princípio passou a constituir uma baliza na idéia democrática da limitação do poder público. E não apenas como limite formal, mas como limite positivo material, a dizer, não somente como forma de extrema negativa, além do qual o poder não poderia atuar por adentrar o patrimônio jurídico protegido de alguém, mas também como limite material positivo no sentido de que o conteúdo das decisões administrativas e a impositividade de sua prática justa e adequada ao sistema jurídico marca-se e controla-se pelo princípio do devido processo legal. Alastrou-se ainda mais o conteúdo do princípio a albergar-se, presentemente, o próprio processo de formação do direito. A feitura das normas subsume-se ao princípio do devido processo legal e por aí se reporta e se cumpre o princípio da razoabilidade e justiça que nelas se deve ter atendido.

Quanto ao processo administrativo, o princípio do devido processo constitucionalmente assegurado significa, em primeiro lugar, o dever da Administração Pública de atuar material e formalmente segundo o que o direito determine, fazendo com que o desempenho dessa atividade se faça por uma relação tendo como um dos pólos o administrado, que participa da dinâmica administrativa; em segundo lugar, o direito desse administrado de que essa relação se desenrole segundo os princípios que conferem segurança jurídica a seu patrimônio. Assim, o devido processo legal administrativo concerne tanto à forma quanto ao conteúdo das decisões administrativas e por ele se garante a certeza tanto do dever público quanto do direito do particular na relação administrativa.

O devido processo legal administrativo compreende mesmo os princípios que informam a feitura do ato administrativo, tais como o da razoabilidade e o da proporcionalidade, de tal modo que ele traz não apenas a principiologia do processo, mas extrapola a forma e compromete a substância do provimento administrativo. Afinal, o que é reto e justo constitui a essência da legitimidade de qualquer comportamento, seja ele havido numa relação ou num ato administrativo unilateral.

Há que se anotar que o relevo dado ao princípio do devido processo legal comparece tanto na legislação infraconstitucional (mesmo antes da vigência do atual sistema fundamental) quanto na jurisprudência.

Assim, dispositivo como o que se encontra no art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51 (apelidada “lei do mandado de segurança”), que reza não ser objeto de impetração do mandado de segurança “ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”, tem sido considerado ora incompatível com a norma constitucional asseguradora do devido processo legal e seus princípios consectários¹⁵, ora constitucional com a interpretação que a conforma à garantia daquela cláusula fundamental. O que é certo é que não se nega o direito ao uso da garantia constitucional do mandado de segurança quando comprometido o princípio do devido processo legal. Esse, por ser direito fundamental, pode e tem sido normalmente questionado, quando ameaçado ou lesado, no Poder Judiciário, o qual tem considerado pertinente a impetração para segurança do patrimônio jurídico do impetrante¹⁶. De resto, o texto constitucional referente à garantia do

¹⁵ Nesse sentido leciona Carlos Mário da Silva Velloso que “a ressalva da Lei 1.533/51, art. 5º, III, não se agüenta diante do que dispõe a Constituição, art. 153, § 21 (referência feita à Carta de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1/69), que instituiu o mandado de segurança para amparar todos os direitos líquidos e certos...” (Mandado de segurança. *Revista de Direito Público*, v. 55/56, p. 343).

Também Celso Antônio Bandeira de Mello doutrina que “não sinto qualquer constrangimento em dizer que considero este art. 5º inconstitucional, porque ele estabelece um cerceio, uma contenção, que não está estabelecida em dispositivo constitucional. Este se fez amplo e se quer amplo para poder cumprir a função que lhe é inerente, de via de defesa a ser compreendida e interpretada como garantia constitucional, como forma de asseguramento da realização dos objetivos do Estado de Direito, o qual abomina a ilegalidade por parte de autoridade ou desvio de poder”.

É certo que ainda prevalecem a opinião de grande parte da doutrina processual quanto à aplicação do dispositivo contido no art. 5º, III, da Lei nº 1.533/51. Mas os doutrinadores da área constitucional ou administrativista são, hoje, grandemente favoráveis à inaplicabilidade daquele dispositivo.

¹⁶ RE 120.570 – DJ 8.11.91

Relator Ministro Sepúlveda Pertence

Ementa:... II – Garantia constitucional da ampla defesa: ofensa pela omissão da imputação.

mandado de segurança também não permite restrição quanto ao seu uso quando direito líquido e certo tiver sido ameaçado ou lesado. Assim, parece extremamente difícil a sustentação do dispositivo da Lei nº 1.533/51 em face, quer da norma constitucional do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da Constituição da República), quer da norma fundamental garantidora do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Apenas considero que não se cuida, aqui, de uma inconstitucionalidade, vez que a norma infraconstitucional antecede o advento do sistema fundamental vigente. Parece-me que a norma poderia ser considerada dotada do vício inquinado em face da Constituição de 1946, sob cuja égide foi ela elaborada. Considerando-se os diplomas que se sucederam àquela e a Constituição da República de 1988, o que pode ser tido, juridicamente, é que a norma do art. 5º, da Lei nº 1.533/51 não foi recepcionada pelo sistema. Não o integrando, não pode, por óbvio, ser cogitada de sua aplicação.

O que é certo é que a cláusula do devido processo legal, em sua concepção substantiva e não apenas formal, integra a principiologia que informa a atividade administrativa de qualquer entidade e de qualquer dos ramos do Poder Público.

Mais ainda, e o que importa consideravelmente relevar na fase atual de repensamento

A formulação e entrega do libelo acusatório e a forma, segundo a legislação aplicável ao caso, de especificar a imputação, delimitando o objeto do processo disciplinar e, via de consequência, da defesa do acusado: desde que a ciência pelo acusado da substância de fato das acusações e pressupostos elementares da ampla defesa, a sua omissão ofende o preceito constitucional que a assegura e implica a nulidade da punição”.

RTJ, v. 138.

Também “ STF MS 21726/RJ. DJ 11.3.94

Relator: Ministro Sepúlveda Pertence

Ementa: “Demissão de servidor estável: processo administrativo com garantia de ampla defesa... Ao contrário do que sucedia sob a Lei nº 1.711/52, a Lei nº 8.112/90 distinguiu nitidamente o procedimento disciplinar e inquisitivo da sindicância do processo disciplinar pela resultante, o qual se desenvolve integralmente sob os ditames do contraditório, o que impõe, sob pena de nulidade, que, antes de que se proceda à instrução, seja o acusado chamado ao feito”.

Ementário. v. 01736, p. 331.

Também STF – MS 21791 – Relator: Ministro Francisco Rezek.

Ementário. v. 01746, p. 170.

dos modelos de atuação da sociedade (por meio, inclusive, de organizações não-governamentais), é que não apenas nos processos administrativos havidos no seio dos órgãos e entidades públicas, mas também naqueles que se façam por entidades civis dotadas de competência delegada ou regulada pelo Poder Público (como se dá com as entidades de classe), é imperativo o princípio, que tem que ser acatado com rigor e observância irrestrita, pena de nulidade e de responsabilidade a quem tenha causado ablação a direito sem a sua obediência. Assim, processos administrativos passados em conselhos de categorias profissionais ou mesmo em entidades privadas têm que se submeter ao princípio do devido processo legal, de tal modo que o administrado saiba do que cuida a imputação que lhe é feita, devendo-se-lhe assegurar o direito de conhecer e de participar do processo, podendo contraditar as alegações que contra ele sejam feitas, defender-se, recorrer, etc.

2) Estabelece o art. 5º, LV, da Constituição da República, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Este dispositivo constitucional conjuga, pois, dois princípios que desdobram e manifestam o do devido processo legal considerado em sua substancialidade, a saber, o do contraditório e o da ampla defesa.

2.1) Do brocardo romano *audiatur et altera pars* o princípio do *contraditório* foi assegurado como garantia constitucional, no âmbito da instrução criminal, antes de se assentar, no sistema fundamental, a garantia ampla do processo de qualquer natureza (penal, civil ou administrativo).

A cláusula do devido processo legal, aplicável agora também ao processo administrativo como relevado acima, absorve o princípio do contraditório como sua extensão própria e insuperável.

O contraditório significa que a relação processual forma-se, legitimamente, com a convocação do acusado ao processo, a fim de que se estabeleça o elo entre o quanto alegado contra ele e o que ele venha sobre isso ponderar. Somente na dialética processual é que se afirma o Direito, de tal modo que uma assertiva e a sua contradita combinam os elementos donde o julgador

extrai, sem vínculo prévio com qualquer das partes, a sua decisão jurídica¹⁷.

O contraditório garante não apenas a oitiva da parte, mas que tudo quanto presente ele no processo, suas considerações, argumentos, provas sobre a questão sejam devidamente levadas em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetividade e não apenas se cinja à formalidade de sua presença.

Por isso mesmo o contraditório deve ser resguardado em todo o processo, vale dizer, mesmo em fase de recurso; apresentado um, há que se ouvir a parte contra quem se recorre, para que ela possa contra-arrazoar o quanto posto pelo recorrente.

2.2) Também o direito à *ampla e prévia defesa* é assegurado constitucionalmente e prevalece, integralmente, no processo administrativo¹⁸.

A garantia processual-constitucional da ampla defesa foi assegurada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes mesmo de ser entronizada a sua expressão no texto da Lei Fundamental da República¹⁹. Esse Tribunal sumulou que “é necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso” (súmula 20) e, ainda, que “funcionário em estágio

¹⁷ Daí é que os processualistas retiram o princípio da “bilateralidade da audiência”, pelo qual o juiz, ouvindo uma parte, não pode deixar de ouvir a outra, a fim de que os dois lados da relação processual possam oferecer os elementos processados que, sopesados, serão considerados pela autoridade competente no julgamento oferecido.

¹⁸ A Constituição da República expressa a garantia da “ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Ocorre que não se admitiria que essa defesa pudesse ser feita após a decisão administrativa, após a emissão do ato punitivo, por exemplo, em caso de processo disciplinar. O que se tem como certo é que, para que se tenha o contraditório e a defesa e possam ser exercidas ampla e livremente, haverá que ser notificado (ou citado, conforme o caso) o processado na fase inicial, a fim de que se possa ter a eficácia da defesa. Ela será prévia em relação à decisão, não se admitindo que após a realização dos atos essenciais ou até mesmo do julgamento é que se dê conhecimento e oportunidade para o processado contraditar as alegações contra ele feitas ou defender-se do quanto contra ele afirmado.

¹⁹ No plano infraconstitucional, a legislação também garante o princípio da ampla defesa, expressamente, especialmente nos documentos legais que contém os estatutos de servidores públicos. Cf. art. 143, da Lei nº 8.112/90.

probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade” (súmula 21), havendo iteratividade e perfeita coerência de suas decisões, garantindo a ampla defesa em qualquer processo no qual direito de alguém esteja sendo questionado, podendo ser comprometido.

O princípio da ampla defesa acopla várias garantias. O interessado tem o direito de conhecer o quanto se afirma contra os seus interesses e de ser ouvido, diretamente e/ou com patrocínio profissional sobre as afirmações, de tal maneira que as suas razões sejam coerentes com o quanto previsto no Direito. Na primeira parte se tem, então, o direito de ser informado de quanto se passa sobre a sua situação jurídica, o direito de ser comunicado, eficiente e tempestivamente, sobre tudo o que concerne à sua condição no Direito. Para que a defesa possa ser preparada com rigor e eficiência, há de receber o interessado todos os elementos e dados sobre o quanto se põe contra ele, pelo que haverá de ser intimado e notificado de tudo quanto sobre a sua situação seja objeto de qualquer processo. Assim, não apenas no início, mas no seguimento de todos os atos e fases processuais, o interessado deve ser intimado de tudo que concerne a seus interesses cogitados ou tangenciados no processo²⁰. *Tem o direito*

²⁰ SFT. re-165680/SC – Relator: Ministro Ilmar Galvão.

Ementa: “PoliciaI militar do Estado de Santa Catarina. Licenciamento a bem da disciplina. Invocação do estatuto da polícia militar. Ausência de procedimento administrativo. Alegação de contrariedade aos incisos LIV e LV da Constituição Federal. Matéria pré-questionada.

O ato de licenciamento do recorrente, a bem da disciplina militar, com base no Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, não foi precedido de procedimento administrativo para o esclarecimento das faltas apontadas como infrações disciplinares, capazes de autorizá-lo, verificando-se completa omissão de defesa. O Judiciário, mesmo sem entrar no mérito da atuação administrativa, tem poderes para examinar o ato sob o prisma constitucional do devido processo legal e da ampla defesa”.

(DJ, p. 29535, 15 set. 1995. *Ementário* v. 01800-09, p. 0165)

Também “STJ. RMS 1.074/ES

Relator: Min. Peçanha Martins

– Processo Disciplinar – Fato qualificado – Garantia de defesa.

– A portaria inaugural e o mandado de citação, no processo administrativo, devem explicitar os atos ilícitos atribuídos ao acusado. Ninguém pode

*de argumentar e arrazoar (ou contra-arrazoar), oportuna e tempestivamente (a dizer, antes e depois da apresentação de dados sobre a sua situação jurídica cuidada na espécie), sobre o quanto contra ele se alega e de ter levado em consideração as suas razões*²¹. A apresentação de defesa formal, produzida com a argumentação que comprove a sua contradição ao quanto contra ele se alega, pode ser feita diretamente ou mediante patrocínio profissional. A *garantia do advogado* (art. 133 da Constituição da República) exige mesmo que o Estado providencie um, mesmo no processo administrativo,

defender-se eficazmente sem pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas. Apesar de informal, o processo administrativo deve obedecer às regras do devido processo legal.

– Recurso conhecido e provido”.

RDA, v. 188, p. 136.

O Projeto de Lei nº 2.464/96, fruto de trabalho de comissão presidida pelo insigne administrativista Caio Tácido e em tramitação no Congresso Nacional, estabelece, no art. 3º, que I – “O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados... II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter visto dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; IV – fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei”.

No mesmo projeto se contém a estatuição da forma de comunicação dos atos processuais aos interessados (arts. 26 a 28).

²¹ É certo que se podem encontrar acórdãos, inclusive do STF, como o que contém a seguinte decisão: “RE-75251/PR. Relator: Ministro Aldir Passarinho. *DJ*, 4 fev. 1983.

Ementa: Militar. Soldado da Polícia Militar do Paraná.

Lei nº 1.943... Ampla Defesa. Art. 153, § 15, da Constituição Federal. A ampla defesa a que se refere o art. 153, § 15, da Constituição não é de ser entendida como prévia defesa, perante a Administração, salvo se houver a respeito expressa previsão legal ou regulamentar. A ampla defesa prevista na norma constitucional e a defesa em juízo. No código de Polícia Militar do Paraná... a expulsão do soldado, com menos de 10 anos de serviço, pode efetuar-se independentemente de prévia sindicância ou inquérito. Cabe-lhe, se inconformado, discutir no judiciário, a ilegalidade do ato administrativo”.

Cuida-se, todavia, de decisão que não encontra respaldo na maioria dos julgados dos tribunais brasileiros, muito rigorosos na exigência da ampla defesa. Cf. *RDA*, v. 161, p. 79-82, *RDA*, v. 188, p. 136-138, *RDA*, v. 157, p. 83-89, *RDA*, v. 152, p. 69-77.

para aquele que lhe requisitar, comprovando-se que não o pode contratar sem o comprometimento de suas condições de subsistência ou de seus dependentes. Para a comprovação de seus argumentos e razões, tem ele o *direito de produzir provas, na forma juridicamente aceita*. É certo que, no julgamento de casos submetidos a seu exame, o Poder Judiciário brasileiro não se abstém de verificar o que seja a defesa ampla e a alegação de necessidade de provas, declinando quando sejam elas dispensáveis ou meramente protelatórias, o que não se inclui na definição normativa do princípio. Todavia, o Poder Judiciário tem sido extremamente rigoroso na observância dessa garantia, vez que ela informa o princípio do devido princípio legal, assegurando a sua eficácia jurídica plena.

É de se relevarem, para os efeitos estreitos do presente estudo, três questões constantes sobre a matéria, mais recentemente, nos tribunais brasileiros: a primeira, a aceitação, ou não, da denominada “verdade sabida”, que tem limitado, na prática, a aplicação do princípio constitucional da ampla defesa; a segunda, relativa ao desfazimento de ato administrativo praticado invalidamente (contra o Direito) pela autoridade unilateralmente; e a terceira, concernente ao direito ao recurso administrativo como uma formulação ou manifestação do princípio da ampla defesa, vez que nele se reproduz e se oferece oportunidade ao interessado para expressar o quanto alega em sua defesa em outra instância.

Quanto à apelidada “verdade sabida” – considerada como a ciência tida diretamente pela autoridade de fato que o leve a punir servidor público sem para tanto ouvi-lo, nem permitir a sua defesa, vez que a circunstância que conduz à pena passou-se em sua presença ou com o seu conhecimento imediato²² –,

²² Segundo Hely Lopes Meirelles, “verdade sabida é o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator... Em tais casos, a autoridade competente que providenciou a infração, aplica a pena pela verdade sabida, consignando no ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida e presenciada a falta. Esse meio sumário só é admissível para as penalidades cuja imposição não exija processo administrativo disciplinar. Tem-se considerado também como verdade sabida a infração pública e notória estampada na imprensa ou divulgada por outros meios de comunicação de massa. O essencial para se enquadrar a falta na verdade sabida é seu conhecimento direto pela autoridade competente

foi ela aceita por longo período pelos tribunais. Entretanto, o advento do princípio constitucional do devido processo legal impede que se possa aceitar a “verdade sabida”, porque a punição sem qualquer exigência de apuração da falta, do contraditório ou de formalização do processo agrava, à evidência, o princípio da ampla defesa. Como poderia o interessado alegar qualquer circunstância que atenua ou altera a interpretação de um fato cometido, se a ele não se oferecer a dilação probatória das circunstâncias que constituam, eventualmente, a sua defesa? Como se especificarem as condições nas quais ocorreu um fato, se apenas a afirmação do comportamento é feita unilateralmente pela autoridade? Como se demonstrar a distorção, produzida, por exemplo, em notícias veiculadas pela mídia, se não se assegurar a dilação probatória ao interessado? Tem-se, pois, que a denominada “verdade sabida” não pode ter qualquer aceitação no sistema jurídico vigente, por contrariar, cabalmente, o princípio do devido processo legal e cercear, em sua raiz, a ampla defesa constitucionalmente assegurada.

Muito próxima à questão que se tem com a aplicação da denominada “verdade sabida”, pode ser considerada outra, qual seja, a da produção do ato administrativo unilateral para desfazimento de ilegalidade que o vicia e que seja notada pela autoridade posteriormente ao seu fazimento.

O Supremo Tribunal Federal sumulara que: “Súmula 346 – A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” e, ainda, que: “Súmula 473 – A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos...”. Na mesma linha de entendimento firmado inclusive pela doutrina e jurisprudência pacíficas de todos os tribunais e juízos, no sentido de que o vício de antijuridicidade terna de mácula invalidadora insanável o ato administrativo, dele retirando a possibilidade de produzir efeitos válidos, a Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União) veio dispor, em seu art. 114, que “A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade”. Note-se que a norma passou a se referir à revisão do ato administrativo viciado

para puni-la, ou sua notoriedade irretorquível. Não obstante, embora sem rigor formal, deve-se assegurar a possibilidade de defesa”. (*Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1995. p. 590)

como competência-dever. Se alguma competência administrativa pode ser exercida como uma faculdade quanto à definição do tempo e motivos de conveniência, no caso de desfazimento do comportamento público em razão de ilegalidade, não se há de cogitar de tal natureza quanto a qualquer dos elementos que a integram. Afirma-se na norma que a administração *deverá*, ou seja, terá que rever seus atos quando eivados de ilegalidade. A questão põe-se para se saber se a Administração terá que formalizar o processo administrativo para o desfazimento de todo e qualquer ato, quando se deparar com uma situação de ilegalidade que ela própria constata, apura e sobre a qual conclui após a sua prática. É que o ato pode – e em geral deve – ter produzido efeitos no patrimônio de alguém, basicamente um administrado ou um servidor público. Ocorre que o bem que teria sido tutelado ou constituído pelo advento do ato não terá gerado direitos, pois ato nulo não é fonte de direitos. É, então, de se indagar se também nesse caso a hipótese impõe a formalização de processo administrativo. Preliminarmente, há mister de se relevar a norma contida no art. 148, da Lei nº 8.112/90, que contém o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, segundo a qual “o processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”. Para um processo específico, pois, qual seja, o disciplinar, não se haveria como se cogitar de processo quando do desfazimento de ato administrativo nulo, porque não há, então, o que apurar quanto à responsabilidade de servidor. A responsabilidade pela nulidade será, em princípio e em geral, de autoridade da qual tenha emanado o ato, sem que o servidor tenha contribuído necessariamente para a prática revista em razão da ilegalidade verificada. E se o ato nulo não gera direitos, e se não se há de falar em ablação de direitos (que não são constituídos por ato enodados visceralmente pela ilegalidade), não se haveria de falar em processo.

Ocorre que o patrimônio jurídico do interessado pela prática do ato é atingido. Ainda que para a sua ciência e para que ele, inclusive, possa se contrapor ao desfazimento do ato, oferecendo argumentos no sentido de sua manutenção ou da manutenção de seus efeitos, a

jurisprudência dos tribunais tem determinado a realização de processo²³.

A se manter o entendimento, no sentido de que qualquer movimento da administração pública que se assente ou se reflita no cabedal de bens jurídicos do administrado ou de servidor público, depende de um processo, é de se colocar em dúvida quanto à prevalência ou pelo menos à interpretação dada ao disposto nas súmulas do Supremo Tribunal Federal, acima transcritas. Pelo conteúdo das súmulas e, mais ainda, pelo que se tem na Lei nº 8.112/90 (art. 114), à Administração Pública se reconhece competência para a prática de ato administrativo unilateral revisor de outro, praticado sem o devido fundamento legal, que lhe daria validade e, na esteira desta, eficácia jurídica. Ocorre que a imposição desse ato, mesmo quando tocado pelo vício da antijuridicidade, que somente pode ser praticado no bojo de um processo administrativo, altera a interpretação da norma de competência, pois essa não poderia ser exercida senão com a audiência do interessado e a garantia do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. E não é outra a interpretação que tem prevalecido na jurisprudência, onde se vê que a prática de ato administrativo revisor de cometimento anterior por vício de contrariedade ao Direito depende, segundo se tem entendido, exatamente de um processo, no qual se estabelece o contraditório com o interessado.

²³ “STJ. ROMS 928-0/MG

Relator: Ministro Américo Luz

Ementa: Servidor Público. Ato Administrativo. Ilegalidade.

– O poder de a Administração anular seus próprios atos não é absoluto, sob pena de malferir, como na hipótese, os princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Por isso inválido de pleno direito o ato que anula outro sem preceder ao processo administrativo exigido como condição para que o servidor estável possa perder o cargo.

– Recurso provido. Decisão unânime”.

“STJ. RMS 281/SP

Relator: Ministro Demócrito Reinaldo

– Funcionário Público – Sindicância – Ampla Defesa.

– O processo de sindicância não tem forma e nem figura de juízo, não obedece a procedimento específico, nem ao princípio do contraditório. Ao indiciado não cabe alegar defeitos ou irregularidades na sindicância (ou vícios de intimação), porquanto a sua defesa será sempre feita, de forma exaustiva e eficiente, na fase do inquérito administrativo, como ocorreu na hipótese”.

Também vinculado ao direito à ampla defesa é o direito à revisão e/ou recurso administrativo. Este é uma extensão do direito à ampla defesa, uma forma de exercê-lo. É a Constituição da República que, no mesmo art. 5º, inciso LV, acopla ao direito à ampla defesa “os meios e os recursos a ela inerentes”. O interessado reapresenta a sua argumentação e o seu arrazoado na instância recursal e vê a sua fundamentação ser objeto de novo exame. Na verdade, o recurso é um segundo momento de defesa, agora na instância e perante o juízo recursal competente. As decisões administrativas, inclusive e principalmente aquelas proferidas no processo, podem conter equívocos. São obras humanas e, como tal, sujeitas a desvios e a falhas, como os próprios homens. Daí a necessidade que se foi demonstrando de que as condutas estatais – especialmente aquelas havidas numa relação de contraditório e de questionamento e talvez comprometimento de direitos – submetem-se a duplo exame, porque a oportunidade de haver uma segunda análise propicia uma melhor conclusão e uma maior segurança, diretamente, para o interessado e, reflexivamente, para a coletividade. À própria autoridade que tenha proferido a decisão recorrida é oferecida uma oportunidade de reexame, em geral, vez que a ela é que se dirige o recurso e o pedido de reconsideração, o que, não ocorrendo, determina a remessa do mesmo à autoridade hierarquicamente superior. Os recursos administrativos são específicos ou não, conforme sejam contemplados na legislação infraconstitucional para processos determinados (casos do processo de licitação ou do processo disciplinar, por exemplo) ou para o processo administrativo em geral.

3) O processo administrativo informa-se também, constitucionalmente, pelo *princípio da publicidade*, ressaltando-se apenas casos em que o interesse público, ou o específico do interessado ou de quem lhe seja dependente, determinar tratamento sigiloso, o que não exclui, contudo, a participação permanente deste na tramitação.

A publicidade é princípio constitucional da Administração Pública (art. 37 da Constituição da República), estabelecendo-se como consecutório necessário do próprio princípio democrático. Não há como haver a participação do povo no exercício do poder se não se contar com o conhecimento público dos atos por ele praticados. Pelo que der ciência ao povo, a dizer, tornar públicos os atos havidos no desempenho

das funções do poder é imperativo do regime político.

Vinculada a ideologia e a principiologia do processo ao regime político adotado, conforme lembrado acima, não se poderia deixar de coligar também os princípios que fundamentam um e outro.

Os princípios que informam o processo democraticamente cuidado no Direito são, pois, os mesmos que embasam esse regime político. O princípio da publicidade, portanto, apresenta-se como um daqueles que se põem como fundamentais para que o processo possa cumprir o seu objetivo garantidor de direitos, especialmente aqueles que concernem à liberdade. Processo sigiloso ou sem publicidade é antidemocrático. Mais que isso, em geral não é processo; é um mero ato de força formalizado em palavras sem forma de Direito e sem objetivo de Justiça.

Note-se que a Constituição da República encarece a publicidade inerente a todas as formas de processo, judicial e administrativo. No primeiro caso, dela cuidou a Lei Fundamental expressamente, ao dispor, no art. 93, IX, que

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

O dispositivo contém três normas bem definidas, a saber, o princípio da publicidade dos julgamentos, o princípio da motivação suficiente (fundamentação das decisões) e a possibilidade de se conferir tratamento excepcional ao primeiro, se a lei o determinar para e quando “o interesse público o exigir”.

Poder-se-ia pensar que tendo o constituinte situado o princípio da publicidade no capítulo do Poder Judiciário, teria excluído a atividade administrativa e os processos havidos no seu desempenho do acatamento de idêntico princípio. Ocorre que, ao expressar a imperatividade do princípio da publicidade no art. 37, para toda e qualquer atividade administrativa de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o constituinte estabeleceu a extensão e imposição do mesmo ao processo administrativo, que é uma das manifestações daquele desempenho. Até mesmo porque esse processo pode ter e tem

lugar no exercício da atividade administrativa em sede de qualquer dos poderes do Estado.

Também nesse caso, a publicidade pode exibir face mais amena, quando o interesse público o exigir e quando a própria liberdade do interessado tiver que ser relevada sobre a ciência pública do processo. Nesse caso, a lei (e somente nos casos e ocasiões em que ela assim estabelecer) poderá definir hipóteses em que apenas o interessado e seu advogado terão acesso e presença no julgamento. Mas não haverá segredo processual, menos ainda para o interessado, sob pena de nulidade absoluta. Por isso mesmo é que a comunicação de todos os atos e práticas processados, a informação escoreita de todos os elementos contidos no processo impõe-se como obrigação do processante em relação ao interessado direto e até mesmo ao terceiro. Sem a publicidade do processo, não se tem segurança jurídica; sem o conhecimento pelo interessado, não se tem garantia de sua participação livre e democrática.

4) Processo não é improvisado; não se faz com opinião; não admite subjetivismo. O processo é instrumento que se formaliza para conferir segurança ao interessado e à sociedade e para garantir seriedade ao quanto nele se ponha como objeto de apuração e decisão.

Daí por que se impõe a *objetividade* como qualidade necessária *do processo*. Há de se conhecer todos os elementos que conduzem à abertura do processo (tais como a infração a se apurar, os fatos determinantes de tal início processual, etc.), ao seu seguimento, os dados e elementos colhidos em seu curso e que são considerados para o julgamento.

Mesmo nos casos em que o Direito estabelece condições de objetividade incontestes, tais como prazo para determinada prática, apurável pela contagem de tempo, etc., há que se esclarecer tal situação no processo, de tal maneira que o interessado possa conhecer do quanto contra ele se alega, como se apura e o motivo por que se conclui em determinado sentido. Assim, por exemplo, em caso de abandono de cargo de servidor público, cujo cômputo é feito em dias na legislação específica, há que se iniciar um processo, oferecendo ao interessado a oportunidade de defender-se amplamente, porque, conquanto a lei refira-se ao abandono como a ausência do exercício do cargo por determinado período, ela mesma também excetua de apenação a situação em que haja um motivo que desqualifique como punível

tal ausência. Haverá, então, que ser assegurado ao servidor ausente o direito de comprovar ocorrência que, por exemplo, exclua de punibilidade administrativa a sua falta, o que somente pode ocorrer quando se objetivar, no processo, em que período, como se apurou, etc., a ausência tida, inicialmente, como ilegal.

Toda decisão administrativa – mais ainda aquela que se dê em processo – tem que ser objetiva e fundamentada. No primeiro elemento se tem o princípio da objetividade administrativa, que comprova o cumprimento da finalidade pública assinalada legalmente, e no segundo se tem a garantia do princípio da motivação, sem o qual não se há de cogitar do controle de juridicidade e de legitimidade do exercício do poder público.

A objetividade do julgamento é característica de qualquer processo. E para que essa objetividade possa ser visível e controlável é que se põe, como seu corolário, o princípio da motivação suficiente.

O dever de fundamentação formal e suficiente dos atos decisórios estatais, especialmente aqueles emitidos em processo judicial ou administrativo, tem como finalidade dar concretude ao princípio da juridicidade e da precedência da norma de Direito aplicável aos casos, objeto de atuação do Estado, a impedir o arbítrio e qualquer forma discriminatória contra o cidadão. Tanto o princípio da proteção jurídica do cidadão ou de qualquer pessoa, quanto o sistema de controle dos atos estatais somente podem ser garantidos quando a decisão do Estado mostrar-se objetiva e fundamentadamente. É a fundamentação do ato decisório que torna possível ao interessado submeter-se a ele, ciente de que se acha resguardada, de qualquer forma, a sua segurança jurídica e, ainda, se permitindo que ele aceite o conteúdo do ato e a aplicação do Direito ao caso em que figura como parte. A sua segurança jurídica, no caso, mostra-se pela possibilidade de que dispõe de fazer o controle jurídico do ato de decisão, circunscrevendo-se, assim, o âmbito de sua proteção assegurada no e pelo Direito. Note-se que os efeitos da motivação substancial e formalmente contidos no ato decisório não se inscrevem apenas no plano do interesse imediato do administrado ou jurisdicionado, mas no plano da coletividade, em razão da garantia dos fins coletivos que são buscados no regime político democrático e no exercício legítimo do poder que nele se põe como único possível de ser aceito. Quando um cidadão tem

a sua segurança jurídica, todos os outros certificam-se da sua. A efetividade jurídica garantidora do patrimônio de um cidadão é que assegura a eficácia social do Direito em toda a coletividade.

Note-se que a fundamentação do ato decisório emitido no processo há que ser suficiente, quer dizer, que ela seja clara e que o seu enunciado contenha os elementos que demonstrem a correlação lógico-jurídica necessária entre os fatos apurados e a decisão proferida²⁴. Remissão à lei ou à cláusula ou ao dispositivo de norma jurídica sem a explicitação da relação lógico-normativa com os fatos que conduzem à aplicação, não cumpre o princípio da motivação suficiente. Referência à lei não é motivação, menos ainda suficiente. Nem se diga carimbo pré-confeccionado de julgado. Processo não tem bula. Nem Direito é carimbo, porque a vida não tem formulário pronto.

A motivação suficiente é que objetiva a decisão processada. Julgamento subjetivo é ato de arbítrio. Arbítrio é negação da liberdade, é antinômico à democracia.

5) Princípio constitucional processual por excelência é o do *tratamento isonômico das partes*. Mas quando se cuida de processo administrativo, a aplicação desse princípio – que constitui uma manifestação do princípio da igualdade jurídica – encontra uma condição diversa daquela que se toma para o processo judicial. Neste, o Estado desempenha o papel fundamental de equidistância e distanciamento das partes (ressalvada a sua situação também de parte, nos casos em que compareça como autor, réu, litisconsorte ou interessado). Como julgador, o Estado exclui-se da tensão litigiosa, pois ele se põe como elemento de desfazimento e solução do conflito.

No processo administrativo, mantém-se o princípio da identificação obrigatória das partes, sem o que se perde a objetividade e

²⁴ Leciona José Oswaldo Gomes que “não é suficiente a fundamentação que apenas enuncia fundamentos de facto ou só de direito, e muito menos aquela que se limita a invocar a lei ou os princípios de direito, sem os enunciar, ou que, sem qualquer outro motivo, refere apenas o preceito legal... sempre se terão de rejeitar aquelas (fundamentações) que apontem apenas um princípio de motivação ou que se limitem a formular uma conclusão. É o que, no direito francês, se designa por proibição de fórmulas *passé-partout* que, podendo utilizar-se para todas as situações, não são aplicáveis ao *thema decidendum*”. (*Fundamentação do acto administrativo*. Coimbra : Coimbra Ed., 1981. p. 123)

formalidade que protegem o espaço de segurança jurídica do administrado e reformula-se o princípio da paridade das partes segundo os princípios jurídicos que presidem a atuação do Estado. Esse tem como finalidade precípua a realização dos fins de interesse público; logo, para que esse se cumpra, há que se sobrelevar sobre interesses particulares. Tanto se reflete no processo administrativo.

Todavia, não se pode deixar de considerar o princípio da isonomia das partes processuais.

Em primeiro lugar, saliente-se que, no processo administrativo, o Estado – na condição de pessoa exercente das funções de administração do bem público – cumpre mais de um papel, comparece em situação dúplice: como pólo ativo ou passivo de arguição feita e como julgador da situação processada. Aqui, contudo, a sua condição de julgador distingue-se daquela que ostenta no processo judicial. É que enquanto neste há uma evidente equidistância das partes litigantes (mesmo quando o Estado é parte, pois o órgão encarregado de exercer a jurisdição não compõe o poder nem se confunde com a função jurisdicional), no processo administrativo o órgão julgador integra o poder que administra, e no exercício de cuja função emerge o conflito a ser solucionado. A aplicação do princípio da separação de poderes desguarnece-se, aqui, de sua aplicação mais clara e rigorosa, cedendo lugar a uma relação que é, então, extremamente sensível, delicada e vulnerável.

Privilégios de qualquer pessoa, inclusive a estatal, são inconstitucionais. Assim, por exemplo, a estatuição, em norma rigorosa e frontalmente agressiva ao princípio da igualdade jurídica das partes no processo, de privilégios de prazos da Fazenda Pública (em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer), duplicidade obrigatória de exame de decisão judicial etc., são contrárias à Constituição. A violência sem fundamento constitucional ao princípio magno da igualdade jurídica torna inválidas as normas que contemplem tais privilégios, não podendo elas ser consideradas recepcionadas (aquelas que antecedem a promulgação da Lei Fundamental da República) ou inconstitucionais (aquelas que procedem tal promulgação).

As denominadas “prerrogativas” da Administração Pública (que se apresentam em alguns processos administrativos, como, por exemplo, o de licitação e mesmo, em alguns casos, no disciplinar, como a utili-

zação de documentos e provas havidas em seus próprios aparatos burocráticos) são antes deveres que faculdades, menos ainda privilégios que ela ostenta, e têm como única justificativa o zelo e o comprometimento com o interesse público maior e determinante da atuação estatal.

Não podem ser compreendidas, então, as prerrogativas como faculdades excepcionais e superiormente diferenciadoras da entidade pública em relação ao particular, naquilo que ambos apresentem como iguais de sua situação jurídica. Prerrogativas adaptam-se e dão concretude aos princípios constitucionais. Não há prerrogativas contrárias às matrizes constitucionais, menos ainda quanto aos princípios que informam o sistema fundamental.

Não se haverá, pois, de cogitar-se de prazos diferenciados para a prática de quaisquer atos processuais, nem de possibilidade de presunções favoráveis à entidade administrativa em detrimento ou diferenciadamente do particular, nem o que quer que favoreça ou facilite, imotivadamente, o comportamento público, discriminando privilegiadamente a pessoa estatal. A discriminação que beneficia o Estado prejudica o particular. O mesmo ocorreria, de resto, se do contrário se cogitasse, mas, em geral, os “privilégios” são exibidos pela entidade pública, ainda fantasiada com o argumento de que privilegia-se pela condição de responsável pelo privilegiado interesse público. Nada é mais interesse público que a garantia de cada um e de todos de que a igualdade jurídica prevalece em todos os casos em que não haja fundamento jurídico para desigualar, ou, dito de outro modo, que não há desigualdade jurídica a relevar.

6) Princípio constitucional processual encarecido no sistema democrático e que tem raízes remotas é o do *juiz natural*. Emanado também do princípio da igualdade jurídica (que proíbe a discriminação beneficiadora tanto quanto a prejudicial a alguém, o que, no caso, ocorreria pela escolha específica de julgador para determinado caso e pessoa), o princípio do juiz natural compõe-se da garantia de juízo pré-constituído, de um lado, e pela segurança de que o julgamento será feito por um órgão e agentes pré-qualificados, sem vinculação ao caso posto à análise, o que assegura a imparcialidade do julgado. Daí a expressão constitucional no sentido de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela

autoridade competente” (art. 5º, inciso LIII, da Constituição da República)²⁵.

No processo judicial, o princípio é interpretado e aplicado pela identificação prévia do juízo encarregado de julgar. Com essa pré-constituição assegura-se a independência e a desvinculação com as partes, vez que o juiz não terá sido escolhido a partir da situação a ser analisada e decidida, mas previamente. Acope-se a essa norma aquela que se segue a ela no conjunto dos direitos constitucionais fundamentais no sentido da vedação de foro privilegiado e tribunais de exceção e se tem, então, a garantia de que o julgamento será objetivo e calcado nas condições de fato e de direito aferidas e aplicadas sem qualquer tomada prévia de posição em relação a uma das partes, o que provocaria, evidentemente, o desequilíbrio desigualador das partes. O juiz natural deixa patenteada a independência do juiz e a sua liberdade em relação às partes, o que compõe a sua imparcialidade, a dizer, a sua não-ligação suspeita, juridicamente, com qualquer das partes, a determinar previamente o seu juízo.

No processo administrativo, a definição da competência para o processo não é sempre prévia. Haverá que se conferir competência ao órgão ou agente processante, e tal conferência se dará nos estritos termos da legislação vigente. Todavia, nem sempre, reitera-se, tal competência será detida por um órgão ou agente antes de se verificar a ocorrência da situação a ser investigada, instruída e decidida.

Afirma-se “nem sempre” porque há os casos para os quais a competência é previamente definida. Assim, por exemplo, não é incomum comissões de pessoal competentes conhecer e solucionar situações de questionamento de servidores no âmbito dos poderes a cujos quadros eles pertencem (especialmente no Poder Executivo é freqüente a existência dessas comissões). Também nas entidades da Administração Pública Indireta compõem-se comissões com aquela atribuição processual,

²⁵ Esse princípio compareceu nas Constituições brasileiras desde o Império, omitindo-se quanto a esta garantia apenas as Cartas de Lei antidemocráticas e ilegítimas outorgadas nos anos de 1937, 1967 e pela denominada Emenda nº 1, datada de 1969. Em todas as outras, o princípio garantidor do juiz natural foi expresso entre os direitos fundamentais (art. 149, inciso 11, da Carta Imperial de 1824; art. 72, § 15, da Constituição Republicana de 1891; art. 113, inciso 26, da Constituição de 1934; art. 141, § 27, da Constituição de 1946).

normalmente composta por servidores da própria pessoa jurídica, com prazo de exercício previamente definido. Algumas leis, como a de licitações (Lei nº 8.666/93), estabelecem a existência de comissão de licitação, no círculo de cuja competência se passa o processo licitatório e que julga os recursos interpostos pelos interessados ou pelos licitantes. Também se tem tornado mais e mais comum a instituição de corregedorias nos diversos órgãos da Administração Pública, e a elas se confere, legalmente, competência para os processos administrativos. Nesses casos todos, a competência é previamente estabelecida, o que atende bem ao princípio constitucional.

Todavia, há casos em que a Comissão processante²⁶ é instituída, quando surge uma situação a exigir apuração, no âmbito de um processo. Aí se tem, então, uma competência estabelecida posteriormente ao fato ou à situação que exige o processo, mantendo-se, entretanto, a obrigatória exigência de definição da medida de capacidade de ação do órgão constituído, sua condição de independência, insuspeição e condição de imparcialidade em relação ao processado, pena de arguição de nulidade de sua constituição e de seu trabalho por lesão aos direitos do interessado.

O cuidado para a constituição da Comissão administrativa processante impõe-se por razões relevantes. O julgamento pelos próprios pares pode conduzir a desvios graves, quer no sentido de se atuar corporativamente no sentido negativo, qual seja, o de se formalizar um

²⁶ A legislação refere-se a comissão de inquérito e a autoridade julgadora (art. 149 da Lei nº 8.112/90, por exemplo). Mas, em geral, o que se tem é o processo feito perante uma Comissão processante, competindo à autoridade competente para a emissão do ato punitivo (Presidente da República, Governador do Estado ou do Distrito Federal e Prefeito, ou quem a lei determinar se se cuidar de autoridade diversa) a sua prática, com fundamento na conclusão exarada no processo. Como a prática do ato, inclusive punitivo, é dever e não mera faculdade, do quanto havido no processo não pode se afastar a autoridade competente para aquele cometimento, pena de responsabilizar-se pela omissão ou pela conduta imotivada.

É de ser mencionada a figura do *Ombudsman*, ou ouvidor-geral, que recebe reclamações de servidor ou de administrado em geral a demandar apuração de fato ou situação de qualquer natureza, ameaçadora ou lesivo a interesses ou direitos específicos ou inespecíficos, a quem a lei, às vezes, também outorga competência para a investigação e para acionar o órgão competente pelo processo administrativo.

processo para não se permitir que o processo contra alguém cumpra o seu objetivo de investigação, instrução e decisão sobre situações de fato e de direito, o que agride todos os princípios que asseguram a realização do interesse público; quer no sentido oposto, vale dizer, de se atuar discriminatoriamente, processando-se alguém a quem se imputa previamente uma situação jurídica independentemente do que se venha a produzir como razões e provas no processo.

O processo administrativo passa-se no âmbito da entidade estatal autora da conduta sobre a qual se disputa, donde a comissão processante ser, em geral, composta por servidores públicos que participam do mesmo grupo do interessado (caso de processo disciplinar contra servidor público), ou desempenham a função administrativa que surge no bojo da situação discutida (caso de processo havido no curso de licitação), ou, ainda, representam uma das partes interessadas na decisão (caso de processo administrativo em que se indaga sobre uma decisão administrativa unilateral e em que o interessado submete a novo exame, da mesma entidade, o quanto decidido).

Para que essas maiores dificuldades constatadas no processo administrativo não constituam hipóteses de exclusão do Direito ou de inaplicação do Direito ao caso, é que se tem que conjugar os princípios constitucionais acima elencados – entre outros implícitos e identicamente componentes do sistema constitucional adotado – com o da responsabilidade pública.

A entidade pública e a particular, que faz as vezes ou desempenha funções do poder público, por delegação, concessão, permissão ou autorização, respondem pelo seu exercício segundo os princípios de direito administrativo e não segundo regras de direito privado. O princípio da responsabilidade da pessoa pública ou privada prestadora de serviço público (art. 37, § 6º, da Constituição da República) é um dos pilares do Estado democrático, donde ser inexpugnável em qualquer atuação. O processo administrativo que não seja operado segundo os princípios constitucionais e infraconstitucionais, que lhe sejam decorrentes ou correlatos, macula-se pela eiva de invalidade jurídica absoluta. Pelos danos que de um processo havido fora de tais parâmetros normativos sobrevierem ao administrado, responderá a pessoa jurídica a cujos quadros

pertençam os agentes que dele tenham participado na condição de agentes processantes, regredindo contra estes, necessária e obrigatoriamente, a entidade nos casos de dolo ou culpa, nos estritos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República.

É a responsabilidade rigorosamente observada que assegura, objetivamente, a escorreição do processo administrativo pela conduta extreme de parcialidade ou distanciamento do Direito dos membros da Comissão processante.

Assim, não apenas a invalidade de um processo ou da decisão nele proferida poderá ser comprovada em hipótese na qual se demonstre a previdade do juízo manifestado sobre o quanto nele se contém, mas, especialmente, a responsabilidade de quem operou com os vícios agressivos aos princípios constitucionais da defesa produzida e considerada para a emissão de decisão, e os danos decorrentes de julgamento havido segundo aquele juízo prévio e contrário aos paradigmas normativo-constitucionais, haverá que ser apurada com profundidade e com severidade.

Talvez pela maior dificuldade de se assegurar, no âmbito do processo administrativo, o juízo pré-constituído, a fim de se garantir o julgamento imparcial e independente, é que evoluiu mais nessa seara que em matéria de direito processual judicial, a questão relativa à responsabilidade do julgador e da entidade pública responsável pelo julgamento. Em efeito, continua sendo mais aceitável a teoria e a aplicação da responsabilidade da entidade pública por desvios e equívocos havidos no processo administrativo, que aqueles que igualmente ocorrem no processo judicial. A responsabilidade, todavia, é inerente à atuação de entidade pública no exercício de qualquer de suas funções, inclusive a jurisdicional, donde inexistir qualquer explicação para os entraves opostos ao pleno acatamento do princípio quando se cuida de conduta pública apurada em processo judicial, tanto quanto não se aceitaria tal exclusão quando se cuida de processo administrativo.

7) *O processo administrativo*, democraticamente concebido e acatado como antes mencionado, legítima o exercício do poder, pelo que ele torna efetivo também o *princípio da moralidade administrativa*. É que não se circunscreve o exame do comportamento público, sobre o qual se questiona em determinado processo, ao aspecto formal, mas se analisa o aspecto substancial da conduta estatal

ou de quem lhe faça as vezes. Nesse passo, o processo administrativo ostenta uma qualidade que o torna mais denso e permissivo de análise que o próprio processo judicial. Sendo o próprio poder, autor do comportamento que determina e leva a cabo o processo administrativo, ele não se escusa de examinar o merecimento do ato ou situação questionada. Inexiste, nesse caso, qualquer obstáculo como o que se extrai da aplicação do princípio da separação de poderes. Assim, o julgamento feito detalha, pormenoriza e desce às entranhas éticas do cometimento em questão, permitindo que se faça uma análise que nem sempre é feita (ou pode vir a sê-lo) em idêntica extensão no caso do processo judicial. É certo que, como o princípio da moralidade administrativa é, hoje, expresso no sistema constitucional brasileiro, dele não se pode ausentar o juiz, posto ter se transformado, por expressão textual da Lei Fundamental, em princípio jurídico excelente da Administração Pública.

Todavia, a possibilidade que com ele se apresenta no espaço do processo administrativo é ainda maior, porque a Administração Pública, nesse caso, cumpre o seu dever de resgatar a juridicidade que é o fundamento único de sua atuação válida.

Daí poder o processo administrativo ampliar os direitos assegurados como princípios constitucionais do cidadão e do particular em geral, permitindo que a Administração Pública legitime o seu desempenho e responsabilize-se pelo seu exercício com a ajuda do próprio administrado.

Cumprido, finalmente, observar que os princípios processuais, judiciais e administrativos, não se exaurem no sistema constitucional, desdobrando-se, como antes lembrado, no plano da legislação infraconstitucional.

Mas como princípios magnos do sistema jurídico, aqueles que se encontram na legislação infraconstitucional emanam dos que se põem, expressa ou implicitamente, no contexto constitucional e para eles convergem.

A legislação infraconstitucional esmiúça os princípios e os preceitos relativos ao processo administrativo, atribuindo procedimentos diferenciados a ele, conforme o seu objeto e a sua finalidade. Nenhum escapa ou refoge ao quanto prescrito como princípio constitucional. É esse que determina inclusive a interpretação e a aplicação de todas as normas sobre o tema, donde a sua importância maior no Direito.

6. Conclusão

Não sei se se pode afirmar que Cristo foi processado. Sabe-se apenas que foi julgado, tendo sido deixado ao cristão o exemplo do julgamento mais perverso visto pela humanidade, aquele aclamado por uma multidão ensandecida, enfurecida e sem razões que não as do Estado. Ficou a lição de que processo não se faz com emoção de momento, nem com aflição de público, mas com racionalidade, objetividade e segundo normas postas a salvo de urgências despidas de tranqüilidade e de humanidade serenada.

Muitos cristos tem visto a história humana. De Sócrates a Dreyffus, a mão do homem tem usado formas de processo para processos sem-forma e argumentos de lei para leis sem-argumento.

E, no entanto, o Direito faz-se para a Justiça. O processo é apenas um instrumento democrático para que o Direito justo se concretize e ofereça ao homem uma razão de conviver com dignidade e segurança, legitimando o poder e tornando o cidadão seu artífice participante e confiante de que vale a pena viver com os outros numa ambiência política que pode aperfeiçoar e abrandar a experiência daquele que vier depois.

Para isso o constitucionalismo contemporâneo, atento ao batuque surdo da exclusão social por carência de instrumentos viabilizadores do Direito conquistado, expressa princípios que convergem para a concretização do princípio magno da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República do Brasil), absorvendo por meio do acesso ao direito posto o processo mais democrático, para a proteção universal do patrimônio de bens jurídicos dos homens e a possibilidade de cada um exigir do Estado o estrito cumprimento de seus deveres com cada qual e com todos.

Bibliografia

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra : Almedina, 1991.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. Recursos administrativos. *RDA*, v. 13, p. 40-55, jul./set. 1948.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- GOMES, José Osvaldo. *Fundamentação do acto administrativo*. Coimbra : Coimbra Ed. 1981.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo : Saraiva, 1982.
- _____. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo : J. Bushatsky, 1975.
- _____. *As garantias constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973.
- HERNANDO, Jesús L. Abad et al. *Acto y procedimiento administrativo*. Buenos Aires : Editorial Plus Ultra, 1975.
- MARIENHOFF, Miguel S. et al. *Procedimiento administrativo*. Tucuman : UNSTA, 1982.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo : Saraiva, 1974.
- MEDAUAR, Odete. *A procedimentalidade no direito administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Ed. Malheiros, 1995.
- PINTO, Fernando Brandão Vieira, FONSECA, Guilherme Frederico Dias Pereira. *Direito Processual Administrativo Contencioso*. Porto : Elcla, [s. d.].
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo : Saraiva, 1989.

Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político

JOSÉ CARLOS BUZANELLO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Estado e supremacia constitucional. 3. Tipos de controle de constitucionalidade. 3.1. Controle político. 3.2. Controle jurídico. 4. Espécies de controle de constitucionalidade. 4.1. Controle difuso ou incidental. 4.2. Controle direto amplo. 4.3. Controle direto geral. 4.4. Controle direto interventivo restrito. 4.5. Controle direto interventivo estadual. 5. Considerações finais.

1. Introdução

O tema constitucionalidade e inconstitucionalidade, bem como seu controle, tem consumido páginas de intermináveis controvérsias na literatura jurídica internacional. A idéia de controle da Constituição brasileira, enquanto objeto deste texto, visa estabelecer as competências e atribuições dos poderes da República e os respectivos procedimentos regulatórios de limitação das medidas e fins do processo político. A Constituição como estatuto jurídico do político, conforme o jurista José Canotilho¹, tem como centro um conjunto normativo ativo e finalístico, regulador e diretivo da sociedade. Objetivamos, ainda, demonstrar os tipos e espécies de controle de constitucionalidade e, quando possível, sua recepção do direito constitucional comparado.

José Carlos Buzanello é Diretor do Curso de Direito da Universidade do Grande Rio – Duque de Caxias/RJ. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ; Bacharel em Filosofia (UFSM) e Direito (UFRJ); Mestre em Direito (PUC/RJ) e Doutorando em Direito (UFSC).

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1995. p. 13. O autor nesta mesma obra, p. 12, conceitua constituição, como “uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”.

O direito, como manifestação cultural da sociedade, uma vez constituído, passa a ser um dos fatores reflexivos, que a condicionam e a modificam, isto é, a partir de si constrói o direito e o Estado. Como o direito não cria a sociedade, apenas a consolida e estabelece suas formas e indica seus contornos futuros, assim, as Constituições modernas, fundadas no Estado democrático, estabelecem um equilíbrio entre as diferentes forças políticas que disputam espaço de influência e decisão dentro da sociedade estatal. Para sua estabilidade e eficácia, conferem proteção aos espaços de que necessitam: a personalidade individual (direitos e garantias políticas) e a personalidade coletiva (direitos sócio-econômicos). Na Constituição deve haver uma visão integradora dos fatos jurídicos e políticos, aspirando encontrar um ponto de equilíbrio entre diversos fatores e forças que operam na realidade social. A força criadora política e o ordenamento do direito confluem para a Constituição, que vai representar o ordenamento do poder por meio da estabilidade das instituições políticas e as relações entre o Estado e a sociedade civil. A Constituição como “lei fundamental” do Estado representa, por consequência lógica, a superioridade sobre o complexo das normas jurídicas existentes.

A constitucionalidade e a inconstitucionalidade designam um conceito relacional que se estabelece entre uma norma constitucional e outra que não lhe é conforme, que com ela é incompatível formal e materialmente. À luz da moderna doutrina do Direito, é quase assente que a problemática da constitucionalidade das normas estaria resolvida por força da aplicação do princípio da supremacia da Constituição, por meio do qual a validade do ato depende de sua adequação à norma hierárquica superior. Por conseguinte, todo ato ofensivo à Constituição é inconstitucional, juridicamente ineficaz, por força do princípio da hierarquia que impõe uma verticalidade de valores normativos, onde os atos de grau mais elevado funcionam como fundamento de validade para os atos inferiores. Dessa deliberação axiológica surgem dois institutos jurídicos: a hierarquia das normas e o controle da constitucionalidade das leis. Para se efetivar a conformidade dos princípios e enunciados da Constituição, positiva-se, por fim, a teoria do sistema constitucional integrando os elementos político-jurídicos na sua formação e aperfeiçoamento.

O controle constitucional diz respeito aos limites do Estado e às garantias de estabilidade da Constituição contra atos do Poder Público que importem em seu desrespeito. A doutrina constitucional denomina de Jurisdição Constitucional, que não é só a decretação da inconstitucionalidade das leis, mas envolve a solução dos conflitos constitucionais em geral. O controle é, antes de tudo, uma técnica político-jurídica de limitar o poder, de impor limites ao próprio legislador e aos demais poderes e órgãos públicos.

2. Estado e supremacia constitucional

A supremacia constitucional e o respectivo controle constitucional das leis decorrem, em termos gerais, da sistematização teórica do Estado liberal. As democracias constitucionais estabeleceram o princípio da primazia da lei, onde todo o poder político tem de ser legalmente limitado e controlado por instituições específicas. A positivação do ordenamento estatal e de princípios orgânicos na Constituição escrita é fruto de uma valoração político-ideológica liberal, que exigia direitos e garantias das liberdades fundamentais. O primado de certeza da lei, concepção dominante do Estado liberal, informa que o Estado persegue seus fins só dentro das formas e limites do direito, e deve garantir aos cidadãos a certeza de sua liberdade jurídica. E, se o Estado interferir nos direitos subjetivos dos indivíduos, apenas justifica sua ação com uma lei geral provinda dos poderes estatais, resultando o controle constante da produção legiferante e de atos do Executivo. O controle de atividade da Administração Pública é mantido, às vezes, para garantir a subordinação de um órgão do Estado a outro, ou para fiscalizar o cumprimento da lei e, por fim, para garantir e tornar eficaz a liberdade jurídica do cidadão.

Da racionalização da atividade política, firmou-se um “pacto de poder” entre o Estado e a sociedade civil, consubstanciado num documento solene, escrito, que denominamos modernamente de Constituição Política. Este “contrato político” estabelece as regras do jogo e partilha do poder, como também a acomodação de interesses de grupos sociais e econômicos com capacidade de participar ativamente do controle do sistema político. Com o fenômeno constitucionalista do século XVIII, foram racionalizadas as ações políticas do Estado, mediante controle político e jurídico,

dos freios e contrapesos do poder pelo próprio poder, ou mecanismos não-estatais de defesa social, como o direito de resistência. A teoria dos freios e contrapesos do poder político surgiu como um grande achado da engenharia política liberal, superestimando sua capacidade de controle absoluto do poder estatal. A experiência constitucional tem largamente demonstrado que os freios e contrapesos, como procedimentos de controle das manifestações dos agentes políticos, são insuficientes para acobertarem toda a problemática política. Os instrumentos de controle do poder não-estatal envolvem uma relação entre governantes e governados, onde estes podem invocar o legítimo direito de resistência ao reagir às ações despóticas do Governo, quando falharem os freios e contrapesos do poder do Estado. De outra parte, o instituto do direito de resistência² tem sido desprezado pelo positivismo jurídico, por entender que o Estado, por si só, dispõe de instrumentos para controlar e limitar o poder político. O Professor Mauro Cappelletti nos diz que a questão da

“desobediência a leis e a ordens iníquas, imorais, desarrazoadas ou antinaturais tem sido um problema perene da humanidade. O gênio da humanidade tentou, agora, traduzir este problema em termos de constitucionalidade, afirmando o direito de não seguir os preceitos das leis e ordens inconstitucionais”³.

A mutação do Estado Liberal para o Estado Social, identificado este como Estado Contemporâneo, ambos constitucionalizados, não pode ser compreendida somente como um momento de força resultante da *questão social*. Essa nova configuração do Estado se estrutura a partir de uma série de instituições especificadamente estatais de caráter administrativo, legislativo, judicial e econômico, que não são próprias da sociedade civil e que combinam uma função de duplo caráter de força e de consenso. O Estado Contemporâneo pode ser concebido como um ente universal-particular, como nos diz, brilhantemente, o Professor Aldo Fornazieri, que é ao “mesmo tempo expressão e regulação de uma sociedade fundada numa consciência

² Recomendamos a leitura do nosso artigo *Direito de Resistência e a Legalidade*, in: *Perspectiva Sociológica do Direito* : 10 anos de pesquisa. Rio de Janeiro : OAB/RJ : Thex Ed., 1995. p. 59.

³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis*. Porto Alegre : Fabris, 1982. p. 19.

histórica universal particularista e uma existência regulada por valores particularistas”⁴. O Estado é, assim, particular-universal, subordinado-subordinador, instrumento-medição, força-consenso. A sociedade civil, portanto, compreende a medição entre as particularidades e a universalidade, isto é, entre a estrutura objetiva mais universal, que é o Estado, e uma rede de instituições de natureza não estatal própria das expressões sociais e grupos particulares da sociedade. O poder como posição sociopsicológica é fundado em efeito reflexo, entre os que o detêm e os que o exercem, e aqueles a quem se dirige o poder, surgindo desse entrechoque a questão da legitimidade política. O Estado, por sua vez, como expressão maior do poder político e com o processo de publicização do direito, faz-se presente desde a microfísica intersubjetiva da vida privada até a regulação do espaço público.

3. Tipos de controle de constitucionalidade

As Constituições políticas como fontes irradiadoras de poder positivado dispõem de um sistema de órgãos para controlar a constitucionalidade do ordenamento jurídico. No direito comparado constitucional, temos três tipos de controle constitucional: o político, o jurídico e o misto. Vamos analisar brevemente os dois primeiros sistemas, dando mais destaque ao prevalente no Brasil, o controle jurídico:

3.1. Controle político

O controle político realiza-se por poderes de natureza estritamente política, o Executivo, pelo Chefe de Governo, e o Legislativo, pelo Congresso Nacional. É um controle preventivo, não judicial, pois ocorre antes que a lei entre em vigor no interior do processo legislativo. Esse controle político de constitucionalidade é típico do sistema francês, exercido previamente pelo Conselho Constitucional desde a Constituição de 1958, Corte essa eminentemente de natureza política.

No Brasil, o controle político de constitucionalidade das leis e dos atos normativos pelo Congresso Nacional se faz mediante duas formas: uma preventiva e outra suspensiva. A primeira radica no processo legislativo

⁴ FORNAZIERI, Aldo. Considerações sobre a sociedade civil, o Estado e a estratégia. *Revista Teoria e Política*, São Paulo, n. 9, p. 59, 1988.

mediante controle prévio de admissibilidade e constitucionalidade dos projetos de leis e das medidas provisórias, por meio do controle prévio de leis inconstitucionais, quanto à sua existência e validade. A segunda forma visa sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V, CF), por meio do *veto legislativo*, consubstanciado num decreto legislativo que declare a inconstitucionalidade do ato impugnado. A sustação desse ato pelo Legislativo ataca apenas a existência e a validade da norma jurídica. O controle político pelo Presidente da República se faz, basicamente, pelo *veto executivo* que, considerando-o inconstitucional ou contrário ao interesse público, veta o projeto de lei aprovado no Legislativo, comunicando e motivando seu ato ao Congresso Nacional, conforme o art. 60, § 1º, da Constituição Federal.

3.2. Controle jurídico

O controle jurídico é o sistema originário do Poder Judiciário, conforme o modelo norte-americano da *judicial review of legislation*, que reconhece o acesso direto dos juízes à Constituição a fim de controlarem a constitucionalidade das leis, momento esse, segundo Canotilho, relevantíssimo para a gênese da justiça constitucional⁵. No Brasil adota-se o sistema misto, combinando dois tipos de controle de jurisdição constitucional: difuso (incidente) e concentrado (direto). O critério difuso segue a matriz norte-americana, em sua essência, ou seja, qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade da lei, por via incidental, isto é, pela argüição da inconstitucionalidade em defesa do réu no processo concreto. O controle concentrado, que pode ser combinado com o primeiro, é um ataque direto do ato impugnado em apenas um Tribunal que, conforme a competência constitucional, pode ser no Supremo Tribunal Federal ou nos Tribunais de Justiça dos Estados, sendo este competente para exercer o controle último de constitucionalidade.

O sistema difuso tem uma grande vantagem em relação ao concentrado, por possibilitar a descentralização política dos atos judiciais a qualquer cidadão para pleitear em juízo a declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato administrativo. De outra parte, o controle difuso traz outros problemas, tais como

a violação do princípio constitucional da isonomia e da generalidade da lei, por não gerar, por si, a eliminação da lei declarada inconstitucional, tanto que, outro juiz pode entendê-la constitucional em outro caso concreto. Nesse caso, configura-se um tratamento desigual, porque pode ocorrer que, num caso, o réu ganhe a lide pelo simples acolhimento da argüição de inconstitucionalidade e, no outro, ele perca porque não foi acolhida.

A Constituição Federal de 1988, já reformada em parte em relação à Constituição revogada, introduziu três institutos que podem efetuar o controle de constitucionalidade, além da ação direta de inconstitucionalidade (Adin) já existente, todos com sede no Supremo Tribunal Federal (STF), que são:

a) primeiro, a Constituição ampliou a legitimidade dos entes políticos para propor ação de inconstitucionalidade (art. 103): o Presidente da República; as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; a Mesa de Assembléia Legislativa; os Governadores de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da OAB; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; as confederações sindicais ou entidade de classe de âmbito nacional. Na Constituição anterior revogada, era limitada a propositura da ação apenas ao Procurador-Geral da República, mediante ato discricionário, segundo o princípio da oportunidade e conveniência, possibilitando lesões à ordem política-jurídica brasileira. A atual Constituição, para evitar a experiência passada de centralidade em um único órgão, ampliou consideravelmente os entes políticos que podem provocar o STF a decisões que retirem do “mundo jurídico” a lei ou ato normativo federal ou estadual inconstitucional;

b) o segundo instituto prevê a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), recepcionado da Constituição portuguesa. A Constituição Federal inovou quanto aos aspectos de inconstitucionalidade, ao determinar que toda situação jurídica, além de se adequar aos ditames constitucionais (ação de inconstitucionalidade – art. 102, I, a; III, a, b, c), deve exigir que a omissão do poder regulamentar do Legislador ou do Executivo seja declarada como conduta inconstitucional, pois tem o dever constitucional de legislar. E, tratando-se de órgão administrativo, deverá tomar as providências integradoras em trinta dias. A omissão, em regra, revela-se uma questão política e não jurídica, para isso, o novel

⁵ Ibidem, p. 959.

instituto jurídico desencadeia um processo de pressão política ao legislador ou ao administrador, para que exerça o poder regulamentar de sua competência (lacunas legislativas), para efeito de efetividade das normas constitucionais;

c) o terceiro instituto, a novíssima ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*, § 2º), introduzida pelo constituinte derivado por meio da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. A nova ação provoca o exame abstrato de inconstitucionalidade e alcança somente a lei e o ato normativo federal; trata-se de um controle interpretativo das normas jurídicas federais com efeito vinculante ao Judiciário e à Administração. Essa ação declaratória de constitucionalidade, em abstrato, destina-se ao Supremo Tribunal Federal, único órgão competente para analisar e julgar essa ação.

4. Espécies de controle de constitucionalidade

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade apresenta-se com três espécies de controle judicial: controle difuso ou incidental; ação direta de constitucionalidade e de inconstitucionalidade; e ação direta interventiva. O sistema estabelece o controle constitucional de ato normativo federal e estadual e, excepcionalmente, por via incidental, e somente por essa via, a impugnação do ato municipal em face da Constituição Federal.

Para a melhor interpretação do sistema de controle de constitucionalidade, adotamos em parte o quadro analítico elaborado pelo Professor Dilvanir José da Costa⁶ para a Constituição revogada. O quadro abaixo, de forma didática, foi adaptado para a Constituição Federal vigente:

4.1. Controle difuso ou incidental – Constituição Federal – art. 102, III, *b*, *c* (Exceção de Inconstitucionalidade)

a) órgão julgador: qualquer Juiz ou Tribunal e o STF para efeito de suspensão da eficácia da norma;

b) instrumento e legitimação: em qualquer processo, por qualquer das partes;

⁶ COSTA, Dilvanir José da. O controle constitucional e a autonomia dos Estados federados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 83, p. 218-219.

c) pedido incidente: declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, em face da Constituição Federal;

d) efeito imediato e específico: não aplicação da norma inconstitucional à espécie;

e) efeito mediato e abstrato: decorrente de ato posterior de suspensão de execução da norma pelo Senado Federal (art. 52, X), após decisão definitiva de inconstitucionalidade pelo STF.

4.2. Controle direto amplo – Constituição Federal – art. 103 (ação direta de inconstitucionalidade – Adin)

a) órgão julgador: Supremo Tribunal Federal – STF;

b) instrumento e legitimação: por representação do Presidente da República; das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; da Mesa de Assembléia Legislativa; dos Governadores de Estado; o Procurador-Geral da República; do Conselho Federal da OAB; dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

c) objeto ou pedido principal: declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (Constituição Estadual, lei ou decreto federal ou estadual, etc.);

d) efeito imediato e específico: I) ineficácia imediata da norma julgada inconstitucional, independente da manifestação do Senado Federal; II) comunicação ao Poder ou órgão responsável; III) intervenção federal por desobediência à ordem ou decisão judicial (art. 34, VI);

e) efeito mediato e abstrato: após decisão definitiva de inconstitucionalidade pelo STF, o Senado Federal, por meio de decreto legislativo, afasta do ordenamento jurídico o ato impugnado (art. 52, X), ataca, portanto, a existência e a validade da norma.

4.3. Controle direto geral – Constituição Federal – art. 102, I, *a*, § 2º – (ação declaratória de constitucionalidade)

a) órgão julgador: Supremo Tribunal Federal – STF;

b) instrumento e legitimação: por representação do Presidente da República; das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou pelo Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º);

c) objeto ou pedido principal: declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal (lei complementar, ordinária, decreto, portaria, etc.);

d) efeitos: I) efeito vinculante a todos os Juízes e Tribunais e Poder Executivo; II) eficiência imediata da norma julgada constitucional; III) comunicação ao órgão responsável.

4.4. Controle direto interventivo restrito – Constituição Federal – art. 36 (ação direta interventiva federal):

a) órgão julgador: Supremo Tribunal Federal – STF;

b) instrumento e legitimação: representação por vários entes (Poderes e órgãos), conforme o caso concreto (art. 36);

c) objeto ou pedido principal: declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual, com pedido de intervenção federal nos Estados para exigir a observância dos princípios constitucionais, para os fins do art. 34, VII, da Constituição Federal;

d) efeitos imediatos: I) comunicação à autoridade interessada; II) comunicação ao Presidente da República para que suspenda o ato impugnando por decreto e proceda à intervenção federal (art. 84, X);

e) Efeito mediato: cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (art. 36, § 4º).

4.5. Controle direto interventivo estadual – Constituição Federal – art. 35, IV (ação direta interventiva estadual)

a) órgão julgador: Tribunal de Justiça do Estado;

b) instrumento e legitimação: representação do Chefe do Ministério Público Estadual (art. 129, IV, da Constituição Federal);

c) objeto ou pedido principal: declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, para fins de intervenção estadual no Município, para exigir a observância dos princípios constitucionais estaduais;

d) efeito imediato: I) comunicação à autoridade municipal; II) comunicação ao Governador do Estado para que suspenda o ato impugnado por decreto; III) nomeação do interventor no Município para prover a execução de lei de ordem ou de decisão judicial;

e) efeito mediato: cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus

cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (art. 36, § 4º, CF).

5. Considerações finais

A evolução do pensamento jurídico em vários países tem se enveredado no sentido de uma intensa flexibilização do paradigma da concepção formalística, exigindo do Direito criatividade e capacidade para responder à altura a esses novos desafios. Todavia, essa concretude foi se transformando historicamente, possibilitando o aparecimento de uma nova produção doutrinária, fecunda de novas opções intermediárias entre o chamado estado de plena constitucionalidade e o estado de absoluta inconstitucionalidade. As elaborações contemporâneas a respeito das Cortes Constitucionais e de natureza jurídico-política, tais como: Áustria de 1920; Espanha de 1931; Itália de 1947; Alemanha de 1949 e Guatemala de 1965. Essas novas formulações foram introduzidas principalmente por doutrinadores alemães e italianos, que reconhecem que o controle de constitucionalidade não se limita a um pretenso contraste entre norma superior e a regra hierarquicamente inferior, mediante estreita vinculação com os fatos e a realidade que o concebeu.

A história constitucional brasileira registra o princípio da supremacia e do controle constitucionais pelo Poder Judiciário, mas sem uma “cultura constitucional”, estribada nos problemas estruturais de formulação política, como o pouco apego à perenidade institucional estatal e das instituições democráticas. As características culturais que molestem o estatuto jurídico, obviamente, vão repercutir no Judiciário de duas maneiras: primeiro na forma do recrutamento dos juízes dos Tribunais Superiores que o tornam reféns do “leviã presidencial” e, por fim, na ingerência política nas suas decisões. De outro lado, a desvalorização da constituição escrita já era observada por Karl Loewenstein⁷ em outras democracias constitucionais, sendo descuidada pelos detentores do poder político. As institucionalizações de inconstitucionalidade marcam a experiência constitucional brasileira, que vai refletir na qualidade das decisões do Judiciário, onde, muitas vezes, os vazados pelo Poder Executivo, flagrantemente incons-

⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona : Ariel, 1979. p. 222 e segs.

titucionais, são legitimados pelo Poder Judiciário, precisamente pelo Supremo Tribunal Federal, órgão competente pela guarda da Constituição. Por fim, somando todos esses aspectos, temos como resultado a fragilidade institucional do sistema de controle constitucional, por não conseguir neutralizar a politização do Estatuto Jurídico do político.

A partir do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, acima apresentado, podemos aduzir o seguinte:

1. O sistema de controle constitucional tem natureza mista, com nuances de sistema romanístico e o *Common Law*, respectivamente, concentrado e difuso.

2. O controle concentrado é privativo dos Tribunais Superiores, fixado as competências na Constituição Federal para o Supremo Tribunal Federal e, quando couber, para os Tribunais de Justiça dos Estados, conforme prescrevem as respectivas Constituições dos Estados-membros. A jurisdição do STF quanto ao controle concentrado de inconstitucionalidade, equivale, na prática, a uma declaração de ineficácia válida *erga omnes*, sem prejuízo do princípio constitucional da independência do juiz.

3. O incidente de declaração de constitucionalidade é um procedimento suscitado perante o julgamento no Supremo Tribunal, para provocar o pronunciamento de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal com força vinculante a todos os juízes do País e ao Poder Executivo, e pode “prejudicar a efetividade” do sistema de jurisdição difuso, caso haja o exame da matéria em abstrato da norma impugnada em face da Constituição Federal.

4. O controle interventivo visa resguardar os princípios constitucionais do Estado Federal (art. 34, VII, CF), sob a sanção da intervenção da União nos Estados-membros e destes nos Municípios que desrespeitarem tais princípios.

5. O controle difuso conta também com ampla e irrestrita legitimação ativa, posta à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, e numa ampla variedade de órgãos jurisdicionais (todos os juízes e tribunais do País), enquanto que os sistemas concentrados têm como parte ativa apenas alguns órgãos previstos nos arts. 36 e 103 da Constituição Federal.

6. O Brasil, seguindo o modelo norte-americano, adota também o sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis, isso significa que qualquer órgão jurisdicional pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei e se recusar a aplicar a lei inconstitucional, mas o órgão parcial do Tribunal não pode, caso não

se alcance a maioria absoluta de votos que declare a inconstitucionalidade do ato impugnado. Em caso negativo, os autos retornam para a Câmara ou órgão do Tribunal, e mesmo que todos os membros desses órgãos sejam pela inconstitucionalidade, eles não podem se recusar a cumprir a lei, porque a declaração de inconstitucionalidade não alcançou no plenário os votos da maioria absoluta (art. 97, CF). Aqui se identifica uma limitação da liberdade de julgamento dos juízes do órgão julgador, por força de imposição constitucional.

7. O controle difuso pode ter por objeto normas de qualquer nível (federal, estadual e municipal), enquanto que o outro sistema desampara o controle contra normas municipais em conflito com a Constituição Federal e as leis federais. Por isso, o controle incidental direto se impõe como modelo de praticidade e eficiência, contribuindo sobremaneira para a desburocratização e descongestionamento do Judiciário.

Assim, a mola propulsora da dinâmica social converte-se em peça vital no processo de interpretação e aplicação do Direito. Nenhuma nação construiu-se ou pôde caminhar para seu desenvolvimento pleno sem uma sociedade organizada e forte, condição essa imprescindível para o próprio aperfeiçoamento e controle das instituições político-jurídicas, missão que a todos é dada.

Bibliografia

- BUZANELLO, José Carlos. Direito de resistência e a legalidade. In: *Perspectiva sociológica do Direito* : 10 anos de pesquisa. Rio de Janeiro : OAB/RJ. Thex Ed. 1995. v. 1.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis*. Porto Alegre : Fabris, 1982.
- COSTA, Dilvanir José da. O controle constitucional e a autonomia dos Estados federados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 83.
- FORNAZIERI, Aldo. Considerações sobre a sociedade civil, o Estado e a estratégia. *Revista Teoria e Política*, São Paulo, v. 9, 1988.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Traducción Alfredo Gallego Anabitarde. Barcelona : Ariel, 1979.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo : Saraiva, 1990.
- POLLETTI, Ronaldo Rebelo de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

A Teoria das nulidades e o sobredireito processual

DANILO ALEJANDRO MOGNONI COSTALUNGA

“E não haverá consolo maior à alma de um juiz do que tanger o processo com inteligência e sabedoria, para, de suas mãos deslumbradas, ver florir a obra plástica e admirável da criação do justo, do humano, na vida”.

Galeno Lacerda

SUMÁRIO

1. Considerações gerais. 2. Sistema das nulidades processuais. 3. Sobredireito processual como categoria relativizadora das nulidades. 4. Conclusões.

1. Considerações gerais

Desde o princípio da humanidade, que remonta a aproximadamente dois milhões de anos, a vida em comum implicava relacionamento entre os seus membros. Os homens, necessariamente, eram e são compelidos a se relacionarem uns com os outros, embora essa tarefa, por vezes, seja um pouco complexa e delicada.

A partir dessas relações, de natureza vária, nascem normas de condutas espontâneas por parte dos membros que em sociedade convivem. Essas normas de condutas espontâneas, algumas vezes, são aceitas e absorvidas instantaneamente pelos seus membros como regras sociais, sendo acatadas pacificamente. Outras, no entanto, geram conflito e discórdia, ante a não-realização natural daquelas normas, acarretando a ruptura das estruturas sociais. Dessa relação íntima de sociedade e poder é que surge o direito¹, como fato

Daniilo Alejandro Mognoni Costalunga é Bacharel em Direito; Pós-graduando em Direito Processual Civil na PUC-RS.

¹ Em verdade, o direito já é algo que faz parte da própria substância e essência das pessoas,

eminentemente cultural, humano e social, tendente a pautar aquelas condutas dos homens.

A história nos demonstra que a vida humana e o próprio direito ao longo de todo esse período, especialmente nos últimos quinhentos anos, evoluíram de uma forma sem igual. Com a formação do “Estado”, o direito havido dessa relação de sociedade e poder é levado ao seu conhecimento, recebendo de sua parte acolhida e normatização. A finalidade do direito neste estágio, como ser normativo, é a de outorgar proteção ao homem e à sociedade.

Estabelecido o monopólio da jurisdição, como natural consequência da modificação do conceito de Estado, a possibilidade de ação e reação pelas próprias mãos dos titulares – a autotutela –, no sentido de que seja observado e realizado o direito, foi eliminada. Daí a necessidade do processo judicial como meio para obtenção da tutela jurídica estatal².

Inquestionável, nesse sentido, que diante do fato concreto de ter sido a jurisdição monopolizada pelo Estado, e que é por meio do processo que ela é realizada, a ação de direito material, anteriormente permitida, só poderá ser exercida por intermédio da ação de direito processual, salvo raríssimas exceções³. O dever de prestação jurisdicional por parte do Estado⁴,

enchendo parte da nossa vida pessoal, e que existe sempre envolvido com coisas concretas e com a vida, como muito bem ensina o filósofo gaúcho Carlos N. Galves, em *Manual de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 16-17.

² Para Cândido Rangel Dinamarco, processo é o método ou sistema de atuar a tutela jurisdicional, cf. nota 1 a Liebman, em *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 3.

³ É o caso, *verbi gratia*, da regra constante do art. 502 do nosso Código Civil, que permite ao possuidor turbado ou esbulhado na sua posse manter-se ou restituir-se por sua própria força. Do mesmo modo a regra inserta no art. 776 do Código Civil, ao permitir que o hospedeiro ou estalageiro, e bem assim os fornecedores de pousada ou alimento, titulares de penhor legal, retenham as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os fregueses ou consumidores tiverem consigo, bem como ao locador sobre os móveis do locatário.

⁴ A jurisdição, como sabido, é uma das expressões da soberania, e o processo instrumento dessa jurisdição, instrumento político de efetivação das garantias asseguradas constitucionalmente até mesmo de manifestação político-cultural, *espelho cultural da época*, na dicção de Franz Klein, consoante bem pinçado por Mauro Cappelletti, em Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, v. 65, p. 127.

uma vez provocado pelo interessado na solução do conflito existente em sua relação jurídica material com outrem, desencadeará uma relação jurídica processual, relação esta que com a obra memorável de Bülow⁵ reconheceu a existência de outra relação, que não só aquela entre particulares, mas uma relação jurídica de direito público, entre Estado e particulares. Daí porque falar-se no vínculo que se estabelece no processo entre as partes e o juiz.

Dessa autonomia da relação jurídica – material e processual – decorreu conseqüentemente a autonomia do direito processual civil, que, a partir da já mencionada obra do grande processualista alemão Bülow⁶, permitiu ao direito processual civil, antes mero apêndice do direito material, ser erigido à categoria de verdadeira ciência jurídica.

Assim sendo, o processo, meio pelo qual poderemos ver declarado e realizado o nosso direito, só pode ser conhecido pelos órgãos estatais encarregados pela prestação jurisdicional. Coube ao Poder Judiciário, um dos três poderes que compõem o nosso Estado, superando, pois, as reservas doutrinárias de Montesquieu, que ainda tinha o juiz como um mero subordinado pronunciador das palavras da lei⁷, esta missão, ou seja, aplicar e fazer incidir a norma legal a casos particulares, missão essa por demais importante para a satisfação dos interesses do cidadão e desenvolvimento da paz social.

Note-se que justamente por ser reconhecido como “Poder Judiciário”, o papel que o juiz exerce na sociedade, julgando, até mesmo, atos dos demais poderes (Executivo e Legislativo), confere-lhe reconhecida e necessária independência no exercício de suas funções. A Constituição Federal assim dispõe, *verbis*:

“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (art. 5º, XXXV).

Pois bem, para que possamos fazer valer efetivamente este ideal, de efetiva realização da justiça, é que devemos adequar o direito ao fato concreto e à própria natureza do direito

⁵ BÜLOW, Oscar von. *Excepciones procesales y presupuestos procesales*. Tradução espanhola de 1964. Buenos Aires, 1968.

⁶ *Ibidem*, p. 1 e segs.

⁷ Sobre a doutrina racionalista da consagração dogmática da separação estrita dos poderes, após a Revolução Francesa, ver o interessante estudo de Jon Henry Merryman, *La Tradicion jurídica romana-canónica*. 2. ed. México : Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 72-79.

posto em causa. Sabido que o juiz de direito tem em suas mãos, para a prática diuturna de seu mister, norteado por aquele ideal, um bom Código de Processo, instrumento de declaração e realização do direito material e, sobremaneira, da justiça, não encontrando paralelo em nenhum outro, embora tenha de submeter-se, por vezes, ao inconveniente do preciosismo técnico de Buzaid.

Por isso, o juiz precisa e deve pensar. Inicialmente, porque não é um espectador de uma cena preconcebida; depois, porque deve pensar desatrelado da razão do jurista e do ser humano, que é por demais limitada, validando, corolariamente, a sua sintonia com o caso real posto em causa. Se é verdade que o direito nasce com a vida, com o caso em concreto, sendo, nesse aspecto, ser espiritual, como bem adverte o ilustre filósofo Carlos N. Galves⁸, necessário se faz que o juiz tenha a presteza, a sensibilidade para captá-lo. Imprescindível, neste diapasão, que cada vez mais desconfie daquela razão limitada, porque ela se baseia em abstrações⁹, não autorizando a concretização da realidade, que, em última análise, está no próprio indivíduo, e tão-somente será encontrada por meio da intuição intelectual e sentimental¹⁰, e da exaltação do amor, considerado como a pedra de toque na arguta lição proclamada pelo mestre Galeno Lacerda.

Talvez essa reflexão em paragens mais subjetivas, longe de solucionar o problema filosófico da escolástica, possibilite o reconhecimento da deficiência na aplicabilidade e interpretação da lei ao caso concreto com que vêm labutando os operadores do direito. A tarefa não é fácil, pelo contrário, é de difícil desate, mas não é impossível, pois as coisas não se mantêm inalteráveis¹¹, de acordo com a máxima de Heráclito.

⁸ GALVES, Carlos Nicolau. *Manual de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 18.

⁹ É o que Aristóteles e São Tomás de Aquino chamam de realismo moderado.

¹⁰ Sobre a incidência da intuição na aplicação do direito, confira-se o recente estudo realizado pelo Dr. Luiz Antonio Rizzato Nunes, *A intuição e o direito : um novo caminho*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, em especial os capítulos 10 e 11.

¹¹ Neste sentido, vide o erudito livro de Benjamim N. Cardoso, intitulado *Natureza do processo e a evolução do direito*, em especial a parte sobre a Evolução do Direito, publicado pela Companhia Editora Nacional, com tradução de Leda Boechat Rodrigues, 1943 e Coleção *Ajuris*, n. 9, 1978.

Avulta-se, desde logo, que não se está aqui defendendo, ou mesmo instigando, a corrente do direito alternativo, que dá atenção maior ao problema do “sentimento de direito”. Muito pelo contrário, o que na verdade se pretende é propiciar o debate, no sentido de que enfrentemos minudentemente o estudo, por meio de uma releitura aprofundada das leis processuais, veículos de realização da justiça, à luz de princípios e normas fundamentais que inspiram toda a sua estrutura. E mais, uma releitura à luz do Direito e do Sistema que o anima.

Tudo isso de molde a evitar que o processo por si mesmo se conceba. A sentença é do próprio Galeno Lacerda:

“Subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria fazer justiça, impondo-se a rigidez da forma, sem olhos para os valores humanos em lide. (...) Insisto em dizer que o processo, sem o direito material, não é nada. O instrumento, desarticulado do fim, não tem sentido”¹².

Não é possível imaginarmos processo ou procedimento judicial algum que não reconheça a supremacia do direito, que se realiza, como sabido, precipuamente, pelo princípio da legalidade, expressamente adotado pelo nosso ordenamento¹³. Mas, não só o princípio da legalidade assegura a supremacia do direito, mas os valores superiores igualmente insculpidos na Carta Magna, que diretamente são juridicizados ou positivados como objetivos últimos do Estado de Direito¹⁴. Esses princípios dispostos no preâmbulo são o ápice de toda a estrutura normativa da Constituição Federal e do Ordenamento, cabendo ao operador do

¹² LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Ajuris*, v. 28, p. 8.

¹³ Cf. art. 5º, I e LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil vigente.

¹⁴ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte *Constituição da República Federativa do Brasil*”, Preâmbulo da Constituição Federal. Vide, também, arts. 1º, 2º, 3º e 4º (Princípios Fundamentais), e arts. 5º ao 17 (Direitos e Garantias Fundamentais) da CRFB.

direito extrair deles o seu fundamento, funcionamento e finalidade. Só assim estará assegurada a concretização da utópica democracia.

Como sabido, o processo está precipuamente vinculado à proteção constitucional dos direitos individuais e coletivos pelo *due process of Law*, igualmente de estrutura e fundamento constitucional. A teoria de Niklas Luhmann sobre a “Legitimação Segundo o Procedimento” sustenta que o que há de novo é a acentuação da imprescindibilidade no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição de uma adequada dimensão procedimental, e isso, por três fundamentais motivos:

Em primeiro lugar, porque a dinamização de um programa normativo constitucional implica a transformação da lei constitucional em *Law in Public Action*, isto é, o processo de realização das normas constitucionais aponta para a necessidade de se trazer para a rua a própria Constituição. Um instrumento considerado adequado para a conversão da Constituição em ordem dinâmica de uma comunidade é o procedimento. Em segundo lugar, a democratização do exercício do poder por meio da participação pressupõe que esta participação se traduza mediante sua canalização por meio de *procedimentos justos*, numa influência qualitativa do resultado de suas decisões. Daqui deriva, em terceiro lugar, que a participação por intermédio do procedimento, além de ser um meio de comunicação ascendente e descendente entre governantes e cidadãos, é igualmente uma compensação e uma garantia dos particulares e das comunidades perante as tarefas crescentes de conformação política e econômica, levadas a efeito por uma burocracia e tecnologia estatais sem qualquer transparência democrática. É o conjunto de regras e atos constitucionais de um procedimento juridicamente ordenado, por meio do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional dos atos normativos. Tal como o processo jurisdicional, em geral, também o Direito Processual Constitucional serve para garantir a observância e realização de um direito substantivo, o Direito Constitucional, por meio da definição de regras constitutivas de um item procedimental adequado ao controle e ao exame das questões jurídico-constitucionais¹⁵.

Logo, é preciso que enfrentemos o problema atual da processualística em sua verdadeira

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 1035.

complexidade e dimensão, passo esse que já foi dado por Galeno Lacerda, pelo sufrágio do despacho saneador e da sistematização da teoria das nulidades processuais, na sua famosa monografia intitulada “Despacho Saneador”, com efeito, identificando-as de maneira notável, sendo reconhecida como definitiva, e recebendo, como decorrência, a acolhida de E. D. Moniz de Aragão, para quem,

“foi Galeno Lacerda quem logrou desvendar o sistema adotado pela lei num trabalho similar ao do garimpeiro no localizar e revelar a pedra preciosa”¹⁶.

Em que pese a admirável tarefa desvendada pelo culto mestre gaúcho, a insatisfação se fez presente, invadindo a sua alma com o passar dos anos. Diversamente da personagem histórica Dom Quixote, surgido de pura e imaginável fantasia de um artista, o fidalgo incansável Galeno Lacerda continua vivo e é real, abeberado em suprema harmonia de espírito e genialidade. Em sua longa jornada de mestre e ilustre professor, não poderia ser de forma diversa, diuturnamente vem desvendando a cada momento o verdadeiro e real sentido de todo processo, por meio de arguta condensação, síntese de amadurecimento do pensamento e do conhecimento, que vai gerando saudáveis conseqüências pelo decurso do tempo.

Com efeito, já em meados de 1976, intuiu a possibilidade de adequar todo o sistema legal do código às realidades jurídicas diversas, proclamando, nessa ocasião, a importância fundamental da adequação como princípio unitário e básico para justificar a autonomia científica de uma teoria geral do processo¹⁷.

A partir de então, iniciou-se um processo de criação maravilhoso por parte do professor Galeno Lacerda. Ao ensejo de conferência proferida em comemoração dos dez anos de vigência do atual Código de Processo Civil, sublinhou o notável processualista gaúcho a existência de uma nova categoria, relativizadora de todas as nulidades processuais. A essa categoria, após exaustiva análise da evolução da teoria das nulidades por ele sistematizada, denominou-a de sobredireito processual.

Os resultados que foram colhidos com essa intuitiva descoberta, como adiante se verá, foi

¹⁶ ARAGÃO, Moniz E. D. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, v. 2, p. 273.

¹⁷ LACERDA, O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, comemorativa do cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre, p. 164.

a superação de um exame meramente formal e externo do processo. Como quem ergue um pano de fundo, Galeno Lacerda logrou desenrolar boa parcela dos dramas que dentro da alma do jurista habitam. A lição do notável processualista e poeta¹⁸ uruguaio, mestre do próprio Galeno Lacerda, renasce de forma eminentemente contemporânea, *verbis*:

“todos estamos habituados a manejar as formas do processo, seus prazos, suas condições, como se fossem fins em si mesmos. Esse ramo do direito, pois, nos surge, em sua aparência, como a forma solene, como o cerimonial da Justiça. A experiência, contudo, nos ensina que isso é unicamente o invólucro do fenômeno. Por baixo das formas existe um conteúdo profundo e angustioso, que necessita aflorar à superfície”¹⁹.

Compreendido o processo como meio, instrumento, a sua estrutura e direção devem ser apontadas a uma só finalidade, de molde a que se possibilite a busca da satisfação dos interesses sociais e legítimos, mediante a realização da justiça, com o que restará justificada a sua própria existência²⁰. Pensarmos em processo ou procedimento desatrelado desse ideal seria admitir-se a negativa de sua própria legitimidade.

Como muito bem advertido por Couture, a idéia de processo tem pouco conteúdo, limita-se a si mesma, se não aponta para um fim; o fim do processo é algo assim como o significado teleológico do conceito; este não se refere só à estrutura, senão também à função, e esse fim não é só o privado, senão também o público²¹:

¹⁸ Sobre a poesia de Couture, veja-se *La Comarca y el mundo*. Montevideo: Biblioteca Alfar, 1953, obra na qual revelou a verdadeira vocação artística em sua plenitude, considerada um “*mimo literário*” por Galeno Lacerda, a quem incumbiu a dolorosa tarefa de prestar homenagem *póstuma* (Presença de Couture. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, v. 4, n. 1, 1958).

¹⁹ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 3.

²⁰ A respeito da idéia e função essencial do processo, na qual lhe é emprestado sentido orgânico e teleológico, ao ensino da construção da teoria da instituição, veja-se o maravilhoso ensaio dedicado a Enrico Redenti, desenvolvido por Couture, *El proceso como institución*. In: *Studi in Onore di Enrico Redenti*. Milão: Giuffrè, 1951. v. 1, p. 351-373.

²¹ A existência de outra relação, que não só aquela entre particulares, mas uma relação jurídica de direito público, entre Estado e particulares, foi

“para el individuo y para la sociedad, el proceso es un instrumento de realización de la justicia. Perdido ese contenido, su sentido propio ha desaparecido. Cuando la iniquidad ha sustituido a la justicia, cuando el despotismo ha aplastado al individuo, la paz social se ha perdido. Ejecución sin sentencia, sentencia sin proceso, proceso sin derecho y derecho sin justicia, constituyen la tragedia de Antígona. La víctima de la iniquidad puede, com el verso de fuego que Sófocles pone en sus labios, entrar en la tumba como en una cámara nupcial”²².

2. Sistema das nulidades processuais

O sistema das nulidades processuais, como adotado pacificamente por todo nosso ordenamento, teve sua origem na brilhante tese de concurso de cátedra elaborada por Galeno Lacerda, em meados de 1953.

A elaboração dessa teoria deveu-se à inquietude do gênio de Galeno Lacerda em saber quando seria possível ou não sanar um vício ocorrente no processo. Iniciou o ilustre mestre com o exame daquela distinção já existente no nosso Código Civil. Aprofundando a análise no campo próprio do direito processual, que concebe a existência de nulidade relativa²³, diferentemente do direito civil, necessitaria o preclaro jurista saber a distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa, considerando e aprofundando a análise de cada um dos atos.

Para tanto, valendo-se do método indutivo, a partir dos fatos, em determinado momento Galeno Lacerda viu que não era possível distinguir as nulidades examinando o ato em si mesmo, mas sim descobrindo o motivo pelo qual ele é viciado, ou seja, porque não obedece

reconhecida por Oscar von Bülow, em sua memorável monografia intitulada *Excepciones procesales y presupuestos procesales*. Tradução espanhola de 1964. Buenos Aires, 1968.

²² COUTURE. *El proceso como institución*. In: op. cit., p. 361 e 373.

²³ A nulidade relativa é permitida no direito processual porque ela é própria e necessária para a legitimidade do direito instrumental, meio para a descoberta e realização do direito material, não sendo curial que a menor infração provocasse a morte de tão trabalhoso e caro instrumento. Nesse sentido, a ordem jurídica deve prover para que sempre que for possível esse instrumento seja salvo, para cumprir com o seu escopo último. Daí porque a relativização das nulidades no processo.

o preceito legal. Isto é, se há, como existe, distinção entre esses atos, a distinção reside única e exclusivamente na lei violada, na sua natureza.

Daí porque acentua o insigne mestre gaúcho, que

“o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico”²⁴.

Neste sistema das nulidades processuais, como alhures referido, pacificamente aceito e adotado pela doutrina brasileira, os defeitos dos atos processuais podem acarretar três categorias de vícios²⁵: nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade, sendo que, para Couture, a nulidade relativa é a regra geral das nulidades dos atos no processo civil²⁶.

Para bem determiná-las, repise-se, mister que a distinção resida não nos atos em si, mas na natureza da norma atingida. Assim, se a norma violada for de natureza imperativa, cogente, estaremos diante de um vício essencial, que poderá acarretar nulidade absoluta ou nulidade relativa. Por outro lado, se a norma violada for de natureza dispositiva, estaremos aí diante de um vício que, embora também seja essencial, poderá acarretar anulabilidade. O ato nasce válido, eficaz, mas possui defeito, vício que se for apresentado oportunamente em juízo pelo prejudicado, poderá ser tornado ineficaz, desconstituído.

A distinção entre as nulidades absolutas e as relativas vêm estejada, igualmente, na natureza da norma infringida e nos fins tutelares da norma violada. Se a norma transgredida tiver natureza cogente e tutelar interesse predominantemente público, a nulidade poderá ser considerada absoluta.

“Vício dessa ordem deve ser declarado de ofício, e qualquer das partes pode invocar”²⁷. Se a norma violada tiver natureza cogente e tutelar interesse predominantemente de parte, a nulidade será relativa e, por isso, o vício poderia ser sanado.

²⁴ LACERDA, *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1990. p. 72.

²⁵ Sobre as irregularidades, apontadas pelos processualistas como uma quarta espécie de defeito dos atos processuais, ver o estudo realizado por Antônio Janyr Dall’agnol Júnior, *Invalidades processuais*. Porto Alegre : Lejur, 1989.

²⁶ COUTURE, *Fundamentos del derecho processal civil*. Buenos Aires : Depalma, 1988. n. 252, p. 391.

²⁷ LACERDA, *Despacho saneador*, p. 72.

O critério que distingue a nulidade relativa da anulabilidade repousa, do mesmo modo, na natureza da norma atacada. A nulidade relativa, como visto, viola norma de natureza cogente que tutela interesse predominantemente de parte. Já na anulabilidade, a norma violada é de natureza dispositiva e tutela interesse eminentemente de parte, permanecendo o ato tão-somente na esfera atuante das partes, com o que a sua anulação só ocorrerá mediante manifestação do interessado, obstada a cognição oficiosa do juiz. O ato anulável nasce eficaz, mas viciado.

Essa teoria das nulidades até hoje tem sido aplicada pelos operadores do direito, tamanha a sua importância e eficácia prática, e deverá assim continuar a valer. A dificuldade que surge na aplicação dessa notável teoria dá-se quando encontramos normas processuais que se sobrepõem a essas regras de vícios, como adiante se verá. Para tanto, perfeita validade tem a aplicação adequada da categoria do sobredireito processual, proclamada por Galeno Lacerda, a qual dá, precipuamente, prevalência àquelas normas que sufragam em si mesmas valores superiores e, até mesmo, supremos.

3. Sobredireito processual como categoria relativizadora das nulidades

Trinta anos após a edição da obra memorável do mestre Galeno Lacerda, por meio da qual conquistou cátedra na saudosa Faculdade de Direito de Porto Alegre, na qual o então jovem processualista gaúcho desvendava e consolidava, como acima visto, uma verdadeira teoria das nulidades na seara do direito processual e sufragava o despacho saneador, motivos de entusiasmos e aplausos por toda a comunidade jurídica, ao ensejo de conferência proferida em comemoração ao décimo aniversário do atual Código de Processo Civil brasileiro, o eminente professor assinalou que o capítulo mais importante de um código de processo encontra-se nos preceitos relativizadores das nulidades²⁸.

²⁸ Quem o diz é o professor Marcel Storme, relator-geral do tema sobre “O Ativismo do Juiz”, no IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em agosto de 1991 em Portugal, *verbis*: “C’est d’ailleurs au droit judiciaire, celle qui ordonne le juge à considérer un acte comme valide, dès que cet acte ait atteint son objectif (art. 244 Code Brésilien). É, aliás, ao direito judiciário brasileiro que devemos a mais bela regra de direito judiciário, aquela que ordena ao juiz considerar um ato como

Isso porque, continua Galeno Lacerda, “eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que o libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da justiça”²⁹.

Falamos de preceitos relativizadores das nulidades processuais, como de início colocado, de um modo geral, traduz imediatamente a idéia de processo como instrumento de definição e realização da justiça. Processo como instrumento para o acesso à ordem jurídica justa, na expressiva e percuciente síntese de Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco³⁰.

Em tempos atuais, onde predominam saudáveis “ondas renovatórias” na vida do direito processual, corroboradas, de certo modo, pela novíssima reforma do Código de Processo Civil, cujo espírito que a imbuíu foi endereçado a quatro finalidades específicas³¹, em evidente harmonização e pertinência o breve ensaio ora esposado, assumindo, como se vê, alta relevância no imenso e fundamental âmbito do direito processual, longe de restringir-se a mera tertúlia acadêmica.

Aos preceitos relativizadores das nulidades processuais, adotado, analogicamente, conceito de Ernst Zitelmann para definir as normas de direito internacional privado – direito sobre-direito³² –, difundido por Pontes de Miranda, Galeno Lacerda inspiradamente denominou-os de *sobredireito processual*, porque, segundo sufraga,

válido, desde que tenha atingido seu objetivo (art. 244 do Código brasileiro). Relatórios Gerais, I, p. 405”. LACERDA, *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro : Instituto de Estudos Jurídicos, v. 5, p. 2.

²⁹ LACERDA, *O código e o formalismo processual*, p. 11.

³⁰ Este o sentido do princípio da instrumentalidade visto sob o prisma positivo, ou seja, “como instrumento eficaz de acesso à ordem jurídica justa, apto a realizar os seus verdadeiros escopos jurídicos, políticos e sociais”, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 450-451.

³¹ Segundo Dinamarco, são elas: a) deformalização e agilização; b) redução de tempo de espera pela tutela jurisdicional; c) aprimoramento da qualidade dos julgamentos e d) efetividade da tutela jurisdicional. (*Nasce um novo processo civil*, in: Reforma do Código de Processo Civil, p. 7, Saraiva, 1996).

³² Pontes de Miranda considerava o Direito Internacional Privado como verdadeiro *sobredireito*, porque é o ramo do direito que traça as regras para solução de conflitos normativos no espaço, entre a lei de um país e a lei de outro.

“se sobrepoem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade”³³.

Importante avultarmos o momento no qual ocorreu a descoberta do *sobredireito processual* por Galeno Lacerda. A esta ocasião, o mentor da teoria das nulidades processuais adotada em nosso país teve essa teoria colocada à prova, ao ensejo da análise concreta de um caso real, ao tempo em que atuava com invulgar brilhantismo como desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A experiência de Galeno Lacerda como magistrado foi maravilhosa, sendo considerada por ele mesmo como a mais rica e importante atividade de sua vida.

Tratava-se de agravo de instrumento em ação de cobrança de honorários médicos, contra decisão do juiz monocrático que rejeitou a preliminar de violação ao disposto no art. 275, I e II, do Código de Processo Civil, que determina a observância do rito sumaríssimo. Propugnou o agravante, a ocorrência de nulidade absoluta, uma vez que a ação de cobrança de honorários deveria seguir o rito sumaríssimo: houve uma infração ao rito, que tutela interesse público, e não de parte. Para tanto, seus argumentos foram centrados na doutrina do próprio Galeno Lacerda, esposada em seu despacho saneador, que, por uma dessas vicissitudes da vida, acabou sendo o magistrado eleito para conhecimento e julgamento do caso referido.

Da valoração adequada da espécie, Galeno Lacerda constatou que era necessário modificar o anteriormente sustentado, tendo, nesse caso, reconhecido seu próprio erro, diante de um conflito normativo no próprio direito processual. Para resolver esse conflito, aplicou regra mais alta existente no próprio código, no caso vertente a do art. 250 e seu parágrafo único, e a do art. 154, ambos do Código de Processo Civil³⁴.

Barbosa Moreira, igualmente, sustenta que o processo não pode ser forçosamente anulado, caso se tenha instaurado como ordinário, em hipótese de cabimento do rito sumaríssimo. O aproveitamento dos atos deverá ocorrer sempre que a utilização do rito inadequado não houver

³³ LACERDA, *O código e o formalismo processual*, p. 11.

³⁴ Em outra oportunidade Galeno Lacerda decidiu da mesma forma, consoante Agravo de Instrumento n. 585008816, julgado em 21 de março de 1985, em que foi relator.

causado prejuízo à defesa³⁵. Do mesmo modo, Pimenta Bueno, para quem não há nulidade, tendo em vista que o processo tem por fim conhecer a verdade³⁶.

Vejamos a síntese genial de Galeno Lacerda, acolhida à unanimidade pelos demais integrantes do colegiado:

“Possibilidade de conversão do procedimento sumaríssimo em ordinário. O interesse público na instrumentalidade do processo relativiza, em regra, as nulidades processuais. Aplicação dos arts. 250, parágrafo único, e 154 do CPC, e do art. 1.218 do CC.

“...os valores ou os interesses no mundo do Direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito do processo. Mas, acima dele, ergue-se outro interesse público de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser.

Essa natureza de meio a serviço de um interesse público mais alto possui o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as nulidades resultantes de sua infração.

Por este motivo, o capítulo mais importante de um Código de Processo moderno situa-se nas normas relativizadoras dessas nulidades. Elas é que garantem ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, desvirtuando-se, em contrassenso, em estorvo da Justiça. Se permitem o neologismo, as regras sobre nulidades integram-se no ‘Superdireito’ (‘sic’, Sobredireito) processual porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade³⁷.

³⁵ O Novo Processo Civil Brasileiro. 3. ed. I/159, parágrafo 13, n. 2, citado por Galeno Lacerda, em *RJTJRS*, n. 102, p. 286.

³⁶ Apontamento sobre as formalidades do processo civil. 3. ed. 1911. p. 170, nota 29, citado por Galeno Lacerda, em *RJTJRS*, n. 102, p. 286.

³⁷ LACERDA. *RJTJRS*, n. 102, p. 285-286.

Em função desse caso concreto, Galeno Lacerda descobriu o sobredireito processual. O sobredireito processual, como concebido pelo seu intuidor, é a aplicação de regras e princípios maiores que podem revogar ou suprimir a incidência de regras menores. Para tanto, deverá o operador do direito extrair a verdadeira hierarquia dos interesses tutelados pelos textos de um Código, desvendando o sentido profundo e vital de todo o sistema que o inspira e sustenta.

Por isso, às idéias de finalidade e instrumentalidade das formas dos atos processuais, não se erra ao se permitir uma releitura da cominação de nulidade absoluta àqueles vícios essenciais insculpados em nosso código, bem como ao se exigir a adequação como princípio fundamental e unitário do processo, a justificar, até mesmo, a autonomia científica de uma teoria geral do processo, como bem proclama Galeno Lacerda³⁸.

Iniludivelmente, a natureza de instrumento adequado de declaração e realização do direito material, logo, na sua função informativa de resolução de conflitos de interesses genéricos, está a buscar o ideal da efetividade da tutela jurisdicional, calcado na tríplice identidade do direito tutelado, qual seja, subjetiva, objetiva e teleológica.

Os atos processuais, de regra, independem de forma, salvo exceção prevista em lei, como acentua o art. 154 do Código de Processo Civil em vigência no Brasil. Trata-se, aqui, de verdadeiro princípio da relevância relativa das formas legais na qual tem especial aplicabilidade a liberdade das formas, afastando, como corolário, o princípio da legalidade formal. Por outro lado, o processo é regido pela necessidade de estreita observância das regras pertinentes ao seu procedimento. Dessa maneira, *prima facie*, aquele ato processual que for praticado em ofensa à forma taxativa e expressamente disposta em lei, ou aquele ato que atentar contra as regras procedimentais, será havido como nulo, portador de vício dito essencial, que poderá acarretar nulidade absoluta ou relativa.

Entretanto, vale dizer, o que ocasionará o reconhecimento de nulidade ou não, desvinculado está dessas normas que determinam a

³⁸ LACERDA. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do IARGs*, Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976, p.163-170. Em estudo mais recente, veja-se os *Comentários ao CPC*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. v. 8, t. 1, p. 18-20.

forma dos atos e a obediência às regras procedimentais. Embora toda doutrina entenda que a nulidade absoluta, por ensejar vício maior, afeta o interesse público, dispensando, por isso, a constatação de prejuízo para ser declarada³⁹, enquanto na nulidade relativa o prejuízo deve vir cabalmente reconhecido, o fato é que assim não pode ser pacificamente aceito, ante a construção de uma estrutura teleológica, em que os valores e a finalidade da norma são reconhecidos como supremos. Como muito bem proclamado por Galeno Lacerda, o equívoco que cometem os que enchem a boca com o interesse público reside principalmente no fato de que na compreensão desse conceito, altamente abstrato e genérico, daqueles tidos como indeterminados, não existe apenas um interesse – o público –, como poderia se supor, mas nela se situa, ao contrário, uma extensão enorme de interesses diferenciados, tão ampla quanto aquela que diversifica os interesses privados⁴⁰.

Com efeito, se embora praticados dessa maneira, supostamente havida como viciada, atingirem a sua finalidade, não causando prejuízo algum, reputar-se-ão válidos e legítimos. Isso porque, sabendo-se qual a verdadeira e única finalidade do processo, bem como valendo-se de uma visão sistemática de todo o ordenamento, eventual atentado contra as suas formas e seu procedimento, nenhum vício acarretará, uma vez alcançado o escopo último a que ele se destina: servir à realização do direito material e da justiça. Lembra Adolf Schöncke que o processo “é um remédio pacificador destinado a restabelecer entre os particulares a paz e, com isso, manter a da comunidade”⁴¹.

Nos ordenamentos jurídicos hodiernos não só vige, de modo geral, o princípio da instrumentalidade das formas, como também os princípios da convalidação, da conservação, da causalidade, do interesse e da economia processual, todos destinados a relativizar o assim considerado desatendimento à forma em sentido estrito, sempre que atinja sua finalidade essencial⁴². Com

³⁹ É o que a doutrina entende por presunção de prejuízo das nulidades absolutas.

⁴⁰ LACERDA. *O código e o formalismo processual*, p. 10.

⁴¹ SCHÖNCKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*. Tradução espanhola da 5. ed. Alemã. Barcelona : Bosch, 1950. Parágrafo 1, p. 15.

⁴² É o professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira quem nos traz a definição magistral da essência da finalidade insculpida por Heilbut em

razão, o art. 154 do CPC⁴³, bem como outros dispositivos do mesmo corte, no sentido de dar prevalência à finalidade, ou seja, ao aspecto teleológico, como bem demonstrado pelo Dr. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira,

“impedem o fenômeno das formas residuais, as formas que teimam em permanecer apesar da perda de sentido e obstaculizam, do mesmo modo, sua degeneração, ou seja, sua extensão a termos não previstos inicialmente. Varresse, assim, o fetichismo da forma, eliminando-se as imprestáveis, mantidas tão-somente as que tenham finalidade atual ou sirvam à garantia das partes”⁴⁴.

Evidencia-se assim, ao longo da história, a minimização da questão que concerne à forma em sentido estrito, vigorando desde muito, o princípio de que o aspecto externo deve ceder ao conteúdo do ato processual, predominando, destarte, princípios relativizadores das nulidades processuais como categorias fundamentais para a definição da justiça e do direito⁴⁵.

Tomemos um exemplo, na tentativa de possibilitar a fácil compreensão desse fundamental e importante tema. O art. 82 do Código de Processo Civil determina em quais as hipóteses deve o Ministério Público, como *custos legis*, intervir no processo⁴⁶.

1886, *verbis*: “Nem todo descumprimento de uma forma determinada deve ter como consequência a ineficácia do ato processual realizado, pelo contrário haverá ineficácia apenas e na medida em que, com a desatenção da forma, for malograda a própria obtenção da finalidade para cuja segurança a forma foi estabelecida”, em *Do formalismo no processo civil*. Tese de Doutorado, orientada pelo professor Dr. José Rogério Cruz e Tucci, na USP, defendida em 12-12-96, nota 67, p. 282, que lhe rendeu nota dez, com direito a lauda.

⁴³ OLIVEIRA. *BIDART, Gelsi*. In: La humanización del proceso, *Revista de Processo*, 1978, p. 105-151, esp. 150-151, n. 9, v. 3, invocando o nosso art. 154 do CPC, estabelece como orientação humanizadora do processo temperar o formalismo processual com o princípio da finalidade”. Tese de Doutorado, nota 70, p. 283.

⁴⁴ OLIVEIRA, Tese de Doutorado. p. 283-284.

⁴⁵ Cf. percuciente conclusão de OLIVEIRA, op. cit., item 41.5.4, p. 312.

⁴⁶ A idéia do exemplo não é nossa. Esta já se encontrava em Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*. p. 131. Ver também o trabalho de Dall’agnol Júnior, publicado na Revista da *Ajuris* n. 24, p. 196, intitulado Nulidades do processo civil por falta de intimação do MP, onde o ilustre jurista defende a relativização de referida nulidade.

Suponhamos que em uma ação de nulidade de casamento, digamos com fundamento no art. 183, VI (são impedidas de contrair o matrimônio as pessoas casadas), do Código Civil, o demandante, para essa ação legitimado, ao propor a demanda, não propugne pela intimação do Ministério Público para que acompanhe o feito. Segundo dispõem os arts. 84 e 246 do CPC, seria nulo o processo, ante infração à norma cogente, que tutela interesse predominantemente público. Dizemos predominantemente público, haja vista que as partes igualmente têm interesse no justo desate da controvérsia. Vício dessa ordem, na qual existe cominação expressa de nulidade, por ser insanável, acarretaria a imediata nulidade do feito, podendo ser ventilada por qualquer das partes, representante legal do Ministério Público ou pelo próprio juiz.

No entanto, hipoteticamente, nem a parte demandada, nem o juiz verificaram essa omissão, e, por via de consequência, levaram a termo o processo que visava à declaração da nulidade do casamento. No julgado, conjecturamos a improcedência da demanda proposta, uma vez que o cônjuge demandado, ao contrário do que sustentava o sujeito ativo da ação, não era casado, e sim divorciado, consoante logrou demonstrar com a produção de cópia da sentença de divórcio transitada em julgado. Qual haverá de ser, nesse caso, a providência a ser tomada, verificada, ou até mesmo suscitada a nulidade ocorrente pela falta de intervenção do órgão ministerial?

Primeiramente, por óbvio, ao juiz não é dada a oportunidade para suscitá-la, uma vez que lhe falta jurisdição, ante a lavratura da carta sentencial. De plano, igualmente, afastamos o direito do demandante de suscitar referido vício, uma vez que foi ele próprio quem deu causa à nulidade, embora presente o seu prejuízo com a improcedência da ação e certa a indisponibilidade do direito em concreto. Logo, tão-somente ao órgão do Ministério Público e à parte demandada é que se lhes faculta a arguição de eventual nulidade.

Feita essa breve ressalva, cumpre agora perquirirmos sobre a pertinência ou não de declararmos a nulidade do feito e, com isso, procedermos na renovação de todo o processado, que fatalmente seria julgado da mesma forma, ou seja, no sentido de declarar a improcedência da ação, ante a prova cabal do divórcio.

Pode parecer que, à primeira vista, a nulidade cominada tenha, inevitavelmente, o

caráter obrigatório de determinar a insana- bilidade do processado, com a conseqüente retificação e repetição dos atos processuais viciados. Os mais afoitos, sob o pálio de uma interpretação meramente literal e gramatical⁴⁷ do dispositivo legal e isolada do resto do sistema, à evidência, declarariam a nulidade absoluta do feito. Mas assim não poderia decorrer, uma vez interpretada adequadamente a disposição que comina a nulidade absoluta, em conjugação e harmonia com o disposto legal dos parágrafos 1º e 2º dos arts. 249 e 244, ambos do CPC, que, respectivamente, fundamentam os princípios do não-prejuízo, do aproveitamento e da finalidade, informadores do princípio da instrumentalidade das formas.

Embora o exemplo referido trate de vício absoluto, em que há cominação expressa de nulidade, tudo nos conduz a acreditar que a sua relativização, diante do caso concreto, poderá tomar contornos de efetividade. Tudo dependerá do caso em particular, que estará a merecer a tríplice adequação das normas processuais ao direito material, daí o porquê da necessidade imperiosa de aproximação e apaixonamento do juiz à causa.

A se possibilitar a declaração da nulidade no exemplo acima, por consequência tendo de ser renovado todo o processo, estar-se-á atentando contra o princípio da economia processual, para falarmos do menos. A exigência na renovação do processo, em homenagem tão-somente à sacralidade da forma, ou seja, o processo por si mesmo, como decorreria obviamente, não se admite em hipótese alguma.

Em sentido similar, o exemplo dado pelo emérito Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva, no qual uma vez intervindo o repre-

⁴⁷ A interpretação literal e gramatical, sem dúvida, é considerada a mais pobre das interpretações. Conforme refere o gênio de Carlos Maximiliano, “ela oferece o encanto da simplicidade; fica ao alcance de todos; impressiona agradavelmente os indoutos, e convence os próprios letrados não familiarizados com a ciência do Direito. Empresta-lhe menor valor o profissional de boa escola, verdadeiro jurista. A forma é sempre defeituosa como expressão do pensamento; e é este que se deve buscar. Em vez de se ater à letra, aprofunde-se a investigação, procure-se revelar todo o conteúdo; o sentido e o alcance do dispositivo. *Scire leges non est verba earum tenere; sed vim ad potestatem: já ensinara Celso (Digesto, De legibus, frag. 17)”, Comentários à Constituição de 1891. 1. ed. p. 95.*

sentante legal do Ministério Público, ainda que em segunda instância, ao ensejo de seu parecer, a nulidade, ante a ausência de sua intimação no processo de primeiro grau, poderá ser sanada, não sendo raros os modelos de decisão nos quais os tribunais têm relevado este vício⁴⁸.

Tomemos outro exemplo, a fim de bem fixar o alcance e importância efetiva deste maravilhoso instituto, que, adequadamente aplicado, logrará acertar e realizar a justiça e o direito em concreto. Suponhamos que em uma ação⁴⁹ o autor produza um documento redigido em língua espanhola, sem a tradução que lhe exige o art. 157 do Código de Processo Civil, ou seja, em vernáculo, firmada por tradutor juramentado. Esse documento, hipoteticamente, seria a cópia de alguns dispositivos do Código Civil uruguaio. Juntamente com ele produziu o autor cópia de obra doutrinária idônea, na qual vêm reproduzidos para o idioma português os dispositivos suscitados. O réu, por ser uruguaio, não tem dificuldade alguma na compreensão e leitura do texto, nem ventila a exigência legal do art. 157 do nosso CPC. O magistrado, por sua vez, domina com perfeição o idioma espanhol. Qual seria o procedimento a ser adotado no caso concreto? Deveria o juiz, à luz do disposto no art. 157 do CPC, exigir a tradução do texto colacionado? Poderia ser declarado nulo o processo a partir da juntada desse documento, tendo em vista a não-tradução para o vernáculo, ante frontal desrespeito ao disposto no art. 157 do CPC, conseqüentemente à legalização documental?

Temos que a solução, antes de mais nada, não aceita generalizações. O juiz deverá examinar caso a caso, sopesando a prejudicialidade e finalidade do ato perpetrado. Na

⁴⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 3. ed. Porto Alegre, 1996. p. 179.

⁴⁹ Sobre o conceito de ação, que não é objeto deste ensaio, vejam-se, entre nós, os estudos eruditos de LACERDA, *Ensaio de uma teoria eclética da ação*. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, p. 89-94; 1958, SILVA, Direito subjetivo, pretensão de Direito Material e ação, *AJURIS*, n. 29, p. 99-126, 1983, e *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, especialmente p. 161-180. Na literatura estrangeira podem ser encontradas diversas obras a esse respeito, como, por exemplo em Wach, Couture, Windscheid e Muther, Chiovenda. Sugerimos, em especial para a compreensão da teoria adotada pelo nosso sistema, a de Enrico Tillio Liebman, *Concepto de la acción civil*. *Revista de Estudios Jurídicos y Sociales*, Montevideo : v. 13, n. 70, p. 217-242, 1940.

hipótese vertente, acreditamos que nenhum prejuízo acarretará a aceitação do texto legal uruguaio sem a tradução devida para o vernáculo. Primeiro porque o espanhol, como sabido, se assemelha muito ao nosso idioma, nesse sentido, não ensejando dificuldade alguma na sua compreensão⁵⁰. Segundo, porque, tanto o autor, como o réu e o juiz, conhecem perfeitamente o espanhol, dispensando qualquer tradução para bem compreenderem o texto de lei. Terceiro, porque o autor trouxe à colação obra doutrinária idônea, que afasta por completo qualquer dúvida na tradução do texto. Por último, entendemos que por ser dirigida ao magistrado a produção do documento, a ele cumpre reconhecer o cumprimento da finalidade da prova ou não.

Veja-se que o exemplo acima trata de vício essencial. No entanto, por não cominar o dispositivo legal do art. 157 pena de nulidade, consoante bem disposto no art. 244, ambos do CPC, o juiz deverá “considerar válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”⁵¹. Logo, perfeitamente autorizado ao juiz aceitar o texto legal sem a tradução respectiva, uma vez preenchida a finalidade essencial do ato, que, igualmente, não acarretou qualquer prejuízo para as partes. Vale ressaltar que em assim procedendo não estaria o magistrado desobedecendo, ou mesmo negando vigência ao disposto no art. 157 do CPC. Muito pelo contrário, estaria dando prevalência à norma geral e superior do art. 154 e, especialmente, a do art. 244, ambos do CPC, que, em síntese, dão especial relevância à necessidade técnica de se lograr ao fim ou objetivo último do próprio ato.

O problema da forma dos atos processuais sem dúvida é dos mais importantes na seara do direito processual⁵². Àqueles que imputam ao rigor da forma as graves mazelas do processo, ergue-se a opinião daqueles que crêem que a

⁵⁰ A esse respeito, no sentido de dispensar a tradução de documentos redigidos em língua espanhola, já existe jurisprudência: *Julgados do TARS*, n. 112, p. 176.

⁵¹ Nosso código de processo só em poucos casos expressamente comina pena de nulidade, como, *exempli gratia*: arts. 11, parágrafo único, 13, I, 113, parágrafo 2º, 214, 236, parágrafo 1º, 246, 247, 618, 1.074, 1.100 e 1.105, consoante bem pinçado pelo professor OLIVEIRA, Tese de Doutorado p. 170-171.

⁵² Para estudo mais profundo, veja-se a brilhante e inédita tese de doutorado do professor OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*.

falta de forma engendraria confusão e incerteza. Essa afirmação, por vezes, é identificada com o formalismo. Entretanto, vale dizer, a certeza é precisamente a de que existem fins mais relevantes ao prosseguimento dinâmico do processo.

O gênio de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira sustenta eruditamente que

“a forma investe-se da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”,

enfim, parafraseando Rudolf von Jhering, “a forma é a inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade”⁵³.

Daí por que acudir imediatamente as palavras com que Montesquieu inaugurou o Livro 29, *Do Espírito das Leis*: “As formalidades da justiça são necessárias à liberdade”⁵⁴. Esse é o real sentido e finalidade da forma, que não pode e não deve ser deturpado, sob pena de erigirmos a forma como valor único em si mesmo.

A esse respeito, as regras de sobredireito processual, nitidamente antiformalistas, quando ordenam ao juiz considerar válido o ato, desde que tenha atingido o seu objetivo precípuo (art. 244 do CPC); quando determinam a aceitação do ato, embora viciado, se inexistente prejuízo à parte (art. 249, parágrafo 1º, do CPC), à evidência, estão a reconhecer a relativização dos vícios ocorrentes por infração a normas de natureza imperativa, que visam tutelar interesse público⁵⁵.

⁵³ *Ibidem*. p. 8-9.

⁵⁴ Cf. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo : Abril Cultural, 1973. p. 469.

⁵⁵ “Quando o Código, no art. 244, ordena ao juiz que considere válido o ato, apesar da nulidade, se alcançado o objetivo; quando, no art. 249, parágrafo 1º, determina que, apesar de nulo, o ato não será repetido nem suprida a falta, se inexistente prejuízo à parte, estamos em presença, na verdade, de normas processuais superiores que eliminam os efeitos legais da inobservância de dispositivos inferiores, como se o Código, em outras palavras, estabelecesse o seguinte silogismo: embora nulo o ato, porque descumpriu prescrição imperativa imposta pelo artigo número tal, a regra mais alta reguladora das nulidades impede a declaração do vício porque não houve prejuízo; porque, a resguardar a instrumentalidade do processo, o fim foi atingido. Isto é, a cogência da norma inferior cessa”, cf. LACERDA, *Livro de estudos jurídicos*, p. 2, e *O código e o formalismo processual*, p. 11.

Por aqui já se verifica que a categoria do sobredireito processual deve ser adequadamente aplicada quando ocorrente suposta nulidade absoluta, pois, no que pertine à nulidade relativa e à anulabilidade, estas podem de todo ser sanadas. E é o próprio Ovídio Baptista quem conclui no sentido de que todo o sistema de nulidades dos atos processuais está primariamente dominado por um conjunto de princípios específicos e peculiares ao direito processual, gerando um certo relativismo de todas as regras sob as quais se pretenda classificar os defeitos dos atos processuais e suas conseqüências⁵⁶, confortando, à saciedade, a orientação alhures lançada por Galeno Lacerda.

Por esse motivo, o juiz de direito ao lidar com a matéria-prima no exercício de sua função, ou seja, com conflitos de interesses gerais e universais, deve validar e aprofundar a sua efetiva participação com o caso real posto ao seu desate, para que, uma vez abstraída a legítima hierarquia de interesses tutelados pelos textos de um código de processo, seja preservado o sentido fundamental e vital de todo o sistema que o anima.

“Neste sentido, tratando-se de um Código de Processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, de que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material”⁵⁷.

Além desses dispositivos legais, que encerram evidentemente o caráter de normas de sobredireito processual, Galeno Lacerda constatou a existência de alguns outros. Nesse sentido, o disposto no parágrafo único do art. 250 do CPC, que determina que sejam aproveitados os atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa, apesar do erro na forma do procedimento⁵⁸. Tudo em homenagem

⁵⁶ SILVA, op. cit., p. 179.

⁵⁷ LACERDA, *O código e o formalismo processual*, p. 10.

⁵⁸ A jurisprudência tem entendido no mesmo sentido, embora não vislumbrando a prevalência de uma norma de sobredireito processual. No sentido de que o processo deva ser adaptado a todo tempo, com o aproveitamento dos atos praticados, quando não tiver havido prejuízo, v. RT, 487/138, 541/189, 610/101, 625/74, e Julgados do TARS, 87/368, 88/138, 110/344. Em caso de não haver ocorrência de

ao preceito mais alto da instrumentalidade das formas e do processo, que se sobrepõe a qualquer outra norma. É o caso examinado pelo próprio Galeno Lacerda, por ocasião do julgamento da apelação cível nº 583048061, cuja ementa vem assim noticiada, *verbis*;

“Pretensão possessória, encaminhada sob forma equivocada de medida cautelar inominada de imissão de posse. Constituto possessório. Efeitos. Confere ele ação possessória ao adquirente, e não de imissão na posse. Possibilidade em tese de cautelas satisfativas, não, porém, na espécie. Aplicação do art. 250 do CPC, como regra de sobredireito processual, a fim de a forma processual errônea adaptar-se à pretensão possessória manifestada. Anulação do processo para tal fim, a partir do despacho inicial e da citação inclusive” (in *RJTJRS* 108/365).

Também o do art. 462 do CPC⁵⁹, ao determinar que

“se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao Juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”;

atribuindo, portanto, a idéia da relevância dos fatos supervenientes, em repúdio ao formalismo excessivo, a fim de, com os olhos voltados à economia das partes e à necessidade de eliminar-se o litígio com presteza, possa ser aproveitado o já instaurado para fazer a justiça ulterior ao momento inicial⁶⁰.

Por fim, a receber por parte do mestre a natureza de normas fecundas de flexibilidade, se sobrepõem às demais os parágrafos 1º e 2º, do art. 515 do CPC, no sentido de que seja

prejuízo à parte adversa, embora tenha preferido a parte autora o procedimento ordinário ao sumário, v. REsp. 11.200-SP e Resp. 13.573-SP. Cf. Negrão Theotonio. *Código de Processo Civil*. 28. ed., Saraiva, 1997. nota 4 ao art. 250, p. 231.

⁵⁹ Sobre a aplicação do art. 462 do CPC, vide jurisprudência do próprio LACERDA, em Apelação Cível n. 587026493, da 3. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que faz referência a outras decisões, insertas na *RJTJRS*, 96/398, e *RJTJSP*, 74/183. Vide, igualmente, o R. Esp. n. 10.398-SP, da lavra do Ministro Athos Gusmão Carneiro, inserto na LEX – *JSTJ* e *TRF*, n. 37, p. 126-131.

⁶⁰ LACERDA, *O código e o formalismo processual*, p. 12-13.

ampliado o efeito devolutivo da apelação, além dos limites da sentença, a todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não as tenha julgado por inteiro. Do mesmo modo, o disposto no art. 517 do CPC, que autoriza que sejam suscitadas na apelação as questões de fato, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior⁶¹.

Com a nova redação trazida pela Lei nº 8.950/94, entendemos que o art. 516 do CPC igualmente encerra a condição privilegiada de prevalência sobre as demais regras comuns, ao dispor que ficarão submetidas ao segundo grau o conhecimento das questões anteriores à sentença, ainda não decididas. Nesse particular, importante o estudo daquelas questões que, embora decididas em primeiro grau, ensejam o dever de cognição oficiosa pelo órgão encarregado de prestar a jurisdição, como, por exemplo, as referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais⁶².

Existe ainda outra regra de sobredireito processual, bem pinçada pelo processualista Darci Guimarães Ribeiro, e de enorme utilidade para a prática forense: é a regra insculpida no parágrafo único do art. 245 do CPC, que reconhece a não-ocorrência de preclusão para o juiz no conhecimento de nulidade dos atos. Segundo sustenta o ilustre jurista, essa regra deve ser interpretada de molde a alcançar, igualmente, as partes, no que pertine à possibilidade de ser suscitada a nulidade relativa, ainda que a destempe. Isso porque, continua ele, seria um contra-senso lógico admitir-se que o juiz conhecesse de ofício da nulidade (parágrafo único do art. 245) e a parte não pudesse suscitá-la (*caput* do art. 245), porque deixou passar a oportunidade.

Com efeito, sendo matéria de cognição oficiosa por parte do juiz, a sua omissão ensejaria a arguição pela parte, que o provocaria para agir de ofício. Logo, a lei ao mesmo tempo em que reconhece a preclusão contra a parte, autoriza que seja ela superada pela imperiosa necessidade de conhecimento por parte do juiz, que poderá, se esse eventualmente for omissor, acarretar a provocação pela própria parte, a fim de que o magistrado da nulidade conheça. A interpretação meramente literal desse dispositivo legal, à evidência, constituiria, até mesmo, negativa da prestação jurisdicional.

⁶¹ *Ibidem*, p. 13.

⁶² Sobre a obrigação precípua do juiz de perquirir dos pressupostos que legitimam o direito de ação, recomendamos a leitura da obra de LACERDA, *Despacho Saneador*, especialmente no capítulo referente aos efeitos do despacho saneador.

Às vezes, como já mencionado, atos praticados por aqueles que participam de uma relação jurídica processual atingem a sua real finalidade, embora as normas que os regulamentem tenham eleito um meio em detrimento de outro, com o qual lhe atribuem o caráter formalístico, como muito bem assinalou Chiovenda no início do século⁶³.

No entanto, predominando a idéia de processo como fenômeno essencialmente cultural, continuativo e dinâmico⁶⁴, seu fim, e não sua forma, é que o define e o delimita. Tanto é o seu fim que o delimita que a idéia teleológica de processo já de há muito predomina no pensamento dos mais renomados processualistas, consoante advertência de Wach e Schönke, citados por Couture⁶⁵. Teleológica porque o fim visado precipuamente pelo processo, antes da satisfação dos interesses do indivíduo, é a realização efetiva da justiça e a pacificação social⁶⁶. Esse é o conceito social de processo, veementemente proclamado pelo jovem e talentoso processualista gaúcho Darci Guimarães Ribeiro, em suas palestras.

Note-se bem que precisamente por considerarmos o processo um fenômeno sócio-cultural, é que possibilitamos um passo além para nele também identificarmos, à luz de uma visão jurídica, a finalidade, o seu aspecto teleológico, como nota fundamental e informadora.

Com efeito, o que há de mais cristalino e axiologicamente irredutível no processo, enquanto fenômeno sócio-cultural, é o estar sempre dirigido para a efetiva e justa realização de algo. E sobre essa finalidade, ou seja, sobre a legitimidade do instrumento de orientar-se na área de sua própria incidência – na vida, no humano – diferentemente do sol que se põe, da chuva que cai, é que se constitui a justiça e a paz social, de molde a atribuir-lhe supremacia.

Avulte-se para a descoberta genial e revolucionária no direito processual. Longe de

afirmar-se como alternativa, a doutrina de Galeno Lacerda vem adminiculada na sólida interpretação sistemática⁶⁷ e teleológica do Código de Processo Civil, considerado por ele um dos melhores do mundo. Nesse sentido, o operador do direito não pode e não deve simplesmente ater-se à fria aplicação da lei ao caso concreto. Antes, deverá buscar, da interpretação e leitura sistemática de todo o ordenamento, os princípios e as normas fundamentais que animam todo o sistema⁶⁸.

Não erramos em considerar como ocorrente antinomia entre normas do nosso ordenamento jurídico, tendentes a, aparentemente, afetar toda a estrutura do sistema, uma vez verificada a maior hierarquia de valores em alguns preceitos, considerados paradigmáticos. É que existindo determinada norma que se sobreponha às demais, nesse sentido, atribuindo-se-lhe caráter de preceito maior, superior, a sua efetiva aplicação é a única solução para a antinomia aparente, sob pena de em não sendo aplicada, negarmos vigência e o caráter da norma hierarquicamente superior⁶⁹.

⁶⁷ A idéia de interpretação sistemática aqui adotada é aquela sustentada pelo ilustre jurista Juarez Freitas, na qual é “a interpretação sistemática o processo hermenêutico, por essência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Neste sentido, é de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação”, *A interpretação sistemática do direito*, Malheiros, 1995. p. 49.

⁶⁸ Sobre o sentido de Sistema, a propósito, ver o excelente trabalho de Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. UNB, 1996, para quem, “(...) ‘sistema’, equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”.

⁶⁹ Cf. Freitas, a norma hierarquicamente superior guarda o caráter do princípio da hierarquização axiológica, sendo, neste aspecto, uma meta-regra, um operador deontico que ocupa o topo do sistema jurídico. Entende o ilustre professor que o critério definitivo para o solvimento de toda e qualquer antinomia ocorrente no sistema deverá ser buscado pelo princípio da hierarquização axiológica, que é o metacritério que ordena, diante inclusive de antinomias no plano dos critérios, a prevalência do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação às demais, visando-se a uma exegese que impeça a autocontradição do sistema conforme a Constituição e que resguarde a unidade sintética dos seus múltiplos comandos, p. 81 e segs.).

⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Madr : 1925, t. 2, p. 113.

⁶⁴ Sobre a idéia de processo como fenômeno cultural, veja-se o brilhante artigo firmado pelo professor LACERDA. *Processo e Cultura. Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 74 e segs., 1962.

⁶⁵ COUTURE. *Función privada y función pública del proceso. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, n. 1, 1950. p. 53.

⁶⁶ Cf. Jaime Guasp, esta seria a visão de processo sob o seu prisma material, ou seja, processo como instrumento guiado e dirigido para a resolução do conflito social, propugnando a justiça e a pacificação social. *Derecho Procesal Civil*. 3. ed., Madrid, 1968. t. 1.

Nesse momento, especial atenção deve ter o operador do direito, por ocasião da adequada interpretação e aplicação da lei na prática de seu mister. Para tanto, deverá conhecer como ninguém todo o sistema, ou, ao menos, os princípios retóricos que o animam. Aliás, como bem sustenta Juarez Freitas, todas as frações do ordenamento jurídico estão em conexão com a inteireza de seu espírito, daí porque concluir-se que toda e qualquer interpretação de uma norma jurídica há de, necessariamente, ser efetivada à luz dos princípios gerais, normas e valores constituintes que animam todo o sistema⁷⁰.

Deverá o operador do direito escolher qual das duas normas “conflitantes” prevalecerá, adotando, para tanto, adequados critérios de hermenêutica e interpretação, bem como, muitas vezes, o bom-senso, a fim de que possa assegurar, declarar ou realizar o direito com o menor gravame possível.

Essa, sem dúvida, a idéia fundamental que deverá nortear todos nós, ou seja, o caráter de fato cultural do processo, cujos fins consistem, precipuamente, na realização da justiça e da paz social, bem como na solução da lide⁷¹, em seu aspecto geral e universal. Necessário, pois, a relativização de todas as normas e princípios processuais sempre que forem conflitantes com a efetiva obtenção da justiça, sob pena de autorizarmos a existência de um modelo processual inadequado ao seu objeto⁷². O escopo social do processo deverá ser perquerido de forma incansável, definindo e realizando o direito material, de molde a adequá-lo à realidade social a que se destina.

Por isso a importância do movimento pela chamada constitucionalização e efetivação do processo, a evidenciar a natureza fundamental

⁷⁰ Ibidem, p. 47-50.

⁷¹ A idéia de lide aqui utilizada não é a mesma de Carnelutti, que a tinha voltada única e exclusivamente para o caráter privado, mas, muito pelo contrário, a idéia de lide é a mais genérica e universal possível, envolvendo todo e qualquer conflito de interesses, aliás, a mesma adotada pelo mestre Galeno Lacerda.

⁷² A esse respeito, importante a orientação de Morello, citado por José Roberto dos Santos Bedaque, segundo a qual nenhum princípio processual pode impedir a realização rápida e econômica do processo, ou seja, será necessário uma limitação racional desses princípios para que se possa dar preferência a uma decisão adequada à situação objetiva. *Direito e processo, influência do direito material sobre o processo*. Malheiros, 1995. p. 50.

e política do acesso à ordem jurídica justa e do seu efetivo exercício, sempre guardando respeito à dignidade da pessoa humana e à paz social, valores supremos insculpidos na Carta Política Federal. A aplicação e a interpretação sistemática dessas regras permitirão, extirpe de dúvidas, ao operador do direito, a justa composição da lide.

É tarefa primordial do operador do direito descobrir a relação direta entre o texto da lei e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social. Interpretar será o seu único caminho, isto é, determinando o verdadeiro sentido e alcance das expressões do Direito⁷³. Assim procedendo, como referido, estará aplicando o direito, de modo justo e efetivo.

4. Conclusões

O presente ensaio teve como principal objetivo analisar a importância da estrutura do sistema das nulidades, no que pertine ao exame de vícios essenciais do processo, à luz dos princípios da adequação e da relativização das nulidades, por meio da categoria dos sobre-direitos processuais.

Após discorrer-se brevemente sobre a estrutura fundamental e básica da sistematização das nulidades processuais perpetrada pelo mestre Galeno Lacerda, desse exame, conseguiu-se demonstrar a sua atualidade e legítima pertinência para a prática diuturna dos operadores do direito. Tão-somente no que diz respeito aos vícios essenciais e insanáveis, concebidos como nulidades absolutas, é que deveremos ter especial e redobrada atenção para o seu reconhecimento, uma vez realizada a leitura sistemática e teleológica da norma legal, em conjugação com a categoria dos sobre-direitos processuais.

A categoria do sobre-direito processual, compreendida como a aplicação de regras e princípios superiores, deve ser interpretada de forma a abranger todo o sistema vigente.

Nesse diapasão, cremos que bem aplicada a teoria das nulidades processuais, em conjunto com a categoria do *sobre-direito processual*, e, principalmente, com a teoria da adequação, o processo, visto e entendido como verdadeiro instrumento colocado à disposição dos cidadãos para o efetivo acesso à ordem jurídica justa,

⁷³ Para uma análise e estudo mais completo da definição de interpretação e suas origens, vide o livro do mestre Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do Direito*.

servirá à justiça humana, social e concreta, a que se redonda seu princípio informador e capital.

A realidade da vida nos impõe diariamente uma multiplicidade de conflitos de valores. Ao invés de rechaçarmos certos princípios essenciais à justiça e à dignidade da pessoa humana, deveremos, isto sim, orientar nossa conduta para a sujeição na aplicação de relevantes e superiores princípios, sem nos basearmos em critérios preconcebidos, sempre que houver necessidade da observância de preceitos paradigmáticos de maior hierarquia. A justiça da decisão está na concretude do bem comum, na valoração axiológica do caso real, sempre dirigido ao fim último da realização da justiça e da paz social.

Para tanto, mister se faz que para cada relação jurídica material exista uma estrutura processual adequada⁷⁴. As normas processuais, como bem proclama o mestre Galeno Lacerda, têm de se adequar ao direito material, e não este àquelas. Tudo isso, para que seja possibilitada a outorga de efetiva tutela jurisdicional, que será determinada e delimitada pela natureza do direito posto em causa, lançando a instrumentalidade do direito processual à eficácia plena e efetiva de sua utilidade jurídico-social.

Bibliografia

- ARAGÃO, E. D. Moniz De. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, v. 2.
- BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. *Direito e processo* : influência do direito material sobre o processo. Malheiros, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. UNB, 1996.
- BÜLOW, Oscar von. *Excepciones procesales y presupuestos procesales*. Tradução espanhola de 1964. Buenos Aires, 1968.
- CARDOZO, Benjamim N. *A natureza do processo e a evolução do Direito*. Companhia Editora Nacional, 1943.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de Derecho Procesal Civil*. Madrid, 1925. t. 2.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires : Depalma, 1988.

⁷⁴ A respeito, ver a percuciente admoestação para a criação de ritos diferenciados em correspondência à tutela de direito substancialmente diversos, efetivada pelo ilustre processualista Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Processo de conhecimento e procedimento especial*. *Ajuris* n. 57, p. 17, 1993.

- _____. *Función privada y función publica del proceso*. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, v. 2, n. 1, 1950.
- _____. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- _____. *El proceso como institución*. In : *Studi in Onore di Enrico Redenti*. Milão : Giufre, 1951. v. 1.
- DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre : Lejur, 1989.
- _____. *Nulidades do processo civil por falta de intimação do MP*. *Ajuris*, n. 24.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nasce um novo processo civil*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva, 1996.
- _____. *A reforma no Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- _____. *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. Malheiros, 1995.
- GALVES, Carlos Nicolau. *Manual de filosofia de Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1968. t. 1.
- LACERDA, Galeno Velinho de. *Despacho Saneador*. 3. ed. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1990.
- _____. *O código como sistema legal de adequação do processo*. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre.
- _____. *O Código e o formalismo processual*. *Ajuris*, n. 28, 1983.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- _____. *Presença de Couture*. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, v. 4, n. 1, 1958.
- _____. *Processo e cultura*. *Revista de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1962. v. 3.
- _____. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – RJTJRS*, n. 102, 1983.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. v. 1.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- _____. *Comentários à Constituição de 1891*. 1891.
- MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México : Fondo de Cultura Económica, 1994.
- MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*. São Paulo : Abril Cultural, 1973.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 28. ed. Saraiva, 1997.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro De. *Do formalismo no processo civil*. Dissertação (doutorado) – Universidade de São Paulo, 1996.
- SCHONKE apud COUTURE. Função privada e função pública do processo. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, v. 2, n. 1, 1950.
- _____. *Derecho Procesal Civil*. tradução espanhola da 5. ed. Alemã. Barcelona : Bosch, 1950.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 3. ed. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1996.
- _____. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *Ajuris*, n. 57, 1993.
- WACH, apud COUTURE. Função privada e função pública do processo. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, v. 2, n. 1, 1950.
- WATANABE, Kazuo. *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Participação e processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.

A consciência da antijuridicidade no moderno Direito Penal

CLÁUDIO BRANDÃO

SUMÁRIO

1. Conceito da consciência de antijuridicidade. 2. Pressupostos do estudo. 3. Formação da consciência da antijuridicidade. 4. Consciência de antijuridicidade e culpabilidade. 5. Consciência de antijuridicidade e antijuridicidade. 6. Teoria estrita do dolo. 7. Teoria limitada do dolo. 8. Teoria estrita da culpabilidade. 9. Teoria limitada da culpabilidade.

1. Conceito da consciência de antijuridicidade

A consciência da antijuridicidade vem sendo o conceito mais difícil de se estabelecer em todo o Direito Penal, todavia, apesar dessa dificuldade, ela é o elemento mais importante da teoria do delito contemporânea. Sua importância é tamanha que Jescheck chega a afirmar que

“através do reconhecimento da consciência da antijuridicidade como base da reprovação da culpabilidade, o processo de moralização do Direito Penal alemão alcançou o seu cume”¹.

¹ Hans-Heinrich Jescheck. A Nova dogmática penal e a política criminal em perspectiva comparada. In: *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 233. Em outra obra o autor assim se expressa: “El reconocimiento de la consciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad por la fundamental sentencia del Gran Senado para asuntos penales de 18 marzo 1952 (BGH 2, 194 [201]) constitui un hito que señala el inicio de una etapa en la historia moderna de la ciencia del Derecho Penal alemán. (...) con la admisión del requisito de la conciencia del injusto para el reproche de culpabilidad se há emprendido el camino para la plena realización del principio de culpabilidad”.

A consciência da antijuridicidade é o reverso do erro de proibição. Enquanto o erro de proibição consiste na falta de apreensão do caráter ilícito da conduta, a consciência da antijuridicidade consiste na percepção do caráter ilícito da ação. A ação humana passa por várias fases, uma delas é a sua elaboração intelectual. É nesta fase que surge a consciência da antijuridicidade, que pode ser traduzida num conhecimento prévio da significação ilícita do comportamento. O conhecimento é dito prévio porque é anterior à modificação do mundo exterior, acarretado pela referenciada ação.

Classifica-se a consciência da antijuridicidade em consciência da antijuridicidade formal e consciência da antijuridicidade material. A consciência da antijuridicidade formal exige, para o seu perfazimento, o prévio conhecimento da norma, que dá à conduta o caráter de ilícita, assim, por exemplo, o sujeito só terá consciência da ilicitude de sua conduta homicida, se conhecer o art. 121 do Código Penal. Entre os autores que sustentam a consciência formal da antijuridicidade, destaca-se Franz von Liszt, afirmando que a multirreferenciada consciência da antijuridicidade só se perfaz se o autor sabe que

“su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la colectividad”².

A consciência da antijuridicidade material exige apenas que o sujeito apreenda o caráter anti-social da ação, tendo por base a experiência adquirida na vida em sociedade, é a chamada consciência profana do injusto. Esta segunda posição, vigente no Direito brasileiro, é a defendida pela maioria da doutrina. Wessels afirma que

“o objeto da consciência do injusto não é o conhecimento da disposição penal ou da punibilidade do fato, mas a compreensão do autor de que sua conduta é juridicamente proibida”³,

enquanto Asúa alerta que não se pode exigir a consciência formal da ilicitude

(*Tratado de Derecho Penal* : parte general. Traducción de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona : Bosch, 1981. v. 1, p. 622).

² LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Luis Jiménez de Asúa, Madrid : Reus, [s. d.]. v. 2. p. 414.

³ WESSELS, Johannes. *Direito Penal : parte geral*. Traducción Juarez Tavares. Porto Alegre : Fabris, 1976. p. 90.

“porque ello nos llevaría a la exigencia del conocimiento del derecho escrito en todos los individuos, lo que es realmente imposible”⁴.

A consciência da antijuridicidade, deve-se ressaltar, não precisa ser atual, bastando que ela seja potencial. Isso significa que não é necessário, para que surjam seus efeitos jurídicos no âmbito da culpabilidade – conforme se verá adiante – que ela esteja realmente presente no indivíduo, basta que o sujeito tenha tido condições de auferi-la no seu convívio social. Welzel afirma que é dever do indivíduo informar-se, por isso se reprova o sujeito quando, em que pese o mesmo não ter a consciência atual da ilicitude, ele poderia tê-la adquirido se procurasse se informar⁵.

2. Pressupostos do estudo

Figueiredo Dias nos ensina que só podemos estudar a consciência da antijuridicidade partindo da análise teórica dos termos *consciência e antijuridicidade*⁶. A conceituação de antijuridicidade pode ser sintetizada como

“um juízo de valor negativo ou desvalor que atribui ao fato do homem a qualidade de ser contrário ao Direito, dando à ação o caráter de não-querido pelo Ordenamento Jurídico”⁷;

quanto à questão da definição de consciência, é certo que não é um conceito jurídico propriamente dito, devendo-se buscar na Psicologia sua definição. Contudo, não devemos absorver o conceito de consciência simplesmente como ele é apresentado na Psicologia. Com efeito, é tarefa do hermenêuta do Direito adequar este conceito à categoria lógico-jurídica, que precisa ser estudada (isto é, deve adequá-lo à consciência da antijuridicidade, de acordo com sua função no Direito Penal).

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Teoria jurídica del delito*. Buenos Aires : Universidad del Litoral, 1956. p. 83.

⁵ WELZEL, Hans. La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione. *Rivista Italiana di Diritto Penale*. Milano, v. 4, n. 1/2, p. 12, gen./apr. 1951.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da falta de consciência de ilicitude em Direito Penal*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 1987. p. 4.

⁷ BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 24, jan./mar. 1997.

Não se poderia, por exemplo, no âmbito penal, definir a consciência como sendo um estado de espírito. Se assim se definisse, nenhuma contribuição traria para a compreensão do problema.

Para o Direito Penal, considera-se a consciência como um saber perceptivo no sentido de um estado disposicional. Isto é, a consciência é uma apreensão de sentido, com base na percepção, tendo em vista um determinado estado disposicional.

3. Formação da consciência da antijuridicidade

Em recente tese, o Professor Chaves de Camargo, da Universidade de São Paulo, baseado no código de comunicação de Habermas, propõe uma moderna teoria para explicar a formação da consciência da antijuridicidade. Para o autor, a sociedade é formada por diversos grupos sociais, que mantêm entre si um código de comunicação. O que caracteriza a integração do indivíduo na sociedade é sua participação solidária no mesmo código de comunicação. Essa solidariedade permite que a sociedade se componha de ordens legítimas, aceitas pela maioria do grupo social.

O agir comunicativo do indivíduo deverá estar em consonância com os valores condensados nos modelos de comunicação, que estão presentes nas normas. A consciência da antijuridicidade limitará este agir comunicativo do sujeito, que se não agir conforme o direito, terá sua conduta reprovada pelo único instrumento existente para fazer a reprovação da conduta individualmente considerada: a pena⁸.

Por meio da teoria do agir comunicativo, pode-se traçar um perfil da evolução da consciência de ilicitude no indivíduo. A partir dos primeiros anos de vida, a criança vai construindo o seu código de comunicação, tomando consciência do mundo social, até que se integre no dito grupo social, aceitando a veracidade dos conceitos que lhes foram transmitidos.

Com o seu crescimento, adquirido pela linguagem, o sujeito constrói um mundo de vida, que é o ponto de partida e de chegada de uma reflexão de toda a sociedade.

Por meio desse código de comunicação, o indivíduo pode apreender o sentido do que é

⁸ CAMARGO, A. L. Chaves de. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1994. p. 162.

querido pelo Direito e do que não é querido, adquirindo assim, a consciência da antijuridicidade.

Numa reflexão mais profunda, pode-se afirmar que a consciência da antijuridicidade está presente em qualquer ato de comunicação que o indivíduo realize a partir de quando ele chega a uma reflexão de sociedade⁹.

4. Consciência de antijuridicidade e culpabilidade

A consciência da antijuridicidade tem por conteúdo a antijuridicidade e por objeto a culpabilidade. Tem por objeto a culpabilidade, pois, como veremos, encerra a culpabilidade em si. Tem por conteúdo a antijuridicidade porque a apreensão de sentido é formada tendo em vista a contradição do fato com as exigências do Direito. Entretanto, como alerta Maurach, “com la inclusión del conocimiento del injusto en la estructura total del delito surgió además la necesidad de atribuir, a esta característica, un lugar dentro de los particulares elementos del delito”¹⁰.

A culpabilidade, com o finalismo, encontra o seu suporte teórico na consciência da antijuridicidade, “por isso se diz que a consciência da antijuridicidade está inserida na culpabilidade, sendo elemento desta”¹¹.

A culpabilidade existe desde o Direito Romano, ainda que sem uma base científica estruturada. Os romanos consideravam-na como dolo e distinguiam dois tipos de dolo: *o dolus bonus e o dolus malus*. O *dolus bonus* era a sagacidade para enganar, sendo, para eles, uma virtude; o *dolus malus* era aquele no qual havia uma vontade aliada a um mau propósito, propósito este conhecido e querido pelo agente, qual seja, o dolo valorado pela consciência da antijuridicidade. O conceito romano de

⁹ Ibidem, p. 165-169.

¹⁰ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Juan Córdoba Roda. Barcelona : Ariel, 1962, p. 131.

¹¹ Numa posição inovadora, mas minoritária, a professora portuguesa Teresa Serra considera a consciência da antijuridicidade elemento autônomo do juízo de culpa, definitivamente separada do dolo. Entretanto, considera que o dolo tem uma dupla função: pertence a ação e a culpa a um só tempo (*Problemática do erro sobre a ilicitude*. Coimbra : Almedina, 1991. p. 38-40, 58). A maioria da doutrina, contudo, considera o dolo definitivamente livre da culpabilidade, tendo lugar exclusivamente no tipo.

culpabilidade perdurou durante toda a idade média, período em que vigia o Direito Canônico.

Durante o século XIX, com a hegemonia das ciências naturais, procurou-se uma explicação puramente naturalística para a compreensão da ação humana, surgindo então a Teoria Psicológica da Culpabilidade. Para esta teoria, a culpabilidade era um fato da conduta interna do agente, de cunho psíquico, consistindo no dolo e na culpa. O dolo consistia na vontade livre e consciente, enquanto a culpa na imprudência, negligência ou imperícia. Nesta época há, pois, um retrocesso no Direito Penal, posto que não mais se considera o elemento normativo do dolo, abandonando-se a valiosa contribuição do Direito Romano.

Entretanto, este retrocesso não perdura na ciência do direito! Deveu-se a Franz von Litz a concepção psicológico-normativa da culpabilidade, a qual trouxe novamente à tona a valoração dada pelos romanos ao dolo. Desse modo, a culpabilidade era composta pelo dolo e pela culpa, mas ocorre que o dolo não é uma simples vontade, despida de qualquer elemento normativo. Pelo contrário, o dolo era valorado por um elemento normativo, que era justamente a consciência da antijuridicidade¹².

Com o advento da teoria finalista da ação, a concepção psicológico-normativa da culpabilidade foi rechaçada, dando-se lugar a uma concepção exclusivamente normativa da mesma. Tal teoria foi criada por Hans Welzel, e preconizava que toda ação humana é dirigida a um fim, ou seja, a ação é finalista, por consequência, o elemento psicológico (dolo) está na ação e não na culpabilidade.

A consciência da antijuridicidade – na teoria finalista – é a essência da culpabilidade e é o que permite que se faça um juízo pessoal de reprovação sobre o autor do ilícito penal. Tal juízo é feito pelo juiz, que personifica o ordenamento jurídico.

A culpabilidade, desse modo, é puramente a consciência da antijuridicidade, que é um

¹² Sobre esta concepção, são precisas as palavras de Bettiol: “la coscienza dell’antigiuridicità è ancora un dato di fatto que se aggiunge a quelli della pevisione e voluntarietà del evento lesivo. Eppure si può dire che la concezione valutativa e normativa della colpevolezza è proprio partita dalla esigenza che l’imperativo della norma sai sentito dalla coscienza individuale nel momento della perpetratioe del reato.” (*Il Problema Penale*. Palermo : G. Priulla, 1948. p. 97-98). Ver também Bettiol e Mantovani. *Diritto Penale*. Padua : CEDAM, 1986. p. 508-509.

juízo de valor feito pelo juiz. Deve-se distinguir a valoração (consciência da antijuridicidade) do objeto da valoração (ação). No seu sentido próprio, a culpabilidade é só a consciência da antijuridicidade, estando a ação fora da culpabilidade, que é apenas o objeto da valoração. O dolo se insere no objeto da culpabilidade, qual seja, a ação, nunca na culpabilidade em si; como o tipo penal descreve a ação humana, diz-se acertadamente que, na teoria finalista, o dolo está no tipo. É, pois, a consciência da antijuridicidade que converte a ação e a vontade em ação e vontade culpável¹³.

Francisco de Assis Toledo ensina, com inigualável precisão, que Welzel não adicionou nenhum elemento novo à Teoria do Delito. Ele apenas “rearrumou” seus elementos. Deslocou o dolo para a ação, mas o fez sem seu elemento normativo, qual seja, a consciência da antijuridicidade. Isto ocorreu porque o *dolus malus* dos romanos já vivera muito tempo e não poderia subsistir, frente a um direito penal moderno, impregnado de valiosas contribuições da criminologia¹⁴.

Dentro do finalismo, cujas linhas básicas norteiam o Código Penal pátrio, podemos afirmar que a consciência da antijuridicidade é o elemento mais importante da teoria do crime, pois ela é a própria culpabilidade. Diz-se que a consciência da antijuridicidade é o elemento mais importante da teoria do delito por força do princípio *nulum crimen, nulla poena sine culpa*, visto que este princípio é o corolário máximo das legislações penais modernas, aí incluída a brasileira.

5. Consciência de antijuridicidade e antijuridicidade

Em que pese a consciência da antijuridicidade estar ou não estar inserida na antijuridicidade propriamente dita, as relações entre elas são muito estreitas. Como visto, a antijuridicidade é a relação entre o ordenamento jurídico e a ação humana, onde há uma divergência entre o primeiro e a última.

A relação de antijuridicidade não vai induzir a relação de consciência de antijuridicidade. De fato, a relação de antijuridicidade é um juízo de reprovação sobre o fato do homem,

¹³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Buenos Aires : Depalma, 1956. p.147 e segs.

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 227-228.

enquanto a relação de consciência de antijuridicidade é um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

É possível que o fato seja reprovável (antijurídico) sem, contudo, ser culpável (por não ter o autor consciência da ilicitude).

Destarte, pela antijuridicidade infere-se um juízo de desvalor sobre a ação, e pela consciência da antijuridicidade faz-se um juízo de desvalor pessoal sobre o autor, por ter agido contrariamente ao ordenamento jurídico, quando ele poderia dirigir seu comportamento conforme o ordenamento.

Na hipótese do indivíduo agir com consciência da antijuridicidade em um fato que não é antijurídico, ainda que suponha sê-lo, não haverá crime. Isso decorre do fato de ser a antijuridicidade a essência do crime, o crime em si; sem haver primeiro o juízo de antijuridicidade, não há que se cogitar em juízo de culpabilidade (consciência de antijuridicidade).

Vejamos o seguinte exemplo:

João vê uma camisa que supõe ser do seu vizinho e pretende subtraí-la para si. Tem a consciência da reprobabilidade do fato, mas, mesmo assim, decide fazê-lo. Se a camisa realmente for do seu vizinho, haverá a antijuridicidade da ação e, como o autor poderia evitar a ação antijurídica, a consciência da antijuridicidade, *rectius*, culpabilidade, perfaz-se plenamente.

Se, entretanto, a camisa pertence ao próprio João e ele supõe por engano pertencer ao seu vizinho, não haverá ação antijurídica e, portanto, não haverá culpabilidade, apesar do sujeito ter a consciência da antijuridicidade de seu atuar.

6. Teoria Estrita do Dolo

Dentro da culpabilidade, quatro teorias procuram explicar a posição da consciência da antijuridicidade: a teoria estrita do dolo, a teoria limitada do dolo, a teoria estrita da culpabilidade e a teoria limitada da culpabilidade, que veremos a seguir¹⁵.

As teorias do dolo tiveram origem na Alemanha. As construções doutrinárias sobre

¹⁵ Afirma Córdoba Roda que “hoy, mientras existe acuerdo unánime por parte de la dogmática moderna en afirmar la necesidad del conocimiento de la antijuridicidad, el punto central de la discusión se há desplezado a la determinación del lugar sistemático de este conocimiento”. (*El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. p. 105).

elas derivam da posição do antigo Reichsgericht, o alto tribunal do império alemão. O tribunal desconsiderou a consciência da antijuridicidade, quer como elemento do dolo, quer como elemento da culpabilidade¹⁶.

A doutrina alemã então, diante de graves injustiças causadas pelo Tribunal do império, criou uma saída para as decisões do RG: deu uma nova interpretação ao art. 59 do Código Penal alemão de 1871, o qual vigorou até a segunda metade desse século¹⁷.

Para a teoria estrita do dolo, a consciência da antijuridicidade é elemento do dolo e, quando ocorre a sua ausência, o dolo fica excluído. Para que se perfaça o dolo, o conhecimento da antijuridicidade precisa ser atual, pois “*dolus* significa reprovar al autor el hecho de no haber detenido ante *el pensamiento de estar obrando antijurídicamente*”¹⁸. Ernst von Beling afirma que não se considerar a consciência atual da antijuridicidade como elemento do crime conduz a graves injustiças¹⁹. O agente precisa efetivamente saber que dirige sua vontade a uma ação antijurídica. A culpabilidade, pois, “no sólo es culpabilidad de la voluntad en el sentido aquí empleado, sino de modo bien concreto ‘culpabilidad de la voluntad mala’”²⁰.

Nessa concepção, qualquer erro, quer seja de tipo, quer seja de proibição, exclui o dolo. Pelo erro de tipo, exclui-se a vontade de praticar o fato típico e antijurídico, excluindo-se, portanto, o elemento psíquico do dolo; pelo erro de proibição exclui-se a consciência da antijuridicidade, excluindo-se, portanto, o elemento normativo do dolo.

¹⁶ MAURACH, op. cit., p. 133.

¹⁷ Diz o referido dispositivo legal: “Lorsqu’au moment de la perpétration de l’infraction, l’auteur ignorait l’existence des circonstances qui en constituent les éléments légaux ou qui sont aggravantes, ces circonstances ne lui seront point imputées.” RELINGER, A. *Code Pénal Allemand*. Baden : Wervereis, 1995. p. 36.

¹⁸ BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal* : la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires : Depalma, 1944. p. 72 (grifo nosso).

¹⁹ “Es también evidente la grave injusticia de pensar que no importa para nada la conciencia de la ilicitud. Debiera, p. ej., ser considerada se condenado a muerte el agente de policía que habiendo entendido erróneamente (talvez sin culpa alguna) sus instrucciones de serviço, se creyese obligado a al comisión antijurídica de una muerte y hubiese obrado por fidelidad a su deber”. Ibidem, p. 78.

²⁰ MAURACH, op. cit., p. 135.

7. Teoria Limitada do Dolo

A teoria limitada do dolo também considera a consciência da antijuridicidade como elemento do dolo; ocorre que tal consciência não precisa ser uma consciência atual, mas apenas potencial. Essa teoria encontra seu ponto de partida no Projeto Gürtner de 1936, que dispõe:

“Actúa dolosamente quien lleva a cabo el hecho con conciencia y voluntad, siendo conciente de obrar el injusto o de infringir la ley (parágrafo a, párrafo 2)... El error es relevante si se basa en una actitud que es incompatible con una concepción sana de Derecho y injusto (parágrafo b)”²¹.

Essa concepção foi embasada na doutrina de Mezger. Num primeiro momento Mezger aderiu à teoria estrita do dolo, que exigia do autor o conhecimento “di quelle circostanze obbiettive della fattispecie legale, che già sussistono nel momento dell’atto volitivo, e perciò sono independenti dalla volontà dell’agente”²².

Mezger, contudo, reformulou a sua posição. Afirma que existem distintos graus de culpabilidade, mesmo frente à teoria do dolo: não há, pois, sempre o dolo na forma normal de culpabilidade²³. Em regra, o dolo exige a consciência da antijuridicidade, mas em determinados casos ela é inexigível: quando a conduta do autor é incompatível com uma concepção sã, de conforme ao direito e de contrário ao direito, essa conduta desviante pode ser chamada de *inimidade ao direito ou cegueira jurídica*²⁴. Tal erro sobre a antijuridicidade seria evitado por uma concepção sã de direito, a qual o indivíduo não possui, devendo, portanto, responder a título de dolo por sua conduta.

8. Teoria Estrita da Culpabilidade

A teoria estrita da culpabilidade, adotada pelos finalistas, vê toda falta de consciência de antijuridicidade como erro de proibição. A falta de consciência de antijuridicidade não exclui o dolo, porque o dolo esgota-se com o querer

objetivo do tipo. Entretanto, a inconsciência da ilicitude exclui a culpabilidade, posto que, como o dolo, esgota-se com vontade e previsibilidade, a consciência da antijuridicidade passa a ser, ao lado da imputabilidade, a própria da culpabilidade²⁵.

“Los dos elementos de la culpabilidad, esto es, imputabilidad e posibilidad de conocimiento del injusto, non son independientes entre si; el último no es más que la concreción del primero (...). El contenido de la culpabilidad estriba en la abierta rebelión contra la norma o por la reprochable indiferencia frente a las exigencias del Derecho, según que el sujeto actuara con actual, o potencial, conocimiento del injusto”²⁶.

A consciência da antijuridicidade é, por conseguinte, sempre potencial. Não vai se indagar se o agente tinha efetivamente esta consciência, mas far-se-á um juízo pessoal sobre o sujeito para aferir se ele tinha, naquelas determinadas circunstâncias do cometimento da ação típica e antijurídica, a possibilidade de ter o conhecimento do injusto.

9. Teoria limitada da culpabilidade

A teoria limitada da culpabilidade é muito semelhante à teoria estrita da culpabilidade. A diferença reside no erro quanto às causas de justificação ou discriminantes putativas.

Na teoria estrita da culpabilidade, essa espécie de erro sempre excluirá a consciência da antijuridicidade, ou seja, sempre será erro de proibição. Na teoria limitada, o erro quanto às discriminantes putativas, dependendo do caso, será equiparado ao erro de tipo, excluindo o dolo, ou erro de proibição, excluindo a culpabilidade. Se o erro for quanto aos limites da causa de justificação teremos erro de proibição; se for quanto à existência da justificadora que autoriza a ação típica, temos a equiparação ao erro de tipo. Dizemos que o erro sobre as discriminantes putativas fáticas se equipara ao porque o dolo não é excluído no mesmo sentido de que o agente não tem sua vontade dirigida à produção do resultado, mas

²¹ CORDOBA RODA, op. cit., p. 108.

²² MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. Padova: CEDAM, 1935. p. 328.

²³ Idem. *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, p. 28.

²⁴ Ibidem, nota às p. 29-30; ver também nota à p. 11.

²⁵ “Al constituir el conocimiento de la antijuridicidad un elemento de la culpabilidad, el error inevitable de la prohibición excluy este elemento del delito, y el evitable da lugar a que el juez pueda atenuar a pena en virtud de la disminución de la culpabilidad.” CORDOBA RODA, op. cit., p. 111.

²⁶ MAURACH, op. cit., p. 144-145.

porque do mesmo modo que os elementos objetivos da justificação compensam o desvalor do resultado, os elementos operam com igual consequência no que concerne ao elemento subjetivo²⁷.

Os partidários da teoria limitada da culpabilidade fundamentam-na em uma razão de política criminal. von Weber dá o seguinte exemplo: pode-se afirmar que um soldado que mata um camarada, por confusão com o inimigo, teve resolução de cometer um delito de homicídio?²⁸ Deve ele, então, responder pelo crime na forma culposa, em virtude da inexistência do dolo. Essa teoria é a adotada no Direito Positivo brasileiro.

Bibliografia

- BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal : la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires : Depalma, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe, MANTOVANI, Luciano Petoelo. *Diritto Penale*. Padua : CEDAM, 1986.
- BETTIOL, Giuseppe. *Il problema penale*. Palermo : G. Priulla, 1948.
- BRANDÃO, Cláudio. A importância da conceituação da antijuridicidade para a compreensão da essência do crime. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, jan./mar. v. 34, n. 133, p. 23-31, 1997.
- CAMARGO, A. L. Chaves de. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1994.
- CÓRDOBA, RODA, Juan. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Barcelona : Bosch, 1962.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da falta de consciência de ilicitude em Direito Penal*. 3. ed. Coimbra : Coimbra Ed. 1987.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. A nova dogmática penal e a política criminal em perspectiva comparada. In : *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*, Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 217-247.
- _____. *Tratado de Derecho Penal : parte general*. Traducción de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona : Bosch, 1981. v. 1.
- JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Teoría jurídica del delito*. Buenos Aires : Universidad del Litoral, 1956.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción Luis Jiménez de Asúa. Madrid : Reus, [s.d.]. v. 2.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Juan Córdoba Roda. Barcelona : Ariel, 1962. v. 2.
- MEZGER, Edmund. *Diritto Penale*. Traducción Filippo Mandalari. Padova : CEDAM, 1935.
- _____. *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*. Valladolid : Universidade de Valladolid, 1956.
- RELINGER, A. *Code Pénal Allemand*. Baden : Wervereis, 1995. p. 36.
- SERRA, Teresa. *Problemática do erro sobre a ilicitude*. Coimbra : Almedina, 1991.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Traducción Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires : Depalma, 1956.
- _____. La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Milano, v. 4, n. 1/2, p. 1-16, gen./apr. 1951.
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal : parte geral*. Tradução Juarez Tavares. Porto Alegre : Fabris, 1976.

²⁷ SERRA, Teresa. *Problemática do erro sobre a ilicitude*. Coimbra : Almedina, 1991. p. 83.

²⁸ apud CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 118.

Constituição e instabilidade institucional

JOSAPHAT MARINHO

SUMÁRIO

1. Sentido da aula. 2. O tempo e o Direito. 3. Constituição e estabilidade. 4. Gerando a instabilidade. 5. Transição interminável. 6. Lição de bom senso. 7. Necessidade de mudança de rumo. 8. Reformar não é repudiar.

1. Sentido da aula

A aula inicial de curso superior, sobretudo em Faculdade de Direito, nos tempos atuais, é diferente da de outras épocas. Não equivale à narrativa da vida despreocupada e alegre dos estudantes, no antigo estilo, em uso até o começo deste século. Não deve ser a oração da sapiência, revestida de retórica e de princípios gerais, com alheamento da realidade. Há de significar uma reflexão, em base científica e de objetividade, sobre problemas contemporâneos.

A inquietude provocada por tantas questões sem solução, ou encaminhadas inadequadamente, exige juízo crítico, aberto às indagações, às dúvidas e aos anseios dos espíritos em formação, de idades diversas mas por igual ciosos da verdade pesquisada.

Tanto maior é a responsabilidade da aula, se coincide, como no caso, com o começo dos atos comemorativos do centenário da Escola, perlustrada por eminentes figuras do pensamento jurídico, entre professores, juízes, membros do Ministério Público, advogados e políticos. Essa grandeza dos anos vividos associa indissolavelmente a Instituição à ciência nela ensinada, para que uma e outra engrandecam a cultura, a serviço do povo.

Aula inaugural dos cursos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, em 1º de abril de 1997.

2. O tempo e o direito

O tempo que as vincula – a Faculdade e a ciência jurídica –, neste espaço de estudo, é o mesmo elemento que imprime continuidade ao Direito, como norma de convívio civilizado. Dá-lhe dimensão e colorido diferenciados entre os povos, porém o conserva, vivo e atuante. O tempo que modifica, mantém, transformado, o direito indispensável à existência disciplinada sem violência.

“O direito – permiti que me ampare no saber de Ruy Cirne Lima –, o direito, pelo seu conteúdo e pelo seu endereço espiritual, denota, de modo particular, na estrutura de seus institutos sinais abundantes dessa evasão do tempo, quase completa no conceito de eternidade”¹.

Decerto, a incidência do tempo altera a norma, e as relações que nela se baseiam compelem o intérprete, e não raro o legislador, a transmitir novo alcance e conteúdo às regras positivas. Porém estas se substituem por outras que, embora de fisionomia distinta, têm a mesma função reguladora. Afirma-se, na sucessão dos preceitos, a continuidade do direito. O fenômeno é de tal evidência que mesmo as ditaduras, as de índole tradicional, sem idéias, e as modernas de caráter programático, impositivas de filosofias ou de preconceitos, instituem um simulacro de comando legal, em busca de legitimidade.

3. Constituição e estabilidade

Atingindo toda a perspectiva da ordem jurídica, a correlação tempo-direito é de reflexo preponderante no plano constitucional. É que a Constituição, abrangendo o complexo das relações humanas, entre seus múltiplos fins, visa, de modo superior, dar estabilidade às instituições e segurança à vida individual e coletiva.

Não se há de confundir estabilidade e segurança com imutabilidade. Os fatos da existência do homem são variáveis no espaço e no tempo, não podendo revestir-se de inalterabilidade, também, as normas que os disciplinam. Para que sejam eficazes na garantia de permanência da normalidade política e social, os preceitos constitucionais variam de sentido e de dimensão. Há mudanças formais, resultantes de emenda ou de revisão, e mudanças

¹ LIMA, Ruy Cirne. *Sistema de Direito Administrativo brasileiro* : introdução. Porto Alegre : Gráf. Santa Maria, 1953. v. 1, p. 242.

informais, originárias de exegese ou de costume. Apesar do estilo enumerativo que a caracteriza, a Constituição de 1988 declara, no mesmo critério das anteriores, que os direitos e garantias expressos em seu texto “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º). Logo, pela própria estrutura do sistema, o conteúdo da Constituição pode ser enriquecido por interpretação construtiva, de sorte que o valor estabilidade não traduz fixidez absoluta, mas constância de contextura flexível. Mais do que das leis, de modificação fácil, é da índole das Constituições esse tipo de compreensão, para que lhes seja proporcionada sobrevivência a cavaleiro de reformas, em regras complexas.

Há sempre nelas um terreno livre à interpretação. Conquanto reconheça-se que “mais do que o moralista ou o político, o jurista se preocupa, e com toda a razão, com a segurança jurídica”, Chaïm Perelman observa que essa posição não elimina “a intervenção de qualquer julgamento, substituindo os juízes por computadores na administração da justiça”². Vale dizer que a estabilidade, não sendo um conceito rígido, é medida segundo a intensidade de fatos relevantes, que modelam a convivência no Estado e na sociedade.

Por implicar estabilidade, portanto, a Constituição não há de ser interpretada limitadamente, ou seja, sem alcançar a realidade nova, provinda de fatos relevantes. Se nela se inscrevem, no correto dizer de Burdeau, as regras que a situam “ao abrigo das flutuações da vida política corrente”³, no seu sistema se hão de divisar, em princípio, as normas suficientes à regulação de fatos mutáveis. Não podendo estancar a vida, e sendo antes um instrumento para orientá-la, a Constituição forma um tecido elástico, que se desdobra em função de mudanças sensíveis no corpo social e do Estado. Conseqüentemente, há de extrair-se dela o máximo de força normativa, em paralelo com as inovações emergentes da sociedade. Assim a Constituição, como Lei Fundamental e extensiva a todos os grupos sociais, renova-se, sem alteração de seu texto, para atender a necessidades diversas, que

² PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Gabão G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996. p. 659-660.

³ BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris : LGDJ, 1969. T. 4, p. 201.

hã de ser amplas, e não expressões apenas da vontade de governantes ou da ânsia de grupos. Parcialidades não devem servir de suporte, salvo em situações excepcionais, para alterar a substância das Constituições.

Quando ocorre grave desequilíbrio entre a Constituição e os fatos, ou se apura omissão insanável por exegese, é que se legitima a reforma, com o cuidado de não adular-se o sistema, na sua letra e no seu espírito. Em tese, tal situação requer decurso de tempo e a ocorrência de fenômenos e circunstâncias, indicativos da necessidade de norma inovadora.

Procedem assim os povos que não submetem seu destino a aventuras reformistas. A Constituição americana contará em setembro exatos 216 anos, e vigora com apenas 27 emendas. Não é que seu conteúdo real seja o mesmo de 1787: a interpretação judicial lhe tem dado dimensão diversa, segundo as verdadeiras mudanças na ordem sócio-econômica e cultural. Basta que se atente no reconhecimento amplo, em nossos dias, dos direitos civis. De 1947 é a Constituição italiana. Em que pese à ebulição política e social que vem abalando essa nação européia, sua estrutura constitucional não foi desfigurada. Mesmo com o surto liberal posterior à queda dos sistemas comunistas do Leste do continente, preservou o poder de interferência do Estado na esfera econômica. Fê-lo para garantir programas e seus fins sociais, como estipulado no art. 41, ou para assegurar o apoio estatal à gestão das empresas, em benefício dos trabalhadores, consoante previsto no art. 46. Da Constituição francesa de 1958 se disse que não sobreviveria a De Gaulle, tanto com o dele o seu pensamento se identificava. A caminho de quarenta anos de adotada, aplicada por presidentes de tendências variadas, inclusive um socialista, não sofreu alteração nos seus lineamentos básicos. A principal mudança, provavelmente, proposta por De Gaulle, foi para aperfeiçoá-la, submetendo ao sufrágio universal a eleição do Presidente da República. As modificações sugeridas pelo Presidente Mitterrand – o grande antagonista do General –, ainda não foram votadas. Reconheceu ele a controvérsia atual sobre a duração do mandato presidencial de sete anos, com direito à reeleição. Não propôs, porém, novo período. Embora lhe parecesse que devia ser mais longo que o do deputado, lembrou que havia escrito, em 1988 – e permaneceu fiel a essa postura ética –, que deixava à deliberação “do Parlamento e das

grandes formações políticas determinar, por um acordo tão amplo quanto possível, a duração conveniente”⁴. Resultante de revolução que soterrou regime de índole fascista, a Constituição portuguesa de 1976 já passou por três revisões, mas que lhe aperfeiçoaram e não deformaram o texto. Foram suprimidos excessos da fase de turbulência, como o Conselho da Revolução, fortalecida a democracia e feitas adaptações tendo em vista a consolidação da unidade européia. Subsistem suas linhas mestras, mesmo quanto às normas de conteúdo econômico, quais as dos arts. 80 e 91, garantidoras da presença do Estado na correção dos contrastes da sociedade. Superiormente prevalece o princípio da “subordinação do poder econômico ao poder político democrático” (art. 80, *a*). A Constituição espanhola é de 1978. Sobrevive, também, com suas linhas originárias. Por seu art. 128 reconhece “a iniciativa pública na atividade econômica” e permite que o Estado, “mediante lei, se poderá reservar ao setor público recursos ou serviços essenciais”, inclusive em forma de monopólio, como autoriza “a intervenção em empresas, quando o exigir o interesse geral”. O vivo contraste das forças políticas espanholas não propiciou a perversão do texto constitucional.

Assim, as Constituições se renovam, sem perda de sua identidade e do caráter estável dos institutos e princípios por elas criados. Dobram-se aos fatos relevantes, não às circunstâncias, nem às pretensões passageiras.

4. Gerando a instabilidade

A Constituição brasileira ainda não completou dez anos de vigência e lhe faltam muitas leis complementares, nela previstas. Já lhe foram incluídas, porém, quinze emendas. Entre elas assinala-se a que imprimiu sentido neoliberal ao texto, extinguindo monopólios do Estado e vantagens atribuídas às empresas brasileiras diante das organizações estrangeiras. Outras emendas, originárias do Poder Executivo, estão em curso, concernentes à reforma administrativa, à previdência, e ao sistema tributário. Propostas sem coordenação com a sociedade e as forças políticas transitam inseguramente, com sugestões contraditórias e

⁴ Propositions pour une révision de la Constitution -15 février 1993. Comité consultatif pour la revision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel – La Documentation Française, Paris, 1993, p. 11.

objeções de desrespeito a direitos adquiridos. Se não são rejeitáveis de plano, também não conquistam efetivo apoio coletivo. Mesmo a reforma tributária, que deveria ser prioritária para corrigir o desequilíbrio financeiro dos Estados e Municípios, em agravamento perigoso, desdobra-se com desalento para o espírito federativo, por escassez de entendimento entre a União e as entidades congregadas. De origem parlamentar, há cerca de algumas centenas de propostas de emendas, nas duas Casas do Congresso Nacional.

O amontoado de emendas aprovadas e de propostas apresentadas, sem hierarquia de importância nem convencimento de sua necessidade, amortece o sentimento constitucional, pela descrença criada na supremacia das normas fundamentais. Perdendo firmeza, a ordem reguladora transforma-se em instabilidade de princípios.

Esse é um mal de efeitos extremamente danosos, porque alui a consciência geral e provoca desânimo de difícil reversão. Como ponderou Rui Barbosa, “uma vez desencadeada, a soberania da conveniência política não conhece limites: rota a cadeia das garantias, não há uma só, que se não perca”⁵.

Tanto que, agora, antes de concluir-se a apreciação de outras emendas de sentido amplo, sobreveio a da reeleição dos governantes. Se não envolve postulados doutrinários ou filosóficos, destrói uma tradição republicana, e está em marcha de adoção sem ser precedida da reforma política, indispensável ao fortalecimento dos partidos, bem como do espírito de cidadania, sobretudo nas regiões menos desenvolvidas. Abre-se caminho, portanto, a regime de maior facilidade de pressão política e eleitoral, e que pode caracterizar-se ainda por desigualdade entre os candidatos, um no governo e outros na planície, se prevalecer o anômalo critério da desnecessidade de desincompatibilização.

Urge que o legislador federal não esqueça o exemplo do Pacto de Pedras Altas, com que em 1923 o espírito público rio-grandense determinou a reforma da Constituição estadual, exatamente para proibir a reeleição do presidente do Estado. Se bons precedentes proliferam, evitam-se mudanças inesperadas e prejudiciais à segurança e ao aperfeiçoamento das instituições jurídicas e políticas.

⁵ BARBOSA, Rui. *Anistia inversa*. 2. ed. Rio de Janeiro : Typ. do Jornal do Comércio, 1896. p. 120.

5. Transição interminável

Na atual conjuntura, a sobriedade nas reformas institucionais é tanto mais indeclinável porque, sobre serem exigidas medidas de ordem econômica e social, corretivas de disparidades injustas, ocorre que a Nação vive em transição de princípios básicos há 50 anos.

Sem dúvida, – já acentuamos noutro texto – com o fim da guerra, em 1945, ter-se-ia que restaurar a democracia, o que pressupunha medidas legislativas e constitucionais renovadoras. Justificaram-se, naquele momento, os atos que asseguraram a convocação e o funcionamento da Assembléia Constituinte, de que emanou a Constituição de 1946.

Promulgada essa Constituição, originária de órgão formado pela vontade popular, era natural que a Nação esperasse largo período de estabilidade das instituições. Sobrevieram, porém, as crises. Primeiro, a cassação do registro do Partido Comunista e a declaração de perda dos mandatos de seus representantes. Depois, a deliberação de impedimento de dois presidentes da República, em 1955, claramente à margem da Constituição. Em 1961, com a renúncia do Presidente Jânio Quadros, e em face da objeção militar à posse do Vice-Presidente João Goulart, construiu-se o artifício de transformar o regime presidencial em regime parlamentar de governo. Sem preparo da opinião pública e pela vacilação do Parlamento diante da determinação do presidente em exercício, o Ato Adicional nº 4 foi revogado em 1963. E sem ter oportunidade de provar suas vantagens, o parlamentarismo foi abolido. Iniciou-se, então, um processo de transição, pelas incertezas que envolviam o mecanismo do regime. Ainda em 1961 foi promulgada a Emenda nº 5, que instituiu nova discriminação de rendas em favor dos Municípios. Em 1963, a Emenda nº 6, ordenando que em caso de impedimento ou vaga do Presidente e do Vice-Presidente da República, seriam chamados ao exercício dos cargos, sucessivamente, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal. Já era manifesta, contudo, a debilidade das instituições.

Com o movimento militar de 1964, editado o Ato Institucional, que se superpôs à Constituição e instaurou o poder discricionário, reabriu-se, agravada, nova fase de transição. A Constituição de 1946 foi reiteradamente modificada, como convinha ao domínio estabelecido.

Sob limites prescritos pelo Ato Institucional nº 4, de 1966, o Congresso Nacional foi convocado extraordinariamente para elaborar “uma Constituição que, além de uniforme e harmônica”, representasse “a institucionalização dos ideais e princípios da Resolução”. Adveio daí a Carta de 1967, que consagrou quase todos os objetivos do movimento militar, e também não foi obedecida e respeitada. Datada de 24 de janeiro de 1967, sobre ela incidia, em dezembro de 1968, o Ato Institucional nº 5, que até pela seqüência numérica indicava a continuidade ou o restabelecimento do mando sem peias. Era, pois, outro período de transição que se inaugurava, e durou até a posse do Presidente José Sarney.

Por este convocada Assembléia Constituinte, e eleita, foi elaborada a Constituição de 5 de outubro de 1988, que nessa data entrou em vigor. Diante da extensa fase de insegurança e sobressalto, a sociedade brasileira confiava, outra vez, em que havia chegado o instante de convívio tranqüilo. Não o permitiu a situação em que foi envolvido o governo do primeiro presidente eleito conforme o novo sistema. Apesar disso, os mecanismos constitucionais foram acionados, e à base deles decretado o *impeachment* do presidente. Se nem tudo operou regularmente, não houve desrespeito indiscutível à soberania da Constituição, que assegurou a posse tranqüila do vice-presidente, para o término do mandato.

Por esses fatos e pela vitória soberanamente obtida nas urnas, o novo presidente assumia o governo na expectativa geral de promotor da estabilidade, longamente perturbada. Constituinte de relevo, não se lhe atribuiu o propósito de reforma em grosso da Constituição, embora admitida a iniciativa de alguma emenda de maior urgência.

O intuito reiterado de modificações substanciais no texto recente, inclusive na ordem econômica, segundo já salientado, significou surpreendentemente o prolongamento da transição, que continua.

De outro ângulo, com a reabertura inesperada da transição, situações jurídicas consolidadas, expectativas de direitos e de emprego são ameaçadas por emendas constitucionais e até por medidas provisórias. Se nem tudo que é objeto dos atos legislativos se reveste de ilegitimidade, ou merece repulsa, neles há muito de surpresa, inconciliável com a moderação democrática.

6. Lição de bom senso

O exemplo das democracias referidas é prova, entretanto, de que transformações econômicas e sociais podem ser efetuadas sem mutilação da estrutura constitucional. Espanha e Portugal, singularmente, são expressivas dessa situação: suas Constituições se incluem entre as mais recentes, ambas de inspiração socialista, prevendo obviamente a intervenção do Estado no domínio econômico. Nenhuma delas suprimiu ou reduziu a autoridade do poder público nesse campo. Não as violentou o neoliberalismo, nem a política de globalização. Embora nos dois Estados tenha havido alternância de poder, de governo socialista para conservador, governantes e legisladores compreenderam a necessidade de evitar que tendências políticas e econômicas, variáveis por motivos internos e externos, acarretassem ruptura da unidade da ordem legal – base do desenvolvimento democrático.

Destinadas a durar, as Constituições, sem desfigurar-se, devem ser receptáculos dos fatos, para os disciplinar, compatibilizando o racional com a realidade. Assim se impede ou se atenua “a revolta dos fatos contra os códigos”, ao tempo em que se mantém a autoridade destes, garantidora da submissão de todos à convicção regulada por provisões permanentes.

É oportuno lembrar que Rui Barbosa, quando tentou rever a Constituição de 1891, tendo sido seu principal elaborador, visava mantê-la, atualizando-a. Supria as deficiências verificadas. Na campanha presidencial de 1910, o que o inspirava era fortalecer o mecanismo jurídico do Estado, para o que propugnava, entre outras medidas, a unificação do direito de legislar sobre processo, a previsão de lei constitucional sobre o estado de sítio, ou a proibição de serem incluídas no orçamento “disposições estranhas aos serviços gerais da Administração”. Na campanha de 1919, seu objetivo essencial foi demonstrar a necessidade de inserção na Constituição dos novos direitos sociais, nomeadamente os direitos dos trabalhadores, que enumerou com impressionante antecedência e amplitude⁶. Num como noutro momento, complementava o texto, não o subvertia. E discutia publicamente as emendas, expondo-as nos comícios.

⁶ Idem. *Excursão eleitoral*. Rio de Janeiro : MEC, 1967. p. 31-42 (Obras completas, v. 37, t. 1, 1910); *Campanha presidencial*. Rio de Janeiro : MEC, 1956. p. 85-108. (Obras completas, v. 46, t.1, 1919).

7. Necessidade de mudança de rumo

A Constituição brasileira, se contém normas em demasia, também prevê, em múltiplas cláusulas, a feitura de leis complementares. Por meio delas, e à luz da interpretação inteligente, regras podem ser delimitadas, alargadas, ou esclarecidas. Há, pois, espaço extenso para adaptações adequadas. É inútil a precipitação de elaborar continuamente novas normas, porque, como criação de uma época, o direito estará sempre em atraso com os fatos, de nascimento irrefreável. Por igual há de entender-se que ao prever a Constituição planos e diretrizes para a ordem econômica, como nos arts. 48 e 174, não impede nem estrangula a iniciativa privada: condiciona seu proceder ao interesse coletivo. É que não há ordem legítima, do ponto de vista jurídico e ético, se interesses isolados ou de grupos preponderam sobre direitos da sociedade. Ademais, não são as normas em si que promovem o desenvolvimento, mas a energia e a argúcia dos que nela se inspiram e se arrimam para a construção do bem geral. A Constituição não impediu que se instituisse o Plano Real, nem se adotassem as providências convenientes para conter a inflação.

Num denso livro de 1996, feito de observações, de números, de comparação de diferenças e semelhanças, e de profundas reflexões, Henri Bartoli examina a crise do capitalismo e da sociedade contemporânea, em todas as latitudes. Distanciado de dogmas, porém resolutamente, salienta que, apesar de sucessivos documentos, da Carta do Atlântico de 1941 à Declaração das Nações Unidas de 1948, e de outros textos, “os direitos sem cessar afirmados são alienados na sua existência quotidiana”. Como enunciou no pórtico do estudo, preconiza a necessidade de “uma política de civilização em que a economia reencontre seu sentido pleno de serviço da vida e do desenvolvimento humano”⁷. Equivale dizer que não basta mudar a expressão visível do direito e da economia. É fundamental imprimir ao sistema normativo o espírito e o vigor que façam dele instrumento a bem do homem, como *ser* e integrante da comunidade, e não na condição de titular de privilégios grupais.

⁷ BARTOLI, Henri. *L'économie, service de la vie* : crise du capitalisme : une politique de civilisation. Presses Universitaires de Grenoble, 1996. p. 49 e 23.

É mudança de rumo dessa natureza que exige o trato da Constituição brasileira, não aplicada com vigor e sujeita a reformas dissociadas de seu contexto. Extrair dela os procedimentos compatíveis com seus fins e as necessidades sociais e culturais, é dever do intérprete e aplicador, antes de pensar na alteração de sua letra. Não demonstrado, até pelo curto prazo de sua vigência, que a Constituição seja imprópria, urge dar-lhe efetividade, corrigindo naturais falhas pela exegese finalística. A alteração formal deve ser reservada às hipóteses em que a interpretação não possa suprir a deficiência. A Constituição, por exemplo, nos seus arts. 184 a 191, encerra as normas essenciais para que a reforma agrária se torne um programa social vigoroso, qual se impõe, e não apenas um processo de assentamentos sem continuidade nem recursos devidos. Quando, também, a Carta declara, no art. 207, que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”, traça os pontos cardeais da educação superior. Não é razoável questionar, para rever, esse mandamento, que autoriza todo o desdobramento aconselhável em lei específica.

Insistir em novas emendas, em nome de indefinida modernidade, é desserviço à solidez das instituições, a que se vêm retirando elementos indispensáveis à sua eficaz atuação. Sejam quais forem as divergências ideológicas, a experiência revela imprescindibilidade do Estado jurídico e politicamente robusto, como freio e fator de equilíbrio, diante das desigualdades sócio-econômicas e culturais.

No capítulo “compreender e governar”, de sua obra altamente esclarecedora, Henri Bartoli indica subsídios valiosos à demonstração da certeza dessa tese. Assinala que a lógica do livre mercado é produzir “lucro”, e que o pobre não tem senão “seu braço e seu modesto saber fazer”. Realça que “a política é de mais alto nível que a economia”. Afirma que “o fim direto do Estado é conduzir ao mais elevado grau a sociabilidade humana, ordenando o bem comum da sociedade inteira”. Em remate, acentua que o Estado reduz as “assimetrias negativas”. E depois de comentar que lavra um “medo” do Estado pela recordação do regime totalitário, conclui:

“Todo o problema hoje é restituir ao Estado sua legitimidade, reorganizá-lo

e recompor a democracia, a fim de que ele possa desempenhar, plenamente, seu papel na nova fase de desenvolvimento do capitalismo em que ingressamos, na qual se trata de modificar-lhe o curso, em função do progresso do homem”⁸.

Dentro desses pressupostos irrefutáveis, cumpre restabelecer o conceito e o prestígio do Estado de Direito no Brasil, prejudicados com reformas sucessivas e intermináveis. Se se retifica o curso do capitalismo para fazê-lo respeitar o desenvolvimento humano, e se a este desenvolvimento serve a Constituição de 1988, por seu manifesto conteúdo social e democrático, cumpre limitar as emendas às que forem consensualmente admitidas. Entrando em eclipse o neoliberalismo, e reconhecido, já que a globalização há de ser aceita segundo as condições peculiares a cada povo, e se a Constituição tem amplitude modernizadora inegável, perseverar em mudanças impostas não é aperfeiçoá-la, antes rejeitá-la.

Mas as Constituições ilegítimas, produto do arbítrio, é que podem ser renegadas. As de origem democrática, provindas de assembléia popular, como a nossa, devem ser obedecidas, até para sua alteração. Essa é a forma de garantir-lhes a estabilidade, que conduz ao desenvolvimento dentro da ordem.

Entre nós, a estabilidade institucional é tanto mais relevante em face das contradições nacionais.

“O Brasil – observa e resume com autoridade Celso Furtado, em estudo recente – 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”⁹.

Essa política de visão social, por ser contrária a privilégios e a lucros desmedidos, só será exequível, logicamente, na prática de uma Constituição democrática, fortalecida pelo respeito permanente às suas diretrizes básicas. Constituição dessa natureza repousa no Estado e o sustenta. Nele repousa por ser o mecanismo preeminente que impulsiona as políticas públicas. Sustenta-o porque legitima o procedimento do poder organizado, fundado no direito.

A Constituição de 1988, sem embargo de alterações que resultem de consenso, tem tal dimensão e atende literalmente a esses objetivos superiores de uma política social esclarecida.

8. Reformar não é repudiar

Conferir-lhe estabilidade é do interesse do País e de seu povo. Estabilidade não haverá, porém, sob o rolo incessante de emendas contrárias a seu sistema, e que não se enquadram no legítimo poder de reforma.

É preciso observar-se o princípio de saber e experiência, defendido por Joaquim Francisco de Assis Brasil e lembrado por Paulo Brossard, num livro de pesquisa e admiração: “Reformar não quer dizer repudiar”¹⁰.

A Constituição, porém, é objeto de repúdio, na sucessão de tantas emendas. Cumpre defendê-la, enquanto não a destrua o pragmatismo.

⁸ Ibidem, p. 324, 335-336.

⁹ FURTADO, Celso. A dívida social e a degradação do Estado. *Brasil Mais*, n. 1, p. 5-9, cit. p. 8, jan. 1997.

¹⁰ BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. *Idéias políticas de Assis Brasil*. Organização de Paulo Brossard. Brasília : Senado Federal; Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1990. v. 1, p. 201 : Estudo introdutório.

Novos parâmetros educacionais para o curso jurídico

ÁLVARO MELO FILHO

SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *Autorização e reconhecimento de cursos jurídicos*. 3. *Diretrizes curriculares para o curso jurídico*. 4. *Avaliação institucional dos cursos jurídicos*.

1. Introdução

A temática *ensino jurídico*, envolvendo a segunda profissão mais antiga do mundo, sempre será de irrecusável atualidade e relevância, pois dentre todos os cursos superiores, o de Direito é o único que forma, com exclusividade, os integrantes de um dos poderes do Estado (o Judiciário), e trata da matéria-prima de outro poder (a lei, para o Legislativo). Configura-se, assim, a formação jurídica como essencial para moldar profissionais capazes de tornar menos iníquo e mais humano o perfil da sociedade brasileira, ao transfundir o Direito de um “saber de erudição” em “saber de aplicação”.

Longe de idolatrar as concepções legalista e de coerência lógico-formal da paisagem jurídica, não se pode descartar a perspectiva totalizadora e abrangente que estas propiciam. Com efeito, o Direito tem uma completude ou plenitude inalcançada por qualquer outra área de estudos, dado que regula, sem exceção, todas as condutas humanas que sempre se categorizam como proibidas ou então quadram-se como permitidas, de forma expressa ou implícita. Ou seja, não há conduta humana alheia, indiferente ou refratária ao campo jurídico. Registre-se, nesse passo, que no campo do Direito Público prevalece o postulado da *legalidade*, em que só se pode fazer aquilo que está expressamente previsto e autorizado em lei. Já na órbita do Direito Privado ressaí o

Álvaro Melo Filho é Diretor da Faculdade de Direito da UFC, Mestre e Livre-Docente em Direito, Advogado, membro das Comissões de Ensino Jurídico e de Exame de Ordem do Conselho Federal da OAB e autor de 22 livros da área jurídica.

princípio da *licitude* em face do qual tudo que não está proibido nem vedado em lei está permitido.

Mesmo diante da magnitude do papel do curso jurídico e da dilargada amplitude do Direito, são persistentes e recorrentes as críticas que apontam para a crise de um ensino jurídico que *não* forma, mas “deforma”, ou de um ensino que não produz saber jurídico, mas apenas o “reproduz”. Aliás, para que os cursos jurídicos elidam sua desfuncionalização, não podem ficar adstritos, por exemplo, aos direitos de 1ª geração (direitos civis e políticos) nos quais a *liberdade* é o valor-guia, nem delimitados aos direitos de 2ª geração (direitos econômicos, sociais e culturais) que têm, na *igualdade material*, seu valor subjacente. Hão, por imperioso, de albergar também os direitos categorizados como de 3ª geração (direitos do desenvolvimento, de paz, do meio ambiente e da fraternidade) e os direitos concebidos pelo Professor Paulo Bonavides como de 4ª dimensão (direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo) que tendem a se cristalizar neste final de século, fundados, respectivamente, nos valores da *solidariedade* e da *participação*.

Impõe-se, nesse contexto, que as quatro gerações ou dimensões dos direitos sejam insculpidas e disseminadas nas matérias integrantes da grade curricular mínima, única forma de ajustar os cursos jurídicos às contingências do mundo contemporâneo para propiciar novas formas de tratamento das relações humanas e dos problemas institucionais que hoje são significativamente diferentes. Por isso mesmo, não há mais *habitat* para um ensino jurídico reduzido a categorias tradicionais, modelos fechados, posturas formalistas e soluções abstratas.

Outrossim, não se pode fazer *tabula rasa* do pernicioso “pacto de mediocridade”, fruto de uma indecorosa e sub-reptícia cumplicidade entre professores que fingem ensinar e alunos ávidos tão apenas pelo diploma. Nessa diretriz é preciso derruir o “faz-de-conta” e os “pontos de fuga” dos atores de um ensino jurídico que “se destaca pelo envelhecimento de seus esquemas cognitivos e pelo esgotamento de seus paradigmas”. De um lado não há mais *locus* pedagógico para os docentes de Direito atrelados ao universo técnico-formal e portadores do vírus metodológico de dogmatizar sua visão dos problemas, difundindo-a como a verdadeira, a melhor e a definitiva, criando,

assim, um terreno fértil onde brotam, por exemplo, a fantasia da segurança jurídica e a sinonímia entre lei e Direito. De outra parte, não há mais ambiência para alunos de Direito jungidos ao “mito da norma pura, privada de conteúdo”, sem compreender, por exemplo, as repercussões jurídicas dos processos de globalização, deslegalização e desconstitucionalização que conduzem a uma sociedade fragmentada e individualista, sem limites nem regras, e onde a glorificação da *lex mercatoria* acirra a competição, fortalece o egoísmo e esfacela os laços humanos.

São essas dissintonias metodológicas e conteúdos petrificados os responsáveis maiores por um “Direito que se Ensina Errado” (R. Lyra Filho) e que se reflete num aprendizado tóxico, superficial, acrítico e “preso a abstrações de realidades mortas, no comodismo da rotina e no temor da novidade”. Inobstante às mutações ocorridas na era “digital”, é visível o arcaísmo do ensino jurídico tanto pelo apego fetichista à retórica vazia, quanto pela predominância do “saber jurídico empacotado” responsáveis pelo simulacro de uma educação jurídica que não conduz o discente a “aprender a aprender”. Acentue-se que esta desarticulação do “que ensinar” e do “como ensinar” ganha contornos mais nítidos quando, nas aulas de Direito, prevalece “no lugar dos fatos a versão, no lugar da teoria a opinião e no lugar do modelo epistemológico entroniza-se o mais deslavado senso comum”.

Promana, então, da convergência destes anacrônicos e centenários problemas juspedagógicos a “desqualificação” e “descrédito” atribuídos a cursos jurídicos, não raro ridicularizados por um anedotário indicativo de realidades tragicômicas:

a) A um aluno foi perguntado qual a diferença entre furto e roubo.

Resposta: “O furto acontece de dia e o roubo de noite”.

b) No Exame de Ordem, o candidato indagado sobre o prazo para se interpor mandado de segurança, apelação, embargos declaratórios, recurso extraordinário e ação rescisória deu a mesma e uniforme resposta a todas as perguntas: 24 horas.

O examinador disse-lhe que ele não sabia prazo nenhum. E o examinado replicou: “Mas também não perco nenhum prazo”. Foi aprovado.

Deixando *a latere* estas chacotas reveladoras das “doenças” e vícios pedagógicos que

contaminam e afetam a qualidade dos cursos de Direito, atente-se para os aspectos mais recentes da política educacional do Governo Federal com reflexos diretos no ensino jurídico.

2. Autorização e reconhecimento de cursos jurídicos

Por força do art. 11 do Decreto nº 2.207, de 15.04.97, a criação e o reconhecimento de cursos jurídicos em instituições de ensino superior depende de *prévia manifestação* do Conselho Federal da OAB.

Essa manifestação sobre a viabilidade, ou não, da criação ou reconhecimento de cursos jurídicos deve ser feita no prazo máximo de 120 dias, e, o parecer da OAB, se favorável, dispensa a análise do Conselho Nacional de Educação, quando se tratar de criação de cursos jurídicos em universidades.

Acresça-se que é incogitável argüir-se corporativismo ou “reserva de mercado” do *Direito* (por meio do Conselho Federal da OAB), conquanto Medicina, Odontologia e Psicologia (por meio do Conselho Nacional de Saúde) têm idêntica prerrogativa legal para autorizar, ou não, o surgimento de novos cursos superiores nestas áreas, hipótese antes privativa do Estado, mediante o antigo CFE, agora nominado de Conselho Nacional de Educação. Sinal-se, por oportuno, que a participação da OAB, como instância primeira dos processos de autorização e reconhecimento, exsurge como instrumento preventivo e inibidor de “negociatas” na concessão de “carta patente” a cursos jurídicos. Percebe-se, assim, que além de assegurar um mínimo de transparência, a OAB passa a representar a própria sociedade na fiscalização, controle e busca da qualidade do ensino jurídico.

No nosso País funcionam atualmente 250 cursos e Faculdades de Direito entre autorizados e reconhecidos, enquanto os americanos têm 71 cursos a menos, existem hoje 179 escolas de Direito nos EUA. Apesar da manifesta saturação da oferta de cursos jurídicos no Brasil, somente no 1º semestre de 1997, chegaram para análise da OAB federal nada menos que 504 projetos para autorização e abertura de novos cursos de Direito. Desse conjunto, apenas seis pedidos aguardam uma verificação *in loco* e mais aprofundada, sendo que 498 foram recusados, liminarmente, por não preencherem os parâmetros e critérios mínimos de qualidade

fixados pela Comissão de Ensino Jurídico da OAB federal, que exige comprovação de:

- necessidade social do curso;
- qualidade do projeto pedagógico (número máximo de 40 alunos em cada sala, grade curricular, “novos direitos”, áreas de habilitação específica, etc.);
- composição, regime de trabalho e qualificação docente;
- biblioteca jurídica atualizada;
- atividades complementares integrando e articulando ensino, pesquisa e extensão jurídicas;
- infra-estrutura para assegurar efetiva prática jurídica;
- critérios definidores da monografia jurídica final.

A sociedade clama por eficiência, produtividade e qualidade das instituições de ensino superior – inclusive na área de Direito –, daí porque qualquer projeto de novo curso jurídico deve refletir uma proposta contemporânea, comprometida com o cenário nacional e internacional. Para isso é preciso exigir estrutura curricular flexível e amoldada às transformações que ocorrem com velocidade cada vez maior, montar bibliotecas com acervos representativos e atualizados e investir na qualificação de corpo docente, buscando uma maioria de mestres e doutores, além de responder às demandas e necessidades do contexto social onde a instituição se insere.

Não se está aqui a defender a burocratização do processo de criação de novos cursos jurídicos, nem se tem em mira qualquer proposta de elitização do ensino jurídico, tanto que devem ser acolhidos aqueles projetos que sejam efetivamente inovadores ou de qualidade superior àqueles cursos já oferecidos.

O que se pretende é estabelecer, objetivamente, um padrão de qualidade e eficiência acima da média para a autorização ou reconhecimento de novos cursos jurídicos, conquanto os atuais, anualmente, estão ofertando 55.000 vagas de vestibular e “expelindo”, no mercado profissional, cerca de 31.000 novos bacharéis em Direito. Nesse passo, não há mais espaço pedagógico para expansão de novos cursos jurídicos sem o “selo de qualidade” e cujo investimento se reduza ao “cuspe e giz”.

Aliás, como o diploma de Direito tem tanto valor quanto a qualidade da formação jurídica recebida, impõe-se, pelas renovadas vias de autorização e reconhecimento, detectar e obstacular os velados e nem sempre confessáveis interesses de cursos jurídicos emergentes,

usando esta função credencialista estatal para “assegurar a isonomia de diplomas” e prevenir o “estelionato educacional”.

Acresça-se, por oportuno, que a Lei nº 9.131/95, mantida pela nova LDB, fixou a necessidade do recredenciamento periódico de instituições, e, nessa linha, todos os conhecimentos de cursos estão sendo dados por cinco anos e não de forma permanente e perene, como ocorria anteriormente. Esse mecanismo é salutar e de inescusável conteúdo pedagógico, pois vai impingir o aumento da eficiência e do nível de responsabilidade social dos cursos jurídicos existentes, motivando-os a reformar as estruturas fossilizadas e compelindo-os a preparar profissionais de Direito para o mundo extremamente competitivo e exigente em que vivemos.

A par disso, o novo sistema de autorização e reconhecimento exsurge como instrumento vital para frear a mercantilização do ensino jurídico e tolher a proliferação *massiva, descritoriosa e criminosa* de cursos jurídicos geradores de bacharéis em Direito carentes de formação humanista, sem preparo crítico e com visíveis deficiências técnico-profissionais.

3. Diretrizes curriculares do curso jurídico

A Portaria nº 1.886/94 do MEC é o ato normativo onde estão explicitadas as novas diretrizes e o conteúdo mínimo para o curso de Direito, vigente a partir do ano letivo de 1997.

Este novo “molde curricular” arquitetado sem preconceitos e sem mitos funda-se nos seguintes pressupostos:

- a) romper com o positivismo normativista;
- b) desfazer a idéia de que só é profissional do Direito aquele que exerce atividade forense;
- c) negar a auto-suficiência do Direito;
- d) superar a concepção de que só existe educação jurídica em sala de aula;
- e) formar profissionais da área jurídica com perfil interdisciplinar, teórico, crítico, dogmático e prático.

Ressalte-se que a missão dos cursos jurídicos não se exaure apenas em formar profissionais destros no manuseio e domínio das normas vigorantes, das doutrinas consagradas e das jurisprudências predominantes. Impõe-se aos cursos jurídicos amoldar-se às plúrimas, diferenciadas e globalizadas demandas da sociedade moderna, pois, no dizer de Paulo Lôbo, exige-se hoje do curso de Direito que

“informe e forme; que capacite o jurista a conhecer bem o sistema jurídico positivo, em ato e potência, sem deificá-lo; que estimule a produção de conhecimento novo através da pesquisa; que habilite o profissional a transformar o direito em benefício do interesse de toda a sociedade e da emancipação do homem”.

Nesse diapasão, o curso de graduação em direito não pode mais limitar-se a ser mero transmissor exegético da codificação oficial, nem simples reproduzidor de paradigmas jurídicos sedimentados, em prejuízo de atividades criadoras, das funções críticas e da produção reflexiva e atualizada de conhecimento jurídico. É preciso “implodir” o ensino arcaico e obsoleto que leva os futuros operadores jurídicos a ver o direito unicamente na lei, a memorizar conceitos e clichês jurídicos, a extrair o direito tão apenas dos livros, a confundir legalidade com legitimidade, a substituir a ética no conteúdo do direito, a não enxergar o descompasso entre a teoria e a práxis, a superar o divórcio entre *o jus conditum* (direito estabelecido) e *o jus condutum* (direito a estabelecer-se).

A Portaria do MEC nº 1.886/94 já está produzindo efeitos e compelindo a reconstrução e a alteração dos currículos jurídicos, tendo como objetivos de maior realce:

- a) tornar mais orgânicas, congruentes e flexíveis as grades curriculares, a fim de abrir perspectivas de tratamento interdisciplinar do jurídico, seja para derruir a concepção do Direito como fenômeno isolado, estanque e desconectado da realidade a que há de servir, seja para inibir a marginalização do jurídico no processo de mudança social;
- b) equilibrar a antiga experiência *humanista* dos anos 60 com a visão *tecnicista* em vigor na década de 70, sem a rigidez do currículo tradicional e sem *la libre configuración del curriculum por el estudiante*;
- c) viabilizar a integração das atividades de ensino, pesquisa e extensão na área jurídica para que esta possa ser contemplada tanto na sua dimensão teórica (modo de conhecê-la), quanto na sua projeção técnica (modo de operá-la);
- d) concretizar a integração sistemática das obrigatórias disciplinas jurídicas formativas e informativas, como também a ligação dos institutos jurídicos com suas tradições culturais, raízes econômicas e valores sociais;

e) induzir o desdobramento das matérias profissionalizantes em disciplinas cuja quantidade e carga horária estejam dimensionadas e compatibilizadas com os conteúdos centrais e questões cardeais assecuratórias do “conteúdo mínimo” exigível para o curso jurídico;

f) enriquecer a grade curricular com a inclusão de disciplinas optativas, seja na área das *fundamentais* (Epistemologia Jurídica, Lógica Jurídica, História do Direito, Metodologia da Ciência do Direito, etc.), seja na área das *profissionalizantes* (Direito Econômico, Direito Bancário, Direito Previdenciário, Direito do Consumidor, Informática Jurídica, Técnica Legislativa, Crítica do Direito Sumular, etc.);

g) garantir flexibilidade e maleabilidade à matriz curricular padrão, propiciando a oferta de, pelo menos, duas áreas de habilitação específica ou especialização, que, sem comprometer a visão global do Direito, incorpore disciplinas que atendam às exigências culturais ou regionais e estejam ajustadas às constantes e variadas necessidades do mercado de trabalho onde são ministradas;

h) assegurar que o Núcleo de Prática Jurídica exercite a função de verdadeiro laboratório no qual se vivencia o microcosmo dos casos concretos, em sua dimensão técnica e em seu substrato sócio-político, elidindo a possibilidade de uma formação profissional fazer-se tão apenas em salas de aula, até porque, no dizer de Holmes: *The life of law has not been logic, it has been experience*;

i) estimular a participação discente em conferências, debates, seminários, pesquisas, monitorias, projetos de extensão, bolsas de iniciação científica e matrícula em disciplinas e temas interdisciplinares de outros cursos na busca das interações e dos mecanismos comuns, computando-se tais atividades complementares como integrantes indissociadas da carga horária e do currículo jurídico de cada aluno;

j) institucionalizar, pelo filtro da monografia jurídica final, com defesa pública, autêntico “controle de qualidade” dos cursos jurídicos, motivando, paralelamente, a produção científica discente.

Alie-se a estes aspectos curriculares a imperiosa necessidade de uma didática que converta o aluno de espectador reverente em participante ativo do aprendizado, que se estimule o raciocínio jurídico e a consciência crítica, para que o discente seja um “engenheiro social” e

não um “robô jurídico” localizador do preceito normativo para o varejo dos conflitos humanos. Outrossim, é preciso elidir o deletério ensino “nacionista” e “cosmético” do Direito que gera somente “mutilados” formandos em “estado de indigência jurídica”, incapazes de equacionar problemas judiciais e de encontrar soluções extrajudiciais harmônicas com as exigências de uma sociedade cada vez mais diferenciada, complexa e competitiva.

Assim, as transformações provocadas pela Portaria nº 1.886/94 não são apenas rotulares, semânticas ou epidérmicas, mas no próprio conceito de ensino jurídico, que, para ser emancipatório, há de desempenhar tríplice papel na modelagem de uma formação sócio-política, técnico-jurídica e prático-profissional, delineando um atualizado perfil para o bacharel de Direito do terceiro milênio, munindo-o das condições mínimas e indispensáveis para fazer a “desconstrução do velho e a construção do novo direito”.

4. Avaliação institucional dos cursos jurídicos

A avaliação da qualidade do ensino é matéria que tem sede constitucional (art. 209, II) e suporte legal no art. 46 da nova LDB (Lei nº 9.394/96) que prevê “processo regular de avaliação” para renovar a autorização ou reconhecimento de cursos com prazos limitados, além do que a Lei nº 9.131/95, por força da qual o MEC tem a competência para avaliar e zelar pela qualidade do ensino, já foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na Adin nº 1.511-7-DF, relator Ministro Carlos Velloso, em sessão de 16.10.96.

É natural que o processo de avaliação seja recebido com contestações e resistências pelos cursos jurídicos, posto que, de *avaliadoras* – tanto do trabalho escolar dos discentes, quanto da atuação dos docentes e funcionários – as instituições de ensino jurídico transfundem-se em *avaliadas*.

Como instrumento único da avaliação, o “provão” equipara-se, tão-só, a uma desfigurada fotografia, quando o processo avaliativo deve corresponder a um filme, propiciando uma visão contínua e multidimensional. Ademais, cometeu-se um erro estratégico ao transformar o “provão” num nocivo sistema de *apenação*, agravado pela inadequada e distorcida divulgação, comprometendo, irremediavelmente, a imagem e reputação de bons cursos jurídicos.

Isoladamente o “provão”, que verifica tão-só o desempenho dos alunos, além de ser uma falaciosa, limitada e incompleta avaliação do institucional pelo individual, não tem aptidão para albergar a totalidade de variáveis que influem na qualidade do ensino, constituindo-se num diagnóstico de risível valor metodológico para aferir as deficiências dos cursos, podendo até ser configurado como uma mistificação avaliativa, porque:

a) mede apenas os *efeitos*, mas não as *causas*;

b) enfatiza uma avaliação *monista*, numa sociedade *pluralista*;

c) busca *quantificar a qualidade*, ao invés de empenhar-se em *qualificar a quantidade*.

Agregue-se a estas fundadas críticas a constatação de que, na seara do Direito, o provão, *de per se*, não vai muito além da verificação do armazenamento de técnicas jurídicas, de respostas prontas ou mesmo de conceitos insculpidos na lei e na doutrina, transfigurando-se, assim, num paradoxal “vestibular de saída” ou “vestibular de final de curso”.

O “provão”, para os cursos de Direito, com quatro horas de duração, compõe-se de duas partes:

- 40 questões objetivas;

- 4 problemas ou casos jurídicos nas áreas civil, penal, trabalhista e pública, entre os quais o formando escolherá um deles para elaborar seu parecer.

A conceituação dos cursos jurídicos em face de seu desempenho no “provão” obedece às seguintes etapas:

- a média de cada curso, individualmente mensurada, será o produto das notas obtidas por todos os seus graduandos presentes ao “provão”;

- com base nos resultados obtidos no “provão” pela totalidade de cursos de Direito, e partindo-se da menor para a maior média aferida em cada curso, será elaborada uma escala para ordenação e posição percentual das médias;

- a seguir, será feito o enquadramento da média individual do curso na escala, donde exsurgirá sua *posição relativa* e correlacionada com os resultados da totalidade de cursos jurídicos partícipes do “provão”.

Exauridas essas etapas, será possível atribuir o conceito de cada curso jurídico no “provão”, conceito este que expressa sua *localização* decorrente da inserção do *resultado*

comparativo em uma das cinco faixas de percentil, correspondentes a cinco grandes grupos, de A a E:

A – curso cuja média situa-se acima de 88º percentil.

B – curso cuja média situa-se acima de 70º e até 88º percentil, inclusive;

C – curso cuja média situa-se acima de 30º e até 70º percentil, inclusive;

D – curso cuja média situa-se acima de 12º e até 30º percentil, inclusive;

E – curso cuja média situa-se até 12º percentil, inclusive.

Deflui-se, assim, que foi criado um parâmetro de comparação entre os cursos que não tem relação imediata com a nota (o conceito A, por exemplo, não significa que o curso tirou nota 10 ou 9 no “provão”, mas que se quadra no seletor grupo dos que obtiveram melhor nota que, em 1996, correspondeu a 12% dos cursos).

Por outro lado o “provão” (Exame Nacional de Cursos), como se infere do Decreto nº 2.026, de 10.10.96, emerge como *um* (mas não o único) dos múltiplos instrumentos componentes da avaliação global, quer dizer, é parte de um processo mais amplo e diversificado de avaliação. E, com lastro neste Decreto nº 2.026/96, a Comissão de Especialistas do MEC desdobrou a avaliação dos cursos jurídicos em dois procedimentos autônomos e distintos:

a) *avaliação externa* contemplando indicadores pertinentes aos grupos Corpo Docente, Organização Didático-Pedagógica e Infra-Estrutura;

b) *avaliação discente* decorrente dos resultados obtidos no “provão”.

Convém destacar que os três (3) grupos de indicadores pertinentes à avaliação externa terão os seguintes pesos percentuais:

- Corpo Docente: 35% (para 14 indicadores);

- Organização Didático-Pedagógica: 35% (para 5 indicadores e 33 subindicadores);

- Infra-Estrutura: 30% (para 3 indicadores e 30 subindicadores).

A atribuição de conceitos (A, B, C ou D) aos indicadores de cada grupo, multiplicado pelo peso de cada um deles, determinará a nota ou classificação final da avaliação externa, observada a seguinte tabela:

A = 70% de conceitos A;

B = 70% de conceitos A e B;

C = 70% de conceitos A, B e C;

D = menos de 70% de conceitos A, B e C.

Havendo igualdade ou coincidência dos conceitos resultantes das avaliações externa e

discente (“provão”), a média é automática expressando o conceito final e global alcançado pelo curso jurídico. Exemplo: Avaliação Externa: B; Avaliação Discente (“Provão”): B; Conceito Final: B.

Se, todavia, houver divergência ou discrepância entre os conceitos, como por exemplo, “C” na avaliação externa e “B” no “provão”, aplicar-se-á outra metodologia para determinação do conceito final e global, onde o “provão” coloca-se como um dos quatro (4) fatores, todos eles contribuindo com equitativos percentuais, a saber:

- Corpo Docente: 25%
- Organização Didático-Pedagógica: 25%
- Infra-Estrutura: 25%
- “Provão”: 25%

Após vincular o percentual de 25% ao conceito já atribuído, em etapa anterior, a cada um dos quatro (4) fatores mensurados, far-se-á o enquadramento dos resultados na mesma tabela adotada para a avaliação externa, chegando-se, assim, ao conceito final e global do curso jurídico. Exemplo: Corpo Docente: C (25%); Organização Didático-Pedagógica: B (25%); Infra-Estrutura: A (25%); “Provão”: B (25%). Conceito final: B (mais de 70% de conceitos A e B).

Esse modelo de “radiografia panorâmica”, dotado de múltiplos e contextualizados refe-

renciais do ensino jurídico, conjumina indicadores quantitativos e critérios qualitativos para que não resulte uma avaliação vesga, míope, unidimensional e incompleta. Impende não desnaturar os objetivos da avaliação de modo a não convertê-la numa ferramenta perigosa, nem transformá-la em valorizada moeda de troca na outorga de prestígio social e “acreditación profesional” a cursos jurídicos de duvidosa qualidade. Em conseqüência, além de abrangente e plural, deve ser o processo de avaliação entendido como tomada de consciência e como instrumento de reflexão para superação de dificuldades e promoção da melhoria da qualidade do ensino jurídico.

Diante dos aspectos repontados, vê-se que a política do Governo Federal induz a um novo modo de pensar a educação jurídica com padrões elevados de qualidade. E, como prelecionou Paulo Freire, em suas últimas linhas escritas e não revisadas,

“se a nossa opção é progressista, se estamos a favor da vida e não da morte, da equidade e não da injustiça, do direito e não do arbítrio, da convivência com o diferente e não de sua negação, não temos outro caminho senão viver plenamente a nossa opção. É preciso encará-la diminuindo, assim, a distância entre o que dizemos e o que fazemos”.

A prisão no Brasil

RICARDO RODRIGUES GAMA

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Espécies.* 3. *Autoridades.* 4. *Execução da pena.* 5. *Igreja Católica.* 6. *Recuperação de presos.* 7. *Criminalidade.* 8. *Legislador.* 9. *Cadeias.* 10. *Presídios.* 11. *Literatura.* 12. *Conclusões.*

1. Introdução

No Brasil, o direito constitucional relativo à liberdade do cidadão não é obedecido por grande parte das autoridades que executam as prisões. As polícias judiciária e militar são constituídas por pessoas despreparadas. A ignorância atinge tal monta que, muitas vezes, os seus executores pensam estar cumprindo a lei. Sob a alegação de escassez de equipamentos sofisticados no combate ao crime e a falta de pessoal especializado, tais *autoridades* cometem as maiores atrocidades.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, traz 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*¹, à igualdade, à segurança e à propriedade...”

Sendo os agentes do Estado os maiores violadores da liberdade de ir e vir, como pode ele querer garantir essa liberdade? Pela nossa prática, qualquer resposta seria insatisfatória. Em verdade, existe um conflito entre a conduta estatal e a prescrita na lei. Por limitação de poderes, o Estado não pode restringir o direito de ir e vir de seus súditos. Em situações

Ricardo Rodrigues Gama é ex-professor da Universidade Estadual de Maringá-PR, Ex-professor da Universidade do Oeste Paulista-SP, Professor da Faculdade Anhangüera de Ciências Humanas-GO, Professor da Faculdade de Direito de Anápolis-GO, Professor da Universidade Católica de Goiás-GO, Parecerista, Articulista, Escritor Jurídico e Advogado.

¹ Nosso grifo.

especialíssimas, permite-se a prisão do indivíduo. Contrapondo a Constituição, existem muitas prisões que fazem emergir o descaso do Poder Público com o segundo maior direito inerente à pessoa humana, à liberdade. A vida ocupa o primeiro posto na importância dos direitos individuais. Ao determinar o respeito à liberdade, além de impor ao Estado a função de protetor desse direito, a Constituição limita a sua atuação. Como legítimo escudeiro da liberdade, o Estado desenvolve a sua função cercado por suas próprias deficiências. A proteção estatal à liberdade levou a criminalização das condutas a ela ofensivas, surgindo os crimes contra a liberdade individual. Entre esses delitos, o seqüestro e cárcere privado tornou-se muito popular nos grandes centros. E, com relação a esses crimes, tem-se tomado muitas medidas de pouca eficiência. Na restrição de liberdade entre particulares, o Estado atesta o seu fracasso. No trato com a liberdade individual, o Estado, mais uma vez, mostra-se incipiente e despreparado. É preciso melhorar a própria imagem do Estado brasileiro perante seus governados. Não é possível a continuidade da transgressão dos direitos inerentes ao ser humano, haja vista a ampliação da insegurança entre os brasileiros e a manutenção do império da arbitrariedade.

Deveras, existem leis tratando do respeito à liberdade dos indivíduos pela autoridade estatal. A Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e criminal, nos casos de abuso de autoridade. Essa lei, chamada de Lei de Abuso de Autoridade, tem pouca aplicação. Na violação da liberdade de locomoção, raramente, as vítimas representam as autoridades; ainda, quando fazem valer os seus direitos, ficam expostas a outros constrangimentos. Essa vulnerabilidade deve-se à péssima estrutura estatal, a qual não possui um aparato de proteção contra o possível insurgimento da autoridade representada. Assim, na atual conjuntura, depois de representada, a autoridade pode optar pela forma de coação que vai exercer sobre o seu representante. Isso causa indignação em qualquer mortal. Muitas vezes, buscando reparar um direito lesado, a vítima perde um bem maior, a sua própria vida.

2. Espécies

A restrição à liberdade do indivíduo constitui a maior transferência de poderes do

particular para o Estado. É o mais vultoso ônus da vida em sociedade. Por ser uma exceção à liberdade, a prisão não pode ser determinada em qualquer caso. A sua ocorrência exige o preenchimento de alguns requisitos.

Via de regra, a realização da prisão deve estar acompanhada de uma ordem judicial; porém, a prisão pode dispensar o mandado judicial quando o infrator estiver na flagrância delitiva. Na decretação da prisão, o magistrado deve constatar a presença dos requisitos legais que a autorizam. As seguintes prisões decorrem de decisão judicial: a) prisão preventiva; b) prisão temporária; c) prisão decorrente da sentença de pronúncia; d) prisão decorrente de sentença penal condenatória sem o trânsito em julgado; e) prisão decorrente de sentença penal condenatória com o trânsito em julgado; f) prisão do devedor de pensão alimentícia²; g) a prisão do depositário infiel³; h) a prisão do retentor de título extrajudicial⁴; i) a prisão do síndico ou do falido⁵.

Presente ou ausente o mandado judicial, toda e qualquer prisão reclama o preenchimento de vários pressupostos. A seguir, vamos dar uma noção das exigências legais para a supressão da liberdade ambulatorial do indivíduo.

Como já se afirmou alhures, dispensando a ordem judicial, a prisão só pode ser efetuada quando o infrator encontrar-se em flagrância delitiva. A prisão em flagrante pode ser efetuada por qualquer pessoa do povo, devendo ser o preso imediatamente entregue à autoridade policial, a qual formalizará o ato. Na realização da prisão, as dúvidas dos agentes do Estado são as mais variadas. Muitas questões existem a respeito das prisões indevidas, ilegais. Os investigadores, os escrivães da polícia civil, podendo ser incluídos muitos delegados, não sabem quando o delinqüente encontra-se em flagrância delitiva. Grosso modo, não sabem quando efetuar a prisão. A situação é delicada, isso porque a dúvida leva para o xadrez muitas pessoas com direito à liberdade. Em quais situações revela-se a flagrância delitiva? Nas

² Art. 5º, LXVII, da Constituição Federal; art. 22, da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968; § 1º, do art. 733, do Código de Processo Civil.

³ Art. 5º, LXVII, da Constituição Federal; Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994; § 1º, do art. 902 e art. 904, do Código de Processo Civil.

⁴ Art. 885, Código de Processo Civil.

⁵ Arts. 37, 60, § 1º, 69, §§ 5º e 7º, todos do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

quatro circunstâncias seguintes⁶: a) o infrator está cometendo o crime ou a contravenção penal; b) acaba de cometer a infração; c) é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; e d) é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Com relação às alíneas *a* e *b*, problemas existem, porém pouco preocupantes. Agora, as situações aventadas pelas alíneas *c* e *d* põem até inocente na cadeia. As questões de alta indagação estão nos sentidos atribuídos às locuções *logo após* e *logo depois*. Até que momento o perseguido e o portador de instrumento ou produto do crime podem ser presos? Alguns membros da própria polícia e os meios de comunicação propalam um determinado número de horas ou o interstício de um a dois dias. Informação totalmente oposta ao sentido literal da lei. Primeiramente, é importante frisar que a lei não fornece o espaço de tempo a ser considerado flagrante. No caso da perseguição, o executor da prisão encontra o infrator cometendo ou acabando de cometer a infração, dando início à perseguição ininterrupta, culminando com sua prisão. Para o infrator portador de instrumento ou produto da infração, não exige a lei um período de tempo entre a prática do crime e o encontro deste; o espaço de tempo não pode ser indeterminado, porque a lei exige que seja ele encontrado *logo depois* da prática do crime ou contravenção.

Na prisão preventiva, para o magistrado ordenar a prisão são exigidos alguns requisitos. Estes devem ser entendidos como a existência do crime, indícios suficientes de sua autoria e o atendimento a algumas circunstâncias. Contrariando a idéia equivocada de poder do leigo, o juiz precisa fundamentar a sua decisão de determinar a restrição da liberdade da pessoa; há exigência expressa da Constituição Federal⁷. Existindo o crime e indícios de sua autoria, as circunstâncias que autorizam a prisão preventiva são as seguintes⁸: a) falta de garantia da ordem pública ou econômica; b) inconvenientes da instrução criminal; e c) insegurança na aplicação da lei penal. Sobre a

⁶ Art. 302, do Código de Processo Penal.

⁷ Art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. Na decretação da prisão, a decisão judicial desprovida de fundamentação é nula. Ao exigir esta fundamentação, acertou o constituinte, pois uma decisão tão importante não poderia ficar ao arbítrio do juiz.

⁸ Arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal.

duração da prisão preventiva, estabelece-se um vínculo entre a sua continuidade e a persistência da circunstância que a determinou, não podendo este período ultrapassar o prazo para a conclusão do processo judicial.

Na prisão temporária, em situações especiais, a supressão da liberdade decorre também de mandado judicial⁹. Conforme registra Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁰, a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, tem origem na França, onde as relações entre a polícia e o Judiciário são bem diferentes no Brasil. Com duração de cinco dias, prorrogável por mais cinco, a prisão temporária pode ser decretada pelo juiz nas seguintes circunstâncias: a) quando se fizer necessário para o desenvolvimento das investigações no inquérito policial; b) na impossibilidade de identificação precisa do indiciado ou quando este não possuir residência fixa; e c) quando houver fundadas razões, mais a materialidade e indícios da autoria ou participação do indiciado, nos crimes de homicídio doloso, seqüestro ou cárcere privado, roubo, latrocínio, extorsão, extorsão mediante seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, formação de quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas e crimes contra o sistema financeiro. Todos os casos de prisão temporária, sem exceção, poderiam ser decretados pelo juiz como prisão preventiva. Assim, conclui-se que a prisão temporária em nada inovou.

A prisão decorrente de sentença de pronúncia está prevista pelo procedimento do tribunal do júri. No Brasil, consumados ou tentados, são julgados pelo tribunal do júri os seguintes crimes: homicídio simples, privilegiado e qualificado; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio; aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; aborto provocado por terceiro; aborto qualificado. Presentes a materialidade do crime e indícios de sua autoria, ao proferir a sentença de pronúncia, o juiz pode decretar a prisão do acusado reincidente com maus antecedentes¹¹.

Quanto a prisão decorrente de sentença judicial sem o trânsito em julgado, o seu

⁹ Em 1989, com a lei 7.960, a prisão temporária foi introduzida no Direito Brasileiro.

¹⁰ *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 3, p. 348-52.

¹¹ § 2º, art. 408, do Código de Processo Penal.

objetivo é assegurar o cumprimento da pena fixada pelo juiz enquanto tramita a apelação interposta. Na fundamentação da decisão judicial, certamente, deve constar a reincidência e os maus antecedentes do acusado apelante.

Na prisão decorrente de sentença penal com o trânsito em julgado, encontra-se a maior parte dos problemas do sistema penitenciário brasileiro. Ao invés de cumprir a sua pena e receber uma reeducação, o condenado encontra ambiente propício e fértil para lições de criminalidade. A uniformidade nacional na superlotação dos presídios de todas as unidades da Federação revela a inércia e o descaso dos administradores para com a questão.

Em regra, nenhum indivíduo pode ser preso por não pagar as suas dívidas. Na verdade, há duas exceções previstas na Constituição Federal. Assim, o inciso LXVII do art. 5º da Carta Magna dispõe que

“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

No processo de execução de pensão alimentícia¹², o devedor que não pagar ou deixar de apresentar uma justificativa razoável pode ter a sua prisão decretada pelo prazo de um a três meses. Indubitavelmente, a prisão do alimentando é por dívida e, por isso, cessa com o pagamento do montante devido. A restrição da liberdade do devedor de alimentos tem o caráter coercitivo; porém, se permanecer em inadimplência, o credor da pensão deverá utilizar-se da expropriação dos bens do devedor para ver satisfeita a sua pretensão.

Ao exigir a devolução do bem dado em depósito ou do seu valor em dinheiro, o autor da ação de depósito¹³ tem, em seu favor, a possibilidade da decretação da prisão do réu por um período máximo de um ano. Claramente essa prisão tem por objetivo forçar o depositário a cumprir a sua obrigação.

Considerando a grande utilidade dos títulos de crédito nas relações jurídicas patrimoniais e, por conseqüência, na circulação de riquezas, o legislador instituiu a prisão daquele que apreender injustamente a cártula que lhe foi entregue para aceite ou pagamento. A prisão decorre da apreensão injusta do título de crédito¹⁴ e, não, como poderia se pensar, da recusa em satisfazer o valor nele constante.

¹² Arts. 732 a 735, do Código de Processo Civil.

¹³ Arts. 901 a 906, do Código de Processo Civil.

¹⁴ Arts. 882 a 887, do Código de Processo Civil.

Por gerar empregos e arrecadar tributos, a empresa comercial ou industrial tem valor incalculável no meio social. Com o salário obtido pelos serviços prestados, o indivíduo eleva a qualidade de sua vida e de sua família e, para o Estado, a receita tributária permite-lhe a melhoria da vida de toda a comunidade. O desenvolvimento dos países passa pelos negócios de risco de seus empresários, os quais podem obter êxito ou quebrar. Para evitar o descumprimento da lei de falência¹⁵ e a possível lesão aos credores da massa falida, o juiz pode decretar a prisão do falido e do síndico por até sessenta dias. Para efeito da decretação da prisão, os diretores, administradores, gerentes ou liquidantes são equiparados ao falido.

3. Autoridades

Para se expressar, o Estado utiliza-se de três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Em nível federal, a representação é a seguinte: a) o Poder Legislativo é representado pelos Deputados e Senadores; b) o Executivo, pelo Presidente da República; c) o Judiciário, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A responsabilidade do Poder Legislativo é incomensurável, porque, para o Executivo, não existe interesse político eleitoreiro na construção de novas cadeias e novos presídios. Com a determinação legal, o administrador deve executar a prescrição da lei. No Rio de Janeiro, em julho de 1997, o Presidente da República inaugurou o Bangu III, construída com recursos federais, é a penitenciária mais moderna e segura da América Latina. Isso é prova da força da Lei.

No Poder Executivo, o descaso pode ser constatado com as cadeias e penitenciárias superpopuladas. Pouco se tem feito para melhorar a vida daquele que cumpre a sua pena e busca o restabelecimento. Na segurança constitucional¹⁶, aos presos são assegurados o respeito à integridade física e moral. Como evitar as lesões físicas e morais dos presos no sistema penitenciário atual? É uma questão de difícil resposta. As presidiárias contam com tratamentos especiais, como permanência de seus filhos durante o período de amamentação e a separação de estabelecimentos em virtude de seu sexo. Teoricamente, elas têm os direitos,

¹⁵ Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

¹⁶ Inc. XLIX, art. 5º, da Constituição Federal.

os quais são desrespeitados em muitas regiões do Brasil.

Na atual Constituição Federal, ocorreu a extinção da prisão administrativa, quiçá tenha sido a maior inovação da novel Carta. Por meio dessa revogada modalidade de prisão, a autoridade administrativa tinha competência para decretar a ordem restritiva da liberdade. Com isso, a prisão poderia ser decretada pelo Ministro da Fazenda ou pelos Diretores de repartições federais. As raízes da prisão administrativa no Brasil são os regimes ditatoriais, conforme a lição de Hélio Tornaghi¹⁷, *poucos assuntos foram tão machucados na lei, na doutrina e na jurisprudência quanto esse da prisão administrativa*. Por outro lado, a permanência da prisão militar, no nosso entender, foi necessária, haja vista que a disciplina e a hierarquia reclamam este instrumento¹⁸.

O descumprimento da Constituição Federal não ocorre só por parte de seus executores. As autoridades do Poder Judiciário ferem a Constituição Federal em muitos momentos. Inúmeros são os atos protelatórios. Ao dispor que *a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*, a própria Constituição¹⁹ sofre uma considerável afronta. Aliás, se uma pessoa for presa por engano, como acontece, a prisão dura no mínimo cinco dias. Isso é uma humilhação ao brasileiro e uma demonstração da dimensão da crise do Judiciário. Nas varas de execuções penais, com falta de decisões judiciais, existem presos que já cumpriram as suas penas há mais de um ano; isso é um absurdo. O número de juízes é insuficiente e, por falta de verbas e eficientes meios de seleção, o direito sagrado à liberdade é violado. Quanto às verbas, todos sabemos de sua escassez, agora, reprovar quase todos os candidatos de um concurso, ficando vagas a serem preenchidas, isso não é crível. Em conclusão, boa parte dos problemas são estruturais. Antes de prosseguir, é bom que se diga que a composição do Poder Judiciário brasileiro é, por demais, da mais alta qualidade; os Tribunais são compostos por juristas que alcançam o respeito e a admiração no meio jurídico nacional e internacional.

Nossa crítica busca somar esforços para dar aos brasileiros o que lhes é de direito, o respeito à sua liberdade.

¹⁷ Curso de Processo Penal. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1987. v. 2, p. 93.

¹⁸ Inc. LXI, art. 5º, da Constituição Federal.

¹⁹ Inc. LXV, art. 5º, da Constituição Federal.

4. Execução da pena

Não é segredo que o legislador aumenta o número de crimes a serem penalizados com a restrição da liberdade. A ação parece-nos inconseqüente, pois agem como se existissem vagas nos presídios.

Excluída a pena de morte, a lei oferta várias outras espécies a serem adotadas. Podem elas ser privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. O maior número de penas é de reclusão e detenção, estando a revelar o domínio das penas privativas de liberdade no sistema penal brasileiro. Na restrição de direitos, a decepção afasta qualquer boa intenção na diminuição da população carcerária. A explicação é ilógica, ou seja, o nosso sistema não adota a pena restritiva de direitos diretamente, sendo aplicada somente em substituição. As penas de multa, como os pobres visitam com mais freqüência a prisão, são sempre combinadas com a pena restritiva da liberdade, logo a presença destas no sistema não encontra justificativa plausível. Nas contravenções, registre-se, a pena de multa é utilizada com timidez. Assim não é possível, pois, como mostra o panorama carcerário, necessitamos de mudanças urgentes. As dificuldades existem e, continuando como está, a tendência é piorar a cada dia. Ao invés de pensar em impor a pena, o legislador deve voltar-se para a reeducação do criminoso, buscando, com leis precisas, devolver um verdadeiro cidadão à sociedade. Com a lei, o Executivo pode ser pressionado a agir, enfrentando as suas obrigações com seriedade.

Num futuro próximo, esperamos sentir orgulho do tratamento dispensado aos afastados da sociedade pela prática de infrações penais. Com a execução penal atual, a cada passagem pelo sistema, o infrator volta a praticar outras barbáries de maior gravidade.

5. Igreja Católica

Alguns setores da sociedade já apresentaram a sua contribuição, repudiando o atual tratamento dispensado à execução da pena.

A sensibilidade da Igreja Católica, pela assistência religiosa que presta aos presos, conduziu a mais uma Campanha da Fraternidade: *Cristo Liberta de Todas as Prisões*. Em 1997, *A Fraternidade e os Encarcerados* demonstra o conhecimento da realidade dos presos, os quais são tratados de forma

desumana. As movimentações em favor dos presos são todas bem vindas, ainda, partindo da Igreja Católica, a recepção é, por demais, calorosa. Os apelos em favor dos presos trazem sentimentos de humanidade e respeito pelos nossos irmãos. Entre as assistências do condenado, está a religiosa, possibilitando o restabelecimento das suas relações com Deus²⁰. Avulta a importância do auxílio religioso, devendo ser incentivado e preservado.

No retorno à sociedade, a integração do condenado não pode ser resumida na sua liberdade, senão na continuidade de seus laços com Deus.

6. Recuperação do condenado

Pela Lei de Execução Penal, o condenado é bem assistido, porém a verdade é outra. Cumprindo pena em cadeia pública, penitenciária, colônia, albergue ou hospital, todos estruturados de forma deficiente, a possibilidade de recuperação é nula. Não é drama, é a realidade.

Vejamos as assistências de direito dos condenados: a) material, consiste na boa alimentação, vestuário e instalações higiênicas; b) saúde, entendido o tratamento médico, farmacêutico e odontológico; c) jurídica, compreende a assistência judiciária gratuita; d) educacional, abrange a formação escolar e profissional; e) social, responsável pelo preparo do preso para o retorno à sociedade; f) religiosa, consiste na participação de atividades religiosas, como missas e cultos; e h) egresso, entendido como a orientação e a instalação do preso no retorno ao meio social. A demanda é grande e o poder público não procura vencê-la, proporcionando lesões de direitos irreparáveis. No alvo das conseqüências, não está somente o condenado, mas, também, o cidadão que vai ser lesado em seu patrimônio, na sua integridade física...

Qual a medida a tomar? Será que podemos continuar com a presente enganação? Os níveis insuportáveis de crimes, pelo menos nos grandes centros, têm abonado a mudança imediata.

7. Criminalidade

Tipificadas pela lei, as infrações penais assumem várias formas. No conjunto, os

infratores praticam crimes e contravenções penais.

Na classe miserável brasileira, ao nascer, o indivíduo já tem o seu destino traçado. Nas favelas, inúmeras crianças são colocadas a serviço do tráfico de drogas. A realidade é assustadora e, ao invés de educação, os iniciantes recebem armas e instruções para atuar com eficiência na venda de substâncias entorpecentes. Tratando-se de respeito aos poderes da República, primeiro existe a reverência à chefia do tráfico e, em segundo plano, como inimigo, está a organização do Estado. Sociologicamente falando, existem duas organizações dentro de uma única: os poderes estatais e o respeito aos comandos do crime organizado. Como a inversão de valores já ocorreu, depois de serem reconhecidos como cidadãos, os favelados vão reclamar a passagem por um processo de reeducação, restabelecendo-se a exata valoração das instituições presentes no meio social. Pela experiência acumulada com as ações policiais, fica claro que o seu trâmite é vagaroso e, depois de conquistada a normalidade, o trabalho de manutenção deve ser uma constante. O descaso é a pior resposta à melhoria de vida do povo brasileiro. A criminalidade toma novas dimensões e, como se vê, os índices apontam sempre para cima, aumentando a cada dia o número de pessoas infratoras.

No Brasil, não sobra tempo para se estudar o criminoso, isso porque, por uma questão talvez cultural, dá-se maior importância ao fato que ao transgressor da lei. Por outro lado, a diminuição dos crimes praticados está diretamente ligada a questões sócio-econômicas.

8. Legislador

Com as suas inovações, a Constituição Federal de 1988 trouxe sonhos, os quais foram deixados a cargo da legislação ordinária. Os direitos dos condenados sofreram ampliações consideráveis. Com relação aos presos provisoriamente, as conquistas foram desde a proibição da incomunicabilidade até o fim da prisão administrativa. Por outro lado, de forma inadvertida, o legislador começa a regredir com as leis ordinárias, as quais aumentam os tipos penais, principalmente na transformação de algumas contravenções em crimes, como ocorreu com o porte de arma. A inovação esperada é no campo das penas, precipuamente, nas restritivas de direitos.

²⁰ Art. 24, da Lei de Execução Penal.

9. Cadeias

A cadeia pública é o estabelecimento destinado ao recolhimento de presos provisórios²¹. Na realidade, o preso tem os seguintes direitos²²: a) cela individual com dormitório, sanitário e lavatório; b) salubridade do ambiente; c) área mínima de seis metros quadrados. A lei mais uma vez não é cumprida, porque existem muitos presos sem espaço para dormir na própria cela por excesso de companheiros. Pelo que se vê por todo o Brasil, a lei descreve um quarto de luxo para o preso não condenado. Lastimável é isso ser uma tremenda inverdade. No caso de prisão provisória, apesar de inexistir sentença judicial condenatória com o trânsito em julgado, o preso já começa a ser penalizado. Geralmente, a cadeia pública funciona junto à delegacia de polícia e a precariedade, por falta de tantas coisas, toma proporções vergonhosas nesta e naquela.

Como a localização das cadeias públicas é no perímetro urbano, a população sofre com a constante ameaça de fuga, o descaso das autoridades e o aumento dos crimes punidos com pena privativa de liberdade. Outra preocupação é o cumprimento de pena nas cadeias. A falta de vagas nas penitenciárias justifica a medida, mas a população convive com um perigo constante de fuga.

10. Penitenciária e colônia

Tratando-se de regime fechado, atribuído aos crimes de maior gravidade, a pena vai ser cumprida na penitenciária; agora, para o regime semi-aberto, existem as colônias agrícolas industriais ou similares.

Como estabelecimento para o cumprimento de pena em regime fechado, a penitenciária distancia-se do sonho de restabelecimento do condenado. As penitenciárias brasileiras são verdadeiros depósitos de criminosos, onde são amontoadas várias espécies de infratores da lei penal. As penitenciárias podem ser destinadas, separadamente, aos homens e às mulheres. A Lei de Execução Penal²³ determina que as penitenciárias sejam construídas em locais afastados dos grandes centros, sem prejudicar

²¹ Art. 102, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

²² Art. 88, da Lei de Execução Penal.

²³ Art. 90, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

a visitação. Para cada condenado, a cela conterà²⁴: a) individualidade; b) dormitório; c) aparelho sanitário; d) lavatório; e) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; f) área mínima de seis metros quadrados; g) a seção de gestante e parturiente e a de creche. Caso fosse possível no Brasil a citada penitenciária, sem dúvida, seria uma maravilha.

Destinada ao cumprimento de pena em regime semi-aberto, a colônia agrícola, industrial ou similar reserva alojamento idêntico ao oferecido na penitenciária²⁵. Na realidade, as colônias têm uma população menor, possibilitando a iniciação do preso em seu restabelecimento.

Existem, ainda, a casa do albergado para a pena a ser cumprida em regime aberto e o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, pouco conhecidos pelo território nacional.

11. Literatura

As histórias da literatura a respeito da ação da polícia e do comportamento do Judiciário ganham as páginas e despertam o prazer pela leitura.

No erro judiciário dos Irmãos Naves²⁶, ocorrido em Araguari, no Estado de Minas Gerais, existe o relato fiel de erro do juiz e Tribunal de Justiça mineiros que conduziram dois jovens irmãos para a cadeia para pagarem por um crime não ocorrido. Simplesmente, como não havia materialidade do crime, o suposto morto estava vivo e só foi encontrado quinze anos depois, quando um dos condenados já havia morrido na prisão. De todo o ocorrido, o impressionante é a absolvição por duas vezes pelo Tribunal do Júri e a condenação prolatada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em reforma à sabedoria do Júri Popular.

No Esquadrão da Morte, o então Procurador de Justiça do Estado de São Paulo Hélio Pereira Bicudo²⁷, parlamentar na atualidade, relata a

²⁴ Art. 88, da Lei de Execução Penal.

²⁵ Art. 92, da Lei de Execução Penal.

²⁶ ALAMY FILHO, João. *O caso dos irmãos Naves* : um erro judiciário. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.

²⁷ BICUDO, Hélio Pereira. *Meu depoimento sobre o Esquadrão da Morte*. 4. ed. São Paulo : Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1977.

atuação truculenta da polícia civil paulista. Um pouco depois da Revolução de 1964, a polícia civil paulista dava início ao *Esquadrão da Morte*, inicialmente, em perseguição aos criminosos de alta periculosidade e, mais tarde, talvez já com o objetivo premeditado, aos políticos contrários ao novo regime autoritário²⁸. Instalou-se a pena de morte e, com isso, muitas vidas foram ceifadas e acobertadas por razões obscuras e nada convincentes. Ao invés de seguir o preceito legal, a polícia passou a fazer justiça (na verdade, injustiças).

Na *Rota 66*, o jornalista Caco Barcelos²⁹ revela o lado negro da atuação da polícia militar na cidade de São Paulo. Como fruto das ocorrências policiais que o autor acompanhou, as histórias apavorantes ocupam todas as páginas de seu nobre trabalho. Num ingênuo e simples pensamento, conclui-se que qualquer brasileiro pode ser vítima da violência policial. Já não é mais segredo que a população carente conhece a atuação policial desvirtuada com profundidade; deveras, com isso, redobra-se o medo, por um lado, revelado na polícia e, noutro, presente na ação dos criminosos. Com o relato das passagens do autor, os leitores podem ter uma idéia do péssimo emprego do dinheiro do contribuinte. Com extrema frieza, a polícia militar paulista e, provavelmente, a de outros Estados, recrutam matadores para fazer a segurança pública.

Como se pode concluir, relatar a violação dos direitos humanos tem sucesso garantido no meio literário. Embora não pareça, afrontar a liberdade e a integridade física dos desafortunados é uma realidade aflorada. Precisamos exercitar os nossos direitos e aprender a sacrificar algum tempo em favor dos injustiçados, seja testemunhando ou prestando qualquer espécie de ajuda. Por fim, deixamos o nosso registro de admiração e respeito pela coragem dos citados escritores.

12. Conclusões

A deficiência estrutural do Estado e o despreparo de seus agentes não podem justificar injustiças praticadas em detrimento dos indivíduos.

Pelo Decreto Executivo nº 1.904, de 13 de maio de 1996, o Presidente da República instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos. Pelo PNDH, a liberdade e a reeducação do preso não têm prioridade, porém, há uma preocupação com a superlotação dos presídios e a indicação da construção de novos estabelecimentos prisionais de pequeno porte, bem como a conversão das prisões nos regimes semi-aberto e aberto. A intenção do Executivo é muito boa, principalmente quando afirma que vai incentivar a agilização dos procedimentos judiciais dos presos provisórios e, para os condenados, a criação de programas de reeducação e recuperação e de assistência à saúde. Com relação à Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru), a sua desativação a longo prazo realmente impressiona e merece aplausos. Deveras, é cediço que as penitenciárias são verdadeiras escolas de criminosos; somadas a essa agravante, servem como centrais de comandos das organizações criminosas. A atual situação é insustentável, necessitando de várias reformas e do apoio de todo o povo brasileiro. Aliás, como a criminalidade atinge um número indeterminado de pessoas, todos nós somos responsáveis pelas melhorias do sistema penitenciário nacional.

Por fim, as prisões provisórias e as definitivas devem ser repensadas. Não se deve mudar somente a lei, senão, também, a mentalidade dos juízes e seus executores. A decretação e o relaxamento das prisões deveriam ser reformulados. Na execução das penas, o reconhecimento da falência do sistema penitenciário revela os perigos que acercam os grandes centros, aprisionando os cidadãos comuns em suas próprias casas.

²⁸ A conclusão da perseguição política ficou patente depois dos tempos de glória do Regime Militar. Porém, após o término das investigações acompanhadas por Hélio Bicudo.

²⁹ BARCELLOS, Caco. *Rota 66*. 16. ed. São Paulo : Globo, 1993.

Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa

FABIANA DE MENEZES SOARES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Natureza jurídica da função pública. Princípios informadores da função pública e suas conseqüências sobre a atuação do agente público, o regime jurídico da função pública. 3. Princípio da neutralidade (Administração eficiente e Estado de Direito, notas de Direito Comparado). 4. A boa execução da função pública (O princípio da profissionalização, a reforma administrativa em face da estabilidade relativa, o aperfeiçoamento e a formação do funcionário público). 5. Anexo.

1. Introdução

A necessidade de um Estado eficiente é hoje uma das grandes questões discutidas no seio dos Governos de vários Estados países e dentro destes, pelos mesmos, tanto de descentralização política (nos estados federados), como de descentralizações administrativas. Desse modo, o movimento de reforma administrativa não é exclusividade do Brasil, como podemos verificar. Entretanto, são necessários critérios para que a reforma, como o próprio nome indica, seja capaz efetivamente de dar uma nova definição para função pública de modo a torná-la mais eficaz, transparente e democrática.

No Brasil, quando se fala em reforma administrativa, a 1ª questão que surge diz respeito à estabilidade dos servidores públicos. Toda crítica endereçada aos serviços públicos no Brasil, leia-se ineficientes, onerosos, clientelistas e até mesmo desnecessários, repercute na figura do *funcionário público*, aquele que recebe todas as vantagens enquanto não executa ou executa mal suas funções. E com esta justificativa, tem-se propalado que a causa de todos os males é a famigerada

Fabiana de Menezes Soares é Mestra em Direito Administrativo pela UFMG e Professora do Departamento de Direito – UFV.

estabilidade dos servidores públicos. Entretanto, a estabilidade, como todo conceito normativo, tem uma razão de ser que reside na imparcialidade e neutralidade no exercício das funções públicas.

A palavra de ordem é *flexibilizar*, mas será que a estabilidade, como está hoje, é intangível como muitos pensam? Ou será que já existem mecanismos para retirar o mau servidor público dos quadros do serviço público? Quais seriam as práticas que deveriam ser adotadas pela Administração Pública de modo a elevar os serviços públicos a um patamar de maior confiabilidade? Essas questões e outras serão abordadas com o objetivo de classificar alguns itens da reforma administrativa, aprofundando a discussão sobre o tema.

2. Natureza jurídica da função pública. Princípios informadores da função pública e suas conseqüências sobre a atuação do agente público, o regime jurídico da função pública

O termo *função* remete-nos a uma dimensão relacional de algo que se realiza com subordinação. Assim é a função pública, ou seja, a realização de determinados fins e interesses da República por meio de agentes públicos. O princípio da legalidade e o complexo de normas que densificam o conteúdo do princípio Estado democrático de direito formam a moldura, ou “quadro normativo”, dentro do qual agem os operadores da função pública. O caráter “funcional” do exercício do *munus* público revela-se exatamente pela sua subordinação ao complexo de regras e princípios conformadores do Estado (Alexy).

A natureza pública de toda série (variadíssima, diga-se de passagem) de atividades desenvolvidas pelo Estado conferem à sua execução, aos seus fins e objetivos, uma qualidade de zelo acima da média concebida como zelo, ocorre em virtude do caráter concreto e imediato de parte de suas funções.

Garrido Falla questiona se ao lado das três funções clássicas do Estado (legislativa, judiciária e executiva) advindas da teoria da divisão do poder estatal, não existiria uma quarta função, a administrativa. E mais, que para qualificar a própria natureza da função administrativa, a teoria tripartite, já “referida”, não é capaz de distinguir a função executiva da função administrativa, principalmente no que tange à escolha dos motivos justificadores

de um ato administrativo (nesse caso haveria um desbordo da função executiva, tendo em vista o conceito de cada uma das três funções clássicas do Estado¹). Continuando, sustenta o publicista espanhol que:

“Assim como os Poderes Legislativo e judiciário se formam com as competências que foram arrancadas das mãos do antigo monarca absolutista, por outro lado, o Poder Executivo é o que permanece em suas mãos (...) Deduz aqui o caráter residual do Poder Executivo, que deve ser levado em conta para compreender devidamente o tipo de funções que lhe correspondem”².

A atividade administrativa é uma atividade não-homogênea, porque possui o aspecto de execução ao lado de atos de legislação (regulamentos) e jurisdição, poderes administrativos internos aos corpos administrativos, sendo necessariamente uma zona destacada pelo Poder Executivo³. Esse, por sua vez, realiza atos do seu domínio próprio, como ente político no exercício de suas funções de soberania (ato de Estado).

Assim, emerge a função administrativa como quarta função do Estado, junto de sua diversificação e complexização. E mais, seu caráter de subordinação e de maior exigência sobre o agente que intermedia a manifestação do Estado administrador impõe a este agente uma gama de deveres muito maior de que aqueles que realizam atividades no setor privado.

O fim da função administrativa ultrapassa a esfera individual incidindo em realidades e fins que concretizam interesses e metas individuais de várias ordens (sociais, coletivos, difusos), mas não é só o fim que deve ser considerado, os meios dos quais dispõe o agente, por si só, vinculam sua conduta. O local de seu trabalho, os meios materiais para sua consecução, o patrimônio envolvido em sua atividade também demandam uma conduta diferenciada por parte do agente público.

Ou seja, “a atividade administrativa é a atividade de quem não é dono, mas de quem gere negócio alheio, o fim e não a vontade rege todas as formas de administração” (Cirne Lima).

Dada esta estreita ligação entre a função pública, no caso, a função administrativa e o

¹ *Tratado de Derecho Administrativo*. v. 1, p. 36-37.

² *Ibid.* p. 39.

³ *Ibid.* p. 39.

agente que a desempenha, ou “as diversas formas como se manifesta a atividade dominadora do Estado” e “as diferentes pessoas ou corpos públicos encarregados de desempenhar as diferentes funções do poder” (Carré de Malberg), é que ambos possuem um regime jurídico, sob a égide do qual as relações jurídicas decorrentes são regidas pelo Direito Público.

O regime de Direito Público implica relações baseadas numa posição de supremacia da Administração Pública em relação aos particulares, aliados à estrita vinculação ao princípio da legalidade; o que significa que a Administração Pública faz o que lhe foi autorizado legalmente, ao contrário do regime de Direito Privado, que permite aos sujeitos fazerem tudo o que não esteja legalmente vedado.

A função administrativa divide-se em duas linhas principais: uma, realizadora e concretizadora dos interesses públicos da comunidade; a outra, conformadora e ordenadora na prossecução dos interesses públicos dispostos na Constituição⁴. Suas atividades de atuação são diversificadas, como os serviços clássicos, como política (ordem e segurança). A atividade planificadora e diretiva da economia, a atividade financeira e fiscal e pela atividade social e prestacional⁵.

A escolha dos interesses públicos prioritários, constantes do Estado Democrático Social, tem sua sede na Constituição. A hierarquia dos mencionados interesses define o raio de ação estatal e, por consequência, da função administrativa. A evolução estatal, no sentido pré-constitucional⁶ e por meio da

⁴ CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. p. 756.

⁵ *Ibid.*

⁶ MÜLLER, F. *Discours de la méthode juridique*. p. 144-145 – sobre os princípios de interpretação da Constituição “principe de L’unité de la constitution, idéé d’une ‘conception générale préconstitutionnelle’, conciliation des motifs fondamentaux et des règles de compétence, *in dubio prolibertate*, insertion des dispositions à interpreter dans le contexte de l’histoire des sciences humaines et des idées politiques, considérations a l’opportunité et questiona relatives à la vérifiabilité des resultats de l’interpretation autant d’aspects qui proviennent principalement de la jurisprudence, d’une part; critères; tirés de la constitution, de la pertinence des points de vue liés aux problèmes: critère de l’action, intégratrice, principe de l’unité de la constitution, principe de la concordance pratique, critère de la connection fonctionnelle et point de vue de la force normative de la constitution, d’autre part.

Constituição posta, revela as opções que o Estado fez para intervir na gestão econômica⁷. É desse modo que o conceito, hoje, de “atividades tipicamente estatais” é mais aberto.

No cerne de diversas atividades que compõem a função administrativa reside a noção do quê, num dado momento, é considerado como serviço público. Desse modo, o conceito tradicional advindo do direito francês, que reduz a noção de serviço, não é suficiente para demonstrar o crescimento do leque de prestações públicas postas à disposição do cidadão usuário (inclusive, em relação às atividades de fomento), o que levou à crise na conceituação de serviço público⁸.

Assim, para cada atividade referente à função pública, há um agente público para desempenhá-la. E é esse agente a referência primeira e imediata que o cidadão usuário tem das atuações estatais administrativas. É por isso que a execução do serviço é o ponto mais relevante da função pública no seu momento dinâmico. Para uma execução com respeito ao princípio da legalidade e da impessoalidade (art. 37, *caput*), é necessário que o agente público possa atuar com isenção.

Para Jesus Gonzales Perez, a função dos princípios é dar sustentação para ordenamento jurídico na medida em que informam a organização jurídica da nação⁹. Sustenta Alexy que os princípios são comandos de otimização referentes às possibilidades jurídicas e fáticas, seu caráter implica máxima de proporcionalidade com seus três máximos parciais: a adequação, a necessidade (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade no sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito).

O princípio da moralidade tutelado pela CF/88 impõe à função pública um caráter de adequação com os valores sociais da honestidade, bons costumes, que se traduzem na utilização do aparelho estatal para fins públicos e por meio de agentes com conduta proba.

O respeito aos princípios informadores do exercício da função administrativa submete também quem os executa, ou seja, os agentes públicos, aqui considerados no seu sentido lato, isto é, agentes políticos, servidores públicos, empregados públicos e os concessionários de

⁷ FALLA, Garrido. op. cit., p. 330.

⁸ *Ibid.* 331-333.

⁹ SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação, cidadania, direito, município*. p. 67.

serviços públicos. Entretanto, para a análise do princípio da neutralidade na execução da função administrativa, não contempla os agentes políticos que possuem um regime de um mandato político e que pela própria natureza de suas atribuições (principalmente quanto aos agentes políticos do poder legislativo) é preponderantemente discricionária. Esta discricionariedade implica ponderação de valores que sofrem a influência de convicção política (e/ou partidária) ao agente.

A fruição do resultado ou exercício da função administrativa (e pública em geral) destina-se a todas as pessoas por força do princípio da igualdade.

3. Princípio da neutralidade (Administração eficiente e Estado de Direito, notas de Direito Comparado)

O crescimento e diversificação das funções públicas repercutem na Organização do Estado (devido aos fins do próprio Estado) no sentido de perseguir uma ação mais justa e conforme às necessidades consideradas públicas num dado momento. Após a Primeira Guerra Mundial, o Estado passou a intervir mais na vida econômica e social, o que carreteou um impacto sobre a organização do Estado¹⁰.

A Conferência Mundial de Administração Pública (Toluca, 1993)¹¹ colocou em discussão o perfil do Estado e conseqüentemente da Administração Pública em face da “explosão de complexidade” das funções estatais, que abandonaram os modelos clássicos. A mudança do perfil passa por uma Administração Pública mais eficaz, transparente e democrática. Só assim a credibilidade da função pública pode ser restaurada, inclusive como forma de incentivo para que o funcionário público possa sentir que seu trabalho é apreciado e reconhecido pela sociedade.

Um profundo estudo feito nos EUA e em países industrializados da Europa demonstrou que os cidadãos têm mais confiança na função pública do que nas grandes empresas para resolver seus problemas¹². A substituição da

¹⁰ FORSTHOFF, E. *Traité de Droit Administratif allemand*. p. 622-623.

¹¹ Rédefinir le profil de L'Etat en vue des changements socio-economiques Redacteur Invité Bernardo Klicksberg. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, n. 2, jun. 1994.

¹² PETERS, Guy B. Morale in the public service: a comparative inquiry. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, v. 57, n. 3, sept. 1991.

estrutura estatal piramidal por uma *estrutura de rede* é apontada como um novo paradigma de gestão pública.

O controle da função pública por parte dos cidadãos, que terão acesso à Administração Pública, uma participação real dos mesmos (democratização e descentralização por meio de processos participativos) e a eliminação da corrupção são os pontos-chaves para o surgimento do “Estado inteligente”¹³.

A compreensão do sistema normativo como meio de concretização destas mudanças é essencial para qualquer reforma, ou seja, quais princípios sustentam a função pública, bem como os importadores do seu exercício. Assim, a reforma administrativa logrará o êxito que ambiciona sem quedar frente às ameaças de inconstitucionalidade e de nenhuma mudança no plano fático.

Para a manutenção da igualdade de tratamento entre os cidadãos destinatários das funções públicas, a CF/88 concedeu maiores garantias aos agentes públicos, se comparados aos trabalhadores da iniciativa privada. Em virtude disso, existe uma idéia comum, de que aquelas garantias (leia-se principalmente a estabilidade) são “privilégios” inconcebíveis sob a égide do princípio da igualdade.

Esse raciocínio é canhestro por três motivos: estas garantias existem não em razão do agente público em si, mas devido ao exercício da função pública; sua manutenção se justifica pelo caráter isonômico que a dita função deve ter em face dos seus destinatários como condição de efetividade do princípio da igualdade; e a estabilidade não é absoluta, mas relativa, porque ela não pode ser utilizada para contrariar os fins que justificaram sua inclusão no texto constitucional. Não há, pois, antinomia entre a garantia da estabilidade e o princípio da igualdade¹⁴, muito pelo contrário: a

¹³ SOARES, op. cit., p. 118.

¹⁴ Müller propõe um modelo de argumentação para efetuar o controle do princípio da igualdade. *Discours de la methode juridique*, p. 363. Caso n. 1.

1- há uma igualdade de situações de fato constitucionalmente pertinente? (se a resposta for sim, passemos à seguinte questão)

2- Estas situações de fato iguais são desigualmente tratadas de uma maneira que seja constitucionalmente pertinentes? (se respondo sim, passo à próxima questão).

3- Há para esta desigualdade de tratamento de situações iguais uma razão objetiva (no sentido da jurisprudência dominante)? Caso a resposta seja não, há a violação do Princípio da Igualdade.

estabilidade promove o exercício de uma função administrativa isenta.

Um tratamento legal que promova a efetividade do princípio da impessoalidade (traduzindo num exercício imparcial da função pública) e de um maior zelo no seu exercício é garantia do Princípio da Igualdade e tem sede constitucional em países com democracias consolidadas.

O art. 97 da Constituição da Itália dispõe que a Administração Pública se organizará de modo a garantir seu bom funcionamento e imparcialidade da Administração. O exercício das funções públicas de caráter permanente cabe aos funcionários públicos, cujas “relações de serviço e fidelidade se assentam no Direito Público” (art. 33-4 da Lei Fundamental Alemã).

Já a Constituição Francesa, em seu preâmbulo, reconheceu o valor normativo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O art. 1º da Declaração consagra o princípio da igualdade, dispondo que as distinções sociais *só podem estar fundadas na utilidade comum* (grifo nosso). O art. 13 dispõe sobre o caráter subordinado do Poder Público, ou seja, poder instituído em benefício de todos e “não para a utilidade particular daqueles a quem é confiado”. No mesmo sentido, o art. 15 dispõe sobre o dever que o agente público tem de prestar contas. Por força do art. 34 da Constituição foi reservada à lei a disciplina das garantias fundamentais concedidas aos funcionários civis e militares. Assim, o estatuto geral dos funcionários públicos é composto por quatro textos, a saber: a Lei de 13 de julho de 1983 (Direitos e Deveres dos Funcionários – Regras e Princípios Comuns); a Lei de 11 de janeiro de 1984 (Função Pública no Estado); Lei de 26 de janeiro de 1984 (Função Pública Territorial), Lei de 9 janeiro de 1986, (Função Pública Hospitalar).

O estatuto garante o direito ao emprego por meio da estabilidade, lembrando que na França, a relação de trabalho do funcionário não apresenta distinções como as que existem no Direito Brasileiro, entre cargo e emprego público, o “emprego” abrange nossa noção de cargo. A estabilidade não se submete às oscilações em virtude de um novo governo¹⁵.

A Constituição de Portugal consagra a submissão ao princípio da legalidade dos órgãos e agentes administrativos que, no exercício de suas funções, devem respeitar os princípios da

igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade (art. 266). O item 2 do art. 269 (Regime da Função Pública) dispõe que

“Os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades não podem ser prejudicados ou beneficiados em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária”.

O Código de Procedimento Administrativo Português (Decreto - Lei nº 6/96, de 31 de janeiro de 1996) dimensiona os princípios da igualdade, proporcionalidade, imparcialidade e boa-fé, tendo em vista a prossecução do interesse público nas relações da Administração Pública com os seus particulares.

Em relação ao princípio da imparcialidade, o art. 6º (princípio da Justiça e Imparcialidade) dispõe: “no exercício da sua atividade, a Administração Pública deve tratar de forma justa e imparcial todos os que com ela entrem em relação”. A Constituição Espanhola, no seu art. 103, *caput*, numera os princípios aos quais a Administração pública se submete:

“A Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação com a submissão plena à lei e ao Direito”.

O item 3 remete à lei ordinária o estatuto dos funcionários públicos, delimitando os princípios gerais, que devem ser obedecidos pelo legislador infraconstitucional:

“...acesso à função pública de acordo com os princípios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercício de seu direito de sindicalização, o sistema de incompatibilidades e as garantias de imparcialidade no exercício de suas funções”.

A Lei dos Funcionários (Decreto nº 315/64) dispõe no seu artigo 64 sobre o dever do Estado de proteger os funcionários no exercício de seus cargos. O item 2 assegura aos funcionários de carreira (conhecidos por nós como os efetivos) o direito ao cargo.

O Título quarto da Constituição do México regula as responsabilidades dos servidores públicos. O art. 109, inciso III, dispõe que serão aplicadas sanções administrativas aos servidores públicos, que por atos e omissões, ofendam aos princípios da legalidade, honradez, lealdade, imparcialidade e eficiência no exercício de seus empregos, cargos ou comissões.

¹⁵ BEN SALAH, Tabrizi. *Droit de la fonction publique*. p. 11.

A eficiência e transparência da função pública encontram como princípio informador corolário do princípio da imparcialidade. O princípio da neutralidade política da função pública, fundamento da garantia da estabilidade na função pública.

Repousa este princípio na satisfação de interesses gerais por parte dos corpos administrativos permanentes que não estão a serviço de um governo em particular. O governo possui um caráter temporário, enquanto que “os funcionários simbolizam a permanência da administração”. É por isso que o estatuto dos funcionários deve protegê-los de eventuais pressões provenientes do governo¹⁶. Este direito à proteção abrange proteção contra ameaças, violência, agressões, injúrias, difamação, ou qualquer ultraje que sofra o funcionário no exercício de suas funções, é a proteção penal (art. 11 da Lei de 13 de julho de 1983). A proteção civil, refere-se ao dever de indenização por parte da Administração de qualquer dano que o funcionário venha a sofrer, danos materiais de qualquer natureza e danos morais (art. 11, alínea 2, da Lei de 13 de julho de 1983)¹⁷. São considerados formas de proteção, em face da Administração, o princípio do recrutamento via concurso público, da progressão na carreira, das garantias disciplinares (devido processo) o direito de acesso à sua ficha funcional. As garantias disciplinares visam evitar o abuso de poder da autoridade hierarquicamente superior¹⁸.

Não se pode falar em Estado Democrático de Direito, se a cada mudança dos agentes públicos políticos, os agentes públicos de carreira, ou efetivos, estiverem sem garantias para o exercício imparcial da função pública.

Garrido Falla apresenta duas faces do princípio da neutralidade, a saber: a neutralidade política da Administração e a neutralidade administrativa do governo, ambos promovem a “eficácia indiferente”¹⁹. Continuando, o ilustre publicista sustenta que nas democracias modernas surgiu a preocupação de tornar “a função pública independente dos assuntos do governo determinados pela mutação dos partidos políticos no poder”.

A efetividade do princípio da igualdade de tratamento para os cidadãos usuários possui uma estrita conexão com a lealdade do

funcionário à Administração Pública-executora concreta de interesses metaindividuais. Entretanto, as relações entre o governo (com caráter transitório e político) e a Administração pública (com caráter permanente e técnico) são marcadas por uma tensão no sentido de um possível choque de interesses. Os interesses do aparelho estatal, muitas vezes, são antagônicos com os interesses positivados na Constituição como os fins da República. Contudo, a Constituição já fez a escolha de quais são os interesses superiores, e aqueles últimos, ou interesses, que devem prevalecer sobre os interesses secundários, ou interesses do aparelho estatal (Alessi).

A Administração Pública é uma instituição que, quando atua com força própria, apropria-se dos fins os quais persegue, regendo-se por normas próprias de comportamento que lhe dão um caráter de subordinação. A Institucionalização da Administração Pública torna-a capaz de funcionar quando o governo faltar²⁰.

Para Garrido Falla²¹, a neutralidade administrativa do governo é garantida pelo princípio da profissionalização da função pública cujo aceno é condicionado pelo mérito e capacidade (*merit system*). Dentro da subordinação normativa da Administração Pública, o princípio da profissionalização, interpretado sob a égide do princípio da igualdade, tem como resultado o princípio geral de acesso aos cargos, empregos e funções por meio de concurso. A profissionalização é condição para uma função pública eficiente independente do sujeito que dela usufrua (eficácia independente).

O princípio da imparcialidade da Administração Pública veda o tratamento desigual dos cidadãos por parte dos agentes públicos e impõe a “igualdade de tratamento dos direitos e interesses dos cidadãos por meio de uma uniformidade de ponderação dos interesses públicos (Canotilho). Ao lado de outros princípios como o da publicidade e o do acesso ao Judiciário, o princípio da imparcialidade é *princípio fundamental*²², fornecendo “diretivas materiais de interpretação de normas constitucionais” e principalmente “vincula o

²⁰ FALLA, op. cit., p. 60-61.

²¹ Ibid. p. 62.

²² CANOTILHO, op. cit., p. 171. “Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípio historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.

¹⁶ Ibid. p. 11.

¹⁷ Ibid. p. 12, 200, 201.

¹⁸ Ibid. p. 244.

¹⁹ Ibid. 61.

legislador, no momento legiferante, à luz dos princípios gerais de Direito”²³.

A ausência de garantias para os funcionários públicos compromete a estrutura do próprio Estado,²⁴ e “qualquer política que persiga a designação dos funcionários públicos, entre os afins ao partido no poder, acaba com a destruição do Estado se Direto”.

No Canadá, a “Lei sobre o emprego na função pública”, que dispõe sobre o regime jurídico da função pública, no seu art. 33, proíbe o funcionário trabalhar a favor ou contra um candidato; trabalhar a favor ou contra um partido; ser candidato.

4. A boa execução da função pública (O princípio da profissionalização, a reforma administrativa em face da estabilidade relativa, o aperfeiçoamento e a formação do funcionário público)

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 37, *caput* dispõe que

“A administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade”.

O inciso II consagra o princípio da profissionalização (*merit system*) por meio do acesso aos cargos, empregos e funções públicas (essas em sentido estrito) por concurso público de provas e títulos (efetivação do princípio da igualdade)²⁵.

E o art. 41 garante a estabilidade no emprego aos servidores de carreira nomeados em virtude de concurso público.

A estabilidade, entretanto, não é uma garantia absoluta, nem poderia sê-lo, em virtude do sistema normativo constitucional e infraconstitucional²⁶, sob pena de subversão e ani-

²³ Ibid. p. 172.

²⁴ FALLA, op. cit., p. 62.

²⁵ o legislador constituinte deixou margem para adoção do *spoils system*, o critério de afinidade política, quando no inciso V do art. 37 determinou que o acesso aos cargos em comissão e as funções de confiança (ambos com remuneração elevada na maioria dos casos) serão exercidos, preferencialmente, por servidores de carreira, o que não obriga efetivamente. O Projeto de Reforma poderia reservar um percentual desses cargos aos servidores de carreira.

²⁶ Lei nº 8.112/90 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, Autarquias e das Fundações Públicas Federais; Lei nº 8.027/90 ou

quilamento da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito.

O que ocorre no Brasil é uma cultura de não mais avaliar o servidor público após o estágio probatório, no qual tenha sido aprovado, como se essa avaliação determinasse *ad aeternum* a capacidade, aptidão e eficiência do servidor público avaliado.

Como verificamos no item anterior, o Direito Comparado rege a função pública sob a égide de Direito Público, que traz consigo elementos inerentes às relações jurídicas produzidas neste quadro normativo, ou seja, princípio da estrita legalidade, supremacia do interesse público e potestade da Administração Pública.

O regime de Direito Público, derogatório do Direito comum, traz a garantia necessária ao exercício neutro, imparcial e igualitário da função pública. Desse modo, a proposta de modificação do art. 39, no sentido de adotar regimes jurídicos diferenciados para os servidores da União, Estados e municípios, além de minar a garantia de um serviço público eficiente, levará a Administração ao caos de legislação díspares com direitos e deveres diferentes para servidores que executam a mesma função, como ocorria antes da Constituição de 1988.

A expressão *regimes jurídicos diferentes* significa que ao lado de um regime jurídico (ou conjunto de normas que regula um instituto) de Direito Público, pode haver uma gama de regimes jurídicos de direito privado para a função pública. Melhor seria se a proposta de reforma, a exemplo do que acontece em outros países (França, por exemplo), dispusesse acerca de estatutos diferenciados para determinadas funções (universidades, hospitais, militares, etc.).

A suspensão da isonomia, disposta no § 1º do art. 39 do texto constitucional vigente, atenta contra o princípio da igualdade, pois preserva situações de profunda desigualdade. Um exemplo foi a decisão do STF condenando a União a pagar aos servidores civis o mesmo aumento dado aos servidores militares, um flagrante atentado ao princípio da igualdade.

Já a estabilidade consagrada no art. 41 sofre duas modificações iniciais:

a) aumento do estágio probatório para 5 anos (*caput*);

“Código de Ética do Servidor Público”; Lei nº 8.026/90 que dispõe sobre a aplicação da pena de demissão a funcionário público.

b) desligamento do servidor por necessidade da Administração Pública, visando a redução, ou reestruturação de quadros, bem como a adequação destes aos limites fixados com base no art. 169²⁷, observados os critérios de desligamento estabelecidos em lei complementar.

O fato de termos salientado as modificações acima destacadas obedece à lógica do óbvio, ou seja, os incisos I, II, III já existem, seja na própria Constituição ou em lei ordinária:

1º – a perda do cargo por sentença judicial transitado em julgada (inciso I) está disposta no § 1º do art. 41 da CF/88, sendo que o processo administrativo disciplinar que lhe seja assegurada os princípios do contraditório (art. 5º LV) e da ampla defesa;

2º – a desídia e a improbidade (inciso II) são faltas graves, puníveis com demissão nos termos dos incisos IV e XIII do art. 132 do Regime Jurídico Único (Lei nº 8.112/90);

3º – a insuficiência de desempenho no exercício das funções é uma forma de desídia, pois, conforme já dissertamos (item I - infra), o grau de eficiência para com o desempenho do servidor público é maior do que para com a mesma junção numa relação de trabalho sob a égide do Direito Privado. Ademais trata-se de violação expressa dos incisos dos deveres do servidor dispostos no art. 116, especificamente nos incisos I e V.

Hodiernamente, tornou-se moda o discurso acerca da “flexibilização” da estabilidade do servidor público. A estabilidade positivada, ou seja, normativamente vigente é relativa, como demonstramos acima. Não nos parece que a questão de fundo acerca de uma maior eficiência, agilidade e transparência da função pública seja a tal “flexibilização,” e sim a aplicação das normas vigentes!

A questão reside no fato de que apesar do art. 116, inciso XII, dispor que é dever do servidor a representação contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder, o controle do desempenho do servidor público é praticamente nulo.

Não há uma *práxis pública* no sentido de exigir do servidor uma conduta adequada, legal, para sermos mais exatos. Isto se deve muito à omissão da Administração Pública, que não forma no seu servidor uma consciência da

²⁷ O art. 169 dispõe acerca da vedação da despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos na Lei Complementar nº 82/95.

magnitude e extensão do que seja função pública.

Outros países, ao contrário, investem no aperfeiçoamento do funcionário público (aqui em sentido amplo), notadamente a França, que possui a ENA (Escola Nacional de Administração), e a Espanha, que no art. 64 de sua Lei de Funcionários (no Cap. II – Seleção, Formação e Aperfeiçoamento), dispõe ser dever do funcionário assistir aos cursos de aperfeiçoamento.

No projeto de reforma não há um só artigo que disponha sobre formas mais efetivas de controle do cumprimento das normas referentes à matéria (leia-se aplicação da norma), bem como de programas obrigatórios de formação e aperfeiçoamento (inclusive vinculados ao estágio probatório).

A figura de um *ombudsman* administrativo, com conhecimento da matéria, como órgão independente, existente em cada unidade administrativa dos três poderes e das três esferas políticas (ou seja, em cada ministério, secretaria, universidade, escolas federais, hospitais, etc.), encarregado de apurar as denúncias recebidas quando da violação dos deveres e das vedações impostas ao funcionário público, encaminhando-as às autoridades hierarquicamente superiores ao funcionário denunciado, e claro, atento ao processo disciplinar e ao seu resultado²⁸, seria uma inovação importante para o controle.

Cumpre-nos perquirir acerca do motivo de a proposta de reforma alterar para cinco anos o prazo para aquisição da estabilidade. Como já assinalamos, a estabilidade é relativa, a avaliação do cumprimento das normas que dispõe sobre os deveres e vedações do servidor é dever da autoridade hierarquicamente superior, ou poderia ser de uma comissão específica, como acontece no Canadá (Comissão da Função Pública)²⁹. Parece-nos que dois anos são suficientes para a Administração Pública conhecer o servidor que pretende consolidar seu ingresso na função pública.

Ademais, em função dos princípios da imparcialidade e neutralidade, cinco anos é um período longo (maior que um mandato eletivo),

²⁸ A figura do ouvidor, *ombudsman* ou *mediateur*, é consolidada em vários países, tendo concorrido para a melhoria da Administração Pública. Cf. nosso estudo desenvolvido no livro *Direito Administrativo de participação, cidadania, direito, município*.

²⁹ *Loi sur l'emploi de la fonction publique – art. 3º*.

posto que o servidor exerce suas funções sem a garantia necessária para tal, o que o transforma em um alvo fácil do arbítrio em razão da ameaça de não se tornar estável.

Se a Administração Pública visa a uma maior mobilidade, no sentido até mesmo de exonerar o funcionário em razão da precariedade do vínculo de trabalho, deveria planejar melhor sua estratégia para recursos humanos, optando pela não-realização do concurso público mesmo porque trata-se de uma despesa significativa.

O desligamento do servidor público por necessidade da Administração Pública é inovação de monta introduzida no texto da proposta de reforma. O motivo legal que autoriza o desligamento (conforme o inciso IV no art. 41) é a redução e reestruturação de quadros, sendo assegurado ao servidor o direito à indenização (na forma e graduação previstas em lei ordinária). O cargo do servidor desligado será considerado extinto, sendo vedada a viação de novo cargo para as mesmas funções durante um período de quatro anos (§ 2º).

A exposição de motivos (E. E. Interministerial nº 49/95) que antecede a proposta de reforma administrativa (emenda à CF/88) elenca entre outros princípios a *viabilização do federalismo administrativo*³⁰ por meio da cooperação dos serviços públicos, envolvendo União, Estados e Municípios, no sentido de remover obstáculos legais à transferência de bens e de pessoal (grifo nosso).

As estatísticas referentes (Anexo I) à qualificação do servidor público, ao quantitativo de servidores por ministério e da proporção de número de habitantes por servidor público no Brasil demonstram que o servidor público brasileiro é, em geral, qualificado; e que a proporção de habitantes por servidor é alta se comparada à França. Considerando-se o número de servidores da Administração

Central, (2.200.000 distribuídos por órgãos do governo), subtraídos os servidores das coletividades locais (departamentos, regiões, municípios) e os hospitais; a França conta com um servidor para 26 pessoas.

A média nacional, num país de dimensões continentais e com carência de serviços públicos, como o de saúde por exemplo, é de 277 pessoas para um servidor. Desse modo não nos parece que a regra geral para a redução e reestruturação dos quadros funcionais seja o desligamento. Se a proposta é de um *federalismo administrativo*, por que não a inclusão na emenda da reforma administrativa da aplicação do instituto da transferência do servidor para qualquer poder da Federação (União, Estado e município)?

Há carência de servidores públicos em vários quadros, e a própria Administração Pública reconhece que no prazo de quatro anos, um dado cargo poderá ser considerado novamente necessário, podendo ser criado, o que implica novo concurso público.

A justificativa da despesa (ou déficit público) para a adoção do desligamento não se sustenta.

O país tem sido pródigo em escândalos financeiros de toda ordem, em remunerações astronômicas para certas categorias, como os membros do Legislativo; o que demonstra que a receita é grande. A questão de fundo é a grande facilidade de se desviar o dinheiro público, a necessidade de controles mais efetivos e a melhor administração da Receita Pública.

Em relação ao servidor em disponibilidade (§ 6º do art. 41 da Reforma Administrativa), a solução encontrada pelo Canadá foi a determinação legal de sua prioridade de nomeação para outro posto, desde que haja qualificação; isso seria uma forma de aproveitamento.

A melhoria do serviço público brasileiro depende não só de medidas motivadas pela contingência do momento nacional, mas também do planejamento dos recursos humanos, de modo que haja uma política de qualificação para o cargo, ao lado de outra para o aperfeiçoamento na função pública por meio do conhecimento dos seus fins e do seu exercício eficiente e transparente. Além disso, surge uma uniformização legal do procedimento administrativo, principalmente o disciplinar, para um controle mais efetivo e uma maior celeridade das decisões administrativas com respeito aos princípios da publicidade, moralidade e impessoalidade, ou seja, a consagração fática do binômio imparcialidade/neutralidade.

³⁰ A livre circulação de funcionários na União Européia é garantida pelo art. 2º da Lei de 21 de julho de 1991: "Les ressortissants des Etats membres de la communauté économique européenne autre que la France ont accès, dans les conditions prévues on statut général, aux corps, cadres d'emploi et emplois dont les attributions soit sont séparables de l'exercice de la souveraineté, soit ne comportent aucune prérogative de puissance de l'état ou des autres collectivités publiques (...)", bem como, o art. 49 da Lei de 16 de dezembro de 1996. "Les fonctionnaires d'un Etat faisant partie de la communauté européenne pourront désormais être détachés dans la fonction publique française".

5. Anexo I

Estatísticas da Função Pública
Brasil/França*

Mare-Siape

Ministère de la Fonction Publique

Alguns quadros são transcrições, outros foram feitos com base nos dados fornecidos pelos dois ministérios

Efetivos reais dos agentes titulares civis por ministério e por categoria 31/12/94

Ministérios	Categoria A	Categoria B	Categorias C e D	Total de titulares civis
Assuntos Estrangeiros	2490	1290	3791	7571
Assuntos Sociais	4795	6162	10896	21853
Agricultura e Pesca	11044	6163	10006	27213
Veteranos Combatentes	155	329	1925	2409
Cooperação	2916	141	436	3493
Cultura	2890	1764	5160	9814
Dom-Tom	324	273	1013	1610
Economia e Finanças	37121	53978	94218	185317
Educação Nacional	493107	287195	126014	906916
Ensino Superior	66701	9342	24734	100777
Transportes	13014	20357	63658	97029
Indústria	2002	1094	2779	5875
Interior	8255	25658	126217	160170
Juventude e Esportes	4211	612	1660	6483
Justiça	10724	12049	34002	56795
Serviços do Primeiro Ministro	328	177	736	1241
Total	660.717	7614	20352	31514

França

I

Setor Público	
Empresas Públicas	1.830.000
Organismos de Seguridade Social	220.000
Coletividades Locais e Hospitais	4.340.000
Total	6.390.000

II

Função Pública	
Estado	2.200.000 sendo 200.000 não titulares e 80.000 empregados do estado.
Coletividades Locais	1.300.000
Hospitais	840.000
Total	4.340.000

III

Repartição do pessoal titular civil do Estado por categoria		
Categoria A	660.000	41%
Categoria B	430.000	27%
Categoria C	510.000	32%

* Categoria A: Diploma de Ensino Superior(Especialização, Mestrado, Doutorado)

Categoria B: Bacharelado e Equivalente

Categoria C: Sem condições de se diplomar, ou 1º grau ou 2º grau

Fonte: Ministério da Função Pública – França

Quantitativo de Servidores Civis Ativos do Executivo
Posição de agosto/96

Estado	Quantidade	Participação % no total de servidores	Prop. nº de hab./ servidor
Rio Janeiro	118.153	21,92	112
Minas Gerais	44.758	8,30	370
São Paulo	43.129	8,00	769
Distrito Federal	42.129	7,83	41
Mato Grosso Sul	7.279	1,35	263
Sergipe	5.273	0,98	303
Acre	3.012	0,56	101
Tocantins	1.978	0,37	500
Total em todo Brasil	546.558	100,00	277

fonte: SIAPE – SRH/MARE

Inclui os servidores civis da administração direta, autarquias e fundações da União

Distribuição dos servidores públicos civis ativos
do executivo e do setor privado

Escolaridade	Privado(a)	Público(b)
Analfabeto	5,0%	0,9%
1º grau incompleto	43,1%	16,6%
1º grau completo	12,2%	10,8%
2º grau incompleto	6,8%	4,9%
2º grau completo	16,3%	26,8%
Superior incompleto	4,3%	5,2%
Superior completo	12,3%	34,8%
Total	100,0%	100,0%

(a) Seade-Dieese, para o ano de 1995

(b) SIAPE, posição de junho/95

Quantitativo de pessoal por cargo e Ministério*
Posição de agosto/96

	Superior		Intermediário		Auxiliar		Total	
	Servidores	%	Servidores	%	Servidores	%	Servidores	%
Previdência**	2.858	33	4.006	47	1.745	20	8.609	100
EMFA	175	21	655	78	10	1	840	100
Ex-Ministérios	1.158	37	1.913	61	67	2	3.138	100
AGU	9	47	10	53	0	0	19	100
Ex-Territórios	10.223	36	15.644	55	2.503	9	28.370	100
Adm. Ref. Estado	335	30	745	66	45	4	1.125	100
Aeronáutica	1.686	17	6.826	69	1.431	14	9.943	100
Agricultura	4.552	26	11.249	64	1.815	10	17.616	100
Ciências e tecnologia	2.387	48	2.480	50	90	2	4.957	100
Comunicações	169	13	1.100	86	11	1	1.280	100
Cultura	1.396	53	1.189	45	62	2	2.647	100
Educação	80.777	48	68.638	41	18.494	11	167.909	100
Esportes	30	28	75	70	2	2	107	100
Exército	1.529	11	10.050	74	1.972	15	13.551	100
Fazenda	9.274	33	17.830	64	676	2	27.780	100
Ind. e Com.	732	34	1.351	63	62	3	2.145	100
Justiça	1.838	8	20.415	90	511	2	22.764	100
Marinha	1.709	14	8.509	70	1.984	16	12.202	100
Meio-Ambiente	2.542	28	6.247	70	196	2	8.975	100
Minas e Energia	695	32	1.435	66	58	3	2.188	100
Planejamento	2.763	22	9.813	78	11	0	12.587	100
Previdência	11.840	24	37.409	76	211	0	49.460	100
Relações Exteriores	1.589	56	1.228	44	5	0	2.822	100
Saúde	38.285	29	91.305	70	1.294	1	130.884	100
Trabalho	4.083	49	4.218	50	56	1	8.357	100
Transporte	1.216	20	4.875	79	78	1	6.169	100
Total	183.850	34	329.215	60	33.389	6	546.454	100

Fonte: SIAEPE – MARE

* Cargos Ocupados

** Inclui a Vice-Presidência e a SAE

*** Cargos Vagos.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Versión Ernesto Garzon Caldes. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Tradução de: *Theorie Der Grundrecht*.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Almedina : Coimbra, 1995.
- CASCAJO, Castro y Garcia Alvarez. *Constituciones extranjeras contemporáneas*. 3. ed. Madrid, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1992.
- DUEGER, M. *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, 1982. v.1-2.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge : Belknap, 1995.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. 7. ed. Madrid : Civitas, 1995. v. 1 e 7.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid : Tecnos, 1994. v. 1-2.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness : Application discourses in morality Law*. Albany : State University of New York Press, 1993.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra Ed. 1996.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris : Presses Universitaires de France, 1996.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra : Almedina, 1991.
- CÓDIGO de Procedimento Administrativo. 2. ed. atual. Lisboa : Rei dos Livros, 1996.
- DERECHO Administrativo : normas básicas, legislación. Madrid : Grau XX, 1995.

Improbidade administrativa

FLÁVIO SÁTIRO FERNANDES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Probidade e moralidade. 3. Agentes da improbidade administrativa. 4. Classificação dos atos de improbidade administrativa. 5. Das sanções aplicáveis ao agente da improbidade. 6. Da declaração de bens. 7. Da prescrição. 8. Do procedimento administrativo e do processo judicial. 9. Conclusão.

1. Introdução

A palavra *improbidade* vem do latim, *improbitas, atis*, significando, em sentido próprio, *má qualidade (de uma coisa)*. Também em sentido próprio, *improbus, i*, que deu origem ao vernáculo *ímprobo*, significa *mau, de má qualidade*. Da mesma forma, *probus, i*, em português, *probo*, quer dizer *bom, de boa qualidade*. O sentido próprio dessas palavras, pois, não se reporta, necessariamente, ao caráter desonesto do procedimento incriminado, quando se faz referência a “administrador ímprobo”.

Administração ímproba quer significar, portanto, administração de má qualidade. Isso é importante para se alcançar o verdadeiro significado legal e jurídico da expressão, levando, por conseguinte, primeiramente, a uma distinção entre “probidade na administração” e “moralidade administrativa”.

2. Probidade e moralidade

Há quem confunda probidade com moralidade ou, correspondentemente, improbidade com imoralidade.

Luiz Alberto Ferracini, por exemplo, no livro *Improbidade Administrativa* (Julex, 1997. p. 16) preleciona:

Flávio Sátiro Fernandes é Professor da Universidade Federal da Paraíba e Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado.

Palestra proferida em 24 de julho de 1997, na abertura do I Ciclo de Palestras, realizado para assinalar a inauguração do Auditório “Conselheiro José Braz do Rego”, no Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

“Entende-se por ato de improbidade má qualidade, imoralidade, malícia. Juridicamente, lega-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter”.

De Plácido e Silva, em seu *Vocabulário Jurídico*, p. 431, trilhando o mesmo caminho, diz que:

“improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral.”

Autores existem, por outro lado, que, distinguindo nitidamente as duas noções, entendem ser a moralidade o gênero do qual a probidade seria uma espécie.

Tal é o entendimento de Marcelo Figueiredo, em seu livro *Probidade Administrativa* (São Paulo : Malheiros, 1995. p. 21), quando ensina:

“Entendemos que a probidade é espécie do gênero ‘moralidade administrativa’ a que alude, v. g., o art. 37, *caput* e seu § 4º da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa, verdadeiro norte à administração em todas as suas manifestações. Se correta estiver a análise, podemos associar, como o faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. Não estamos a afirmar que ambos os conceitos são idênticos. Ao contrário, a probidade é peculiar e específico aspecto da moralidade administrativa.”

De nossa parte, divergindo dos que assim pensam, entendemos: a) moralidade e probidade administrativas são noções bem claramente distintas, que se não podem confundir ante os textos legais que, a partir da Constituição Federal, a elas se referem; b) por esses mesmos textos, é forçoso reconhecer, como demonstraremos a seguir, que a probidade é que é o gênero, do qual a moralidade é espécie, haja vista a maior amplitude e o maior alcance emprestados à primeira, pela Constituição Federal e pela legislação ordinária.

De fato, examinando-se o que a Constituição de 5 de outubro de 1988 e a legislação infraconstitucional contêm a respeito dos princípios aqui aludidos, verifica-se que probidade e moralidade administrativas são

conceitos que se não podem confundir, e que a segunda dessas noções está contida na primeira.

Repassemos os dispositivos que mencionam, expressamente, os dois conceitos.

Ao tratar da administração pública, apontando-lhe os princípios fundamentais (art. 37, *caput*), a CF indica, entre estes, a moralidade, sem referência à probidade:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:”

Já no § 4º do mesmo artigo 37, a Carta Magna alude à improbidade administrativa, sem aludir à moralidade, ao determinar que:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Em outro dispositivo da CF (art. 5º, LXXIII) está dito que:

“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

Definindo os crimes de responsabilidade do Presidente da República, a Lei Maior (art. 85, V) considera como um deles o ato daquela autoridade que atentar contra a *probidade na administração*.

A Lei nº 8.429/92, por sua vez, complementando as disposições constitucionais, classifica os atos de improbidade administrativa em três tipos:

I) atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito;

II) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário;

III) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Os dispositivos constitucionais e legais acima apontados, a par de evidenciar a distinção que deve existir entre *probidade* e

moralidade, servem para fundamentar o nosso entendimento, acima manifestado, de que a probidade administrativa contém a noção de moralidade administrativa, ou seja, é conceito amplo, de modo a abarcar em si o conceito de moralidade administrativa.

Senão, vejamos:

No artigo 37, § 4º, da CF, está dito que *os atos de improbidade administrativa importarão a perda da função pública*. Perguntamos, então: será que os atos contra a moralidade administrativa não ensejam, também, a perda da função pública? Evidentemente, sim. Se a violação a tal princípio não está ali referido como determinante dessa sanção é porque, sem dúvida, ela está compreendida entre os atos de improbidade a que se reporta a disposição em referência.

O mesmo podemos indagar em relação ao artigo 85, V, da CF, que prevê como crime de responsabilidade o ato de atentar o Presidente da República contra a probidade na administração. Será que os atos contra a moralidade administrativa, na medida em que revelam a desonestidade, a corrupção, a má-fé, não configuram crime de responsabilidade daquela autoridade? Evidentemente, sim. Do mesmo modo que na situação anterior, se a violação à moralidade administrativa não está indicada, expressamente, como tipificadora do crime de responsabilidade, é porque tal conduta, com toda certeza, está embutida na compreensão do que seja improbidade administrativa.

A evidência maior, porém, de que a probidade administrativa abarca o princípio da moralidade está, sem dúvida, na maneira como a Lei nº 8.429/92 define os atos de improbidade administrativa. De acordo com o mencionado diploma legal, a improbidade na administração se verifica quando se praticam atos que ensejam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da administração, definidos no artigo 37, § 4º, da CF, entre os quais está incluída a moralidade, ao lado da legalidade, da impessoalidade e da publicidade, além de outros que, mesmo não apontados, explicitadamente, no citado dispositivo, mas distribuídos por todo o texto constitucional, também se aplicam à condução dos negócios públicos.

Caberia, aqui, deixar clara a distinção entre uma e outra.

O ato de imoralidade – segundo a lição dos doutos – afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, as normas de conduta

aceitas pelos administrados, o dever de lealdade, a dignidade humana e outros postulados éticos e morais.

A improbidade, por sua vez, significa a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam enriquecimento ilícito do agente ou prejuízo ao erário ou, ainda, violação aos princípios que orientam a pública administração.

Em suma, podemos dizer que todo ato contrário à moralidade administrativa é ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa.

3. Agentes da improbidade administrativa

A Lei nº 8.429/92 define quais as pessoas consideradas como passíveis de sanção pela prática de atos de improbidade. Tais são:

a) Qualquer agente público, servidor ou não, em relação a atos de improbidade praticados contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, reputando-se agente público, para os efeitos da lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação, ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades acima mencionadas.

b) Qualquer pessoa que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie por qualquer forma direta ou indireta.

Vale observar que estão também sujeitos às sanções da lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Como se vê, é amplíssimo o universo de pessoas cujo procedimento pode ser apontado como ímprobo, desde que, servidores ou terceiros, incidam nas situações apontadas pela

lei. Exemplificativamente, estariam sujeitos às cominações legais membros de colegiados que não são remunerados, dirigentes de entidades privadas, fornecedores, enfim todos os que concorram para a prática dos atos previstos na lei.

Bastante largo é, também, o número de entidades cujo patrimônio se acha protegido pelas disposições legais em referência. Para se ter uma idéia da amplitude do alcance da lei, basta observar que empresas que gozam de incentivos fiscais, a exemplo das empresas favorecidas por intermédio da SUDENE, da SUDAM e de outros organismos nacionais ou estaduais, como o Fain, encontram-se protegidas pela legislação ora comentada, em relação à conduta irregular de seus administradores, dolosa ou culposa, em que pese sua condição de empresas privadas.

Finalmente, é de se atentar para a circunstância relevante de que a obrigação de ressarcir o dano, integralmente, dar-se-á sempre, seja este causado por ação ou omissão, dolosa ou culposa, pouco importa.

4. Classificação dos atos de improbidade administrativa

Como foi dito antes, a Lei nº 8.429/92 conhece três tipos de atos ímprobos na administração, a saber:

I) atos que importam em enriquecimento ilícito;

II) atos que causam prejuízo ao erário; e

III) atos que atentam contra os princípios da administração pública.

A primeira classe de atos de improbidade administrativa compreende os seguintes:

“a) auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função ou emprego, ou atividades nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

b) receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

c) perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a

aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

d) utilizar, em obra ou serviço particular, veículo, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

e) receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer atividade ilícita, ou aceitar promessas de tal vantagem;

f) receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

g) adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

h) aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

i) perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

j) receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

l) incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

m) usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.”

A segunda classe de atos de improbidade, na conformidade da disposição legal, é a dos que causam prejuízo ao erário, compreendendo as seguintes práticas:

“a) facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

b) permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;

c) doar à pessoa física ou jurídica, bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

d) permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bens integrantes do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviços por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

e) permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

f) realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantias insuficientes ou inidôneas;

g) conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

h) frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

i) ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

j) agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

l) liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

m) permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilícitamente; e

n) permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.”

Finalmente, a terceira classe dos atos de improbidade administrativa contempla os atos que atentam contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente os seguintes:

“a) praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

b) retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

c) revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deve permanecer em segredo;

d) negar publicidade aos atos oficiais;

e) frustrar a licitude de concurso público;

f) deixar de prestar contas quando obrigado a fazê-lo; e

g) revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço da mercadoria, bem ou serviço.”

5. Das sanções aplicáveis ao agente da improbidade

A Lei nº 8.429/92 não se preocupa em definir crimes. Os atos tipificados nos arts. 9º, 10 e 11 não constituem crimes no âmbito da referida lei. Muitas das condutas ali descritas são de natureza criminal, assim definidas, porém, em outras leis, a exemplo do Código Penal, do Decreto-Lei nº 201, da Lei nº 8.666/93 etc.

Não sendo crimes, tem, contudo, uma sanção de natureza política ou civil, cominada na lei sob comentário, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Assim, os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito estão sujeitos às seguintes cominações:

- a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- b) ressarcimento integral do dano, quando houver;
- c) perda da função pública;
- d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos;
- e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; e
- f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.”

Na hipótese da prática de atos de improbidade que causem prejuízo ao erário, as sanções aplicáveis são:

- a) ressarcimento integral do dano, se houver;
- b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância;
- c) perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos;
- d) pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; e
- e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.”

Finalmente, a prática de atos de improbidade, que atentam contra a moralidade e demais princípios da administração, acarreta como sanção:

- a) ressarcimento integral do dano;
- b) perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos;
- c) pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; e
- d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou

indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.”

6. Da declaração de bens

Para possibilitar uma fiscalização efetiva e um acompanhamento eficaz da evolução patrimonial dos agentes públicos, a Lei nº 8.429/92 prevê a obrigação para todo agente público de apresentar declaração de bens e valores que compõem seu patrimônio particular, quando de sua posse em qualquer cargo público. Tal declaração deverá ser atualizada anualmente, bem como no momento em que o agente deixar o exercício de mandato, cargo, emprego ou função.

A legislação específica, Lei nº 8.730/93, estipula que as declarações em referência sejam entregues também aos Tribunais de Contas, aos quais caberá averiguar a respeito das situações e mutações patrimoniais ocorrentes, em relação ao patrimônio dos agentes públicos.

7. Da prescrição

Cumpre-nos referir ao prazo para ajuizamento das ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na Lei nº 8.429/92. Segundo essa, as mencionadas ações podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício de mandato, cargo em comissão ou função de confiança.

Nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego, devem as ações ser propostas dentro do prazo prescricional previsto na lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

8. Do procedimento administrativo e do processo judicial

Questão da maior relevância é a que diz respeito ao procedimento administrativo e ao processo judicial que devem ser seguidos visando à apuração de atos de improbidade e à aplicação das sanções de que são merecedores os respectivos agentes.

A lei prevê um procedimento administrativo, que servirá de base para o processo judicial, visando à aplicação das sanções, notadamente a perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, de competência privativa do Poder Judiciário.

Confere a Lei nº 8.429/92 a qualquer pessoa a capacidade para representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. A comissão que for designada para apurar a prática de improbidade dará conhecimento de sua instauração ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, os quais poderão designar representantes para acompanharem o procedimento administrativo em referência.

Nessa fase, poderá ser solicitada pela comissão, ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão que seja requerida ao juízo competente, o seqüestro dos bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao erário.

E aqui cabe-nos tocar em ponto da maior importância relativamente às atribuições dos Tribunais de Contas.

Como ficou assinalado, a lei prevê um procedimento administrativo, conferindo poder a qualquer pessoa para representar à autoridade administrativa competente, para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. Entendemos que os processos de prestação de contas dos diferentes agentes públicos, cujo julgamento cabe ao Tribunal de Contas, valem como os procedimentos administrativos a que se reporta a Lei nº 8.429/92. Em tais processos, dada a amplitude de suas atribuições, e graças ao trabalho de suas equipes técnicas, os Tribunais de Contas verificam a legalidade das despesas; constata a ocorrência de prejuízos aos erários sob sua proteção; atestam a prática de violação à moralidade administrativa, exercitada por diferentes meios; certificam o desvio de recursos, em favor dos agentes ou de terceiros; demonstram a realização de aquisições ou alienações viciosas de bens; comprovam o favorecimento de terceiros em detrimento do patrimônio público; evidenciam a omissão ou negligência do agente público; testemunham infrações aos princípios da legalidade, da legitimidade, da economicidade; enfim, procedem a toda uma investigação que, ao final, revela-se capaz de autenticar a probidade ou improbidade do agente público; inclusive mediante análise da evolução de seu patrimônio conforme atribuição dada aos mencionados Tribunais pela Lei nº 8.730/93. Além disso as investigações feitas no âmbito dos Tribunais de Contas têm o acompanhamento diuturno do Ministério Público que, por imperativo

constitucional (arts. 73, § 2º, I e 130) atua junto àquelas Cortes, exigência também feita pela Lei nº 8.429/92. E mais: os agentes públicos, cujos procedimentos são fiscalizados e cujas contas são julgadas pelos Tribunais, têm assegurado em seu favor o contraditório e o exercício da mais ampla defesa, podendo defender-se pessoalmente ou através de procurador ou advogado, legalmente habilitado, e, em um outro caso, requerer diligências, vistorias, inspeções, tudo de modo a tornar efetiva a garantia constitucional prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal:

“LV – 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;”

Ora, diante de investigação tão completa, quer do ponto de vista formal, quer do ponto de vista material, parece-nos que outro procedimento administrativo para apuração de improbidade administrativa não teria cabimento ou sentido nenhum, representando, tão-somente, uma duplicidade de esforços e de gastos financeiros.

Se isso ocorre em relação aos agentes públicos comuns, com muito mais razão é de se compreender com referência aos chefes de Poderes, quer estaduais, quer municipais.

O artigo 14 da Lei nº 8.429/92 faculta a qualquer pessoa representar à autoridade administrativa competente, para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de improbidade. Ora, tomemos o exemplo do Prefeito-chefe do executivo municipal. Se a representação a que se reporta o mencionado dispositivo legal há de ser feita à autoridade administrativa competente para que seja instaurada a investigação, perguntamos: a que autoridade municipal seria encaminhado o pedido, já que o Prefeito é, sem dúvida, a maior autoridade local, no âmbito executivo?

Aqui, socorre-nos a lição de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, para quem:

“A probidade é uma obrigação elementar, a que todos, especialmente os que recebem, administram e aplicam dinheiro público, estão jungidos. O Presidente da República, evidentemente, não escapa a essa obrigação. Desse modo tem de zelar para que toda a administração pública se atenha estritamente às normas de probidade, sobretudo financeira.

A prestação de contas é um dos aspectos principais por que se manifesta a probidade administrativa” (*Comentários*, Saraiva, v. 2).

A prestação de contas – já tive ocasião de dizer – é instrumento de transparência da administração e é por meio dela que, na lição do renomado mestre, se revela a sua probidade ou a sua improbidade. Os Tribunais de Contas, no exame de contas tomadas por sua iniciativa ou prestadas pelos administradores municipais, pondo em movimentação todo o procedimento técnico-administrativo a que acima aludimos, têm condições de, à luz dos elementos contidos na Prestação de Contas ou por eles colhidos *in loco*, atestar o modo como se comportou o prefeito, ou qualquer outra autoridade à frente dos negócios públicos. As suas investigações são, portanto, capazes de fazê-lo firmar juízo de valor sobre a conduta proba ou ímproba do

agente público, competência reforçada com a disposição constitucional que confere às suas decisões, no caso de imputação de débito ou aplicação de multa, a eficácia de título executivo.

9. Conclusão

Em conclusão do que vimos a respeito da Lei nº 8.429/92, força é convir que esse diploma legal representa valioso instrumento para assegurar-se a probidade administrativa por parte de todos a quantos se acha entregue a condução dos negócios públicos nos entes a que se refere a mencionada lei, garantindo-se, assim, a incolumidade do patrimônio público e o respeito aos princípios da sã administração, mediante o ressarcimento ao erário, a punição dos culpados e sua retirada temporária dos quadros político-administrativos.

Apropriação indébita tributária?

RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA

A legislação penal extravagante dos últimos anos tem reprimido com rigor não apenas a sonegação fiscal, aquela que comumente está associada a ato fraudulento, mas também a falta de recolhimento de tributos ou contribuições, sempre que ocorrente o fenômeno da repercussão, o que tem causado profundas divergências entre os hermeneutas e até mesmo perplexidade. Com efeito, sobre o assunto existe certo preconceito, aliás enraizado em nossa cultura, de que os delitos praticados por pessoas bem situadas não são puníveis, ainda mais quando a lesão atinge o patrimônio público (Ari Pargendler, *Apelação Criminal nº 94.04.45149-5/ RS, RTRF-4. Região, n. 20, p. 202*).

A propósito das contribuições previdenciárias, a matéria vinha regulada pelo Decreto-Lei nº 65/37, art. 5º, o qual já equiparava ao crime de apropriação indébita a falta de recolhimento no prazo devido. A Lei nº 3.807/60 dispôs, no art. 86, que

“Será punida com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de quaisquer outras importâncias devidas às instituições de previdência e arrecadadas dos segurados ou do público.

Parágrafo único – Para os fins deste artigo, consideram-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores das empresas incluídas no regime desta lei”.

Regulamentada pelo Decreto nº 72.771/73, art. 430, dispôs que:

“Constitui crime, nos termos dos arts. 86 e 155 da Lei nº 3.807/60:

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva é Juiz Federal no Rio de Janeiro, Professor Assistente da Universidade Federal Fluminense, Mestre em Direito e Doutorando em Direito.

II – de apropriação indébita nos termos da legislação penal:

a) deixar de recolher, na época própria, as contribuições e outras quaisquer importâncias arrecadadas dos segurados ou do público e devidos à Previdência Social”.

Posteriormente, a CLPS (Decreto nº 89.312/84), art. 146, prescreveu que:

“A falta de recolhimento, na época própria, de contribuição ou outra importância devida à Previdência Social e arrecadada dos segurados ou do público, é punida com a pena do crime de apropriação indébita, considerando-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual e os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores de empresa abrangida pela previdência social urbana”.

A Lei nº 8.137/90, art. 2º, II, dispõe que:

“Constitui crime da mesma natureza:

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

Inicialmente aplicável a toda espécie de tributo ou contribuição indireta, inclusive ao IPI e ICMS, veio ela a ser parcialmente revogada pela Lei nº 8.212/91, art. 95, *d, verbis*:

“Constitui crime:

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à seguridade social e arrecadada dos segurados ou do público”.

No tocante ao recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), a tipificação penal, antes do advento da Lei nº 8.137/90, decorria do Decreto-Lei nº 326/67, art. 2º, que encontrava-se assim redigido:

“A utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do CP, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa de primeira instância”.

O delito de apropriação indébita consiste na *apropriação de coisa alheia móvel, de quem tem a posse e detenção* (Código Penal, art. 168). O preceito legal destina-se exclusiva-

mente a bens móveis infungíveis, isto porque, na realidade, qualquer negócio jurídico que transfira, provisoriamente, a posse de bens fungíveis não obriga a devolução do mesmo bem, mas sim de outro equivalente em espécie, qualidade e quantidade, tal como nos contratos de mútuo (Código Civil, art. 1.280 c/c arts. 1.256/1.264), de modo que a transferência de bens fungíveis implica sempre transferência de propriedade (direito real) e obrigação (direito pessoal) de restituir o equivalente. É impossível que seja diferente e, ainda que o legislador diga o contrário (Lei nº 8.866/94, art. 8º), nunca poderá ser abstraída do depositário, em depósito irregular relativo a bens fungíveis, a possibilidade de deles dispor como se fosse proprietário, ainda que de forma limitada (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1963. v. 42, p. 368-369, 372-373, 383). Daí resulta que a retenção de valores devidos ao Fisco (Lei nº 8.137/91, art. 2º, II, e Lei nº 8.212/91, art. 95, *d*) consiste apenas no inadimplemento de obrigação tributária, ainda que o contribuinte seja legalmente considerado depositário (Lei nº 8.866/94, art. 1º), já que a propriedade do dinheiro (bem eminentemente fungível) permanece no seu patrimônio até que haja o efetivo pagamento. Nesse ponto vale registrar a doutrina de Pontes de Miranda, que admite a restituição do bem, sob pena de prisão, mesmo para os depósitos irregulares (Op. cit. p. 363), e a de Sílvio Rodrigues, que é contra (*Direito Civil*, 21. ed. São Paulo : Saraiva, 1993. v. 3, p. 291). Em suma, não há como se falar em apropriação indébita de bens que pertençam ao próprio agente.

No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado preleciona que:

“O não-pagamento de IPI, ou do Imposto de Renda Retido na Fonte ou de contribuições de seguridade social descontadas de empregados, não corresponde à apropriação indébita, definida no art. 168 do Código Penal. O contribuinte não se apropria, porque o dinheiro lhe pertence, e não ao Fisco, que é simplesmente credor” (*Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 125).

Ainda em prol dessa tese, de que a falta de recolhimento de tributo não é crime de apropriação indébita, vale registrar a doutrina de Carlos Alberto da Costa Dias, da qual destaco a seguinte conclusão:

“Os crimes de falta de recolhimento de contribuições sociais ou de falta de repasse de imposto sobre produtos industrializados, inicialmente previstos como formas de apropriação indébita por semelhança, são figuras típicas distintas do crime de apropriação. Nesses crimes não há que se falar de relação de depósito em sentido estrito jurídico, em virtude de que não existe desconto, propriamente dito, de qualquer importância. Por definição legal, no entanto, constituem depósito o não-recolhimento de contribuições devidas por parte de empregados e IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados). Esse conceito legal não condiz, todavia, em nosso entendimento, com a realidade econômica e jurídica do conceito da relação de depósito, uma vez que a entrega do dinheiro (pagamento pelo contribuinte de fato) não é simultânea e necessariamente dependente da constituição do crédito tributário, no caso do IPI, e porque o desconto previdenciário, por seu turno, se soma ao custo da mão-de-obra, já que o salário em si não é geração de riqueza, mas custo da empresa sujeito às regras de mercado” (Apropriação indébita em matéria tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 111).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema é antiga e está no Recurso Extraordinário nº 75.278 (*DJU*, 8 mar. 1974), que contém a seguinte ementa:

“Falta de recolhimento de contribuições descontadas e devidas à previdência social – Inocorrência do crime de apropriação indébita – Inaplicabilidade do art. 86 da Lei 3.807/60”.

Da mesma maneira, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Recurso Criminal nº 95.04.22078-9/SC, de que foi relatora a Juíza Tânia Escobar, deixou assentado que

“o delito capitulado no art. 95, letra *d* da Lei 8.212/91, não é o de apropriação indébita, prevista no art. 168 do Código Penal” (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 13, p. 371).

Dir-se-á que o então Tribunal Federal de Recursos rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º, *caput*, do Decreto-Lei nº 326/67, sob o fundamento de que

“o *caput* da referida regra não criou novo tipo penal, limitando-se a proibir que o

contribuinte empregue o produto do imposto em fim outro que não seja o recolhimento aos cofres da União e cujo descumprimento reúne em si os elementos do crime definido no art. 168 do estatuto” (Rec. Crim. nº 544/SC. Relator Ministro Torreão Braz. *RTFR*, n. 82, p. 1).

Dir-se-á, ainda, que, de igual sorte, o Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*, assim decidiu:

“Constitucionalidade do art. 2º, *caput*, do Decreto-Lei nº 326/67, porquanto, na realidade, não criou ele nova modalidade de apropriação indébita, mas apenas estabeleceu – o que se situa dentro do âmbito do direito tributário – a posição jurídica do responsável pelo pagamento do tributo em face da coisa fungível (produto da cobrança do imposto), vedando-lhe a utilização dela para outro fim que não o seu recolhimento aos cofres públicos na época própria, que é requisito objetivo para que, com relação à coisa fungível, possa ocorrer o crime de apropriação indébita, aos precisos termos do *caput* do art. 168 do Código Penal, e não em decorrência de modalidade nova desse delito” (*Habeas Corpus* nº 55.191. Relator Ministro Moreira Alves. *RTJ*, nº 86, p. 408).

De fato. Contudo, em nada abala os fundamentos deste estudo e tampouco colide com o anterior posicionamento do STF, no citado RE. nº 75.278 (*DJU*, 8 mar. 1974). É que ambos os pronunciamentos (Rec. Crim. nº 544/TFR e HC. nº 55191/STF) tiveram por base a conduta “utilização do produto da cobrança do imposto... em fim diverso do recolhimento do tributo”, que, como muito bem lembrado pelo E. Ministro Antônio Neder (*RTJ*, n. 86, p. 422), visava justamente evitar a configuração do mútuo, porque no direito brasileiro o empréstimo da coisa fungível, segundo o nosso Código Civil, transforma-se em contrato de mútuo e o mutuário tem o direito de usar a coisa *ut dominus*, como se fosse proprietário. Dele se extrai ainda remissão a acórdão relatado por Nelson Hungria, no qual se diz que a

“proibição é para utilização para fim diverso, porque ao dinheiro, coisa fungível entregue a alguém para determinado fim, não lhe pode esse alguém emprestar destino outro, qualquer que

seja, porque essa entrega não lhe foi feita *ut dominus*”.

A legislação em voga, entretanto, contém o verbo *deixar de recolher*, o que é bem diferente.

Trata-se, pois, de crime omissivo próprio e de mera conduta. A sua consumação depende apenas do *não-recolhimento*. Não há descrição no tipo penal de qualquer resultado (BALERA, Wagner. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 157). O dolo é a potencial consciência de *não recolher* o valor do tributo (AC. nº 95.01.14422-4/BA. Juiz Tourinho Neto. *RTRF-1. Região*, n. 8, p. 264), pouco importando, nesse ponto, a motivação da conduta (pagamento de fornecedores ou proveito próprio) ou o contexto (estado de insolvência), que são circunstâncias judiciais, ou ainda o arrependimento posterior (parcelamento do débito), que é atenuante da pena. O pagamento do tributo também não afasta o dolo, sendo hoje causa de extinção da punibilidade, se anterior a denúncia (Lei nº 9.249/96, art. 34).

O tipo penal em questão inadmite a forma culposa, e tampouco a responsabilidade penal objetiva, de modo que é indispensável que o responsável legal pela gestão da empresa (individual ou coletiva) tenha ao menos conhecimento do ilícito, possibilidade e dever de evitar o resultado, o que deve ser apurado em regular processo judicial (Lei nº 8.137/90, art. 11, *caput*, c/c Código Penal, art. 13, *caput* e § 2º).

Quanto ao parcelamento do débito, não me causa mais qualquer perplexidade o de não reconhecê-lo como causa de exclusão do dolo. Muito menos a alegação de que seria incoerente permitir o benefício do parcelamento e ao mesmo tempo obrigar a confissão do crime. É que o fato praticado pelo agente, de não pagar tributos indiretos, produz seqüelas jurídicas tanto na esfera civil quanto na criminal. São seqüências autônomas e distintas. A seqüela criminal deve ser apurada e reprimida na forma da legislação penal, que não tem o condão de afastar os efeitos civis do fato, persistindo o débito, que será cobrado consoante a legislação civil, estando sujeito inclusive ao parcelamento (Lei nº 8.620/93). Na atual sistemática penal, o parcelamento implica apenas arrependimento eficaz ou posterior.

A regularidade da escrita também não é causa de exclusão do dolo. O reconhecimento do débito pelo contribuinte não afasta a sua

intenção de *deixar de recolher* a exação. Exigir para a caracterização do delito que haja omissão ou irregularidades na escrita é o mesmo que admitir a prática concomitante de dois delitos: o de deixar de recolher tributos e o de sonegação mediante fraude, que em última análise absorveria o primeiro. Dessa maneira decidiu a 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no *Habeas Corpus* nº 95.04.12125-0/SC (*RTRF-4. Região*, n. 21, p. 389), de que foi relatora a Juíza Tânia Escobar:

“É irrelevante, para fins penais, o procedimento contábil da empresa, por não tratar de sonegação fiscal. A inexistência de fraude na contabilização não implica, necessariamente, a ausência de falta de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados”.

A superveniência da Lei nº 8.866/94, que dispõe sobre a prisão do depositário infiel de valores pertencentes à Fazenda Pública, não teve o condão de revogar o tipo penal. Ao contrário, criou mais uma consequência para o inadimplemento do contribuinte, só que na esfera cível. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, na ADIN. nº 1.055-7, cautelarmente, suspendeu a vigência dos §§ 2º e 3º do art. 4º daquele diploma legal (HC. nº 95.04.16164-2/SC. Juiz Vilson Darós. *RTRF - 4. Região*, n. 21, p. 408).

A culpabilidade, adequação do fato à norma jurídica, inexistente por inexigibilidade de conduta diversa, se o contribuinte deixa de recolher a exação para, em comprovada situação de insolvência, pagar salários dos trabalhadores, isto porque o próprio Código Tributário Nacional e a Lei Falimentar dispõem que os créditos tributários preferem aos trabalhistas (DIAS, op. cit.). Contudo, o pagamento de fornecedores, *v.g.*, mesmo em situação de insolvência, não afasta a culpabilidade, podendo, quando muito, ser levado em consideração por ocasião da fixação da pena base (Código Penal, art. 59).

A propósito, o então Juiz Fernando Gonçalves, na Apelação Penal nº 94.01.21134-5, lembra que

“quem deixa de recolher contribuições previdenciárias descontadas dos salários de seus empregados está aproveitando recursos públicos para finalidades particulares; não lhe servem de escusa dificuldades financeiras, que são remediadas por empréstimos sempre onerosos, nunca pelo expediente fácil de

transformar recursos públicos em recursos privados” (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 309). No mesmo sentido, os Juízes Ari Pargendler (AC. nº 94.04.4519-5/RS, *RTRF* – 4. Região, n. 20, p. 200) e Chalu Barbosa (AC. nº 96.02.09958-5/RJ, *DJU*, 3 dez. 1996).

No tocante à pena privativa de liberdade imposta pela atual legislação (Lei nº 8.137/90, art. 2º, II, e Lei nº 8.212/91, art. 95, *d*), vale lembrar que a Constituição Federal, art. 5º, LXVII, dispõe que:

“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Dívida é toda obrigação que consiste numa prestação de dar, fazer ou não fazer. A obrigação tem origem contratual ou legal, e o seu descumprimento enseja, regularmente, sanções civis e administrativas. Ao contrário, a norma penal reprime, regularmente, fatos que ensejam dívidas. Tenha-se como exemplo a emissão de cheque sem fundos, que enseja a obrigação de pagar o valor representado pelo título, o que, contudo, uma vez não feito, não consiste em delito penal autônomo. A norma penal reprime o ato que enseja a dívida, mas dificilmente o ato que deixa de pagá-la ou reparar o ilícito.

A obrigação tributária tem causa no seu fato gerador, sendo que a falta de recolhimento de tributos é o mesmo que deixar de pagar uma dívida, frise-se, já existente. A Constituição Federal, ao vedar a prisão por dívida, deseja que inexista sanção de prisão pela falta de pagamento de dívida, oriunda de negócio jurídico ou dever legal. Em última análise, deseja a Carta Magna que a norma infraconstitucional não contenha instrumentos de coação, com limitação ao direito de liberdade, para o pagamento de dívidas. Porém, de nada adiantaria tal proibição, se fosse permitido ao legislador penal aplicar a pena de prisão em situação fática idêntica, de modo que a mencionada vedação deve valer tanto para a prisão civil quanto penal.

Daí resulta a inconstitucionalidade parcial da legislação penal, que pune com pena de detenção a falta de recolhimento de tributos ou contribuição previdenciária, o que, contudo, não impede a aplicação da pena de multa ou de prestação de serviços. Portanto, a falta de recolhimento de tributos indiretos à Fazenda Pública é fato típico, anti-jurídico e culpável, salvo se, no caso de insolvência, for destinado

ao pagamento de salários. A sua sanção seria apenas por meio de pena de multa ou de prestação de serviços, ante a proibição constitucional de prisão por dívida.

Não obstante, a Lei nº 8.866/94, art. 1º, *caput*, dispõe ser

“depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos arts. 1.282, I, e 1.283 do CC, a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à seguridade social”.

Mais contundente é o seu art. 8º, que prescreve ser inaplicável à hipótese o art. 1.280 do Código Civil, com o nítido propósito de infungibilizar o *dinheiro* com o qual seria pago o tributo e, portanto, tornar o depósito em *regular*, justificando a prisão civil do depositário infiel. Ainda assim, entendo que o legislador ordinário não pode, indiscriminadamente, fixar o conceito de depositário infiel de modo a ampliar as hipóteses de prisão civil (ou penal por dívida), já que esta é uma exceção constitucional. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADIn nº 1.055/7 e em sede de liminar, manteve a expressão *depositário infiel* contido no *caput* do art. 1º daquela lei. (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 11, p. 105).

Dessa maneira, por ora, deve prevalecer o entendimento do Excelso Pretório, de que o fato tipificado como “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”, embora diverso do crime de apropriação indébita (RE. nº 75.278), portanto de natureza omissiva própria e de mera conduta, é perfeitamente compatível com a proibição constitucional de prisão por dívida, já que o agente/contribuente é considerado depositário infiel (Lei nº 8.866/94, art. 1º *caput*, e ADIn. nº 1.055/7).

Bibliografia

- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- BALERA, Wagner. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá : Temis, 1988. v. 1.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na*

- Constituição*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- DIAS, Carlos Alberto da Costa. Apropriação indébita em matéria tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, 1995.
- FALCÃO, Alcino Pinto. Da labilidade das normas tributárias. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 69, 1973.
- FANUCCHI, Fábio. A tributação penal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 6, n. 25, p. 105-119, jul./set. 1973.
- FARIA JÚNIOR, César de. Crime previdenciário, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 113-117, jul./set. 1995.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan. Derecho Penal Tributario. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 10, n. 36, p. 7-34, abr./jun. 1986.
- FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990.
- GIARDINO, Cléber. A propósito da teoria da tributação penal. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 145-149, out./dez. 1978.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. v. 1, t. 2.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 10. ed. São Paulo : Saraiva, 1985. v. 1.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 1989. v. 1.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1963. v. 42.
- MONTEIRO, Samuel. *Crimes fiscais e abuso de autoridade*. 2. ed. São Paulo : Hemus, 1994.
- PEREIRA, Cáo Maio da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1984. v. 3.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de sonegação fiscal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 76, n. 617, p. 259-266, mar. 1987.
- RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*. 21. ed. São Paulo : Saraiva, 1993. v. 3.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- VILLEGAS, Hector B. Infracciones y sanciones en el Derecho Penal Tributario brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 7, n. 31, p. 209-218, set./out. 1974.
- Cadernos de Direito Tributário. São Paulo : Revista dos Tribunais.
- Diário da Justiça da União, parte 2. Brasília : Imprensa Nacional.
- REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo : Revista dos Tribunais.
- REVISTA DE DIREITO TRIBUTÁRIO. São Paulo : Revista dos Tribunais.
- REVISTA DE DIREITO PÚBLICO. São Paulo : Revista dos Tribunais.
- REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília : STJ.
- REVISTA DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. Brasília : TFR.
- REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Brasília : TRF – 1. Região.
- REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Porto Alegre : TRF – 4. Região.
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo : Revista dos Tribunais.
- REVISTA FORENSE. Rio de Janeiro : Forense.
- REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília : Supremo Tribunal Federal.

Eleições diretas e indiretas no Brasil

PALHARES MOREIRA REIS

SUMÁRIO

1. *As eleições diretas e indiretas no Brasil.* 2. *As eleições para as Câmaras Municipais.* 3. *As eleições para Intendente ou Prefeito.* 4. *As eleições para os “Grandes Eleitores”.* 5. *As eleições para os Conselhos e Assembléias Provinciais e Estaduais.* 6. *As eleições para Governador e Vice-Governador de Estado.* 7. *As eleições para deputados federais.* 8. *As eleições para o Senado Federal.* 9. *A eleição do Chefe do Executivo Nacional.*

1. As eleições diretas e indiretas no Brasil

As eleições no Brasil, para as Câmaras ou Senados dos Municípios¹, começaram a acontecer ainda nos tempos coloniais instituindo o governo local dentro de um sistema herdado das práticas portuguesas.

Mesmo durante a ocupação holandesa, tivemos escolhas eleitorais, não só no governo local, como na Assembléia regional, convocada pelo Príncipe Maurício de Nassau².

¹ “O município era, e ainda é, a extensão territorial em que a Câmara, ou Senado, como também se denominava o conjunto de indivíduos eleitos pelo povo, exercia a administração”. GARCIA, Rodolfo. *Ensaio sobre a história política e administrativa do Brasil : 1500-1810*. Rio de Janeiro : J. Olímpio, 1956. p. 91 obra póstuma.

² Quando os holandeses ocuparam a área que hoje corresponde quase inteiramente ao Nordeste do Brasil, determinaram que ali se aplicasse a legislação holandesa. “A essa nova organização ficavam sujeitos não só os holandeses, como também os portugueses vindos da Europa e os naturais do Brasil. Chegou-se até a admiti-los nas administrações públicas como representantes do povo; tanto é verdade que não foram poucos os portugueses e naturais que tomaram parte na Assembléia de 27 de agosto de 1640, composta de todas as Câmaras e Tribunais de Justiça, que fora convocada na cidade Maurícia para serem tratados assuntos necessários ao bem público e à direção do Brasil holandês”. TRÍPOLI, César. *História do Direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1936. v. 1, p. 114. Época Colonial.

Palhares Moreira Reis é Professor Adjunto de Direito Constitucional do Centro de Ciências Jurídicas (Faculdade de Direito do Recife) e Professor Adjunto aposentado de Ciência Política do Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Pernambuco. Professor Visitante da Universidade Moderna de Portugal.

“O certo é que o primeiro gosto de governo democrático e largamente representativo, experimentaram-no os brasileiros durante o domínio holandês e sob a administração de um príncipe alemão da Casa de Nassau, João Maurício”³. Entenda-se, nesse caso, não o governo local, mas o de cunho regional, posto que *largamente representativo*.

Quando o Brasil ascendeu à categoria de Estado, dentro do Reino Unido, teve o ensejo de ver seus cidadãos convocados para participar de uma Corte Constituinte em Portugal, com escolha pela eleição indireta.

A partir de sua independência política, com variações em termos de época, de oportunidade, de regime político adotado e de nível de sinceridade política, as eleições brasileiras para cargos executivos se revestiram, alternativa ou simultaneamente, da forma direta e da forma indireta. Em vários casos, também a composição das Câmaras era oriunda de um processo misto, de eleições diretas e indiretas.

Houve, igualmente, uma época sem eleição, de nenhuma natureza, na História do Brasil: o período do Estado Novo, de 1937 a 1945, durante a ditadura de Getúlio Vargas.

Alguns cargos tiveram grande variação nos procedimentos eleitorais para a escolha dos seus ocupantes. Outros, porém, sempre obedeceram a critérios que se perpetuaram na vida política brasileira.

Direta ou indireta a eleição, em clima de democracia, ou, incipientemente, de abertura política, seu resultado, na maior parte das vezes, aproximava-se da representação da vontade do eleitor. No entanto, a quantidade enorme de mecanismos adotados para deformar, legal ou ilegalmente, o resultado eleitoral, em muitas e repetidas hipóteses, fizeram com que houvesse discrepância entre a vontade política do povo brasileiro e a expressão eleitoral decorrente do processo adotado.

O presente estudo pretende tratar dos critérios formais das eleições brasileiras para cada um dos tipos de cargos ou mandatos decorrentes da escolha pelo sistema representativo e das deformações, institucionais ou de prática política, havidas no processo eleitoral, desvirtuando o resultado obtido nas urnas e nas votações nominais do pretendido pela vontade popular.

³ FREYRE, Gilberto. *Prefácio* ao livro de José Antonio Gonsalves de Mello, *Tempo dos flamengos*. 3. ed. aum. Recife : Fundação Joaquim Nabuco : Ed. Massangana, 1987. p. 14.

Nele figuram, igualmente, os elementos históricos relacionados com as outras escolhas dos governantes e com as eleições no período antecedente à independência, época em que o Brasil, ainda colônia, portuguesa, espanhola e, parcialmente, holandesa, já demonstrava a orientação política de um autogoverno de origem popular.

2. As eleições para as Câmaras Municipais⁴

Desde os tempos coloniais, até a atualidade, as eleições municipais para vereadores (e outros cargos das Câmaras) sempre ocorreram, na maior parte das vezes, pelo voto direto, exceto durante o Estado Novo, quando todas as Câmaras Municipais foram dissolvidas. E de 1946 para cá, nunca se deixou de fazer eleição direta para escolha dos vereadores dos, hoje, aproximadamente, cinco mil municípios.

Era a herança do município português, pois a nossa “organização municipal copiava a metrópole, com os vereadores, juízes ordinários eleitos, procurador e oficiais. Os capitães donatários iam dando os forais às vilas; e as câmaras elaboravam as suas *posturas*”⁵. Neste imenso território colonial, era natural que os núcleos isolados de povoamento lusitano, as vilas e cidades que se constituíram no início, adotassem “em tudo a legislação reinícola para a sua organização, sem nenhuma instituição peculiar que as distinguisse das municipalidades portuguesas então vigentes”. Por isso, a nossa história da organização municipal tende a se confundir com a da legislação portuguesa relativa aos concelhos no mesmo período⁶.

Já no início do Reino de Portugal, ao lado das 6 províncias ou comarcas, havia os municípios com um governo local eleito⁷.

A organização municipal, com suas atribuições e processos de escolha dos dirigentes, foi estabelecida, pela vez primeira em Portugal,

⁴ Cf. para esta e para a parte seguinte, Palhares Moreira Reis, As eleições para os cargos municipais. *Informativo Consulex*, Brasília, n. 39, p. 1142, 25 set. 1995. v. 9.

⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Borsoi, 1.960, v. 1, p. 272.

⁶ GARCIA, loco. cit.

⁷ “Nos municípios, os juízes, vereadores e outros dignitários eram anualmente eleitos em pleitos cujas irregularidades levavam os monarcas a intervir, no sentido de sanear os males inerentes ao sistema dominante”. *História geral da civilização brasileira*, sob a direção de Sérgio Buarque de Holanda. 7. ed. São Paulo : Difel, 1985. v. 1, p. 23: A época colonial.

pelas Ordenações Afonsinas de 1446. Eram os municípios portugueses “pequenos Estados no Estado”⁸. A organização do seu governo estava ali orientada: “as Câmaras Municipais seriam compostas de *juízes pedâneos*, seus presidentes natos, e de vereadores eleitos pelos *homens bons*, isto é, cidadãos que haviam ocupado cargos da municipalidade ou governança da terra”⁹, porém logo depois escolhido por uma espécie de sorteio¹⁰, voltando-se a um processo de eleição indireta pelas Ordenações Manuelinas, de 1514¹¹. Depois, as Ordenações Filipinas, de 1603, regularam, com suas modificações posteriores, as organizações municipais portuguesa e brasileira¹², sem esgotar a matéria, pois deixava alguma coisa “a cargo dos costumes e forais, tanto das municipalidades, como dos senhores de terras”¹³.

Por essa herança portuguesa, na colônia brasileira, em cada vila havia uma Casa da Câmara¹⁴. Compunham, normalmente, as

⁸ Continua Rodolfo Garcia: “... repúblicas independentes sob o protetorado do Rei, não esperavam que este lhes fizesse respeitar os foros, mas desagravavam-se, quando se sentiam ofendidos, pelo direito de resistência armada que se arrogavam – escreve A. Herculano, na *História de Portugal*, v. 4, op. cit., p. 93.

⁹ GARCIA, loco cit.

¹⁰ “A Carta Régia de D. João I (1391) é um exemplo do cuidado dedicado pelo poder central a tais assuntos, introduzindo uma espécie de sorteio para a escolha dos dignitários municipais; atitude semelhante foi consagrada pelas Ordenações Afonsinas, reservando-se às Ordenações Manuelinas possibilitar intervenção mais ativa no processo eleitoral. *História Geral da Civilização Brasileira*, loco cit.

¹¹ “Antes de sua publicação, concedeu D. Manuel às câmaras ou senados o direito de elegerem os *juízes avindores* ou *concertadores de demandas*, encarregados de conciliarem as partes; mas esse direito foi omitido nas *Ordenações*”. GARCIA, loco cit.

¹² CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição federal comentada*, 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Konfino, 1956. v. 1, p. 344.

¹³ GARCIA, op. cit., p. 94.

¹⁴ “Dentro do disciplinamento das *Ordenações Filipinas*, é possível esquematizar, em linhas gerais – salvo modificações resultantes de costumes ou de forais que a legislação devia respeitar – a história dos velhos *senados* coloniais.

Compunham-se, em regra, dos seguintes membros – chamados genericamente *oficiais* ou *camareiros*:

a) um juiz de fora, presidente nato, que podia ser *letrado* – o *juiz de fora*, de nomeação régia e pago pelos cofres da Coroa – ou, mais usualmente, um *juiz ordinário*, cidadão privado, eleito pela comunidade. “Os juizes ordinários, ensina Caio Prado, eram sempre dois, exercendo alternadamente suas funções em cada mês do ano; ao contrário do juiz de fora, serviam sem remuneração”;

b) três vereadores – às vezes quatro – eleitos pelo povo;

c) um procurador – “advogado natural da edilidade” – defensor nato dos interesses da comunidade, também eleito;

d) em alguns lugares, um escrivão e um tesoureiro;

e) almotacéis, encarregados da fiscalização em geral, especialmente no tocante ao preço dos gêneros, e cujo processo

câmaras um ou dois juízes ordinários¹⁵, dois ou mais vereadores, um procurador¹⁶ e um escrivão, todos eleitos entre e pelos *homens bons* da terra¹⁷, devendo os vereadores pertencer

de escolha seria aquele descrito na ata da Câmara de Salvador de 26 de junho de 1628: “estando aí reunidos os oficiais da Câmara abaixo-assinados, por eles foi tomado juramento dos Santos Evangelhos... para bem e verdadeiramente votarem em seus homens, que servirão de almotacéis conforme el-Rei manda”, etc. PORTO, José da Costa. *Nos tempos do visitador*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1968. p. 94.

¹⁵ “O juiz ordinário era eleito pelos vizinhos do concelho, entre os *homens bons*, cujas listas eram previamente ampliadas e apuradas, e sua nomeação era confirmada pelo Capitão e governador por si ou por seu ouvidor”. TRÍPOLI, op. cit., v. 1, p. 212.

¹⁶ “Em 1696 foram nomeados os primeiros *juízes de fora*, que teve o Brasil, para a Bahia, Rio de Janeiro e Pernambuco. Estes juízes, que deveriam ser letrados, eram os verdadeiros chefes de justiça e da administração nos seus respectivos termos, e substituíam o ouvidor da comarca, nos casos de ausência ou impedimento. Eram nomeados pelo soberano e eram chamados de fora porque deviam ser *de fora da terra* ou *de fora do senado*, pois os juízes ordinários faziam parte da Câmara e eram eleitos pelos vizinhos”. p. 245.

¹⁷ “O Título LXVI do Livro I das Ordenações Filipinas, bem como outras leis posteriores, regulam, até o Império, a organização dos Municípios em Portugal e no Brasil (a instituição das muni-cipalidades portuguesas é anterior à Ordem Filipina; encontra-se nas Afonsinas e Manuelinas, mas só mais tarde transplantada para o Brasil).

As Câmaras Municipais, no Brasil, compreendiam: um presidente, três vereadores, um procurador, dois almotacéis e um escrivão, naquelas municipalidades que tinham juiz de fora, sendo que este era o presidente.

Nas demais, serviam os juízes ordinários, em número de dois, eleitos com a Câmara. Algumas, além do síndico, tinham um procurador e um tesoureiro.

O almotacel era eleito pela Câmara, ou era, como nas antigas Relações do Rio de Janeiro e do Maranhão, nomeado pelo juiz da Coroa”. CAVALCANTI, op. cit.

¹⁷ Em Portugal, as classes sociais, ou ordens, eram três: o clero (secular e regular), a nobreza (descendente da nobreza goda e hispano-romana, bem como os que receberam mercê real pelo seu esforço no exercício de profissões e funções) e o povo (a população não privilegiada, os vilões livres, os servos e semi-livres).

“Na classe popular havia diversas gradações: – os *homens bons*, ou *vizinhos*, constituíam propriamente o elemento político dos *concelhos*.

“Os *concelhos* ou municípios eram o governo local das cidades e das vilas. A sua organização, que no início estava consignada nos respectivos forais, encontra-se regulada no primeiro livro das Ordenações, onde se acham as normas competentes relativas aos diversos órgãos da administração municipal. Cada cidade ou vila tinha, pois, o seu *concelho*, no qual se destacavam os *homens bons* e os *vizinhos*, que eram as pessoas habilitadas a tomar parte na administração pública; a *Câmara*, à qual competia o governo municipal, e que se compunha dos juízes ordinários, que eram os seus presidentes natos, dos vereadores e do procurador do concelho, todos eleitos pelos vizinhos e independentes do poder régio. TRÍPOLI, op. cit. v. 1, p. 192 e sgs.

“Nem todos os moradores votavam, somente tendo *o jus sufragii* os chamados *homens bons*, de princípio aqueles de maior classificação social e econômica, impedidos, entre outros, os judeus, os mecânicos e todos quantos exerciam

à classe dos *fidalgos*¹⁸. Os almotacéis, nas Câmaras existiam dois, eram eleitos por estas¹⁹. As primeiras vilas do Brasil, São Vicente e Santos, tinham essa organização²⁰. Esclarece Rodolfo Garcia que o número de vereadores se estabelecia segundo o foral ou costume da terra, que, nessa parte, foram respeitados pelas *Ordenações Filipinas*²¹.

O mecanismo de escolha era a eleição indireta: os homens bons eram selecionados dentro do povo da vila²², com a participação do Capitão Donatário, que tinha poderes, pela

profissões não-nobilitantes. Em suma, os indivíduos mais respeitáveis da vila, *as pessoas gradas*. Mais tarde, segundo Cândido Mendes, *homens bons* seriam os que já houvessem exercido postos eletivos e de governança, muitas vezes denominados, genericamente, *repúblicos*". PORTO, J. da Costa, op. cit., p. 95.

¹⁸ TRÍPOLI, op. cit., v. 1, p. 221. Os moradores das vilas eram distinguidos em três classes, os *fidalgos* (os sesmeiros e até a segunda metade do século XVI, quase sempre fidalgos mais ou menos arruinados), os *peões* (os colonos e os criminosos degradados vindos de Portugal) e os *gentios* (índios escravizados ou submissos e os negros africanos, importados como escravos); p. 206.

"Foram as Câmaras privilégios dos nobres de então, sendo excluídos de qualquer participação nela os comerciantes, artífices, mecânicos, ou pessoas ligadas a quaisquer outras atividades produtivas". *História nova do Brasil*, op. cit., p. 79.

¹⁹ CAVALCANTI, loco cit.

²⁰ Em São Vicente, Martim Afonso de Souza teve a iniciativa de convocar os homens bons da terra para a instalação da primeira vereança brasileira. Cf. REIS, Palhares Moreira. *Instituições políticas brasileiras da atualidade*, Recife: Instituto de Ciências Políticas e Sociais, 1962. v. 2, p. 27; segundo César Trípoli, esta organização foi aperfeiçoada durante o período do regime do Governo Geral. op. cit., v. 1, p. 207.

²¹ GARCIA, op. cit., p. 97.

O mecanismo de escolha era a eleição indireta. "O processo de votação, complicado: 'nas oitavas de natal' de cada ano, reuniram-se os *homens bons* em câmara, e o Presidente – ou o Ouvidor, se o houvesse, ou o juiz mais velho do ano anterior, – mandava aos presentes que nomeassem 'seis homens para eleitores, os quais serão nomeados secreta-mente, sem outrem ouvir o voto de cada um'. Apurados os votos – 'consertar as listas' – proclama-mavam-se eleitos os seis mais votados, os quais, em seguida, e depois de juramentados, apartavam-se 'de dois em dois', formando, assim, três turmas de dois eleitores cada uma delas, cada uma das quais, recolhida em cômodos isolados, indicava os nomes dos juízes, vereadores, escrivães e mais oficiais, para compor a Câmara, durante o triênio, cada turma escrevendo os nomes dos candidatos em 'rol', assinado pelos integrantes ou, no caso de serem analfabetos, pelo juiz ou um vereador, em seu nome, prestando o juramento de segredo. Organizados os róis, o Presidente selecionava os mais votados, cujos nomes registrava em folha especial – a 'pauta' –, tendo o cuidado de evitar servissem, conjuntamente, no mesmo ano, parentes até o quarto grau, pelo direito canônico, o que se chamava 'apurar a pauta'. Assinadas, fechadas e seladas, as pautas se guardavam em compartimentos próprios, e, se, no fim do ano, depois de verificado se houvera alguma alteração, o Presidente preparava seis listas – 'pelouros' – três para os juízes e três para os vereadores. *Pelouros de vereação* eram as listas dos

Carta de Doação, de influir nessa escolha²³ e depois escolhiam os *camareiros* mencionados (juízes, vereadores e procurador)²⁴. Chegou a ocorrer, no entanto, arrombamento da arca dos pelouros, com substituição do rol por "palavras desonestas"²⁵.

As substituições dos eleitos, nos casos de ter ocorrido falecimento quando da oportu-

nomes das pessoas escolhidas, assim denominadas por serem encerradas em bolas de cera com o feito das balas de ferro para armas de fogo – pelouros. Em seguida, o Presidente metia-as num saco, guardado em cofre de três chaves, entregues a três vereadores do ano, chamados *claviculários*. A 1º de janeiro de cada triênio, em regra, novamente se reuniam a Câmara e os *homens bons*, convocavam "hum moço de idade de seis annos" a "metter a mão no sacco, revolver bem os pelouros e tirar hum delles", e os nomes constantes da lista seriam os vereadores de cada ano. PORTO, J. da Costa, op. cit., p. 95. GARCIA, op. cit., p. 97 e sgs.

"Os juízes, com os vereadores, veriam o rol e escolheriam para eleitores os que mais votos tivessem.

"A esses seria 'logo dado juramento dos Santos Evangelhos, que bem e verdadeiramente escolham para os cargos do Conselho as pessoas, que mais pertencentes lhe pareceram, e que tenham segredo, e não digam que assim nomearam a outra pessoa alguma'. PORTO, Walter Costa. *História eleitoral do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1989. v. 1, p. 9; O voto no Brasil: da Colônia à Quinta República. GARCIA, op. cit., p. 99.

"Não se entendia, então, como lícita, a procura de votos, a cabala, 'a campanha eleitoral' hoje tão aceita. Função cujo exercício era mais um *munus* que um privilégio – obrigatório, não remunerado – esse oficialato da governança das vilas não deveria, por outro lado, ser entregue a quem não tivesse 'partes e qualidades para servirem', como, por exemplo, 'oficiais mecânicos'. PORTO, W. C. op. cit., p. 13.

²³ Sobre os poderes do Capitão donatário, v. Oswaldo Trigueiro, *Direito Constitucional Estadual*, Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 9 e sgs. Estranhamente, não trata o citado autor das prerrogativas do donatário relativas ao processo de escolha dos governantes municipais.

Nas cartas de doação, os aquinhoados recebiam, além dos títulos de capitão e governador, os direitos de fundar vilas, concedendo-lhes governadores, ouvidores, meirinhos, etc.; (...) apurar as listas dos homens bons incumbidos de eleger os juízes e mais oficiais dos concelhos das vilas". MARTINS JÚNIOR, J. Isidoro, *História do Direito Nacional*, Rio de Janeiro: Typographia da Empresa Democrática, 1895. p. 164. Cf. TRÍPOLI, op. cit., v. 1, p. 203, 208.

²⁴ "A eleição não era direta, mas de 'dois graus' – sistema que prevaleceu no Brasil até 1881; isto é, em vez de eleger diretamente os *camareiros*, o povo escolhia um colégio de votantes e este, em seguida, elegia a Câmara. PORTO, J. da Costa, op. cit., p. 95.

²⁵ "Na vila de São Paulo, em 1687, ocorreu o arrombamento da arca dos pelouros. Diz o termo, transcrito no *Registro Geral da Câmara de São Paulo*, v. III, p. 522: E sendo feita a diligência, se abriu o pelouro na forma da lei, se achou o pelouro com palavras desonestas e vendo-se isto se abriu outro, se achou o mesmo".

O Rei, tendo conhecimento do estranho caso, mandou averiguar quem foi o autor dessa insolência, mas não é provável que se chegasse a apurar quem fosse ele, ou pelo menos não o fizeram conhecido os documentos que chegaram até nós. De outra vez houve um voto em branco". GARCIA, op. cit., p. 99.

nidade de se tirarem os pelouros, ou mesmo quando houvesse vaga durante o ano, eram procedidas por eleição especial²⁶.

Durante a dominação espanhola, havia o *Senado da Câmara*, o qual, além de exercer as funções administrativas que lhe eram próprias, passou “a exercer função política, especialmente nas vilas de maior importância”²⁷. Isso gerava, comumente, conflitos entre as Câmaras e as demais autoridades, não só nos casos de municípios já existentes²⁸, como em outros arraiais que, por iniciativa local e sem amparo em decisão régia, levantavam pelourinho, o símbolo da criação de uma vila²⁹.

A criação do Estado do Maranhão, separado do Estado do Brasil, em nada inovou nesse particular, posto que as capitânias eram chefiadas pelos respectivos Capitães-Mores “e

²⁶ “... a Câmara, com os homens bons da terra, elegia, por maioria de votos, ou vozes, como se dizia, quem o substituisse... Os designados para servir em substituição eram chamados *vereadores de barrete*, para distingui-los dos outros, que eram chamados *de pelouro*”. É de se deduzir que a eleição se fazia com um barrete servindo de urna. *Ibidem*, p. 101.

²⁷ “O Senado da Câmara, que nos primeiros períodos da vida colonial era um órgão municipal meramente administrativo, com funções apenas de ordem econômica e local, passou, muitas vezes, nos períodos seguintes, a exercer função política, especialmente nas vilas de maior importância. Os seus atos e funcionamento não eram regidos só pela legislação da metrópole, mas obedeciam muitas vezes a um sentimento de independência que começava a infiltrar-se no espírito das populações. Por este motivo, as câmaras se arrogavam muitas atribuições que eram da competência expressa dos governadores, sem que esses protestassem, não obstante a metrópole não cessasse de repetir ordens para as conter nos limites da jurisdição administrativa local”. TRÍPOLI, op. cit., v. 1, p. 226.

²⁸ “Foi preciso muito tempo e energia da parte dos poderes gerais para se ir gradualmente forçando as câmaras a circunscrever-se na órbita de suas atribuições, marcadas nas *Ordenações do Reino*; e isto só se conseguiu mais ou menos no correr do século XVIII”. GARCIA, op. cit., p. 96.

²⁹ Enquanto o povo de Campos, no Rio de Janeiro, em 1673, “por um movimento espontâneo, levantou pelourinho, dando disso parte ao ouvidor da Comarca”, (*Ibidem*, p. 96), no Recife, a luta entre os da terra e os portugueses, normalmente excluídos dos cargos públicos municipais, fez com que estes buscassem elevar o Recife à categoria de Vila, tendo sido a pretensão autorizada em 1710. Com isto não concordaram os locais, daí se originando um processo de luta, conhecido como a *Guerra dos Mascates*, que mais adiante se encaminhou para a busca da autonomia republicana. Mas, no seu início, era contra o levantamento do Pelourinho, símbolo da autonomia municipal do Recife (“O Presidente da Câmara de Olinda foi ter com o Governador e lançou o seu protesto, insinuando que quem sobera erguer um pelourinho também poderia arrancá-lo”). Cf. RIBEIRO, João. *História do Brasil*, 16. ed. ver. e compl. por Joaquim Ribeiro. Rio de Janeiro: Liv. São José, 1957. p. 240 e sgs.

localmente administradas pelas respectivas *Câmaras* ou *Senados das Câmaras*”³⁰.

No Brasil holandês, o Governador, chefe de governo, era de nacionalidade holandesa, e o Conselho Supremo – Conselho Político – já vinha formado da Holanda, onde as grandes decisões eram tomadas pelo Conselho dos XIX, em Middelburg, na Zelândia³¹. De cunho local, registra Trípoli, havia o Conselho da Justiça, que era uma espécie de tribunal de primeira instância, e a *Câmara dos Escabinos*³², de cunho municipal, com a participação dos locais, escolhidos entre a *gente melhor*, que correspondia aos *homens bons* da colônia portuguesa³³.

O regimento secreto de Heinrich Lonck, de 1629, prescrevia que

“a autoridade suprema e a direção, em tudo que dissesse respeito aos negócios de administração, de polícia e de finança, seriam delegadas a um colégio de conselheiros; outros documentos designam esses conselheiros sob o nome de conselheiros políticos”.

³⁰ TRÍPOLI, op. cit., v. 1, p. 235. Eram as de Salvador, Rio de Janeiro, São Luís e São Paulo. Cf. PORTO, Walter Costa, op. cit., p. 7.

³¹ Uma delas foi o Regimento Administrativo, mais detalhado que o recebido por Lonck, como instrução secreta para a situação dos territórios a serem conquistados. “Esse regimento, compreendendo 69 artigos, foi submetido à aprovação dos Estados Gerais que, a 13 de outubro de 1629, fixaram o modo de governo para os territórios que a Companhia ia conquistar, tanto em relação à polícia como em relação à justiça”. GARCIA, op. cit., p. 166.

³² “A *Câmara dos Escabinos*, de caráter estritamente municipal, vinha substituir os *concelhos* ou *câmaras municipais* existentes. Os seus membros eram chamados *escabinos* e seu número variava segundo a importância das povoações; parece, entretanto, que nunca excedia nove. Metade deles eram holandeses, e metade portugueses, mas o presidente era sempre holandês, chamado *esculteto* – de *schout*, espécie de magistrado.

A nomeação dos *escabinos* obedecia a uma espécie de eleição de três graus: – o *Conselho de Justiça* nomeava os eleitores entre a *gente melhor* (correspondia esta aos *homens bons* da organização dos *concelhos*); – os *eleitores*, por sua vez, organizavam a lista dos indivíduos idôneos para o cargo de *escabino*; – e, finalmente, o *Conselho Supremo* escolhia dessa lista os membros da Câmara, ou seja, os *escabinos* e o *esculteto*. Este, além de ser presidente da Câmara, era encarregado da administração dos serviços e direção da polícia do município; era *exator da fazenda*, e tinha até funções de *promotor público* do lugar, cumulando, portanto, em sua pessoa, funções administrativas, fiscais e judiciárias”. TRÍPOLI, op. cit., v. 1, p. 238. Grifos do original.

³³ “Em toda essa organização, deve-se referir à influência holandesa, que não obstante a superioridade evidente de seu regime de colonização, teve uma vida transitória”. CAVALCANTI, op. cit., v. 1, p. 345.

Esses eram em número de nove, com a presidência renovada a cada mês³⁴.

“Logo que Nassau chegou ao Recife, criou câmaras de Escabinos e uma nova autoridade: o *escolteto*, uma espécie de burgomestre. Os escabinos tinham funções semelhantes às dos membros das Câmaras na colônia portuguesa. A primeira câmara de escabinos do Nordeste foi a de Olinda, que tinha sob a sua jurisdição o Recife e Antônio Vaz”.

“Os primeiros escabinos de Olinda – nomeados por um ano – foram escolhidos por Nassau de uma lista de nomes organizada pelos eleitores de Olinda (para tal designados, entre os principais moradores da jurisdição, pelo Conselho Político)”³⁵.

A Câmara de Olinda, a despeito da existência do Governo holandês, permaneceu em função até 1637 e, mesmo depois da chegada de Nassau e antes da criação dos escabinos, negociava com o Príncipe como administradora da capital de Pernambuco, mesmo que o governo holandês tivesse a sua sede no Recife, lutando pela sua reconstrução e a restauração de sua cidade³⁶.

O Conselho Político, bem como o Príncipe e sua administração, sediavam no Recife. No entanto, como era Olinda a capital de Pernambuco, o Conselho Político achava que lá é que deveria estar a sede do Governo, e, portanto, deveria a cidade ser reconstruída³⁷, como pediam a Câmara e os moradores de Pernambuco, e a fariam “mais bonita do que jamais

³⁴ GARCIA, op. cit., p. 167. E mais: “A esse colégio era adjunto um assessor, versado nas ciências jurídicas, encarregado da função de pensionário, de secretário e de notário”.

³⁵ MELLO, op. cit., p. 64. Na nota 102, dá ele os nomes dos primeiros escabinos e de todos os que os substituíram até a mudança de sede da Câmara dos Escabinos de Olinda para Antônio Vaz.

³⁶ Ibidem, p. 61. No mesmo sentido: “Considerando-se Olinda abandonada pelos seus primeiros moradores, deu-se permissão a qualquer um de ali construir novas casas ou restaurar as arruinadas”. BARLAEUS, Gaspar. *História dos feitos recentemente praticados durante oito anos no Brasil*. Recife: Prefeitura da Cidade do Recife, 1980. p. 47.

³⁷ O movimento pela reconstrução de Olinda encontrou objeções, não só daqueles que pretendiam a sede do Governo no Recife, como os que achavam que a capital do Brasil holandês estivesse em Itamaracá. MELLO, op. cit., p. 58. Na Holanda já se falava com insistência nesta transferência da sede do Governo. “Significaram-lhes, porém, o Conde e os conselheiros a desvantagem e inutilidade daquela mudança (...) Por essas razões, continuaram na sua antiga sede o Governador e os Conselheiros do Brasil. BARLAEUS, op. cit., p. 54.

foi”³⁸; mas, instado a se pronunciar, o Conselho dos XIX nada decidiu a respeito. Logo a seguir, porém, o governo holandês local deliberou, quanto à localização da sede administrativa, pelo Recife e Antônio Vaz, proibindo até que se efetuasse em Olinda qualquer construção nova.

Para se ter uma idéia da importância que tinha, então, a Câmara dos Escabinos, basta registrar a repercussão do incidente causado pela determinação de que os seus membros deveriam residir e conceder audiência em Olinda.

Tal fato revoltou os habitantes do Recife, que, além de apresentar seus processos ao Conselho Político no Recife (que os recebia, indevidamente, pois era a Câmara a primeira instância judicial), lutaram pela transferência da capital da Capitania de Olinda para Maurícia, que compreendia o Recife e Antônio Vaz.

Essa desavença gerou protesto perante Nassau, pois, diziam os membros da Câmara, os recifenses não queriam reconhecê-los como a primeira instância judicial. Mas o Alto-Conselho opinou no sentido de que, sendo o Recife a sua sede, os seus moradores não deveriam ir a Olinda acompanhar os processos e sim merecer a dignidade de “ter os seus próprios juizes dentro das suas defesas e redutos”. Os governantes holandeses chegaram mesmo a sugerir que o Recife, Antônio Vaz e adjacências fossem desmembrados de Olinda, passando a ter jurisdição própria.

O Conselho dos XIX deliberou, afinal, sobre a questão e, em consequência, o Conde de Nassau e o Conselho providenciaram a transferência da Câmara dos Escabinos de Olinda – e, portanto, também a condição de capital, – para a ilha de Antônio Vaz³⁹, pois no

³⁸ Carta de Servaes Carpentier, médico da WIC, Conselheiro Político e depois assessor do mesmo Conselho. MELLO, op. cit., p. 59, nota 87 e p. 62, nota 96.

A beleza de Olinda era a base da simbologia heráldica da capitania. “Em outubro de 1638, Nassau, projetando os brasões para as várias capitanias e principais povoações do Brasil holandês, idealizou o de Pernambuco, que é descrito do modo seguinte em uma *Generale Missive*: ‘A Capitania de Pernambuco tem uma donzela que admira a própria beleza em um espelho, simbolizando a formosura da terra e a situação e o nome de sua capital – Olinda – e tendo na mão uma cana-de-açúcar (p. 64).’”

³⁹ BARLAEUS, op. cit., p. 69: “Em Pernambuco a administração dos negócios políticos e dos interesses públicos ocupava os governadores. Destinou-se dinheiro para se edificar a casa do Conselho”.

Recife, os terrenos estavam todos ocupados⁴⁰. Assim, com o desmembramento da área do istmo do Recife, da ilha de Antônio Vaz e de adjacências, foi erguida a cidade Maurícia, capital de Pernambuco e de toda a área dominada pelos holandeses⁴¹.

Foi aumentado o número de membros da Câmara de Escabinos de cinco para nove, sendo cinco holandeses e quatro da terra. E o título deixou de ser de “Escabinos de Olinda”, para ser, por decisão autorizativa do Conde e do Conselho Político, “Escabinos da Cidade Maurícia e seu Distrito”⁴².

Olinda sempre foi ciosa de sua destacada posição social, econômica e, sobretudo, política na Colônia. A rivalidade com o Recife sempre foi grande e, mesmo depois do domínio holandês, novo exemplo de desentendimento está na Guerra dos Mascates, de 1710. Com a

⁴⁰ MELLO, op. cit., p. 65 e sgs. Na nota 105, registrando uma *Generale Missive* ao Conselho dos XIX, de 5 de março de 1639, está dito que “os Nobres Senhores Conselheiros Políticos tiveram durante certo tempo divergências com os Escabinos da cidade de Olinda, a respeito de diversos pontos, alguns dos quais foram decididos por nós; entre os que não foram decididos está o concernente à jurisdição sobre o Recife e Antônio Vaz e seus moradores. Os escabinos de Olinda pretendem que esses lugares e seus moradores estão, desde há muito tempo, sob a competência da sua Câmara, pelo que a ela estão sujeitos em primeira instância. Os Nobres Senhores Conselheiros Políticos, pelo contrário, sustentam que os moradores estão subordinados não aos escabinos, mas diretamente ao seu colégio e a ninguém mais, procurando basear isto no art. 27 das Instruções Gerais, alegando que não há razão alguma para que os moradores do Recife – que no Recife podem alcançar decisão nos seus pleitos – com grandes gastos, às vezes em processos de pequena importância, com perda do seu tempo e dos seus negócios, sejam obrigados a ir a Olinda para acompanhar as suas causas, com muitas outras razões alegadas por ambos os lados (...).

Essa disputa era sustentada com ardor: mas como se trata de um ponto de direito e que só pode ser decidido pela autoridade Soberana, não quisemos entrar na questão; resolvemos deixá-la como estava até que, tendo submetido o caso à apreciação de V.Sas., quisessem dispor a respeito no seu alto entender e sobre isto esperamos a sua resposta com brevidade.

Provisoriamente – considerando que os escabinos de Olinda, de um tempo para cá não vinham concedendo audiência em razão da disputa – ordenamos que os moradores do Recife e Antônio Vaz só ficassem subordinados aos Conselheiros Políticos, a não ser que algum quisesse, livremente, em primeira instância, levar o seu processo perante os escabinos de Olinda. E que todos os moradores do interior de Olinda só poderiam apresentar as suas causas, em primeira instância, aos escabinos daquele lugar”.

⁴¹ A cidade assim criada foi denominada Cidade Maurícia (*Stadt Mauritia*), e posteriormente se restringiu ao atual bairro de Santo Antônio. Somente em 1645 é que, ao lado da Cidade Maurícia surgiu a *Nieuw Mauritsstadt*, ou nova Cidade Maurícia, indo até ao Forte das Cinco Pontas. *Ibidem*, p. 85-89.

⁴² *Ibidem*, p. 85.

elevação do Recife à categoria de vila, Olinda perderia, novamente, o poder de legislar sobre o povo e as atividades econômicas do Recife⁴³.

Durante o período imperial e a época republicana, até 1937, tivemos Câmaras Municipais funcionando regularmente, com seus membros escolhidos pelos munícipes, em processo direto.

Após o já mencionado hiato de 1937-1945⁴⁴, em alguns momentos, de 1964 a 1979, muitas Câmaras Municipais foram postas em recesso (temporário), e mandatos de vereadores foram cassados.

Mas, sempre houve eleição direta para a renovação dos mandatos, nunca se tendo apelado para a escolha indireta dos representantes do povo na Casa Legislativa dos Municípios, desde a Independência.

3. As eleições para intendente ou prefeito

Os prefeitos municipais (dantes os presidentes das Câmaras, os juízes ordinários ou juízes de fora, os escoltotes, ou os intendentes) podiam surgir pela via de consequência, como nos antigos casos da escolha holandesa do escabino ou o do vereador mais votado ser o intendente.

A eleição indireta para prefeito, no Brasil, é situação anômala. Constitucionalmente, somente foi prevista na Carta de 1934, de modo permissivo, alternando-se com a eleição direta, tudo de acordo com a Constituição de cada Estado-membro.

No Estado Novo, a regra permanente era no sentido de ser o prefeito, sempre, de livre nomeação pelo Governador do Estado.

Voltando-se à normalidade constitucional, a partir de 1946, o prefeito municipal, como

⁴³ “A Guerra dos Mascates, em 1710, é significativo exemplo de choque entre o poder tradicional e um poder novo que, na Colônia, ensaiava seus primeiros passos. A luta entre os senhores de Olinda e os *mascates* e *marinheiros* (como eram denominados pejorativamente os comerciantes) de Recife, representa, não só, como já foi observado, uma reação contra o sentido de renovação ali contido, como demonstra o agravamento das relações entre o poder particular dos senhores e o poder metropolitano. A elevação do Recife à categoria de vila retiraria a Olinda e, portanto, aos *homens bons*, o direito de legislar sobre o núcleo mercantil, ou sobre o *povo do Recife*.”

Antes de ser compreendido como movimento nativista, o choque entre Olinda e Recife deve merecer análise que considere os aspectos gerais que o cercam. Aspectos que envolvem classes diferentes com diferentes interesses na colônia”. *História nova do Brasil*, loco cit.

⁴⁴ Após a ditadura getuliana, somente com a aprovação da Constituição Federal e das cartas estaduais, foi possível a eleição municipal direta, nos moldes estabelecidos, dentro da garantia da autonomia; ou seja, por volta de 1947.

regra geral, era decorrente de eleição direta, junto com seu vice-prefeito, com as exceções relativas às prefeituras das capitais e das estâncias hidrominerais. A autonomia das capitais, obtida com muita luta, veio permitir a eleição direta dos respectivos prefeitos e vice-prefeitos.

Também aconteceram as hipóteses de ser o prefeito nomeado pelo Governador do Estado, com prévio assentimento da Assembléia Legislativa ou, igualmente, também por este, mas com prévia anuência do Presidente da República, como ocorreu ainda mais recentemente nas capitais dos Estados e nas estâncias hidrominerais e, depois, nos municípios declarados de interesse para a segurança nacional.

O Tribunal Superior Eleitoral, dirimindo questões suscitadas a esse respeito, teve duas importantes oportunidades de decidir, de modo divergente, porém, não discrepantes, sobre a possibilidade de eleição indireta para prefeito, sob o pálio da Constituição de 1946. Numa primeira hipótese, em que havia prefeito e vice-prefeito, tendo renunciado o primeiro, mesmo na segunda metade do seu mandato, o tribunal entendeu que somente poderia haver preenchimento do cargo por eleição direta⁴⁵.

Já na outra situação, com regra em que não aparecia a figura do vice-prefeito, em tendo havido, igualmente, renúncia na segunda metade do mandato do chefe do executivo municipal, o TSE acordou que a vaga do cargo de prefeito se equivalia, pela inexistência do vice-prefeito, a uma dupla-vaga, determinando que se fizesse a eleição pela via indireta⁴⁶.

4. As eleições para os "grandes eleitores"

Adota-se a denominação de "grandes eleitores" para caracterizar os cidadãos aos quais as regras básicas existentes conferem a missão de representar a sua comunidade nos pleitos indiretos.

São os integrantes dos Colégios Eleitorais, órgãos especialmente criados pela Supernorma para efeito de escolher os titulares de cargos eletivos de nível mais elevado, do Poder Executivo respectivo.

Não se leva em conta, nesse particular, os integrantes de outros colegiados que, normalmente, têm entre suas atribuições regulares, também a eleição indireta, exercidas,

⁴⁵ Acórdão nº 651, de 1951, sobre caso do Rio Grande do Norte.

⁴⁶ Acórdão nº 1.097, de 1954, caso da Bahia.

porém, sem a participação de terceiros, mas apenas por seus membros, na forma prevista constitucionalmente (Assembléias Legislativas, Congresso Nacional, por exemplo).

Existem, na história recente, casos em que os Colégios Eleitorais eram compostos por órgãos como os acima referidos, completados para a tarefa eleitoral por representantes de outras instituições. Por exemplo, o Colégio Eleitoral para a eleição do Presidente da República (Constituição de 1969) e o Colégio Eleitoral para a eleição do Governador de Estado e de um representante no Senado Federal (Emenda Constitucional nº 8, de 1977). Historicamente, no entanto, o predomínio de eleições em dois graus mostra que a figura do Colégio Eleitoral ocorreu muitas vezes na legislação brasileira.

O primeiro caso foi o estatuído na convocação dos deputados às Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, pelo Decreto de D. João VI, de 7 de março de 1821. Mandava ele que se aplicasse ao pleito do Reino Unido as regras estabelecidas na Constituição Espanhola, de 1812, que tinha sido jurada pelo Monarca, para sua aplicação provisória no Reino.

Assim, para a representação, queria o Rei que o número de Deputados não fosse menor do que 100, havendo, pois, para cada 30.000 almas um Deputado. Pelo censo demográfico de 1808, teria o Brasil 2.323.386 habitantes, correspondendo a 76 representantes, mas, desprezadas as frações em cada Província, o Brasil ficou com 72 deputados às Cortes de Lisboa⁴⁷.

Era uma eleição indireta, em quatro graus, com as dificuldades que lhe seriam inerentes⁴⁸. De acordo com a Constituição espanhola, o povo, em massa, nomeava os compromissários; estes, por sua vez, escolhiam, imediatamente, os eleitores de paróquia, os quais, logo a seguir, designavam os eleitores de comarca, que eram

⁴⁷ Nem todos os deputados, porém, chegaram a Lisboa ou participaram efetivamente dos trabalhos constituintes. Depois de alertada do equívoco por Rio Branco, uma comissão do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro "listou os deputados eleitos, que somariam 68. Desses, não mais de 50 chegaram a Lisboa; e somente 16 assinaram, em 23 de setembro de 1823, a Constituição ali aprovada". Cf. PORTO, W. C. op. cit., p. 18-19.

⁴⁸ Reconhecida a existência de tais óbices, uma circular de 23 de março seguinte permitiu que "os governadores das províncias, cingindo-se, o mais possível, ao espírito do referido decreto de 7 de março, fizessem, na matéria, as modificações que achassem oportunas". TRÍPOLI, op. cit., v. 2, p. 75.

os que, finalmente, na capital da província, compareciam para a eleição dos deputados⁴⁹.

Para essa eleição foram estabelecidas as juntas eleitorais de freguesias ou paróquias, comarcas e províncias, isto é, para cada grau da sucessiva escolha.

O eleitorado-base, ou seja, os eleitores de primeiro grau, em cada freguesia, era composto de todos os cidadãos domiciliados e residentes no respectivo território, e o número de compromissários era definido, em cada caso, pelo número de fogos existente em cada freguesia⁵⁰.

O eleitor (paroquial ou de grau maior) somente era elegível se fosse cidadão maior de 25 anos, morador e residente na freguesia. As juntas eleitorais eram compostas de cidadãos nomeados *ad hoc* pelo presidente do ato, o Juiz Ordinário, ou Juiz de Fora, para as eleições paroquiais e pelo Corregedor, nas juntas das comarcas. Com o ato eleitoral havia a Missa do Espírito Santo, antes de iniciar a eleição paroquial, ou após terminar o pleito indireto da comarca, e ao término dessa, era feito um discurso alusivo ao ato⁵¹.

Sob o modelo, inaplicado, da Constituição de 1937, em que quase todas as eleições seriam indiretas, para a da Câmara dos Deputados os grandes eleitores seriam dez cidadãos, eleitos na mesma oportunidade que os vereadores, com a incumbência de escolher os deputados federais.

Também grandes eleitores eram os escolhidos para o Colégio Eleitoral para eleição do Presidente da República, órgão que nunca se reuniu no período. Estes seriam oriundos das

⁴⁹ MOREIRA, Colares. A Câmara e o regime eleitoral no Império e na República. In: *Livro do centenário da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Brasil Editora, 1928, p. 15; Cf. TRÍPOLI, op. cit., v. 2, p. 75.

⁵⁰ “Para saber quantos compromissários seriam eleitos, era necessário conhecer, antes, quantos eleitores de paróquia seriam eleitos pelos compromissários. O cálculo era feito pelo número de fogos de cada freguesia. Por fogo entendia-se a casa ou parte dela, em que habitasse independentemente uma pessoa ou família, de maneira que um mesmo edifício podia ter dois ou mais fogos”.

O cálculo era o de 1 eleitor para cada 200 fogos; depois, acima de 300 e menos de 400, 2 eleitores; acima de 500 e menos de 600, 3 eleitores e assim por diante, sem se ter notícia do limite máximo.

Naquela freguesia com mais de 150 fogos e menos de 200, cabia também escolher 1 eleitor; e naquelas que não chegassem a este número mínimo, “os seus moradores se juntavam aos da freguesia imediata para nomear o eleitor ou eleitores que lhe correspondiam”. BRAGA, Hilda Soares. *Sistemas eleitorais do Brasil: 1821-1988*. Brasília: Senado Federal, 1990, p. 6; Cf. MOREIRA, loco cit.

⁵¹ Cf. BRAGA, op. cit., p. 7; PORTO, W. C. op. cit., p. 19.

Câmaras Municipais, do Conselho Nacional de Economia, da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal.

Os primeiros, representando os Estados, em número proporcional à população, sem ultrapassar de vinte e cinco em cada um deles. Do Conselho Nacional de Economia, mais cinquenta, 25 escolhidos entre empregadores e 25 dentre os empregados. Outros cinquenta, do Parlamento, 25 designados pela Câmara dos Deputados e outros 25 pelo Conselho Federal, entre cidadãos de notória reputação. Sempre com a ressalva de que a designação para eleitor do Presidente da República não poderia recair em membros do Parlamento Nacional ou das Assembléias Legislativas dos Estados.

Somente em 1969 voltou a funcionar, efetivamente, no Brasil, um Colégio Eleitoral, e novamente para eleição do Presidente da República. Este era a reunião dos membros do Congresso Nacional e de delegados indicados pelas Assembléias Legislativas dos Estados, escolhidos da seguinte maneira: três delegados entre seus membros; e mais um por quinhentos mil eleitores inscritos no Estado, não podendo nenhuma representação ter menos de quatro delegados.

Estes delegados eram escolhidos, pelo texto de 1969, por meio do voto de toda a Assembléia Legislativa, sendo eleitos delegados os que obtivessem, em maioria simples, os maiores números de sufrágios, sendo suplentes os que recebessem quantidade menor de votos, na ordem decrescente.

Pelo *Pacote de Abril*, – Emenda Constitucional nº 8, de 1977, a representação foi mudada a primeira vez: cada Assembléia Legislativa passava a indicar, entre os seus membros, três delegados, como número fixo, e mais um por milhão de habitantes, não podendo nenhuma representação ter menos de 4 delegados.

Em 1982, pela EC-22, a composição novamente mudou, passando cada Estado a ter seis delegados, mas agora todos eles indicados pela bancada do partido majoritário, entre os seus membros, e não mais escolhidos entre todos os parlamentares estaduais.

E, finalmente, para eleição presidencial de 1985, a Lei Complementar disciplinadora do processo foi mudada, para resolver um caso concreto: o empate em número de deputados, das bancadas de uma Assembléia Legislativa (Mato Grosso). Disse a nova norma adjetiva (Lei Complementar nº 47, de 22.10.1984):

Cada Assembléia terá seis delegados, mais dois suplentes, indicados pela bancada do respectivo Partido majoritário. Se nenhum Partido for majoritário na Assembléia, às bancadas numericamente iguais caberia a indicação, em proporção aos delegados.

Um outro caso de Colégio Eleitoral surgiu em 1977, pela Emenda Constitucional nº 8, do *Pacote de abril*: os Colégios Eleitorais Estaduais, para escolha dos Governadores e Vice-Governadores e de um Senador, na oportunidade de preenchimento dos 2/3 do Senado, o *Senador Biônico*.

Tal Colégio Eleitoral, em cada Estado, era composto pela reunião dos membros da Assembléia Legislativa e de delegados indicados pelas Câmaras Municipais dos respectivos Estados, escolhidos em cada uma delas entre seus membros, de acordo com os seguintes critérios: um delegado e mais um por duzentos mil habitantes do Município, não podendo nenhuma representação ter menos de dois delegados, porém admitindo-se o voto cumulativo.

5. As eleições para os Conselhos e Assembléias Provinciais e Estaduais.

As Capitânicas Hereditárias iniciais eram dirigidas pelos Capitães Gerais, sem que a seu lado existisse qualquer órgão colegiado, deliberativo ou mesmo consultivo. Com o aumento ou diminuição das donatárias (inclusive pelo retorno do seu domínio à Coroa Portuguesa), esta situação em nada se modificou, a despeito da existência, então, de governo local eleito.

Pouco antes da Independência, pela lei de 1º de outubro de 1821, as Cortes Portuguesas criaram, no Brasil, duas categorias de capitânicas, as de primeira ordem, governadas por capitães-gerais e juntas provisórias de sete membros⁵², e as de segunda ordem, que tinham juntas de cinco membros⁵³.

Quando da Independência e da criação do Império do Brasil, as 19 capitânicas se transformaram em 19 províncias, cada uma delas

⁵² Eram elas as do Pará, Maranhão, Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Goiás. Cf. ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico: Universidade de Brasília, 1979. p. 120.

⁵³ Eram estas: Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Alagoas, Sergipe, Espírito Santo, Santa Catarina e Cisplatina, depois tornada independente (O Amazonas era comarca do Pará e o Paraná comarca de São Paulo). *Ibidem*.

tendo, ao lado do presidente nomeado, o Conselho Geral de Província.

Eram indiretas as eleições para os Conselhos Gerais de Província, de mandato quadrienal, com vinte e um membros nas províncias mais populosas e treze nas demais⁵⁴. Quando da mudança prevista no Ato Adicional, o mandato dos membros das Assembléias Legislativas Provinciais (nas quais se tinham convertido os Conselhos Gerais) passou para apenas dois anos. Também foi modificado o número de seus membros, que variou de 36, como máximo, e 20, como mínimo⁵⁵.

A partir da Constituição de 1891, as Assembléias Legislativas Estaduais (e Senados Estaduais, onde os houve) passaram a ser eleitas pelo voto direto.

Na Constituição de 1937, de tendência unitária, o texto básico não tratava, de modo detalhado, da organização dos Estados, nem do Distrito Federal. As referências à Assembléia Legislativa surgiram, apenas, quando a Carta dava a esta a competência de eleger os representantes no Conselho Federal e estabelecia a inelegibilidade de seus membros para o Colégio Eleitoral presidencial. De resto, estas regras nunca tiveram aplicação.

De 1946 para cá, as eleições para as Assembléias Legislativas sempre foram diretas, sem que tivesse havido qualquer tentativa de adoção de processo indireto.

6. As eleições para Governador e Vice-Governador de Estado

O chefe do Poder Executivo estadual, hoje eleito diretamente, é o sucessor do capitão-general, donatário hereditário e do presidente da província, este nomeado pelo Imperador, normalmente pessoa de nascimento ou vida política fora da província.

As eleições para os presidentes dos Estados somente começaram a ocorrer a partir da Constituição de 1891, de acordo com o que fosse estipulado em cada uma das Constituições estaduais. Levado aos extremos o princípio

⁵⁴ As províncias mais populosas, como tal consideradas na Constituição, eram: Pará, Maranhão, Ceará, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul (Art. 73).

⁵⁵ Cada uma das assembléias legislativas provinciais constará de 36 membros nas províncias de Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo; de 28 nas do Pará, Maranhão, Ceará, Paraíba, Alagoas e Rio Grande do Sul; e de 20 em todas as outras. Este número era alterável por lei geral. Art. 2º da Lei nº 16, de 12-8-1834 (Ato Adicional).

federativo, cada Estado organizava o seu Governo, até mesmo o Direito Eleitoral para este fim era de cunho local, pois apenas era federal, o estabelecido pelo Congresso Nacional, que somente tinha competência para “regular as condições e o processo da eleição para os cargos federais, em todo o país”⁵⁶.

A partir da Constituição de 1934, passou a ser privativa da União a competência legislativa sobre matéria eleitoral⁵⁷, e estabelecida a restrição eleitoral da temporariedade das funções eletivas. Quanto aos Governadores, o limite aos prazos de exercício os dava correspondentes aos do Presidente da República, que era de quatro anos, e a proibição da reeleição para o período imediato⁵⁸.

A eleição dos Governadores para o período inaugural seria indireta pela Assembléia Legislativa, consoante o disposto no art. 3º das Disposições Transitórias.

O Texto Maior de 1934, como não tratava da existência do cargo de Vice-Presidente, serviu de parâmetro para que os Estados igualmente não tivessem a figura do Vice-Governador.

Não houve a hipótese de renovação de qualquer mandato de Governador, sob o pálio da Constituição de 1934, por ter sido antecipada a extinção do mandato antes de completado o quadriênio, com o Golpe de 1937.

A Constituição de 1937, em cuja vigência somente ocorreram eleições depois da deposição de Getúlio Vargas, tratou de alguns pontos eleitorais relativos aos municípios e ao Distrito Federal, mas não quanto aos Estados.

Nas Disposições Transitórias referiu-se ao mandato dos Governadores dos Estados, os quais, se não fossem confirmados pelo Presidente da República, seriam substituídos pelos Interventores Federais, que teriam suas funções asseguradas até a posse dos novos Governadores⁵⁹.

⁵⁶ Art. 34, inciso 22.

⁵⁷ Art. 5º Compete privativamente à União: (...)

XIX – legislar sobre:

f) matéria eleitoral da União, dos Estados e dos Municípios, inclusive alistamento, processo das eleições, apuração, recursos, proclamação dos eleitos e expedição de diplomas.

⁵⁸ Art. 7º Compete privativamente aos Estados:

I – decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: (...)

c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato.

⁵⁹ “Art. 176. O mandato dos atuais governadores dos Estados, uma vez confirmado pelo Presidente da República,

A regra das interventorias teve sua aplicação, mas nunca houve posse dos novos Governadores durante a vigência da Carta.

Do mesmo modo que no texto de 1934, a Carta Outorgada de 1937 não trazia a figura do Vice-Presidente e, por extensão, não se cogitou de vice-governadores. Mesmo porque não caberia se tratar de “vice-interventores”, com atividade regular. Na necessidade de substituir o Interventor, ou o Governador confirmado, esse substituto seria designado por decreto presidencial⁶⁰.

Redemocratizado o País, com a Carta de 1946, também o texto novo não disciplinou expressamente a organização política dos Estados-membros. Apenas definiu alguns parâmetros que, se violados, autorizariam a decretação de intervenção federal.

Entre esses, repetindo a regra de 1934, tornou-se possível a intervenção para assegurar a observância, entre outros, dos princípios da temporariedade das funções eletivas, limitadas a duração destas à das funções federais correspondentes, ou seja, novamente, quanto aos Governadores, o limite máximo de mandato correspondente ao presidencial, que passava a ser de cinco anos.

Assim, com o mandato presidencial de cinco anos, diversos Estados adotaram regra similar para o período de seus Governadores, enquanto outros permaneceram na tradicional regra do quadriênio. Não havia, em consequência, a coincidência dos mandatos de todos os Governadores, havendo eleições para os novos períodos em anos diferentes.

dentro de trinta dias da data desta Constituição, se entende prorrogado para o primeiro período de governo a ser fixado nas Constituições estaduais, não podendo em caso algum exceder o aqui fixado ao Presidente da República.

Parágrafo único. O presidente da República decretará a intervenção nos estados cujos governadores não tiverem o seu mandato confirmado. A intervenção durará até a posse dos governadores eleitos, que terminará o primeiro período de governo fixado nas Constituições estaduais”.

Note-se que a regra não era permissiva (poderá decretar), mas cogente: “decretará a intervenção”.

Na prática, com exceção de Minas Gerais, onde Benedito Valadares continuava “Governador”, todos os demais foram transformados em interventores. Na Bahia e em Pernambuco, Juraci Magalhães renunciou, e Carlos de Lima Cavalcanti foi deposto e substituído por Agamemnon Magalhães. Cf. DULLES, J. W. F. *Getúlio Vargas*, p. 185.

⁶⁰ Pelo Decreto-Lei nº 1.202, de 8-4-1939, estabelecia-se que:

a) Os Interventores nomeados para os Estados na forma do parágrafo único do art. 176 da Constituição exercerão suas funções enquanto durar a intervenção, ou até que o Presidente da República lhes dê substituto (parágrafo único do art. 3º).

b) O substituto do Interventor, ou Governador, nos seus impedimentos, será designado, em decreto, pelo Presidente da República (art. 11).

Persistia a proibição da reeleição para o período imediato do Governador (e do Vice-Governador).

No que tange ao Vice-Governador, esta figura foi contemplada em diversas Constituições estaduais, seguindo o paradigma federal, mas não em todas. Portanto, em muitos Estados, necessitou-se proceder a eleições para o provimento dos cargos de Vice-Governador, porque não havia tal instituição na Ordem Política anterior.

Logo depois da promulgação do Ato Institucional (nº 1), de 1964, cassados vários mandatos de Governadores e Vice-Governadores, a eleição regular seguinte, em 1965, foi direta para alguns Estados, trazendo vezes eleitorais para o Governo militar que, logo em seguida, pelo Ato Institucional nº 3, de 1966, tornou indiretas essas eleições. O pleito era deferido às Assembléias Legislativas e se realizaria em sessão pública e votação nominal. O Vice-Governador passava a ser considerado eleito em decorrência da escolha dos titulares dos cargos de Governador com os quais fossem inscritos como candidatos.

De acordo com as regras da Constituição de 1967, a eleição de Governador e Vice-Governador deveria voltar a ser realizada pela via direta e secreta, regra que se repetiu no texto da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. No entanto, para preparar a eleição de 1974, foi novamente alterada a regra, pela EC-2, de 1972, passando a escolha de Governadores e Vice-Governadores a ser feita pelas Assembléias Legislativas, em sessão pública e votação nominal.

No *pacote de abril*, a EC-8, de 1977, a eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado passava a decorrer de um colégio eleitoral ampliado, composto dos membros da Assembléia Legislativa e de representantes das Câmaras Municipais, escolhidos entre os membros destas. Igualmente em sessão pública e por votação nominal para candidaturas vinculadas. Todos os Governadores e Vice-Governadores seriam eleitos no mesmo dia para igual mandato de quatro anos.

A eleição indireta para Governador, que vinha desde 1965, desapareceu com a EC-15, de 1980, voltando a ser direta, por voto secreto e sufrágio universal, para mandato quadrienal. Em 1982, foi aplicada em sua plenitude a tese do voto vinculado para todas as eleições, exceto a do Presidente e Vice-Presidente da República. Assim, todas as candidaturas eram vinculadas, exigindo-se registro completo da chapa pelo

partido político, agora não só de Vice-Governador com a do Governador, mas estas continuavam sendo principal e acessória.

A eleição de 1986 seguiu a mesma regra.

Depois de promulgada a Constituição de 1988, ocorreram as eleições de 1990 e 1994, todas elas pela regra nova, a do art. 28 do texto vigente: sufrágio universal e voto direto e secreto⁶¹, mandato de quatro anos, na forma do art. 28, com a eleição do Vice-Governador decorrente da eleição do candidato a Governador. Ademais, exigência de maioria absoluta num primeiro turno e não atingida esta, novo turno entre os dois candidatos mais votados no primeiro, exigida agora apenas a maioria simples.

7. As eleições para Deputados Federais

Os atuais deputados federais, parlamentares integrantes da Câmara dos Deputados da República, foram precedidos por outros representantes do povo, componentes da Câmara dos Deputados do Império, também chamados de Deputados.

Antes desses, havia os representantes locais num Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, convocado pelo Príncipe-Regente D. Pedro, por sugestão de José Bonifácio. Tal Conselho, órgão consultivo criado em fevereiro de 1822, foi, mais tarde, chamado de Conselho de Estado e dissolvido em outubro de 1823, por ato da Assembléia Constituinte, sob o fundamento de que somente os seus membros eram os legítimos procuradores da Nação.

Tanto o Conselho de Estado quanto a Assembléia Constituinte e Legislativa tinham os seus membros escolhidos indiretamente pelos eleitores de província. Como era permitido o voto ao analfabeto, desde que este preenchesse os demais requisitos de participação no corpo eleitoral, o voto não poderia deixar de ser aberto, ou público.

Dissolvida a Assembléia Constituinte, promulgada a Constituição Imperial, instalados a Câmara dos Deputados e o Senado, as eleições continuavam, pela Norma Fundamental nova, a serem feitas de modo indireto, pelos eleitores de província, já decorrentes das eleições primárias. O voto era censitário, com níveis de renda distintos para os eleitores de província, deputados e senadores.

⁶¹ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos...”

Já na República, a Constituição de 1891 estabelecia que a composição da Câmara dos Deputados decorreria de eleição direta, nos Estados e no Distrito Federal, garantida a representação da minoria. O voto não era mais conferido ao analfabeto, nem ao mendigo, entre outras classes. Mas continuava aberto, ou público.

O texto de 1934 passa a adotar o sistema misto, de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal e direto, nos Estados e no Distrito Federal, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais, na forma indicada na Lei, estes escolhidos pela via indireta. O voto do eleitor comum passava a ser secreto, o alistamento e o voto eram obrigatórios para os homens e, no caso do sufrágio feminino, obrigatório apenas quando as mulheres exercessem função pública remunerada. Eram as conquistas da Revolução de 1930, já constantes do Código Eleitoral de 1932.

A eleição dos representantes das categorias profissionais, de empregados e empregadores, divididas em partes iguais para as relativas à lavoura e pecuária, indústria, comércio e transportes. Para a representação das profissões liberais e funcionários públicos, havia um grupo único. Esses grupos eram constituídos de delegados das associações, de empregados e empregadores, eleitos, mediante sufrágio secreto, igual e indireto por graus sucessivos.

Pela Constituição de 1937, a Câmara dos Deputados seria composta de representantes do povo, eleitos indiretamente por um colégio composto pela Câmara dos vereadores, e mais 10 cidadãos, eleitos com os vereadores, diretamente, no mesmo ato eleitoral para a Câmara municipal. Como a Constituição nunca foi aplicada, e tanto as Câmaras de Vereadores quanto a Câmara dos Deputados nunca foram convocadas, nunca houve pleito dessa natureza.

A Lei Constitucional nº 9, de 1945, pouco antes da queda do Ditador, alterou o processo de escolha para a Câmara dos Deputados, que passou a ser composta de representantes eleitos pelo sufrágio direto.

Para a Câmara dos Deputados, da redemocratização de 1946 até os dias de hoje, a eleição sempre foi pela via direta, com pequenas alterações do texto constitucional, sem que fosse modificado o princípio.

8. As eleições para o Senado Federal

A Segunda Câmara, em nível nacional, somente teve sua existência iniciada pela determinação constitucional de 1824. A Assembléia Geral tinha, ao lado da Câmara dos Deputados, a Câmara dos Senadores ou Senado. Os membros desta Casa eram escolhidos em ato complexo, de duas etapas: primeiro, uma eleição indireta em cada uma das províncias; depois, a escolha imperial de um dos nomes dessa lista. Após a *Lei Saraiva*, continuou havendo a eleição da lista tríplice, porém pela via direta. As funções eram exercidas por toda a vida. O número de senadores era correspondente, em cada província, à metade da representação desta na Câmara dos Deputados, com arredondamento, variável, portanto⁶².

Com o advento da República, a Constituição de 1891 modificou composição, o número de representantes e o processo eleitoral dos membros do Senado Federal. A segunda Câmara passou a ser representativa das unidades da Federação, e com número igual de Senadores para todos eles: três senadores por Estado e três pelo Distrito Federal, com mandato de nove anos, sendo cada representação renovável pelo terço, trienalmente, sempre por eleição direta.

Regra semelhante existiu na Constituição de 1934: somente dois senadores por Estado e pelo Distrito Federal, com mandato de oito anos, renovando-se a representação pela metade a cada quatro anos, conjuntamente com a eleição direta para a Câmara dos Deputados.

Excepcionou-se o período da Carta de 1937, pela qual o Conselho Federal seria composto de um representante de cada Estado (mas não do Distrito Federal), eleito indiretamente pela Assembléia Legislativa, com a possibilidade de veto pelo Governador do Estado. A esses se aduziam mais 10 membros de livre nomeação presidencial. Nunca ocorreram as eleições nem as nomeações e o Conselho Federal, como todas as demais casas legislativas, nunca foi instalado.

⁶² Arts. 40 e seguintes da Constituição Imperial: membros vitalícios, escolhidos em eleição provincial (art. 40); representação pela metade do número de deputados, arredondando-se para menor, quando for ímpar o número destes (art. 41), e quando a província tivesse apenas um deputado, mesmo assim daria um senador (art. 42). As eleições preparavam a lista tríplice, da qual o Imperador escolhia o terço (art. 43). Os requisitos de elegibilidade estavam no art. 45: brasileiro, maior de 40 anos, com saber, capacidade e virtudes, e renda de 800\$000 anuais.

Com a volta do regime democrático pela Constituição de 1946, reinstaurou-se o mecanismo de representação de 3 senadores por Estado e pelo Distrito Federal, eleitos diretamente por oito anos, e com a representação renovável por um terço e por dois terços a cada quatro anos.

Essa foi a regra que permaneceu até a Constituição de 1967, quando o Distrito Federal deixou de ter representação na Câmara Alta. O texto da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não alterou a restrição ao Distrito Federal. Mas o processo eleitoral sofreu alteração, com a criação, pela EC-8, de 1977 – *o pacote de abril* – quando sofreu a alteração que permitiu, na renovação por dois terços, que uma das vagas fosse preenchida pela via indireta, pelo colégio eleitoral constituído para a eleição, também indireta, do Governador do Estado: é a figura do *Senador Biônico*.

No texto constitucional vigente, a regra de 1946 foi restaurada: o Senado Federal é composto por 3 representantes de cada Estado e do Distrito Federal, com oito anos de duração de suas funções, e renovação por um terço e por dois terços a cada quatro anos, pela via eleitoral direta.

9. A eleição do Chefe do Executivo Nacional

Os primeiros dirigentes de âmbito geral, no Brasil, foram os Governadores-Gerais, nomeados pela Coroa Lusitana, da lista começada por Tomé de Souza, mais adiante substituídos pelos Vice-Reis. Eram, simplesmente, administradores, com a autoridade conferida pelo Rei de Portugal, sem maior dimensão política na sua atividade.

A vinda da Família Real para o Brasil trouxe a Corte e, com ela, a Rainha de Portugal e de suas colônias d'aquém e d'além-mar, D. Maria I e o Príncipe-Regente, mais tarde coroado Rei, D. João VI, do Reino-Unido de Portugal, Brasil e Algarves. A este sucedeu na administração deste Reino do Brasil o Príncipe-Regente D. Pedro, que, depois de proclamar a Independência, foi coroado Imperador. Em todos estes casos, a investidura tinha origem hereditária e duração vitalícia.

Com a abdicação de D. Pedro I, os negócios do Império passaram às mãos dos Regentes, primeiro os integrantes da Regência Trina Provisória, depois a Regência Trina Permanente. E, logo a seguir, com a modificação

constitucional pelo Ato Adicional, em nome do Imperador, passou a governar o País um Regente⁶³, escolhido em eleição nacional, indireta, pelos eleitores das legislaturas de cada uma das províncias.

Na República, o Governo Provisório presidido pelo Marechal Deodoro da Fonseca foi, de acordo com a Constituição de 1891, substituído pelo Presidente e pelo Vice-Presidente da República, eleitos diretamente pelo povo, por um período de quatro anos, sem reeleição para o período imediato. Houve exceção à regra com a eleição indireta dos Marechais pela Assembléia Constituinte para o primeiro período⁶⁴.

A mudança de 1930 também deu um Governo Provisório chefiado por Getúlio Vargas, que recebeu o poder das mãos de um triunvirato militar que tinha deposto o presidente anterior. Tal Governo Provisório ficou no exercício até a promulgação da Constituição de 1934, sendo substituído pelo presidente eleito indiretamente para o primeiro período, tendo recaído a escolha no mesmo Getúlio Vargas. A regra não contemplava a figura do Vice-Presidente da República.

Em 1937, com o golpe de Estado de 10 de novembro, Getúlio Vargas se manteve no poder, nos termos da Constituição outorgada (a qual igualmente não tinha vice-presidente), até sua deposição em 1945, período em que não houve eleição presidencial. O texto dava ao Presidente um mandato de 6 anos e eleição por um colégio eleitoral composto de votantes oriundos das Câmaras Municipais, do Conselho Nacional de Economia, da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal. Nesta outra Constituição getuliana, igualmente, não existia a figura do vice-presidente da República.

No fim daquele mesmo ano, após o afastamento do Presidente, houve eleição direta

⁶³ A regência una foi exercida pelo paulista Padre Diogo Antonio Feijó e pelo pernambucano Pedro de Araújo Lima.

⁶⁴ A eleição dos Marechais Manoel Deodoro da Fonseca e Floriano Vieira Peixoto, respectivamente para Presidente e Vice-Presidente da República, foi a única que não resultou da voz das urnas.

Todos os demais Presidentes, de Prudente de Moraes a Washington Luís, foram eleitos pela via direta. Nilo Peçanha sucedeu, como vice-presidente, a Afonso Pena, quando do falecimento desse. Delfim Moreira, também vice-presidente, assume o cargo com a morte de Rodrigues Alves no seu segundo mandato, mas a precariedade de seu estado de saúde faz que as tarefas de governo sejam conduzidas pelo Ministro da Viação, Afrânio de Melo Franco. Ficou no cargo até a posse de Epitácio Pessoa, eleito num pleito antecipado para um mandato tampão e quando se encontrava no exterior.

para o Presidente, juntamente com a dos membros da Assembléa Nacional Constituinte.

A Constituição de 1946 restaurou a eleição direta presidencial, diminuindo o período de 6 para 5 anos, com a concordância do General Eurico Dutra, já empossado. A eleição do primeiro Vice-Presidente da República foi indireta, pela Assembléa Constituinte.

A Emenda Constitucional nº 4 – o Ato Adicional parlamentarista – de 1961, estabeleceu que o Presidente da República seria eleito pelo Congresso Nacional. No entanto, essa regra nunca funcionou, foi revogada pela EC-6, de 1963, plebiscito que determinou o retorno ao presidencialismo.

Pelo Ato Institucional de 9 de abril de 1964, a eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República seria realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal, tendo sido eleito o General Castelo Branco. Não se cogitava, então, uma mudança de cunho permanente na norma eleitoral da presidência.

Em 22 de julho seguinte, a EC-9 alterava a regra do art. 81 do texto de 1946 para estabelecer uma eleição presidencial direta, pela maioria absoluta do eleitorado nacional, para um mandato de quatro anos. Não sendo atingida essa maioria, o Congresso Nacional homologaria o nome do mais votado no pleito direto como o novo presidente, pela maioria dos seus membros. Não sendo atingida essa maioria absoluta, seria refeita a eleição direta entre os dois candidatos mais votados. Tal regra nunca chegou a ser aplicada. No entanto, o preceito do § 4º, de que o Vice-Presidente seria considerado eleito em virtude da eleição do candidato a Presidente da República com ele registrado, passou a ser norma que prevaleceu nas mudanças seguintes.

O Ato Institucional nº 2, de 1965, retomou a tese da eleição presidencial indireta, pelo Congresso Nacional, pela maioria absoluta, em sessão pública e votação nominal, sendo inelegível o então Presidente Castelo Branco. Foi eleito por esta regra o General Costa e Silva.

Na Constituição de 1967, a regra passou a determinar a eleição presidencial por um colégio eleitoral, composto dos membros das Casas do Congresso Nacional e de delegados indicados pelas Assembléas Legislativas dos Estados. O sufrágio do colégio eleitoral passava a ser exercido em sessão pública, mediante votação nominal, exigindo-se maioria absoluta de votos para a eleição. E o Vice-Presidente

seria considerado eleito com o Presidente registrado conjuntamente para um mandato quadrienal.

Com a declaração de vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, em função da enfermidade do Presidente Costa e Silva, a eleição para preenchimento destes voltou à competência do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal para um mandato – tampão, de 30 de outubro de 1969 a 15 de março de 1974, ou seja 4 anos e 4 meses e meio, sendo escolhido Presidente o General Emílio Médici.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969 – Constituição de 1969, outorgada pela Junta Militar, fazia a eleição voltar a ser da competência do Colégio Eleitoral, reunido em sessão pública e com votação nominal, para a escolha do Presidente e do Vice-Presidente da República para um mandato de cinco anos. O Colégio Eleitoral seria composto pelos membros do Congresso Nacional e representantes das Assembléas Legislativas dos Estados, escolhidos 3 entre seus membros e mais 1 para cada 500 mil eleitores inscritos no Estado, não podendo nenhuma representação ter menos de 4 delegados, egeria o Presidente por maioria absoluta, considerando-se eleito o vice-presidente com ele registrado, como ocorreu com o General Ernesto Geisel.

Na EC-8, de 1977, foram alterados o período de funções, de cinco para seis anos, e a representação das Assembléas Legislativas, que passava a ser de 3 delegados escolhidos entre seus membros e mais 1 para cada um milhão de habitantes do Estado, não podendo nenhuma representação ter menos de 4 delegados, tendo ocorrido assim a eleição do Presidente João Figueiredo.

Já em 1982, tendo sido revogados os Atos Institucionais e Complementares desde janeiro de 1979 pela EC-11, foi promulgada a EC-22, que, no concernente à eleição presidencial, alterava a composição dos delegados dos Estados, que passavam a ser 6, igualmente, não mais eleitos pela Assembléa Legislativa, mas indicados pela bancada do partido majoritário, entre seus membros. Essa foi a regra que elegeu Tancredo Neves e José Sarney. A súbita enfermidade do Presidente faz que o Vice-Presidente tome posse em 15 de março de 1985, o substitua até o seu falecimento e o suceda em seguida para terminar o mandato de seis anos.

Dois meses depois da posse do Presidente Sarney, o Congresso Nacional aprovou a EC-25,

devolvendo ao povo brasileiro a eleição presidencial pela via direta. Sufrágio universal, voto direto e secreto, maioria absoluta de votos no primeiro turno, maioria simples no segundo e eleição conseqüente do vice-presidente com ele registrado.

A Constituição de 1988 reitera estas disposições, porém reduz o mandato presidencial para 5 anos, com a concordância do Presidente Sarney, e mantém as mesmas regras da eleição direta já proposta pela EC-25:

sufrágio universal, voto direto e secreto, maioria absoluta de votos no primeiro turno, maioria simples no segundo, e eleição conseqüente do vice-presidente com ele registrado. Foi a regra que elegeu o Presidente Fernando Collor e Itamar Franco, para Vice-Presidente. Essa mesma regra elegeu, na época própria, e agora para um período presidencial de 4 anos, conforme a Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 1994, o Presidente Fernando Henrique Cardoso e seu Vice-Presidente Marco Maciel.

Revisão Constitucional

Subsídios para o processo de transformação do Estado brasileiro

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As reformas implantadas. 3. Avaliação. 4. O instituto da revisão. 5. Justificação da proposta de Emenda Revisional. 6. Um texto de emenda oferecido para estudo.

1. Introdução

A Constituição de 1988, ao ser promulgada, estava destinada a ser o último modelo para um Estado do Bem-Estar Social. No fim da década de oitenta, no momento em que outros países estavam se desvencilhando ou já haviam se despojado de seus antiquados aparelhos estatais hipertrofiados, centralizadores, burocratizados, ineficientes e, sobretudo, insuportavelmente dispendiosos, o Brasil, guiado pelos constituintes de 1988, enveredava pela contramão da História. Recebia, então, o País, uma Carta Política longa, casuística e incompletamente negociada por meio de pequenos compromissos recíprocos, fruto de uma generosa dose de utopismo, de uma demagogia auto-intitulada de progressista, de um corporativismo militante dos grupos mais organizados, de um bem intencionado socialismo dos que ainda criam ser possível lograr distribuir riquezas sem produzi-las, do estatismo saudosista dos que não vêem como a sociedade possa prescindir da tutela do Estado, do paternalismo dos que têm o Governo como o munífico provedor de todas as necessidades, do assistencialismo dos que acreditam que a letra da lei converte-se automaticamente em benefícios, do fiscalismo dos despreocupados com as conseqüências desmotivadoras e recessivas das sobrecargas tributárias e, por fim, da xenofobia de tantos que, mesmo por eles fascinados, ainda temem os estrangeiros.

O inevitável resultado da imposição dessa camisa-de-força, versão cisatlântica de constituição dirigente, foi o fortalecimento da estrutura recebida do Estado autocrático que, paradoxalmente, se pretendia despedir, com todo o seu desmedido peso financeiro, confiscatório de quase um terço do produto interno bruto de toda Nação, para dispersá-lo entre mais de cinco mil unidades políticas, num festival burocrático de baixíssimo retorno à sociedade.

Obsoleta para resolver os velhos problemas pendentes, a Constituição de 1988 muito menos havia sido aparelhada para enfrentar os problemas emergentes deste fim de século suscitados pela revolução das comunicações, como a globalização, a competição por mercados, por capitais e por cérebros, a resistência social ao aumento da tributação e o fenômeno do despertar das massas para uma crescente participação política. Toda essa arraigada origem estrutural da ingovernabilidade não pode ser revertida senão por meio de profundas e amplas reformas do Estado brasileiro; isso porque, muito embora o direito, enquanto ordem positiva, pouco possa influir como causa do desenvolvimento, sabe-se, por farta experiência histórica, que é imenso o seu poder inibidor e destrutivo, mormente em países em vias de desenvolvimento, nos quais se registra um abissal descompasso entre o produto nacional, de um lado, e o custo-país, de outro, gerado por tributos escorchantes, por elevados déficits fiscais e por inúmeras prestações onerosas que ficam a cargo do Estado.

Não obstante os propósitos generosos, nos duzentos e quarenta e cinco artigos originais da Carta de 1988, os sistemas político, econômico e social por ela instituídos mostraram-se de tal modo emperrados, arcaicos, ineficientes e frustrantes das expectativas populares, nesses seus oito anos e meio de turbulenta vigência, que basta considerar-se o número de emendas (ou de remendos) promulgadas, vinte e uma ao todo, quase com a média de uma por quadrimestre, para constatar-se inequivocamente sua inadequação originária aos superiores reclamos do desenvolvimento do País, falha que hoje até mesmo seus subscritores em maioria o reconhecem e abertamente o demonstram, sendo os primeiros a pugnar, no Congresso Nacional, por corrigir seus erros.

Ora, instituições políticas, quando são equivocadas, mas rigidamente constitucionalizadas, como as responsáveis pelo delicado equilíbrio entre Poderes, pela repartição

federativa de competências e de receitas tributárias, pela representação eleitoral, pelos serviços e servidores públicos, e tantas outras mais, exacerbam a ingovernabilidade. Do mesmo modo, fragmentos ideológicos supérstites, cristalizados como dispositivos constitucionais, atrasam e dificultam a abertura da economia, obrigando o País a perder um tempo precioso na corrida da competição global. Similarmente, as distintas políticas governamentais, também inflexivelmente constitucionalizadas, que foram imaginadas para os sistemas de educação, saúde, previdência, segurança pública, política urbana, rural e indigenista, não só já se revelaram anacrônicas e falidas como respondem pela crescente e alarmante deterioração de vários serviços prestados à população.

O legislador constitucional, ao que tudo indica, a julgar pelo demonstrado afã de tudo regram nos mínimos detalhes e de reduzir os espaços da legislação infraconstitucional, desconfiava do legislador ordinário e quis assegurar-se de que suas iluminadas opções governativas prevaleceriam resguardadas pelas exigências materiais e formais estabelecidas para o processamento das emendas. Não deixa de ser realmente paradoxal que depois de reconquistadas as franquias democráticas plenas, interrompidas por mais de vinte anos, inclusive com a adoção de novos e promissores instrumentos de participação política, a Constituição se tivesse dedicado a reduzir, ponto por ponto, as oportunidades de utilizá-las em inúmeras questões vitais para os cidadãos, precisamente aquelas que, por sua mutabilidade, são as que mais e permanentemente demandam flexibilidade de respostas governamentais. Não é difícil convir, assim, que Miguel Reale tinha toda razão, em 1986, ainda quando os “Notáveis”, convocados por José Sarney, preparavam o texto matriz onde os constituintes de 1988 foram abeberar-se da doutrina da Constituição dirigente, ao prever que o autoritarismo governativo acabaria sendo substituído pelo *totalitarismo normativo*¹, como resultado de um lamentável conceito elitista e preconceituoso que acabou prevalecendo.

O previsível resultado desse anacronismo – *o estatismo paternalista, patrimonialista,*

¹ REALE, Miguel. Razões de divergência. *Folha de São Paulo*, 29 jun. 1986. p. 3: “...quando o legislador se substitui ao povo, impondo-se normas rígidas e bloqueando o processo da livre construção de seu próprio caminho”.

assistencialista e corporativista – continuaria a prevalecer sobre a racionalidade na execução das políticas públicas, mantido assim, com todo o vigor do velho e falido *Welfare State* durante esses difíceis anos de vigência da “Constituição Cidadã”, e, por isso, ficariam obstadas, por todos os modos elaboradamente amarrados na ordem jurídica, as transformações que a sociedade brasileira vem reclamando manifestamente já em duas eleições presidenciais consecutivas.

Para examinar as reformas implantadas e avaliá-las no contexto amplo do processo de transformação do Estado brasileiro, seguir-se-á o seguinte método: uma apresentação e descrição sucinta das emendas promulgadas no biênio 95/96, com a avaliação preliminar do seu conteúdo e processo; um cotejo do que foi implantado até o momento com as exigências das transformações nos campos político, econômico e social; um estudo da problemática da reforma das Constituições analíticas contemporâneas à luz das doutrinas e das experiências mais recentes e, à guisa de conclusão, uma sugestão de alternativa institucional com vistas a superar as dificuldades, que poderia substituir dezenas de emendas constitucionais por uma apenas.

2. As reformas implantadas

Em agosto de 1995 foram retomadas as reformas constitucionais por via de emendas com um bom ímpeto inicial. O País saía do marasmo e da frustração em matéria de reforma, pois as quatro primeiras emendas constitucionais, promulgadas em 1992 e 1993, haviam tratado de temas políticos de quase nenhum impacto transformativo sobre o Estado, e o mesmo havia ocorrido com as seis emendas de revisão, que só apresentaram um pífio resultado, ao cabo de um processo tão importante, tão debatido e tão aguardado.

As Emendas Constitucionais nºs 5, 6, 7 e 8, distintamente das anteriores, deflagravam realmente o processo de transformação. Com efeito, a E. C. nº 5, de 15 de agosto de 1995, eliminando os monopólios estaduais de exploração de gás canalizado, superava a crônica limitação de recursos dos Estados para custosos investimentos industriais no setor; a E. C. nº 6, de mesma data, abrindo a pesquisa e lavra mineral às empresas brasileiras em geral, sem exigência de capital nacional, passava a atrair investimentos de risco e a formação de *joint ventures* num setor crítico

que vinha em alarmante declínio; a E. C. nº 7, também da mesma data, eliminando restrições xenófobas no transporte marítimo, promovia a competitividade da produção nacional, e a E. C. nº 8, ainda daquela data, pondo fim ao monopólio estatal das telecomunicações, possibilitava a modernização do sistema econômico, além de atrair empresas, capitais e tecnologia de ponta. Três meses depois, no final do ano, a E. C. nº 9, de 9 de novembro de 1995, levava adiante o processo, embora mais timidamente, flexibilizando o monopólio estatal do petróleo, em vez de aboli-lo, como seria de se esperar, mas, ainda assim, dando um passo adiante para modernizar esse setor de lentos avanços na economia nacional.

As três emendas constitucionais que se seguiram, nºs 10, 11 e 12, indicaram uma perda de impulso. A E. C. nº 10, de 4 de março de 1996, criando um Fundo Social de Emergência, em nada contribuiu para a transformação do Estado, tendo, antes, características conjunturais e casuísticas, do mesmo modo que com a E. C. nº 12, de 15 de agosto de 1996, instituindo a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, apenas pretendia-se resolver problema conjuntural e casuístico do Fisco. Em todo o período, somente a E. C. nº 11, de 3 de abril de 1996, possibilitando a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros nas universidades e dando autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica, pode ser considerada como um avanço dado às transformações econômicas e principalmente sociais, ao pôr fim à inacreditável xenofobia científica que nos criava a mais perversa das “cortinas” ideológicas: a cortina da ignorância.

As três últimas emendas constitucionais, de nºs 13, 14 e 15, voltaram a introduzir importantes transformações nos campos econômico, social e político, respectivamente, encerrando o ano de 1996 e o elenco das reformas até a data deste ensaio. A E. C. nº 13, de 22 de agosto de 1996, privatizando o resseguro, foi um importante fator de modernização do setor financeiro. A E. C. nº 14, de 12 de setembro de 1996, destinando racionalmente recursos públicos à grande prioridade nacional da educação, tornou-se o mais importante fator de transformação no campo social. Por fim, a E. C. nº 15, de 13 de setembro de 1996, limitando a alarmante e impatriótica proliferação de municípios, prodigalizada pela demagogia de 1988, submetendo-a à exigência

de lei complementar federal para fixar o período em que as criações, incorporações, fusões e desmembramentos serão possíveis e para realizar prévios estudos de viabilidade municipal, veio somar-se como oportuníssimo instrumento de racionalidade política.

Assim é que, numa avaliação preliminar, pode-se afirmar que das vinte e uma emendas, em total, apenas nove contiveram uma ponderável contribuição para a transformação do Estado brasileiro, mas como se exporá adiante, além de ser um esforço ainda inexpressivo e, no caso de muito delas, tímido em seus resultados, todas demandaram um demorado e extenuante processo político, extremamente desgastante para o Governo e sua maioria parlamentar, e decepcionante para o povo, este sempre à espera de resultados que se procrastinam.

3. Avaliação

Se se considerar que no *campo político* as transformações necessárias passam pela racionalização da Federação, com a eliminação de incontáveis unidades parasitas, sejam Estados ou Municípios (art. 18); com a partilha de competências segundo regras lógicas de subsidiariedade (arts. 21, 22, 23, 24, 25 e 30); com a redefinição adequada de várias competências concorrentes (art. 24); com a reativação dos territórios (art. 33); com a reforma administrativa e da função pública, mas sem sacrifício das necessárias garantias dos servidores (arts. 37 e ss.); com o aperfeiçoamento da representação política pela adoção do voto distrital misto ou sistema equivalente (arts. 44 e ss.); com o aprimoramento da capacidade legiferante do Congresso Nacional por meio de Comissões Legislativas (arts. 48 e ss.); com a redução, por via de consequência, da competência presidencial de editar medidas provisórias com força de lei (art. 62); com a simplificação e participação social no controle financeiro-orçamentário dos entes públicos (arts. 70 e ss.); com a eliminação de órgãos supérfluos (arts. 89 e 91); com a simplificação e racionalização do Poder Judiciário (arts. 92 e ss.); com o reforço e garantia das funções essenciais à justiça (arts. 127 e ss.); com a reestruturação do sistema de segurança pública notoriamente ineficiente (art. 144) e com a simplificação do sistema tributário nacional, reduzindo seu peso sobre o setor produtivo e distribuindo as receitas segundo as reais necessidades de cada nível federativo (arts. 145

e ss.), a agenda reformadora mínima demandaria nada menos que quatorze novas emendas, muitas delas tão extensas ou mais que a E. C. nº 3, a mais extensa das já promulgadas.

Do mesmo modo, se forem consideradas as transformações necessárias no *campo econômico*, deverão ser repensados a presença do Estado na economia (art. 173); os monopólios estatais remanescentes (art. 177); a autonomia do Banco Central e a fixação constitucional das taxas de juros (art. 192), temas que acrescentariam, pelo menos, mais quatro textos ao número acima estimado.

Quanto ao *campo social*, espaço em que a Carta de 1988 mais incursionou para desdobrar-se em dezenas de regras e preceitos de somenos importância, impor-se-ia, numa agenda reformadora mínima do Estado, rever o seu papel na seguridade social, retirando-o da execução para situá-lo na regulação geral e, por certo, na fiscalização (arts. 194 e segs.); desconstitucionalizar o sistema de saúde, adotando as boas regras da subsidiariedade em reforço da atuação das unidades locais e regionais e, tanto quanto possível, das entidades privadas do setor (arts. 196 e segs.); privatizar a Previdência Social, mantendo com o Estado apenas a edição das regras gerais de segurança do sistema e a correspondente fiscalização (arts. 201 e 202); definir e fomentar o ensino privado de interesse público (arts. 209 e segs.) e reexaminar o Estatuto do Índio à luz das desastrosas experiências provocadas pelos excessos utopistas da atual Carta (arts. 231 e 232). Aqui se teria mais um grupo de pelo menos cinco emendas.

A reforma não estaria terminada, porém, sem expungir uma cópia de dispositivos onerosos e vexatórios caracterizadamente corporativistas disseminados nas Disposições Constitucionais Gerais (arts. 233 e segs.), o que poderia se tornar, afinal, o derradeiro e mais exigente teste de patriotismo e de determinação para os legisladores-reformadores, possivelmente ascendendo a mais dez, o número de emendas para tanto necessárias.

A estimativa total de trinta e três textos de emendas à Constituição é, contudo, muito elástica, pois inexistem regras que disciplinem formalmente a abrangência que deveria ter cada uma delas. Essa contagem serve apenas como referencial para que se possa estimar *quantitativamente* o trabalho que se exigiria, daqui para a frente, para completar, por meio do processo reformador que se vale de emendas individuadas, adotado pela Constituição de

1988 em seu art. 60, uma razoável agenda de modernização do Estado brasileiro. Resta óbvio que uma estimativa *qualitativa* e satisfatória desse esforço só poderia vir a crescer ou até a multiplicar esse número, sem contar com o trabalho concomitante ou adicional de desconstitucionalização de diversos temas elevados desnecessariamente ao texto da Lei Maior.

Num cálculo simplista, se vinte e uma emendas levaram oito anos e meio, trinta e três levariam dez anos e meio para estarem terminadas, ou seja, só no ano 2.008 o Brasil teria completado a reforma de que hoje necessita. Na melhor das hipóteses, se se lograsse manter o ritmo alcançado nos dois últimos anos, o que é pouco provável, prevendo-se paralisações em períodos eleitorais e trabalhos de comissões parlamentares de inquérito durante o percurso, poder-se-ia esperar ainda que no ano 2002 o Brasil estivesse enfim preparado para crescer e competir, na plenitude de sua potencialidade, numa sociedade planetária em estágio bem mais avançado de globalização.

Mas para que pudesse ser viável essa hipótese mais favorável, seria necessário que o processo político de tramitação e aprovação das emendas constitucionais não se complicasse politicamente além do que já vem juridicamente dificultado. Com efeito, o processo legislativo de reforma por meio de *emenda*, previsto no art. 60 do corpo permanente da Constituição de 1988, aparentemente, pois pelo menos tem sido assim considerado o único remanescente depois de abortada a oportunidade de reforma por meio de *revisão*, instituída no art. 3º do ADCT, não tem apresentado senão resultados modestos e arrastados, de todo insuficientes para devolver governabilidade ao País e, o que é politicamente relevante, quase sempre acompanhado de um grande desgaste político para o Governo, que patrocina as reformas, e de decepção para o povo, que continua cobrando resultados.

Parece, por isso, cada vez mais evidente que essa promulgação de emendas constitucionais no varejo, fragmentadas, segmentadas, em certas ocasiões desfiguradas, pensamente votadas em quatro turnos, em arrastados procedimentos bicamerais, exigindo três quintos dos votos em cada Casa Legislativa, tem um preço político extraordinariamente alto para o País. Todavia, no ensinamento da teoria constitucional clássica, se as reformas na Carta só podem ser realizadas obedecendo às limitações materiais e formais nela própria previstas, uma das quais é a observância do

processo ou dos processos de reforma admitidos, a solução há de ser buscada em seu próprio texto (explícita) ou a partir dele construída (implícita), pois não é admissível que a nacionalidade seja suicida nem que a Constituição possa ser seu túmulo.

De pouco valerá termos logrado a “abertura” política se tivermos que nos sujeitar a um permanente “fechamento” constitucional. O impasse que vem dificultando e, se prosseguir, pode obstar a reforma do Estado brasileiro, deve, portanto, ser juspoliticamente superado, na linha e do mesmo modo que se fez ao convocar o povo, soberano nas democracias, pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, ou seja, *sem ruptura política da ordem jurídica vigente*.

4. O instituto da revisão

As Constituições, leis fundamentais dotadas de supremacia normativa sobre todas as demais, são tradicionalmente classificadas em *sintéticas* e *analíticas*; aquelas, limitando-se a estabelecer os princípios e preceitos essenciais à organização do Estado, à declaração de liberdades e definição de direitos individuais e coletivos e a traçar as linhas programáticas para a ação do Estado, da sociedade ou de ambos², e estas, as analíticas, a desenvolver mais pormenorizadamente cada um desses conjuntos de normas.

Mais recentemente, os textos constitucionais passaram a receber toda espécie de normas que neles quisessem inserir os seus autores, definindo, por vezes à exaustão, quando não redundantemente, preceitos sobre quaisquer matérias, até mesmo as que sempre foram tratadas em nível regulamentar.

Por outro lado, observou-se também, na década de setenta, uma sobrevalorização do componente ideológico-programático, traduzida na inserção, no Texto Maior, de inúmeras e detalhadas definições de políticas governamentais destinadas a *dirigir* os futuros poderes constituídos, ou seja, estabelecer “tarefas de Estado”, na expressão de J. J. Gomes Canotilho³.

² Adotou-se a precisa classificação tripartite de Luis Roberto Barroso, em *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Renovar, 1990. p. 84-85.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 4, n. 15, p. 11, abr./jun. 1996.

A tipologia clássica tornou-se, assim, insuficiente para explicar esses novos modelos, mas enquanto apenas o excesso de detalhes já basta para descrever uma *Constituição casuística*, pois ela seria uma patologia do analítico, e como tal não encontra defensores, a regulação detalhista “autoritária” e “intervencionista”⁴ caracterizadora da *Constituição dirigente*, fez escola e lançou suas raízes no ultramar, na Carta brasileira de 1988.

Necessariamente, essas variações teriam de repercutir sobre uma outra tradicional classificação dicotômica, entre Constituições *rígidas* e *flexíveis*, uma vez que a rigidez se compatibiliza sem dificuldades com os modelos sintéticos, mas não tão facilmente com os modelos analíticos. Essa incompatibilidade é que acabou se tornando aguda e problemática na medida em que proliferavam os modelos casuísticos e dirigentes, uma vez que por meio deles um sem-número de exemplos de decisionismo constitucional acabaram protegidos por cláusulas pétreas, explícitas ou implícitas.

Confrontadas, de um lado, com a necessidade política de serem alteradas e, de outro, com o hibridismo antagônico *rígido-analítico*, formalmente implantado, explícita ou implicitamente, as Constituições contemporâneas desse tipo, como a brasileira de 1988, podem suscitar dramáticos dilemas políticos que oscilarão entre a obediência a esquemas inflexíveis de reforma, com o risco de aluir seus fundamentos de legitimidade com o rompimento formal do sistema e todos os inconvenientes de insegurança jurídica decorrentes, e a busca de soluções criativas além da ortodoxia positivista, como de fato vem ocorrendo e a seguir se exporá.

A doutrina clássica teve sempre por semelhantes os processos de reforma constitucional, tanto o ordinário, por via de *revisão*, quanto o extraordinário, por via de *emenda*, às chamadas *cláusulas pétreas*, considerando-os implicitamente imodificáveis. Mas, mesmo no passado, quando o princípio democrático era mais tênue que hoje e a forma da *democracia representativa* era plenamente dominante, essa *cláusula pétrea implícita*, seja limitadora do poder reformador competente, seja restritiva do tipo de procedimento a ser por ele seguido, já recebia temperamentos. Foi o que ocorreu no importante precedente histórico da Lei Constitucional francesa, de 3 de junho de 1958, que inovou regras de *reforma constitucional*

⁴ Ibidem, p. 9.

na Constituição de 1946 para transferir o poder constituinte derivado a Charles de Gaulle, submetendo-a a referendo popular legitimatório, uma formalidade distintiva da *democracia participativa* que começava sua trajetória ascensional no segundo pós-guerra⁵.

Mais recentemente, outro caso de moderação na interpretação do rigor formal de cláusulas pétreas no Direito Constitucional contemporâneo, em hipótese de Carta ainda mais analítica e de mais forte sentido dirigente, por sinal reputada como um dos modelos mais proximamente seguidos pelo constituinte brasileiro de 1988, deu-se com a segunda revisão da Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976.

A primeira revisão constitucional (Lei Constitucional nº 1/1982) já havia sido considerada por seus comentaristas “extensa” e, em alguns domínios “profunda” mas, apesar disso, não teria chegado a lesar “a essência da Constituição” e nem romper “com a ordem constitucional originária”, expressões que guardam sinonímia com o conceito auto-poietico, também moderníssimo, de *identidade constitucional*.

A segunda revisão constitucional (Lei Constitucional nº 1/89), porém, eliminou algumas cláusulas pétreas, com o sentido de possibilitar no futuro a reforma das matérias constitucionais que haviam sido por elas protegidas, mas, não obstante esse surpreendente rompimento da velha ortodoxia teórica, seus abalizados e insuspeitos comentaristas, como J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, concluíram com acerto que “globalmente considerada, portanto, a revisão não se traduziu numa solução de continuidade constitucional”⁶. Na verdade, essa construção doutrinária tinha o mérito de conciliar o pleno ingresso de Portugal na Comunidade Européia sem rompimento de sua ordem jurídica.

O problema passou a se situar, assim, não no *valor absoluto* de qualquer cláusula pétrea, explícita ou implícita que seja, mas na verificação da possibilidade de encontrar-se

⁵ Tem-se, com efeito, como um dos traços marcantes do direito público neste final de século, a pressão popular por maior participação política em todos os processos do poder, na legiferação, na administração e na jurisdição. A respeito, nossa monografia *Direito da participação política*. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Ed. 1991. p. 291.

uma forma legítima de evolução que preserve a identidade constitucional originária. Em outras palavras: o conceito de rigidez evolui para passar a ser entendida como uma *técnica substantiva de estabilidade* voltada à manutenção dessa identidade, necessariamente com *sentido material*, seja este um valor autônomo, da própria Constituição, seja ele heterônomo, que se impõe por fora ou por cima dela, *excluindo-se, assim, os limites meramente formais, que não portam valores e, por isso, não apresentam referencial direto com a legitimidade.*

Concluindo a apreciação da questão da *dupla revisão*, Canotilho e Vital Moreira tampouco vêm obstáculo jurídico intransponível nos limites formais implícitos, ou seja, nos que não estão mencionados no próprio sistema de revisão⁷.

No mesmo sentido manifesta-se na doutrina italiana Enrico Spagna Musso, afirmando que “se num determinado ordenamento estatal está previsto um processo de revisão constitucional sem a explícita previsão de limites à própria revisão, não se pode sustentar a existência de *limites implícitos* em relação a dadas matérias”⁸.

No Brasil, tampouco, na experiência constitucional recente, a existência de limites formais implícitos de reforma, no caso pela via de emenda, foi invocada como impedimento para que se promulgasse a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que transformou o Congresso Nacional constituído, em Assembléia Nacional Constituinte “livre e soberana”⁹, ou seja, *sem submissão a quaisquer tipos de limites instituídos*, como também se exigia na tradição doutrinária nacional¹⁰.

Mas a despeito da doutrina contrariada, nenhuma violação de limites implícitos chegou a ser verberada, nem mesmo sob a pesada suspeita de ilegitimidade do Congresso

⁷ Ibidem, p. 300.

⁸ MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto Costituzionale*. 4. ed. Pádua : CEDAM, 1992. p. 121 (n/grifo).

⁹ A expressão entre aspas está no art. 1º da Emenda n. 26/85.

¹⁰ José Afonso da Silva, por exemplo, apoiando-se na excelente monografia de Nelson de Souza Sampaio, *O Poder de Reforma Constitucional*. Salvador : Progresso, 1954. p. 93, tem como excluídas do alcance de uma emenda as normas constitucionais referentes à titularidade do poder reformador e ao processo da própria emenda ou revisão.

Nacional, então composto por senadores desprovidos de investidura democrática pelo voto popular, nem mesmo, ainda, pelo ponderável argumento de que seria imprescindível para legitimar o processo que se o culminasse com um referendo, como foi brilhantemente sustentado pelo saudoso jurista Geraldo Ataliba e por Michel Temer¹¹.

Com efeito, as clássicas concepções formalistas e juspositivistas do fenômeno constitucional, como avivam os exemplos assinalados, parecem ter ficado superadas, com o advento de novas vertentes teórico-dogmáticas que se mostraram mais adequadas ao que hoje se espera de uma Constituição: menos comprometida com a manutenção do *status quo*, mais aberta a valores e, sobretudo, mais efetiva para garantir a estabilidade política que todos os povos almejam.

Com a ênfase axiológica, porém, não se está procurando, para escapar ao *legalismo*, retornar à *ordem de valores (Wertordnung)* weimariana, com suas referências antropológicas e metafísicas reminiscentes de um romantismo tardio, mas, ao contrário, avançar para uma reconstrução dos valores democráticos fundantes (*Grundwerte*) sob formas jurídicas (*Grundrechte*) na formulação do que se tem denominado apropriadamente de um “constitucionalismo adequado”¹², para que não nos perguntemos, afinal, como Dworkin, “se o Direito Constitucional não foi construído sobre um erro”¹³.

Os valores, porém, enquanto conceitos antro-axiológicos, recebem codificação para ingressar no mundo do direito e nele vir a estruturar os *sistemas jurídicos* por meio da destilação e da *organização* nuclear de um centro de identidade constitucional formado por *princípios*, estando aqui, para Robert Alexy, a distinção fundamental entre ambos, valores e princípios, a partir da qual se abre uma nova e ampliada compreensão da Constituição como um *sistema aberto de preceitos e princípios*¹⁴, em que a atividade *subsuntiva* e silogística, própria da visão piramidal kelseniana, conducente ao unidimensionalismo jurídico,

¹¹ Apud PRADO. *Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988*. São paulo : Ed. Inconfidentes, 1994. p. 25.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra :Ed. Almedina, 1991, 5. ed., p. 174.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge : Belknap Press, 1986, em epígrafe ao Cap. 10.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*. Baden-Baden, 1985. p. 133.

cede à atividade *ponderativa* e razoabilística, mais harmônica com a visão autopoietica teubneriana, e, por isso mesmo, conducente ao circularismo auto-reflexivo do direito¹⁵.

Observe-se, porém, que o enclausuramento autopoietico situa-se no plano puramente normativo, da *organização*, onde se desenvolve o processo jurídico, ao passo que a *estrutura*, que sobre ela historicamente se desenvolve, abre-se para receber os influxos externos, daí a referência à obra de Niklas Luhmann, para quem o sistema jurídico é normativamente fechado e cognitivamente aberto¹⁶.

Ao contexto cede o texto, de modo que, desde que não haja desfiguramento da identidade reflexiva da Constituição, permanecendo intocados e até mesmo *reforçados*¹⁷ e revivificados os *limites expressos* substantivos, ou seja, aqueles que revelam valores e respectivos princípios fundantes, a reforma constitucional, agora pensando na Carta brasileira de 1988, pode ser eficientemente realizada estendendo o instituto da *revisão* do corpo transitório, onde parece restar inoperante, para o corpo permanente da Constituição, combinando-a com o emprego do princípio legitimatório fundante do *referendo*, como condição de vigência.

5. Justificação da proposta de Emenda Revisional

A Constituição de 1988 distinguiu e adotou os dois tipos de reforma usuais no constitucionalismo contemporâneo: a *revisão* e a *emenda*, prevendo-lhes processos distintos. Conferiu-se à emenda um sentido casuístico, pontual e extraordinário, mas permanente (art. 60), ao passo que à revisão deu um sentido amplo e obrigatório, não, porém, ordinário e permanente (art. 3º do ADCT).

Observe-se, ainda aqui, uma outra estranhável preocupação elitista do constituinte

¹⁵ João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, em preciosa monografia, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra Ed. 1995, considerando a tese do “constitucionalismo adequado”, chama a atenção para o fato de que a *ponderação* não exclui a *motivação*, uma vez que a *descoberta*, por aquela produzida, tem de dar lugar à *justificação*, pois a *racionalidade é a pedra angular do trabalho jurídico* (p. 172).

¹⁶ Apud LOUREIRO, *op. cit.*, p.173-174.

¹⁷ Como é o caso do que adiante se propõe com relação aos direitos adquiridos, hoje tempestuosamente subsumidos no inciso IV, do § 4º, da Constituição.

originário, ao negar o caráter ordinário da revisão, tal como é encontrada nas Cartas contemporâneas analíticas tomadas em tantos outros casos como modelo, para reduzi-la a uma utilização singular e excepcional. Não obstante, imagine-se como compensação, tornou-a *mandatória*, ou seja, não deixou sua *realização* ao alvedrio do Congresso¹⁸.

Por ocasião da efetivação da revisão prevista, nas circunstâncias políticas sobejamente conhecidas, o Congresso Revisor decidiu porém se autolimitar, fixando-se um *prazo* peremptório para concluir os trabalhos. Com esse expediente, estava criada uma subordinação indevida de um comando *substantivo* de nível constitucional para *realizar* a revisão, a um limite temporal, um comando *formal*, de hierarquia regulamentar (*interna corporis*), o que levou ao prematuro encerramento do processo revisor sem que se houvesse esgotado, pelo menos, a pauta da Relatoria, que já tinha sido, por sua vez, minimizada com o intuito de atender ao referido prazo.

É, portanto, perfeitamente sustentável que a *revisão determinada* pelo constituinte original *não chegou a ser realizada*, pelo menos com o sentido e abrangência por ele previstos, que não poderiam ser considerados atendidos com a promulgação das discretas seis “emendas de revisão” produzidas, quase todas de relativa pouca importância diante de um contexto total de 318 artigos a serem revistos, sendo 245 permanentes e 73 transitórios. Afinal, o objetivo revisional só poderia ter sido o de proceder-se a uma ampla reapreciação de todo o texto, como é do próprio conceito do instituto, e não ter sido adotado para produzir meia dúzia de emendas singulares, diferenciadas das demais apenas pelo rito.

Posto isso, pode-se retirar duas premissas que ora se submetem como justificação de uma *proposta para instituir a revisão como espécie de reforma constitucional em caráter ordinário, permanente e periódico*: primeiro, não se trata de um instituto estranho ao direito constitucional positivo brasileiro vigente e, segundo, o seu comando original, por não ter sido esgotada a sua destinação, permanece eficaz, apto para que se reabra a sua execução, não obstante prematuramente interrompida.

¹⁸ A expressão do art. 3º do ADCT é inequívoca neste sentido: “A revisão constitucional *será* realizada após cinco anos...” (n/grifo); não existe faculdade de realizá-la ou não; apenas se fixou um interregno mínimo para concretizá-la.

Uma emenda constitucional neste sentido, além de resgatar a vontade do constituinte originário, lesada em 1994, estaria perfeitamente harmônica com o entendimento que se vem emprestando aos conceitos de limites, como acima se expôs, tornando perfeitamente válida e apropriada essa transposição do instituto para o corpo permanente da Constituição, sempre que respeitadas as condições de *oportunidade* (art. 60, § 1º) e de *conteúdo* (art. 60, § 4º) já estabelecidas para o processo das emendas.

Com efeito, inexistirá qualquer limite implícito formal oponível se, como tem aceito a doutrina, se agravarem, em relação ao disposto originalmente, as formalidades exigidas para a reforma; o que poderá ser atendido submetendo-se a revisão, uma vez concluída, ao *referendo* popular, que, por sua vez, tampouco é um instituto estranho ao ordenamento constitucional de 1988, incluindo-se, por sinal, na competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, XV), embora, como demonstra recente e bem conduzido estudo de direito comparado, encontre-se ainda muito acanhado, com amplíssimo espaço juspolítico para desenvolver-se¹⁹.

Restaria a definição do *órgão revisor*. Aqui tampouco levanta-se um limite implícito oponível, principalmente se a escolha recair numa *convocação popular* para a eleição de uma Constituinte Nacional Revisora *exclusiva*. Esse alvitre teria três vantagens indiscutíveis; pela ordem de importância: não paralisaria os trabalhos da legislatura ordinária, não se poderia acoirar a classe política de legislar em causa própria e se estaria reforçando a legitimidade de todo o processo, além de possibilitar, periodicamente, uma utilíssima consolidação constitucional.

A revisão se incorporaria ao Texto permanente como um tipo ordinário e mais amplo, porém formalmente mais exigente de reforma,

¹⁹ V. de ADRIAN SGARBI, O Referendo no Brasil, Itália e Suíça : uma análise comparativa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 4, n. 16, p. 142-158, jul./set. 1996, dos quais se extrai a seguinte conclusão: “2. O referendo, como instrumento de participação *ex populo*, é importante fonte de legitimação da esfera política, pois pode desempenhar o papel de colmatar eventual ruptura entre representantes e representados, ao mesmo tempo que transforma o cidadão, de mero espectador, em sujeito das relações sociais decisórias, trazendo-o ao exercício da democracia”. (p. 156).

conjugada ao *referendo*, inaugurando-se destarte uma nova etapa do desenvolvimento do direito político no Brasil. Em última análise, o rompimento do impasse político na transformação do Estado brasileiro se faria pelo recurso democrático ao detentor do poder soberano, absolutamente na mais elevada linha principiológica sacralizada nos próprios dispositivos fundamentais da Constituição²⁰.

Desse modo, o povo, que não foi consultado nem para a convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, esquecido pela Emenda Constitucional nº 26/85, nem para ratificar o produto de seu trabalho, nem para apreciar o simulacro de revisão que o surpreendeu e o vexou em 1994, teria enfim a oportunidade de ser chamado para decidir não apenas *por quem quer ser governado*, prerrogativa da democracia representativa, mas *como quer ser governado*, conquista da democracia participativa²¹. Afinal não há razão alguma, ao contrário, sobejam, para que não se devolva ao povo, o soberano nas democracias, neste final de século e de milênio, o direito de decidir sem intermediários sobre o seu futuro.

A comemoração do primeiro decênio da Constituição de 1988 não poderia ser mais apropriada e mais democrática que pela devolução ao povo, em caráter permanente e periódico, da mais ampla decisão sobre seus destinos. Como tantas vezes ocorreu na história dos povos, o referendo viria como solução áurea para romper antigos impasses políticos, renovar as relações entre os Poderes do Estado, ao mesmo tempo que se estaria queimando angustiantes etapas formais que ainda nos estão separando de uma era de desenvolvimento sustentado que nos inserirá na sociedade global, em intenso processo de integração política, econômica, social, científica, tecnológica, artística e cultural, tudo com a necessária e sempre aspirada *estabilidade constitucional*: a permanência do essencial pela transformação do acidental.

De resto, se a Carta de 1988 se assentou sobre premissas que se revelaram falazes, utópicas e ilusórias, possivelmente porque a

²⁰ Art. 1º, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição. (n/ grifo).

²¹ A referência é à conhecida indagação de Jean Rivero no estudo *À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration*, em *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris : Dalloz, 1965. p. 827.

participação popular foi então canalizada por segmentos militantes e vozes corporativas, cabe agora à sociedade, como um todo, imprimir o realinhamento que deseja para o Estado nos próximos dez anos e assim sucessivamente, porque o ritmo de suas transformações será previsivelmente cada vez mais acelerado e a política, parafraseando Clemenceau, é demasiado importante para ser entregue apenas a políticos.

6. Um texto de emenda oferecido para estudo

A Emenda que se proporia, à guisa de conclusão deste trabalho, consolidando e dando corpo a suas conclusões, seria *substitutiva* do atual art. 60, que conforma a subseção intitulada *Da Emenda à Constituição*, fundindo e tratando num único e novo artigo, para evitar a renumeração de toda a Carta, os dois tipos de reforma: a revisão e a emenda.

Proposta de emenda

“Art. 1º O art. 60 da Constituição passa a ter a seguinte redação:

“Art. 60. A Constituição poderá ser reformada ordinariamente a cada dez anos de vigência, por revisão, ou, extraordinariamente, a qualquer tempo, por emenda, mediante proposta:²²

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros²³.

§ 1º A Constituição não poderá ser reformada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio²⁴.

§ 2º Não será objeto de deliberação a proposta de reforma 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;

²² A redação do *caput* distingue e caracteriza as duas modalidades de reforma.

²³ O três incisos foram mantidos *ipsis litteris*.

²⁴ Mantida a redação do atual parágrafo primeiro substituindo-se “emendada” por “reformada”.

V – os direitos adquiridos²⁵.

§ 3º A revisão será processada e votada por uma Assembléia Nacional Revisora, convocada especialmente para este efeito, constituída de representantes do povo eleitos pelos colégios eleitorais dos Estados e do Distrito Federal, observada a rigorosa proporção ao número de habitantes do País.

§ 4º Os membros da Assembléia Nacional Revisora ficarão impedidos de concorrer a mandatos eletivos nos dez anos subsequentes ao encerramento dos trabalhos, salvo para uma nova revisão.

§ 5º O texto revisto e consolidado da Constituição será promulgado pela Mesa da Assembléia Nacional Revisora e submetido a referendo popular como condição de vigência.

§ 6º Lei complementar disporá sobre a convocação da Assembléia Nacional Revisora, o número e as condições de elegibilidade de seus membros, o desenvolvimento de seus trabalhos e sobre o referendo popular legitimatório.

§ 7º A proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros²⁶.

§ 8º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respetivo número de ordem²⁷.

§ 9º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.²⁸”

Art. 2º A Subseção II, da Seção VIII, do Capítulo I, do Título IV, denominada ‘Da Emenda à Constituição’, passa a intitular-se ‘Da Reforma da Constituição’.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. Brasília,...

²⁵ Mantida a redação do atual parágrafo quarto, substituindo-se “emenda” por “reforma” e acrescentando, para que não parem dúvidas quanto ao alcance do inciso IV, um quinto inciso específico para o resguardo dos direitos adquiridos em qualquer caso de reforma.

²⁶ Mantido o atual parágrafo segundo, referido ao instituto da emenda.

²⁷ Mantido o atual parágrafo terceiro.

²⁸ Mantido o atual parágrafo quinto.

Por derradeiro, mas não com menor importância, a incorporação do instituto da revisão ao corpo permanente do texto constitucional traria benéficos efeitos sobre a nacionalidade ao ensejar, a cada dez anos, um amplo debate sobre valores, instituições políticas e rumos programáticos para o País, levando o povo a assumir, cada vez mais, a responsabilidade de escolher seu futuro, desvencilhando-se da tutela elitista e tantas vezes preconceituosa que sempre se arrogou o

direito de impor-lhe a vontade, produzindo-se, regular e periodicamente, um magno evento político capaz de polarizar a vontade nacional em torno de um *projeto nacional de consenso*, escolhido e não “outorgado”, aumentando, com isso, as probabilidades de êxito das políticas públicas que dele se derivem²⁹.

Afinal, não há porque temer ouvir a voz do povo, em última análise, destinatário, mas também origem, tanto da *legitimidade* quanto da *segurança jurídica*.

²⁹ Roland Pennock, numa síntese das razões pelas quais advoga a intensificação da participação política, refere-se à maior aceitabilidade e, portanto, ao mais fácil e fiel cumprimento das decisões de governo (*Democratical political theory*, Princeton : University Press, 1979. p. 261).

O fundamento da proteção possessória

CARLOS DAVID S. AARÃO REIS

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O problema do fundamento da proteção possessória.* 3. *As concepções de Savigny e de Jhering.* 4. *Apreciação crítica.* 5. *A proteção da posse e a Friedensteintheorie.*

1. Introdução

Freqüentemente, o estudo da posse tem sido dominado por uma atitude de pessimismo, quase fatalista, iniciando-se por advertências a respeito dos inúmeros obstáculos, aparentemente insuperáveis, que oferece.

Afirma Ruggiero, por exemplo, ser

“o conceito de posse [.....] aquele em volta do qual mais se cansaram, em todos os tempos, as mentalidades dos juristas; não há doutrina que, mais do que esta, apresente dificuldades em todos os seus pontos, a começar nas que respeitam às suas origens históricas, ao fundamento racional de sua proteção, à própria terminologia, e assim por diante, até a sua construção teórica, aos elementos que a compõem, ao objeto, aos efeitos, aos modos como se adquire e se perde”¹.

No mesmo tom, inicia Stolfi a sua obra: segundo ele,

“um dos temas mais tormentosos e difíceis da dogmática é sem dúvida a posse, o que deriva substancialmente de duas causas principais. Em primeiro lugar, a diversidade dos conceitos que dela tiveram os vários legisladores: a

Carlos David S. Aarão Reis é Juiz Federal (aposentado)

¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Tradução Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 2, p. 597/598: Direitos de família, direitos reais e posse.

posse do Direito Romano é bem diversa daquela acolhida no Direito Canônico e daquela dos códigos modernos. Em segundo lugar, seja em razão de tal diversidade, seja porque as fontes romanas são amiúde contraditórias, seja porque os escritores quiseram fazer metafísica, mais que ocupar-se da interpretação das normas positivas, produziu-se uma variedade de doutrinas, tão complexas como conspícuas, que certamente não contribuíram para pôr ordem na matéria”².

Os juristas italianos mencionados escreveram no século XX, mas esse comportamento já era corrente no final do século XVIII e inícios do século XIX. Por isso, ao começar sua célebre monografia, Savigny lembra que os autores, ao se ocuparem da posse, começam geralmente por se queixar das dificuldades extremas apresentadas por essa matéria; alguns estão de boa-fé e perdem completamente a coragem; na maioria, acrescenta (não sem uma dose de ironia), é apenas um elogio antecipado de seu trabalho³.

Certamente, a posse é uma das questões mais árduas e trabalhosas do Direito Civil. Seria até temerário insinuar tratar-se de um assunto trivial, a ser resolvido com algumas considerações ligeiras. Tanto que um escritor alemão a ela atribuía um caráter quase de adivinhação, um “enigma insolúvel” (*unlösbares Rätsel*), escrevendo que o problema do *animus possidendi* lhe parecia tão insolúvel como a quadratura do círculo⁴. Mas, por um lado, não existem problemas científicos fáceis e, por outro, as dificuldades suscitadas pelo tema decorrem, em parte, da inclusão no seu estudo de noções estranhas ao Direito Civil propriamente dito.

Basta lembrar que a análise da proteção possessória judicial, a discussão sobre as ações ou interditos possessórios e seu procedimento, situa-se mais no âmbito do Direito Processual⁵.

² STOLFI, Nicola. *Il possesso e la proprietà*. Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926. p. 1-4.

³ SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la possession en droit romain*. Traduit par Henri Staedtler sur la 7. ed. originale. 3. ed. rev. et corr. Bruxelles : Bruylant-Christophe, 1879. p. 1-2.

⁴ MEISCHNER apud FINZI, Enrico. *Il Possesso dei Diritti*. Ristampa della prima edizione. Milano : Giuffrè, 1968. p. 23 e nota 8.

⁵ O Código Civil continha disposições processuais a respeito dos interditos possessórios, mas isso se explica pela situação constitucional da época. A

Sobretudo, as teorias mais conhecidas sobre posse, as de Savigny e de Jhering, provavelmente as concepções mais difundidas entre todas de Direito Civil, foram elaboradas com fundamento no Direito Romano. Ambos os civilistas escreveram no século XIX e, à época, o Direito Romano era Direito Comum na Alemanha, em virtude da Recepção ocorrida nos séculos XV e XVI⁶.

Mencione-se, ainda, que a disciplina da posse nos códigos civis atuais resulta de uma longa evolução histórica. Aos elementos de Direito Romano, juntaram-se os de Direito Canônico e de Direito Germânico, no qual a *Gewere* era conceito correspondente à *possessio* romana, mas não exatamente igual, com traços peculiares. O Direito da Posse atual, escreve Heinrich Mitteis, continua sendo uma mistura de idéias jurídicas romanas e alemãs, na qual preponderam as últimas⁷.

Constituição de 1891, vigente na ocasião da entrada em vigor do Código, atribuía às unidades da Federação o poder de legislar sobre matéria processual (art. 34, 23º). Dada a necessidade de manter alguma uniformidade na disciplina da proteção judicial possessória, algumas regras a ela relativas constavam da legislação civil, federal.

⁶ O Direito Romano vigia na Alemanha como Direito subsidiário (v. WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Afl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. 2. Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906. Aalen : Scientia, 1984. v. 1, p. 5, § 2º), constituindo a base comum da ciência jurídica alemã. Sobre a Recepção, v. BELOW, Georg von. *Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland*. Neudruck der Ausgabe München 1905. Aalen : Scientia, 1964; KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Traducción Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid : Rev. de Derecho Privado, 1955. p. 217 e seg.; DAHM, Georg. *Zur Rezeption des römisch-italienischen Rechts*. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960 e WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Tradução A.M. Botelho Hespánha. Lisboa : Gulbekian, 1980. p. 97 e seg.

⁷ MITTEIS, Heinrich, LIEBERICH, Heinz. *Deutsches Privatrecht* : ein Studienbuch. Neubearbeitet von Heinz Lieberich. 5. durchgesehene und ergänzte Afl. München : C.H. Beck, 1968. p. 76, cap. 26. Ao se referir a idéias jurídicas alemãs, quer o autor mencionar as do Direito Germânico, não do Direito Positivo alemão. No mesmo sentido, FUNAIOLI, Carlo Alberto. *La Tradizione*. Padova : CEDAM, 1942. p. 117: “Norme di origine romana e conquiste della pratica intermedia, di fronte ai nuovi bisogni, e influssi germanici e canonistici si sovrappongo nel possesso moderno”. Sobre a *Gewere*, a cujo respeito existe uma imensa

Apesar dos obstáculos ou mesmo por sua causa, a posse tornou-se um dos conceitos mais dissecados do Direito Civil. Mesmo assim, seu exame sempre pode oferecer aspectos novos, desenvolvendo-se as noções já investigadas. Tal como os estudos históricos, aos quais se referia Savigny, questões científicas, dignas deste nome, não se deixam esgotar nem resolver de uma maneira definitiva, até o ponto em que não seja possível nenhum progresso, nem em mil anos⁸.

2. O problema do fundamento da proteção possessória

A posse sobre uma coisa é juridicamente protegida com abstração de seu fundamento, independentemente de qualquer relação jurídica ou direito subjetivo. Ao se defender a posse, não se indaga do título do possuidor, da razão de ser de sua posição, ela é protegida em si mesma e por si mesma.

“Este estado de fato pode ou não corresponder a um direito da pessoa que exerce o poder sobre a coisa; é tomado em consideração só por si e, sob determinadas condições, é por um lado tutelado pelo ordenamento jurídico e produz, por outro lado, efeitos vários [.....] a relação em que o homem está com as coisas do mundo externo destinadas a satisfazer suas necessidades pode conceber-se por dois modos substancialmente diversos: a) como uma relação de poder geral ou particular, juridicamente regulamentado [.....] b) ou como uma relação meramente de fato, na qual o homem se aproveita, no todo ou em parte, da coisa posta sob seu poder, e que é protegido em si e por si, indepen-

dentemente da legitimidade objetiva daquele poder [.....]”, nas palavras de Ruggiero⁹.

Dito de outra maneira, a proteção possessória é conferida indistintamente a qualquer possuidor, sendo irrelevante sua qualificação jurídica; protege-se o proprietário e o ladrão, o locatário e o usurpador.

Tais afirmativas merecem reflexão porque, aparentemente, uma está em contradição com a outra. Como proteger, simultaneamente, o titular de um direito e seu violador? Na indagação de Jhering,

“[.....] como o Direito, que condena o roubo e o furto, pode reconhecer e proteger seus frutos na pessoa de seus autores? Não significará isso promover e aprovar de um lado o que repele e persegue do outro?”¹⁰.

Não parecerá que a mão direita não sabe o que faz a mão esquerda?¹¹ Objeto das mais vivas controvérsias, tema considerado por vezes filosófico e não jurídico, no particular Jhering estava certo, ao afirmar não ser

“o interesse da questão de modo nenhum meramente jurídico-filosófico ou de índole legislativo-política, como poder-se-ia estar inclinado a acreditar à primeira vista. (Ela tem) uma importância dogmática considerável e, espero demonstrar adiante, que não apenas a correta compreensão da teoria romana da posse depende inteiramente da resposta certa à questão, mas também que ela mesma conduz a resultados práticos”¹².

Com efeito, mesmo abstraindo-se esta conseqüência, sem o entendimento da razão de

bibliografia, v. entre outros, o escritor alemão citado, PLANITZ, Hans. *Principios de Derecho Privado Germanico* = Grundzüge des Deutschen Privatrechts. Traducción Carlos Melon Infante. Barcelona : Bosch, 1957. p. 154-161 e 180-181; AMIRA, Karl von , ECKHARDT, Karl August. *Germanisches Recht*. 4. Afl. ergänzt von Karl August Eckhardt. Berlin : Walter De Gruyter, 1967. v. 2, p. 105, § 40 e HÜBNER, Rudolf. *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*. 3. durchgesehene Afl. Leipzig : A. Deichert, 1919. p. 162-181, §§ 28 e 29, p. 351-353, § 57. V. Também ALVES, J.C. Moreira. *Posse* : introdução histórica. Rio de Janeiro : Forense, 1985. p. 74 e seguintes.

⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 3. Afl. Heidelberg : Mohr, 1840, p. 122.

⁹ RUGGIERO, op. cit., v. 2, p. 598-599.

¹⁰ JHERING, Rudolf. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena : Mauke, 1868. v. 9, p. 3: Beiträge zur Lehre vom Besitz. No mesmo ano, saiu em separata, sem alteração de título e, no ano seguinte, sob o de *Über den Grund des Besitzschutzes* (Sobre o fundamento da proteção possessória), aumentada e com algumas modificações. Há uma tradução francesa, nos *Études complémentaires de L'esprit du Droit Romain – fondement des interdits possessoires*. Traduit O. de Meulenaere. 2. ed. Paris. A. Maresq ed. MDCCCLXXXII (v. CÂMARA, José Gomes Bezerra. *Estudos Jurídicos e de História*. Rio de Janeiro : Barrister's, 1987. p. 155, onde se contém estudo sobre Rudolph von Jhering (p. 149-163).

¹¹ “Mas, quando dás esmola, não saiba a tua esquerda o que faz a tua direita”, Evangelho segundo São Mateus, VI, 3.

¹² JHERING, op. cit., p. 3-4.

ser da proteção possessória, ela surge apenas como produto do capricho individual, do arbítrio de um legislador ou do humor subjetivo.

O autor da conferência vienense *Der Kampf um's Recht* agrupa as teorias, que procuram explicar o motivo da proteção possessória, em duas classes, em relativas e absolutas. As primeiras encontram-no em noções estranhas à posse, as segundas no próprio instituto. Aquelas “procuram o fundamento da proteção fora da posse, mesmo em instituições, princípios jurídicos, considerações de natureza geral, que a ela não somente servem, mas não lhe são particulares”. Estas “vêm o fundamento da proteção possessória na própria posse. A posse tem que ser protegida em virtude dela própria”¹³.

Entre as teorias relativas estão as de Savigny e de Rudorff; entre as absolutas a do próprio Jhering e somente estas serão examinadas neste trabalho, dada a sua importância, pela sua repercussão. Pois muito embora tenham sido formuladas a partir do Direito Romano,

“perderam seu caráter regional e histórico para universalizar-se, servindo de fundamento à codificação moderna e suscitando adesões ou repulsas no terreno da pura doutrina”,

importando menos o seu estudo à luz da fidelidade ou erro diante daquele Direito¹⁴.

3. As concepções de Savigny e de Jhering

Savigny fundamenta a proteção da posse na interdição da violência contra a pessoa, na defesa da personalidade. Para ele, a posse considerada em si mesma é apenas um fato, mas fato produtor de conseqüências jurídicas, o *ius possessionis*. Assim ela seria ao mesmo tempo fato e direito: em si mesma, um fato; pelos seus efeitos, assemelha-se a um direito¹⁵. Portanto,

“não constituindo em si mesma um direito, a sua turbação não é, a rigor, a violação de um direito; só poderia sê-lo quando se violasse, ao mesmo tempo, a posse e um direito qualquer. Ora, é isto que acontece quando a turbação é resultado da violência: toda violência, com efeito, é contrária ao Direito, e é contra esta ilegalidade que se dirige o interdito”¹⁶.

¹³ Ibidem, p. 4.

¹⁴ NOVILLO CORVALAN. In: SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino – derechos reales*. 4. ed. actualizada por Sofanor Novillo Corvalan. Buenos Aires : Tipografica Ed. Argentina, 1951. v. 1, p. 347, n. 404 a.

¹⁵ SAVIGNY, op. cit., p. 21, § 5.

¹⁶ Ibidem, p. 6-7, § 2.

Posteriormente, acrescentou algumas observações sobre o assunto.

“Este motivo se encontra na relação existente entre o fato mesmo da posse e a pessoa que possui; a inviolabilidade desta protege a posse contra qualquer turbação que tenha como efeito atingir, ao mesmo tempo, a pessoa. É a pessoa como tal que deve estar ao abrigo de toda a violência, pois que em face dela a violência é sempre contrária ao Direito”¹⁷.

Na aparência, neste ponto específico, Savigny teria sido influenciado pelo personalismo ético kantiano. Entretanto, no estado atual das investigações, seria impossível afirmá-lo definitivamente¹⁸.

Já Jhering, mais prolixo, dada a conexão desse tema com sua idéia da posse em si mesma, utiliza imagens militares para explicar a proteção possessória como se fosse uma primeira linha de defesa da propriedade, uma espécie de sua posição avançada, uma trincheira na vanguarda, no perímetro externo de um campo fortificado.

“A proteção da posse como exteriorização da propriedade é o complemento necessário da proteção da propriedade destinada a facilitar a prova (em favor) do proprietário, mas que necessariamente também serve ao não proprietário”¹⁹.

Ainda mais enfático, afirma que

“a proteção da propriedade postula a proteção possessória, esta é o complemento indispensável do sistema romano de propriedade”²⁰.

¹⁷ Ibidem, p. 33, acréscimo ao § 6.

¹⁸ Landsberg pronuncia-se contra tal influência em toda a teoria possessória de Savigny, lembrando mesmo a antipatia deste relativamente a Kant (LANDSBERG, Ernst. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. München und Berlin : R. Oldenbourg, 1910. 3. Abteilung, 2. Halbband, p. 96, nota 16: v. também para esta atitude do jovem Savigny, ZWILGMEYER, Franz. *Die Rechtslehre Savignys*. Leipzig : Theodor Weicher, 1929. p. 40-41. Solari, que encontra traços kantianos em outros pontos do *Recht des Besitzes*, neste tema escreve que a justificação da proteção possessória mediante a defesa da personalidade era perfeitamente lógica nos jusnaturalistas e em Kant, mas mal se compreende em Savigny, para o qual ela tem valor de fato (SOLARI, Gioele. *Storicismo e Diritto Privato*. Torino : Giappichelli, 1971 (ristampa), p. 76-78.

¹⁹ JHERING, op. cit., p. 44. O autor não emprega a expressão “posição avançada”, encontrada na tradução francesa (p. 42 desta).

²⁰ Ibidem, p. 46.

Pode-se designar a posse como uma “posição da propriedade”, como um fortim ou baluarte da propriedade. Não por causa dela própria, mas sim por causa da propriedade. Na posse, defende-se o proprietário contra as primeiras tentativas de ataque ao seu direito, nesse terreno não se trava uma batalha decisiva sobre a propriedade, mas uma mera escaramuça, um combate em postos avançados, no qual, se posso prosseguir na comparação, não se precisa de artilharia pesada, mas sim de armas leves – contra ladrões e roubadores, ninguém se defende com canhões!²¹ Ainda com imagem tirada dos assuntos da guerra, escreve Jhering: “A ação possessória mostra-nos a propriedade na defensiva, a ação petitória, a propriedade na ofensiva”²².

Dessa maneira, a proteção possessória pode se voltar contra o proprietário, a quem busca beneficiar, mas Jhering aceita e explica tal efeito.

“Portanto, por causa da propriedade foi introduzida a proteção possessória. Mas não se pode dispensá-la ao proprietário sem que, ao mesmo tempo, o não proprietário dela participe. Pois, reduzindo-se a prova verdadeiramente necessária da propriedade à demonstração de sua mera exteriorização, esta facilitação probatória serve aquele que pode demonstrar este pressuposto na sua pessoa. Com isso, a posse adquire autonomia e independência perante a

propriedade, que tornam possível, em vez de servir exclusivamente a esta, também inversamente volver-se contra ela. Este mesmo serviço, que a posse presta ao proprietário possuidor, protegê-lo de modo mais fácil contra o não possuidor, manifesta-se também (em favor) do não proprietário possuidor contra o proprietário não possuidor [.....] Para os defensores desta opinião, esta relação é a finalidade da posse, para mim uma consequência inevitável dela, o preço que a lei tem que pagar para proporcionar ao proprietário a mencionada proteção facilitada da propriedade”²³.

Enfim, trata-se de consequência involuntária, não desejada pelo legislador, embora inevitável²⁴. Os efeitos desse gênero nos institutos jurídicos, os quais ultrapassam a finalidade, para a qual foram legalmente calculados, podem ser qualificados [.....] como efeitos inconvenientes que o legislador tem que suportar (como) a chuva, que (cai) sobre injustos e em parte sobre justos²⁵.

Como observa Windscheid, a teoria de Jhering, mais que apresentar um novo fundamento para a proteção da posse, deu-lhe apenas uma outra expressão²⁶. Persiste nela a antiga tendência de basear a proteção possessória em outro direito subjetivo – o de propriedade –, apresentando semelhanças marcantes com a idéia dos glosadores da posse como *imago domini*²⁷ ou como presunção da propriedade, corrente entre escritores franceses anteriores e posteriores ao Código Napoleão. Para Domat, por exemplo, da ligação natural entre a posse e a propriedade resulta a presunção de que o possuidor é proprietário²⁸. Zachariae e Crome, embora alemães, invocam Pothier e, com apoio no art. 2230 daquele Código²⁹, sustentam que

²³ JHERING, op. cit., (*Beiträge*), p. 52-53.

²⁴ JHERING, op. cit., (*Besitz*), p. 62.

²⁵ Ibidem, p. 61. Embora a ele não se refira, Jhering menciona neste trecho um versículo bíblico: “Deste modo sereis filhos do vosso Pai que está nos céus, o qual faz nascer o sol sobre maus e bons, e manda a chuva sobre justos e injustos” (Evangelho segundo São Mateus, versículo 45).

²⁶ WINDSCHEID, op. cit., v. 1, p. 744, nota 6, § 148.

²⁷ FUNAIOLI, op. cit., p. 125, nota 3.

²⁸ Apud ALVES, J.C. Moreira, op. cit., v. 1, p. 250, n. 39.

²⁹ “On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s’il n’est prouvé qu’on a commencé à posséder pour un autre”.

²¹ Ibidem, p. 52. A publicação destas “Contribuições” ocorreu em 1868, quatro anos depois da libertação do Schleswig-Holstein (pela qual Jhering, nascido na Frísia oriental, se interessara intensamente, sacrificando por ela energia de trabalho e bens, WOLF, Erik. *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*. 3. neubearbeitete Afl. Tübingen : Mohr, 1951. p. 640), dois anos após a Guerra Austro-Prussiana e outros dois antes da Guerra Franco-Prussiana, culminando com a unificação alemã. Talvez o ambiente da época favorecesse esta espécie de comparação marcial.

²² JHERING, Rudolf von. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena : Gustav Fischer, 1893. B. 32: Der Besitz. (Neue Folge, XX B.), p. 59. Trata-se de verbete anteriormente escrito para o *Handwörterbuch* de Edgar Loening e reproduzido nos *Jahrbücher*, traduzido para o português com o título modificado de *Teoria Simplificada da Posse*, v. CÂMARA, José Gomes B., op. cit., p. 162. A partir de agora, as obras de Jhering serão citadas entre parênteses, após o nome do autor, a primeira abreviada *Beiträge*, a segunda, *Besitz*.

a tutela possessória se funda sobre uma presunção de fato, sobre a probabilidade do domínio ou do direito possuído³⁰, frisando já aparecer tal teoria entre os glosadores, tendo sido reproduzida por Jhering³¹.

“O que a lei protege e garante é bem menos a própria posse do que o direito provável de propriedade ou de servidão, do qual aquela faz supor a existência”, escrevem Aubry e Rau³². O fato de possuir, assinala Folleville, sendo ordinariamente atributo e manifestação do direito de propriedade, estabelece sempre uma presunção fortíssima em favor da existência e da legitimidade do direito daquele que possui³³.

Mais recentemente, Finzi assinalou não serem originais os conceitos em Jhering, pois quando ele escreveu, a noção de aparência de direito, de *Gewere*, estava sendo elaborada há muito pelos germanistas e mesmo outros escritores, como Windscheid, Goldschmidt e Bekker empregavam expressões similares.

“Ser a posse a defesa avançada da propriedade, uma defesa autônoma da propriedade aparente, se entrelaça necessariamente com os antecedentes germânicos e sobretudo com a teoria de Albrecht”³⁴.

³⁰ LINGENTHAL, Zachariae, CROME, Carlo. *Manuale del Diritto Civile Francese* di Zachariae von Lingenthal rimaneggiato da Carlo Crome. Traduzione con note del Prof. Ludovico Barassi. Milano : Società Editrice Libreria, 1907. v. 1, p. 425, § 157.

³¹ LINGENTHAL, CROME, op. cit., p. 425, nota 2.

³² AUBRY e RAU. *Cours de Droit Civil Français*. 5. ed. Paris : Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1897. v. 2, p. 108, § 177.

³³ FOLLEVILLE, Daniel de. *Traité de la Possession des Meubles et des Titres au Porteur*. 2. ed. avec la collaboration de Jules Lonfier. Paris : A. Marescq, 1875. p. 2. Nas 3ª, 4ª e 5ª edições do *Recht des Besitzes*, Savigny chegou a admitir esta presunção, mas declara tê-la abandonado. Em aditamento à 7. ed. escrevia: “Cette présomption n’est pas précisément erronée en elle-même, puisque certes la majeure partie des possesseurs ont effectivement le droit pour eux” (SAVIGNY, op. cit., p. 34, nota 1).

³⁴ FINZI, Enrico, op. cit., p. 138-140 e 167. Windscheid referia-se à posse como *tatsächliche Abbild des Eigentums* (“imagem de fato de propriedade”), op. cit., v. 1, p. 749, nota 5, § 149. Nesta edição o pandectista cita Scheurl (a posse é a “forma visível”, *sichtbar Gestalt*, da propriedade), mas não na 3. ed. de 1873 (v. WINDSCHEID,

Considerando o teimoso modo de pensar do mestre de Göttingen, que dificultava a aceitação de pensamentos alheios³⁵, não é improvável tenha ele, ao menos inconscientemente, adotado idéias já em voga no seu tempo.

4. Apreciação crítica

A concepção de Savigny não pode ser aceita porque genérica demais, excessivamente ampla. Afinal a própria existência da ordem jurídica fundamenta-se na necessidade de controle social independente do arbítrio subjetivo de cada um. Impede-se, assim, a prática da violência contra qualquer pessoa, mesmo que mediante a privação da posse de uma coisa. Dito de outra maneira, a teoria savigniana serviria como explicação do fundamento da maior parte dos institutos jurídicos. Se contém alguma verdade, permaneceu incompleta, dela não foram tiradas todas as conseqüências.

“Prescindindo do direito romano e considerando a concepção de Savigny em pura teoria, vê-se que, se não alcançou toda a verdade, foi porque se deteve demasiadamente na arbitrariedade e injustiça à pessoa, e não na perturbação da ordem social, motivo mais imperioso da instituição dos interditos”³⁶.

Só posteriormente, com Rudorff, ter-se-ia o indispensável complemento da concepção.

Dado o utilitarismo de Jhering, a sua preferência por questões de importância prática³⁷, a sua teoria pode ser explicada dessa perspectiva (aliás, ele próprio declara expressamente não cuidar do fundamento jurídico-filosófico da proteção possessória, mas sim do motivo da proteção da posse no Direito Romano)³⁸. Certamente, ela tem o mérito de ressaltar a utilidade prática da proteção possessória para a defesa da propriedade (como sua concepção de direito subjetivo teve o valor de sublinhar o conteúdo do direito, o interesse protegido). De fato, na maioria das vezes, o

Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 3. Afl. 2. Abdruck. Düsseldorf : Julius Buddeus, 1873. v. 1, p. 408, nota 1, § 149).

³⁵ WOLF, Erik, op. cit., p. 626.

³⁶ NOVILLO-CORVALAN, op. cit., p. 350.

³⁷ Em carta datada de 5 de abril de 1844, ele escrevia: “Acolhi apenas dissertações que tem um interesse prático”, apud WOLF, Erik, op. cit., p. 616, nota 17.

³⁸ Na obra *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, p. 323, como lembra WINDSCHEID, op. cit., v. 1, p. 743, § 148, nota 6.

possuidor também é o proprietário, utilizando-se da proteção da posse – e não da específica da propriedade – por razões de conveniência. Mas, atualmente, a razão apontada por Jhering, facilitar a prova da propriedade, perdeu grande parte de sua substância. Em matéria imobiliária, aquela prova não constitui mais uma *probatio diabolica* com a existência do Registro de Imóveis. Praticamente, escreve Hedemann com certo exagero, mas também com alguma dose de verdade, a proteção possessória, especialmente por via da ação, raramente tem uma importância considerável: na grande maioria dos casos, o possuidor é, ao mesmo tempo, proprietário e então lhe cabem paralelamente os meios de defesa da propriedade, muito mais fortes que os da posse³⁹. Mesmo em se cuidando de móveis, com a multiplicação dos registros da propriedade mobiliária de bens dotados de maior valor econômico (navios, aeronaves), a prova tornou-se mais fácil para o proprietário. Portanto, a proteção possessória continua servindo ao proprietário, mas com menor intensidade, nos casos de dificuldade de prova da propriedade (o próprio Jhering sublinhava a sua importância para a propriedade móvel)⁴⁰ ou pela eficiência maior dos meios de defesa da posse.

No entanto, se a concepção de Jhering está correta, é apenas do ponto de vista *prático*. Apontar uma finalidade prática de um instituto jurídico ainda não é revelar o seu próprio fundamento. Nada impede que o legislador, organizando melhor a proteção da propriedade, atribua maior eficiência aos meios de defesa da propriedade. Mesmo assim, ainda que atendido esse aspecto prático, restará questão do fundamento da proteção possessória. Mesmo na hipótese de ser dotada a propriedade de meios mais eficientes de defesa, ainda assim persistirá o problema da proteção possessória, que necessita de um fundamento ético-social e não meramente utilitário. Porque de qualquer modo é preciso proteger a situação fática, independentemente de qualquer direito

³⁹ HEDEMANN, J.W. *Derechos Reales*. Traducción José Luis Díez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid : Rev. de Derecho Privado, 1955. p. 66.

⁴⁰ JHERING, op. cit. (*Besitz*), p. 59: “[.....] exigir também a prova da propriedade, na defensiva, significaria que todo aquele, que não está em situação de apresentar prova daquela – acreditado poder dizer, em muitos casos, a maioria [em se tratando] de coisas móveis – está fora da lei, qualquer um pode privá-lo de sua propriedade”.

subjetivo para impedir a vingança privada, evitar as vias de fato, assegurando a paz social.

5. A proteção da posse e a *Friedenstheorie*

Segundo Rudorff, o fundamento da proteção possessória não está na própria posse, mas sim em outro fator. Conforme o aluno e colaborador de Savigny, tal proteção foi uma das primeiras tentativas feitas para impedir que se fizesse justiça pelas próprias mãos, *ne cives ad armas veniant*. Sua razão de ser consiste em evitar perturbações da ordem e da paz públicas. Como é preciso impedir que essa perturbação alcance seu objetivo, há necessidade de manter ou de restabelecer a posse⁴¹. A turbação da posse é um atentado contra a ordem jurídica⁴².

Posteriormente, a concepção de Rudorff foi retomada por outros civilistas alemães, com a denominada *Friedenstheorie*, teoria da paz. O fundamento da proteção possessória, em primeiro lugar, consiste no interesse da generalidade das pessoas e do Estado na conservação da paz jurídica.

“O fundamento da proteção possessória encontra-se no interesse da sociedade em que os estados de fato existentes não sejam destruídos com o uso da própria força, mas sim segundo as vias legais, se contrariarem o Direito. A proteção da posse é proteção da paz geral, reação contra a realização do próprio direito pelo lesado, não tolerada pelo convívio ordenado. Não se pode alcançar o Direito pelo torto”, escreve Martin Wolff⁴³.

Contra a *Friedenstheorie*, alegou-se que ela relegaria a posse ao campo do Direito Penal; a violação dos direitos do Estado acarretaria uma pena e não a restituição da coisa ao estado anterior, observa Stolff⁴⁴. Embora admitindo a existência de interesses públicos em evitar perturbações da posse, Heck vê seus efeitos nas normas de Direito Público, de Direito Penal ou de Direito Administrativo. Na proteção de Direito Privado da posse, os interesses da generalidade das pessoas não participam tão intensamente como na proteção da propriedade.

⁴¹ Apud SAVIGNY, op. cit., p. 40, § 6.

⁴² Apud JHERING, op. cit. (*Beiträge*), p. 5.

⁴³ WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. 12/14 Afl. 4. Bearbeitung. Marburg : Elwert, 1921. 2. B., 1 Abt. (Sachenrecht), p. 41-42, § 17.

⁴⁴ STOLFI, op. cit., p. 34, n. 40.

“O interesse imediatamente protegido é o interesse privado do possuidor em conservar a coisa na sua própria esfera de interesses”⁴⁵.

Ao se afirmar ser a proteção possessória indispensável à manutenção da ordem pública, da “paz jurídica”, não se conclui corresponder a esse interesse um “direito” do Estado em punir eventuais violações da posse. Trata-se de apontar o motivo legislativo daquela proteção, não de indicar o interesse juridicamente protegido. Por outro lado, se o interesse do possuidor é manter a coisa na sua esfera, como escreve Heck, tal interesse só pode ser satisfeito na medida da conservação da tranqüilidade pública. Se a paz social não for assegurada, desaparece a possibilidade de atender ao interesse do possuidor, ambos os interesses estão intimamente relacionados.

Entre interesses públicos e privados não há oposição irreduzível, antes coordenação entre ambos, pois não é possível opor uns contra os outros, de um lado os da comunidade, de outro, os dos indivíduos⁴⁶. Interesse coletivo ou público, lembra Alf Ross, designa uma constelação de interesses individuais, experimentados sob certos pressupostos emotivos. Atribuir um interesse a um todo supra-individual é expressão metafórica, que indica a experiência individual de uma comunhão de interesses. Esses são “largamente conexos e se resolvem em uma cooperação que, por sua vez, aumenta a recíproca dependência”. Interesses individuais e “sociais” são dois aspectos do mesmo fenômeno, o particular e o geral⁴⁷. Por exemplo, a proteção da propriedade pelo ordenamento jurídico visa também o interesse comum

“porque o gozo exclusivo dos bens materiais por parte dos indivíduos é da máxima importância para o progresso da civilização e assim para toda a comunidade e a propriedade tem por finalidade tornar possível e assegurar tal gozo”⁴⁸.

O interesse pela propriedade é individual, mas o interesse do indivíduo (e de todos os

outros) a um ordenamento da propriedade é um interesse social. “Qualquer tentativa de compor um catálogo de interesses ‘individuais’ e ‘sociais’ em conflito e independentes é destinado ao insucesso [.....] Se por exemplo, catalogamos entre os ‘interesses individuais’ o interesse de A pela posse de objetos materiais, pela liberdade pessoal, pelo matrimônio e pela família, pela liberdade de contratar, a estes correspondem os interesses sociais a um ordenamento geral da propriedade, a um ordenamento geral da paz, a um ordenamento geral do matrimônio e da vida familiar, a um ordenamento geral da liberdade contratual”⁴⁹.

Compreendida a expressão “interesse público” desta maneira, não de um modo vago e nebuloso, segue-se que, sem impedir perturbações da ordem e da paz pública, o interesse particular do possuidor estaria privado de qualquer defesa, com exceção da sua própria.

Ora, na frase famosa de Max Weber, o Estado contemporâneo reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física.

“O Estado moderno é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão”⁵⁰.

O exercício da coação cabe apenas aos indivíduos que exercem as funções de órgãos

⁴⁹ ROSS, op. cit., p. 344, § 84. O autor dinamarquês faz uma distinção entre interesses individuais e coletivos e interesses privados e públicos. Estes últimos seriam interesses sociais gerais (Ibidem, p. 345). Embora as citações do texto digam respeito aos interesses individuais e coletivos, são cabíveis para a distinção entre interesses privados e públicos.

⁵⁰ WEBER, Max. *Ciência e política : duas vocações*. Tradução L. Hegeberg e O.S. da Mota. São Paulo : Cultrix, 1970. p. 56: A política como vocação. (“Em nossa época, entretanto, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território [.....] reivindica o *monopólio do uso legítimo da violência física*. É, com efeito, próprio de nossa época o não reconhecer, em relação a qualquer outro grupo ou a indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere: o Estado se transforma, portanto, na única fonte do “direito” à “violência”, (grifos do original) e p. 62.

⁴⁵ HECK, Philipp. *Grundriss des Sachenrechts*. 2. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930. Aalen : Scientia, 1970. p. 12-13, § 3, n. 6.

⁴⁶ THON, August. *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*. Traduzione Alessandro Levy. 2. ed. Padova : CEDAM, 1951. p. 115, cap. 3.

⁴⁷ ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. Traduzione Giacomo Gavazzi. 3. ed. Torino : Einaudi, 1965. p. 342 e 344, § 84.

⁴⁸ THON, August, op. cit., p. 115.

do Estado (e dentro das limitações traçadas pela ordem jurídica e com os meios nela prescritos). A violência, em princípio, é vedada ao particular; se, apesar da proibição, praticá-la, será violência antijurídica, ilícita.

“O Estado é o único autorizado a exercer o poder social de coação, seu único detentor – o direito de coagir é monopólio absoluto do Estado [.....] Somente o Estado possui o monopólio da coação”,
são as igualmente célebres palavras de Jhering⁵¹.

Para que a vida social não degenerem em anarquia, para que não se abra a porta ao caos, só os órgãos estatais podem, lícitamente, empregar a força. Caso contrário, o indivíduo forte, mas não titular de direitos, poderia deles privar o indivíduo fraco, seu legítimo titular. Mais ainda: este não poderia obter qualquer reparação de uma lesão ao seu direito, cometida por aquele. Se isso ocorresse, desapareceria qualquer convivência social organizada, resumindo-se ela a meras relações de força bruta. Ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos: na sociedade atual, há organismos próprios para defender e proteger o direito de cada um. Fosse possível despojar o possuidor, alegando um direito qualquer, fosse admissível esta alteração unilateral e violenta do estado de fato, voltar-se-ia à era da vingança privada, estágio que o Direito ultrapassou, monopolizando para o Estado o uso da força, no interesse de cada um e de todos os cidadãos.

A ordem da vida em comum exige a exclusão tanto da auto-ajuda como do uso da própria força, são palavras de Rudolf Sohm: a proibição do uso da própria força, que a pretensão possessória produz, completa-se com a vedação da auto-ajuda. Ela nasce de um princípio fundamental de nosso Direito Público: o exercício da coação (exercício da violência), em princípio, é subtraído a uma pessoa privada e reservado ao Estado. Liberdade, no sentido da época moderna, ele insiste, é ser livre de qualquer poder privado de coação, que não seja o poder familiar. Ser súdito do Estado é expressão da liberdade; o poder de coação de uma pessoa privada é redução da liberdade. Por causa da liberdade proíbe-se a auto-ajuda e por

⁵¹ JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*. 2. Afl. Leipzig : Breitkopf und Härtel, 1884. v. 1, p. 318 e 320.

causa da liberdade existe a pretensão possessória⁵².

Talvez, em uma situação de normalidade, essas considerações seriam antes acadêmicas, com interesse primordialmente intelectual. Mas, diante da decadência da norma jurídica – o instrumento mais seguro e calculável de disciplina da vida social –, mais exatamente, do pouco caso e até desprezo manifestados por ela (inclusive por alguns dos seus guardiães), do “crepúsculo da autoridade”⁵³, ao qual corresponde a aurora da desordem, de um progressivo enfraquecimento da autoridade do Estado, com a erosão dos “diques de proteção contra a guerra civil”⁵⁴, da ameaça latente de *cives ad arma veniant* para solução de seus conflitos de interesses, elas se revestem de atualidade.

Bibliografia

(com exceção das obras citadas exclusivamente nas notas de rodapé)

- ALVES, J.C. Moreira. *Posse* : introdução histórica. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- AUBRY e RAU. *Cours de Droit Civil Français*. 5. ed. Paris : Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1897. v. 2.
- FINZI, Enrico. *Il Possesso dei Diritti*. Ristampa della prima ed. Milano : Giuffrè, 1968.
- FOLLEVILLE, Daniel de. *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*. Avec la collaboration de Jules Lonfier. 2. ed. Paris : A. Marescq, 1875.
- FUNAIOLI, Carlo Alberto. *La Tradizione*. Padova : CEDAM, 1942.
- HECK, Philipp. *Grundriss des Sachenrechts*. 2. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930. Aalen : Scientia, 1970.
- HEDEMANN, J.W. *Derechos Reales*. Traducción José Luis Diez Pastor e Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid : Rev. de Derecho Privado, 1955.

⁵² SOHM, Rudolf. Bürgerliches Recht. In: STAMMLER, R. *et alii Systematische Rechtswissenschaft*. 2. Afl. (Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abteilung VIII, hsg. v. Paul Hinneberg), Leipzig ; Berlin : B.G. Teubner, 1913. p. 98.

⁵³ Feliz expressão do escritor americano NISBET, Robert A. O crepúsculo da autoridade. *Diálogo*, v. 3, n. 2, p. 59-64.

⁵⁴ Como escreve FORSTHOFF, Ernst. *Stato di Diritto in trasformazione*. Traduzione L. Riegert e C. Amirante. Milano : Giuffrè, 1973. p. 305: Lo Stato di Diritto introverso e le sue deviazioni.

- JHERING, Rudolf. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena : Mauke, 1868. v. 9: Beiträge zur Lehre vom Besitz.
- JHERING, Rudolf von. *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena : Gustav Fischer, 1893. B. 32: Der Besitz. (Neue Folge, XX B.)
- _____. *Der Zweck im Recht*. 2. Afl. Leipzig : Breitkopf und Härtel, 1884. v. 1.
- LINGENTHAL, Zachariae. *Manuale del Diritto Civile Francese*. Rimaneggiato da Carlo Crome. Traduzione con note Ludovico Barassi. Milano : Società Editrice Libreria, 1907. v. 1.
- MITTEIS, Heinrich. *Deutsches Privatrecht*. Neubearbeitet von Heinz Lieberich. 5. durchgesehene und ergänzte Afl. München : C.H. Beck, 1968.
- ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. Traduzione Giacomo Gavazzi. 3. ed. Torino : Einaudi, 1965.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Tradução Ary dos Santos. São Paulo : Saraiva, 1958. v. 2: Direitos de família, direitos reais e posse.
- SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino : derechos reales*. 4. ed. actualizada por Sofanor Novillo Corvalan. Buenos Aires : Tipografica Ed. Argentina, 1951. v. 1.
- SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Traité de la possession en droit romain*. Traduit par Henri Staedtler sur la 7 ed. originale. 3. ed. ver. et corr. Bruxelles : Bruylant-Christophe, 1879.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 3. Afl. Heidelberg : Mohr, 1840.
- SOHM, Rudolf. Bürgerliches Recht. In: STAMMLER, R. et alii. *Systematische Rechtswissenschaft*. 2. Afl. (Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abteilung VIII, hsg. von Paul Hinneberg), Leipzig ; Berlin : B.G. Teubner, 1913.
- STOLFI, Nicola. *Il possesso e la proprietà*. Torino : Unione Tipografico Editrice Torinese, 1926.
- THON, August. *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo*. Traduzione Alessandro Levi. 2. ed. Padova : CEDAM, 1951.
- WEBER, Max. *Ciência e política : duas vocações*. Tradução L. Hegenberg e O.S. da Mota. São Paulo : Cultrix, 1970: A política como vocação.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Afl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. 2. Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1906. Aalen : Scientia, 1984. v. 1.
- WOLF, Erik. *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*. 3. neubearbeitete Afl. Tübingen : Mohr, 1951.
- WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. 12/14 Afl. 4. Bearbeitung. Marburg : Elwert, 1921. 2. B., 1 Abt. (Sachenrecht).

A comprovação da regularidade trabalhista nas licitações: a proteção do empregado

BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As normas de proteção ao trabalho. 3. Do contrato com o ente público. 3.1. Cláusulas e condições do ajuste. 3.2. Das garantias. 4. O inadimplemento das obrigações trabalhistas. 5. Propostas.

1. Introdução

A Administração Pública, considerada em seu aspecto geral, englobando União, Estados e Municípios, ao contratar serviços ou adquirir bens, deve fazê-lo sob os auspícios do contrato administrativo, precedido do procedimento licitatório.

A habilitação dos interessados no processo de licitação tem como característica ser precedida de uma verificação da idoneidade jurídica, técnica, financeira e fiscal, como requisito para análise de seu mérito, ou seja, a análise das propostas.

Entre a regularidade exigida, interessa-nos aquela relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e aos demais direitos trabalhistas não contemplados.

Em minha atuação profissional, deparo-me com uma situação que alarma: o inadimplemento dos encargos trabalhistas das empresas licitantes e firmadoras de contratos administrativos.

Não raras vezes, somos chamados a atuar em empresas contratadas pelo ente público, nos moldes do Direito Administrativo, pois os direitos trabalhistas, assegurados por lei ou por norma coletiva, estão sendo desrespeitados.

Pergunto, então: não haverá meio mais eficaz de se assegurar a efetivação dos direitos trabalhistas dessas pessoas? Qual a responsabilidade do ente público face a esse descum-

Bernardo Leôncio Moura Coelho é Especialista e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais, ex-professor de Direito do Trabalho da Universidade Estadual de Ponta Grossa e, atualmente, é Fiscal do Trabalho.

primento? Qual a validade do Certificado de Regularidade Fiscal emitido para as licitações?

A partir desses questionamentos delinerei o breve estudo, não buscando respostas ao tema, mas tentando desenvolver propostas para garantir a fruição desses direitos.

2. Normas de proteção ao trabalho

A prestação de trabalho humano por outrem sempre se desenvolveu no decorrer da história, não podendo desvinculá-lo da própria evolução da sociedade.

A relação de trabalho, como a concebemos hodiernamente, iniciou-se, em termos precários, com a Revolução Industrial.

“As raízes do Direito do Trabalho situam-se na transmutação do labor escravo para o trabalho livre, gerando os conflitos entre o capital, nas mãos do empregador, e o trabalho, forma de sobrevivência do hipossuficiente¹.”

No contexto dominado pela ideologia liberal, no qual o governo era visto como mero intermediário entre o povo e a vontade geral à qual cabe dar cumprimento, com um mínimo de interferência, havia um poder absoluto do empregador sobre o empregado.

Com o passar do tempo e com o Estado assumindo papel preponderante, o indivíduo passa a ter maior importância na relação trabalhista, iniciando-se, com a Constituição do México de 1917, o movimento de Constitucionalismo Social, resgatando a valorização humana decorrente do trabalho.

A Encíclica *Rerum Novarum*, a respeito do trabalho, diz que:

“[...] deve ser considerado, em teoria e na prática, não mercador, mas um modo de expressão direta da pessoa humana. Para a grande maioria dos homens, o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência. Por isso, a sua remuneração não pode deixar-se à mercê do jogo automático das leis do mercado; pelo contrário, deve ser estabelecida segundo as normas de justiça e da equidade, que, em caso contrário, ficariam profundamente lesadas, ainda mesmo que o contrato de trabalho fosse livremente ajustado por ambas as partes”.

A vigente Constituição Federal avançou no aspecto social ao colocar a valorização social

¹ FERNANDES, J. U. J. *A terceirização no serviço público*, p. 474.

do trabalho como um de seus fundamentos, dirigente da ordem econômica².

Seguindo-se essa valorização, o Direito do Trabalho adota o princípio da proteção, que lhe é basilar, assim manifestando-se Plá Rodrigues:

“O princípio de proteção refere-se ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes³”.

Constituindo-se âmbito de competência privativa da União legislar sobre Direito do Trabalho e manter a fiscalização do trabalho⁴, cabe a ela assegurar a aplicação do princípio de proteção destinado aos trabalhadores, promulgando normas que garantam a fruição dos direitos pelos trabalhadores.

3. Do contrato com o ente público

A atividade da Administração Pública submete-se a quatro princípios nucleares: a legalidade, a moralidade, a finalidade e a publicidade (art. 37, *caput*, Constituição Federal), juntando-se a esses a isonomia (art. 5º, Constituição Federal).

Assentado em tais princípios, o ente público desenvolve suas atividades, relacionando-se com outros órgãos e entes públicos ou com particulares (art. 3º, Lei nº 8.666/93).

Pelas razões invocadas, fixaremos nosso olhar na relação que se forma com o particular, mais especificamente quando se tem lugar o contrato administrativo.

Seguiremos a orientação de Meirelles, que define o contrato administrativo como:

“ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos

² Art. 170.

³ PLÁ RODRIGUEZ, A. *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 28.

⁴ Art. 22, I c/c art. 21, XXIV, da Constituição Federal.

de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração⁵.”

Esse ajuste caracteriza-se pela participação da Administração Pública com supremacia de poder, podendo fixar as condições iniciais do ajuste, advindo daí a faculdade de utilizar-se das “cláusulas exorbitantes” do Direito Comum, impondo condições que, nas relações entre particulares, seriam fulminadas de invalidade.

Tal como se dá no Direito do Trabalho, temos uma relação marcada pela hipossuficiência de uma das partes, ou seja, a empresa que deseja contratar com o Estado deve sujeitar-se às normas impostas pelo contrato administrativo⁶. Porém, contrariamente ao que acontece no Direito do Trabalho, a proteção se dá para a parte “hipersuficiente”, pela prevalência das normas públicas sobre as privadas.

O contrato com o ente particular se dá nos termos da Lei nº 8.666, de 21.6.93, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, regulamentando disposição constitucional (art. 37, XXI c/c art. 22, XXVII), que alcança “administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”.

3.1. Cláusulas e condições do ajuste

Deverá o interessado, como primeira etapa na licitação, comprovar sua regularidade fiscal, estando nesta incluída aquela referente ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), nos termos do art. 29:

“Art. 29 – A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo a domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de

atividade e compatível com o objeto contratual;

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da Lei;

IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por Lei”.

Cabe ressaltar que, na redação original do inciso IV, do art. 29, a regularidade dos depósitos do FGTS não constava como item da regularidade fiscal, tendo sido incluído posteriormente pela Lei nº 8.883/94.

Essa exigência da regularidade fiscal não afronta o princípio da isonomia, como descrevemos a seguir, embasando-nos em Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O fundamento dessa exigência de regularidade fiscal encontra sua sede no fato da garantia da execução de uma obrigação, objetivamente considerado, pois um dos princípios básicos da Administração Pública é a impessoalidade; assim sendo, aquele que deve ao Fisco corre um risco grande, não razoável que seja aceito, de não vir a honrar as suas obrigações contratuais, mesmo porque poderá tornar-se insolvente.

Assim, a exigência da regularidade fiscal é constitucional, pois não atenta de forma alguma contra a isonomia”.⁷

A regularidade do FGTS, que nos interessa, será comprovada por meio do Certificado de Regularidade Fiscal (CRF), emitido pela Caixa Econômica Federal (CEF), conforme previsto na Lei nº 8.036/90, em seu art. 7º, inciso V.

Para obter o Certificado de regularidade, o empregador deverá estar em dia com as obrigações para com o FGTS e com o pagamento de prestação de empréstimos lastreados em recursos do FGTS (art. 45, Decreto nº 99.684/90).

A emissão do CRF deverá ser precedido da apresentação dos seguintes documentos:

- impresso de solicitação;
- contrato social e alterações;
- cartão CGC (matriz e filiais);

⁷ SOARES, F. de M. *Contribuições sociais* : a certidão positiva de débito com efeito de negativa em face do § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

⁵ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 187-8.

⁶ A jurisprudência tem abrandado algumas dessas normas, como no caso do *exceptio non adimplendí contractus*, quando o particular poderá romper o contrato administrativo quando este passar a criar um encargo extraordinário e insuportável.

- declaração relacionando filiais existentes;
- declaração mencionando não possuir empregados, se for o caso;
- GR's a partir do mês anterior à emissão do último CRF até o mês corrente;
- em caso de primeira solicitação, as seis últimas GR's recolhidas;
- CRF original vencido ou vencendo.

A emissão desse certificado, em conjunto com os demais documentos exigidos, deve cercar-se de todas as cautelas necessárias, com criteriosa análise dos documentos apresentados.

Havendo indícios ou suspeita de irregularidades na documentação, deve ser contatado, imediatamente, o Ministério do Trabalho, para que, por meio de seu corpo fiscalizatório⁸, vá *in loco* averiguar a regularidade e a veracidade dos fatos.

Tal procedimento é importante tendo em vista o alcance que terá o certificado emitido.

Constatado que a empresa está em débito com o FGTS, nos termos da Lei nº 9.012/95, esta não poderá celebrar contrato de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com órgão público, não poderá participar de concorrência pública e ficará proibida de conseguir empréstimos, financiamentos, dispensa de juros, multa e correção monetária ou qualquer outro benefício junto às instituições oficiais de crédito.

Nos termos do § 2º do art. 1º, os pedidos de parcelamento de débito para com as instituições oficiais de crédito serão concedidos mediante a comprovação da certidão negativa de débito para com o FGTS. O problema que ocorre com a emissão do CRF é que ele comprova apenas que a empresa mantém depósitos regulares para com o FGTS.

Suponhamos a seguinte hipótese: a empresa X mantém um corpo efetivo de funcionários, entre os quais alguns sem o devido registro. Decidindo concorrer numa licitação, solicita o certificado de regularidade, apresentando as seis últimas guias de depósito, referente aos seus empregados registrados. A empresa obterá o certificado, apesar de ela mesma burlar o sistema do FGTS. A CEF não tem poderes para realmente verificar a regularidade dos depósitos para com o FGTS, cabendo ao Ministério do Trabalho tal mister. Apesar disso, no impresso do certificado de regularidade, não há refe-

⁸ A Lei nº 8.844/94 atribuiu ao Ministério do Trabalho a fiscalização e a apuração das contribuições ao FGTS, bem como a aplicação de multas e demais encargos devidos.

rência a crédito apurado pela fiscalização do Ministério do Trabalho.

3.2. Das garantias

A Lei de Licitações dispõe, em vários artigos, sobre as garantias que compõem o procedimento licitatório, como no art. 31, inciso III, quando exige o oferecimento de garantia, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação, como um dos verificadores da idoneidade econômico-financeira da empresa.

O § 1º do art. 56 enumera as modalidades de garantia aceitas no processo, quais sejam, caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, fiança bancária ou seguro-garantia⁹, entre as quais cabe ao contratado escolher.

Essas garantias não excederão a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, podendo, nos casos previstos no § 3º ser elevadas para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

Todavia, a legislação licitatória não tornou obrigatória a exigência da garantia, como se desprende do inciso VI do art. 55:

“Art. 55 – São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

VI – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, *quando exigidas;*” (grifos nossos).

4. O inadimplemento das obrigações trabalhistas

O que se verifica em alguns casos é que as empresas, após conseguirem os certificados de regularidade, não mais se preocupam em manter as obrigações trabalhistas em dia. Chega-se ao extremo encontrarmos construções, lastreadas em recursos do FGTS, nas quais temos empregados sem o devido registro em livro, desrespeitando primordial norma trabalhista e lesando o próprio sistema do FGTS, financiador daquela obra.

Nas contratações com o ente público também acontecem tais casos, em total desrespeito ao inciso XIII do art. 55, que estipula como cláusula obrigatória em todo contrato:

“XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as

⁹ Definido no art. 6º como o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos.

obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

Deparamos, durante a fiscalização, com contratos administrativos que exigem, para o pagamento das parcelas, apenas a regularidade para com o INSS, não fazendo sequer referência ao FGTS, apesar de firmados após a modificação na lei de licitações¹⁰.

As empresas alegam que o atraso no pagamento dos haveres trabalhistas deve-se ao atraso com que o ente público libera os pagamentos devidos, em total desrespeito às normas e cronogramas estabelecidos no contrato administrativo.

Mas, qual será a responsabilidade do contratante (ente público) nesses casos? Poderia ele ser acionado pelos empregados para a quitação desses direitos, postergados pelo contratado?

O art. 71 da Lei de Licitações estatui que:

“Art. 71 – O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º – A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

Os empregados das empresas contratadas, na hipótese da insolvência das segundas, têm acionado a Administração Pública para cobrança dos encargos trabalhistas, com base no Enunciado nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, que possui a seguinte redação:

“Contrato de prestação de serviços – Legalidade – Revisão do Enunciado nº 256.

I – a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.74);

II – a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública

¹⁰ Neste caso, em específico, a empresa pagava em dia apenas as contribuições para com o INSS (pois dependia disso para o recebimento das parcelas), estando em débito para com o FGTS.

direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República);

III – não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta;

IV – o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”. (grifos nossos).

Bollmann e Ávila, após análise dos casos de responsabilidade, concluem que é inaplicável o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666, em se tratando de empresa prestadora de serviços que cumpre contrato de natureza administrativa, firmado com a Administração Pública¹¹.

Acentuam em seguida, de acordo com o nosso pensamento, a ocorrência de culpa *in elegendo*.

Com razão, nos termos do Enunciado nº 331, não há como admitir-se o vínculo destes empregados com a Administração Pública, que poderá, todavia, conforme nosso entendimento, ser responsabilizada pelo pagamento desses encargos.

Consideremos dois aspectos.

O primeiro, relativo ao atraso de pagamento. A empresa firmadora do contrato apresenta sua proposta tomando em consideração todos os custos envolvidos na licitação, devendo, nos termos do art. 55, XIII, manter as condições exigidas para a licitação em todo o decorrer do contrato.

Ocorre que são comuns os atrasos de pagamentos das faturas devidas pela Administração Pública, levando o contratado a um ônus não previsível. Numa economia de mercado, as empresas operam com uma margem de lucro reduzida para enfrentarem a licitação, com condições de serem ganhadoras e, com as taxas de juros praticadas, o capital de giro também é reduzido, retirando das empresas a sua liquidez imediata.

¹¹ BOLLMANN, D. D. A., ÁVILA, D. D. *Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações*: responsabilidade da administração pública direta e indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, à luz do enunciado n. 331, do C. TST.

Como esses atrasos tornaram-se a regra, criou-se o círculo vicioso, no qual as empresas superfaturam seus próprios preços, já incluindo nos seus custos o previsível atraso no pagamento e suas conseqüências: atrasos de pagamento, de recolhimento de INSS e FGTS, entre os mais destacados.

O que ocorre, também detectável em nossa prática, é que as empresas, para reduzir seus custos na proposta, não incluem aqueles referentes às obrigações trabalhistas, optando pelo risco de contratarem os empregados sem registro, deixando-os à margem dos direitos laborais, sem a contrapartida do empregador quanto aos pagamentos sociais.

O segundo aspecto refere-se a quando a empresa não tem condições de solver suas obrigações trabalhistas por falta de habilitação.

Entendo que o ente contratante deve se responsabilizar por essas obrigações.

Como asseveram Bollmann e Ávila:

“[...] na hipótese de não-pagamento das obrigações trabalhistas pela prestadora de serviços, conclui-se que a tomadora de serviços, ao contratá-la, descuidou-se de seu dever de averiguar a idoneidade financeira da referida, no que se refere à possibilidade de solvência das obrigações trabalhistas.

Na medida em que negligenciou sua obrigação, permitiu a empresa tomadora de serviços que o empregado da prestadora de serviços trabalhasse em proveito de seus serviços essenciais, sem receber a justa contraprestação pelo esforço despendido”¹².

Neste momento, deve-se valer do princípio da proteção, já mencionado, para que o empregado tenha seus direitos trabalhistas assegurados, seja quando há atraso como quando não haja solvência do contratado. O empregado que, nos termos do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, não pode assumir os riscos da atividade econômica, poderá ver-se sem sua essencialidade na relação: sua verba de natureza alimentar.

Ao proclamar a instituição de um Estado Democrático fundado na harmonia social, ao fundamentar a ordem econômica na valorização do trabalho humano e, cabendo à União promover o princípio da proteção, deve esta responsabilizar-se por sua culpa.

O Tribunal Superior do Trabalho, quanto à prestação de serviços, assim decidiu:

“A culpa *in elegendo* por parte da tomadora de serviços em virtude da idoneidade econômica da prestadora de serviços implica responsabilidade subsidiária daquela em relação aos direitos trabalhistas dos empregados desta e não responsabilidade solidária.” (TST-E-RR 0053073/92 – Ac. 5.841 – Rel Min. Vantuil Abdala – DJ 24.3.95, pág. 6.963).

A responsabilização da Administração Pública decorre, também, da Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, que dispõe:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Ao empregado prejudicado caberá a prova da existência do contrato administrativo para que se responsabilize o ente público.

“É que, a partir do momento em que a Administração Pública, ainda que através de processo licitatório, age com culpa *in elegendo*, e contrata pessoa física ou jurídica inidônea financeiramente, e, *como se não bastasse, deixa de proceder à fiscalização da execução do contrato*, que lhe é imposta por lei, e permite a situação de insolvência financeira da empresa contratada, fica obrigada a reparar os danos causados pela contratada a terceiros, no caso, os empregados da empresa contratada, que se derem na vigência e derivarem da execução do contrato administrativo firmado entre as partes, por força no disposto no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal”¹³ (grifo nosso).

Os autores mencionados concluem pela inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, com o qual concordo, fazendo aplicação, ainda, do princípio da proteção do empregado.

Entendo que a fundamentação referente aos contratos de prestadores de serviços amolda-se aos casos em que a inadimplência decorre de empresas contratadas, pelo procedimento licitatório, para execução de obras e demais construções, pois a responsabilização decorrerá dos mesmos princípios enumerados.

¹² Ibidem, p. 184.

¹³ Ibidem, p. 186.

5. Propostas

Como procurei demonstrar no sucinto desenvolver deste trabalho, a proteção aos empregados não está suficientemente “legislada”. É preciso que as normas de proteção sejam mais claras e facilmente aplicáveis.

Cabe à União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, e conforme demonstrado, prover aos trabalhadores a proteção que lhes é devida pelo Direito do Trabalho. A prevalência dos interesses públicos sobrepuja aos interesses individuais, mas no atual estágio da sociedade na qual nos encontramos, quando os efeitos perniciosos da globalização e flexibilização das normas de proteção se fazem sentir cruelmente, a proteção aos que conseguem manter seus empregos transcende a questão de meros interesses individuais para elevar-se a uma questão pública.

Com base nas observações postas acima e procurando amparar melhor os interesses dos empregados, trago a debate as seguintes propostas de alteração na legislação:

1. A alteração do art. 55, VI, da Lei nº 8.666, que passaria a ter a seguinte redação: “as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução”.

As garantias previstas na legislação referente às licitações não são de inclusão obrigatória nos contratos firmados. Passariam, então, a ser obrigatórias em todas as contratações, e não mais dependeriam da motivação do ente público, gerando, com isso, maior proteção para o numerário público.

2. A alteração do art. 56 da Lei nº 8.666, que passaria a ter a seguinte redação: “A autoridade competente deverá exigir a prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras”.

Essa alteração decorre da proposta acima, de exigência obrigatória da garantia nos contratos administrativos.

3. A inclusão de parágrafo no art. 56 da Lei nº 8.666: “As garantias oferecidas pela contratada somente deverão ser liberadas após verificação da quitação dos débitos de natureza trabalhista, a cargo da fiscalização do Ministério do Trabalho”.

Quando o ente público contrata, deve analisar seriamente os requisitos de qualificação da contratada. Caberia à fiscalização do Ministério do Trabalho, que são os agentes públicos dotados de competência para averiguar o cumprimento das normas trabalhistas, efetuar a comprovação *a posteriori*, já que a compro-

vação anterior à contratação é verificada na qualificação inicial – das normas de natureza trabalhista.

Tal proposta, para ser aplicada, depende da vontade política governamental para melhor prover os quadros da fiscalização do Ministério do Trabalho, que encontra grande defasagem de pessoal, tanto quanto os quadros auxiliares.

A função do Fiscal do Trabalho é eminentemente social e será grande auxiliar no atual processo de globalização e flexibilização, resguardando os direitos da classe trabalhadora.

4. A inclusão de parágrafo no art. 56 da Lei nº 8.666:

“Quando a fiscalização do Ministério do Trabalho atuar na contratada e verificar o grave descumprimento de normas trabalhistas, deverá comunicar imediatamente ao ente público, sob pena de responsabilidade, para que seja bloqueada a garantia dada para seu cumprimento”.

Decorrencia da atuação da fiscalização do Ministério do Trabalho trata-se garantir a solvência dos débitos trabalhistas apurados durante a fiscalização. Sendo assim, evitar-se-ia a grande demanda trabalhista contra os entes públicos decorrente da não-aplicação das normas trabalhistas pela contratada.

Verificado pelos Fiscais do Trabalho, agentes públicos dotados de competência para averiguar o cumprimento das normas trabalhistas, que há possibilidade de não-cumprimento de normas trabalhistas e que esse descumprimento decorre das condições financeiras de insolvabilidade da contratada, os quais comunicarão ao ente público a situação, cabendo a este bloquear o pagamento final ou bloquear a garantia, obrigatória nas licitações, como propomos.

Caso o ente público descumpra o comunicado e efetue o pagamento final ou desonere a garantia dada, o responsável pelo pagamento ou desoneração será solidariamente responsável com o ente público pelo pagamento devido aos empregados.

5. A alteração do art. 12 da Lei nº 8.666, que passaria a ter a seguinte redação: “adoção das normas técnicas de saúde e segurança do trabalho, previstas pelo Ministério do Trabalho”.

Trata-se de especificar quais são as normas técnicas adequadas referidas no artigo, tendo em vista que a competência para normatizá-las é do Ministério do Trabalho.

Havendo órgão encarregado de normatizar as regras de saúde e segurança no trabalho, que no caso é o Ministério do Trabalho, que o faz por meio das Normas Regulamentadoras Urbanas e Rurais, de pouca técnica será o termo “adequadas”, pois que essas normas são de cumprimento obrigatório nas empresas que nelas se enquadrem.

Bibliografia

BOLLMANN, Desirré D. A., ÁVILA, Darlene Dorneles. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações : responsabilidade da

administração pública direta e indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, à luz do enunciado n. 331, do C. TST. *Revista LTr*, São Paulo, v. 61, n. 2, p. 183-187.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A terceirização no serviço público. *Revista Ltr*. São Paulo, v. 60, n. 4, p. 472-476.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo : LTr, 1978.

SOARES, Fabiana de Menezes. Contribuições sociais : a certidão positiva de débito com efeito de negativa em face do § 3º do art. 195 da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 127, p. 191-202.

Prescrição: decretação de ofício em favor da fazenda pública

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

SUMÁRIO

1. O tempo e as relações jurídicas. 2. Noções gerais sobre prescrição. 3. A renúncia à prescrição e o art. 166 do Código Civil. 4. O interesse público e sua indisponibilidade. 5. Os arts. 166 e 219, § 5º, dos Códigos Civil e de Processo Civil, frente à indisponibilidade do interesse público. 6. Conceito de fazenda pública para afastar a incidência do art. 166 do Código Civil. 7. Conclusões.

1. O tempo e as relações jurídicas

A vida do ser humano, nos seus mais variados matizes, não prescinde da intermediação do fator tempo. Esse domina o homem, quer na vida biológica, como nas suas relações com a sociedade e no campo profissional. Mas não é só. As relações jurídicas também não o dispensam.

A atuação do fenômeno temporal, no âmbito jurígeno, opera de maneira multifária. Inicialmente, constitui nota demarcadora da aquisição de direitos, como no nascimento, fato gerador da personalidade, no implemento das maioridades civil, criminal e política; outras vezes estatui os limites de vigência das normas retoras de conduta, bem como da eficácia das avenças convoladas entre os indivíduos (termos inicial e final); ainda se pode utilizá-lo como motivo da extinção de determinadas faculdades jurídicas.

Daí se tem o fenômeno da prescrição extintiva¹, consubstanciada na extinção do

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.

¹ Fora de abordagem a prescrição aquisitiva, típica dos direitos reais, apesar de se poder aduzir que, de maneira idêntica, dirige-se à extinção de um direito para o antigo proprietário, através do surgimento de força criadora em prol do usucapiente. Também não cuidaremos aqui da decadência,

direito de provocar o aparato jurisdicional para se restaurar a violação de um interesse juridicamente protegido, em virtude da passagem do tempo.

2. Noções gerais sobre prescrição

Ao invés de representar pena ao inerte, funda-se a prescrição no princípio da segurança jurídica, a reputar como atentatório da paz social que as relações jurídicas perdurem, insolúveis e definitivamente, no tempo.

A sua caracterização requer o concurso dos seguintes fatores: a) ocorrência de violação do direito positivo, a ensejar uma ação exercitável²; b) situação de passividade do titular da pretensão pela não-dedução dessa perante o Judiciário; c) prolongamento dessa inércia por um lapso de tempo, previsto em lei, sem a ocorrência de causas impeditivas, suspensivas e interruptivas.

O Código Civil de 1916, ainda atual, procurou sistematizar algumas regras de abrangência genérica sobre o tema. Entre elas asseverou: a) a sua renunciabilidade, expressa ou tácita, desde que consumada (art. 161); b) a possibilidade de sua alegação em qualquer instância, pela parte a quem favorece (art. 162)³; c) atingir os seus efeitos, igualmente, as pessoas jurídicas (art. 163); d) caber ação de regresso em favor das pessoas privadas de administrar seus negócios e bens, a fim de responsabilizar os seus representantes, legais

também identificada pelo designativo caducidade, em virtude da não-existência de texto legal que impeça o seu reconhecimento sem provocação do interessado.

² Filiado à *actio nata*, influenciadora da maioria da doutrina, Agnelo Amorim Filho (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *RF*, v. 193, n. 691/693, p. 37) vê na lesão do direito o termo inicial do prazo prescricional, proclamando: "...é que a lesão dá origem a uma ação, e a possibilidade de propositura desta, com o fim de reclamar uma prestação destinada a restaurar o direito, é que concorre para criar aquele estado de intranquilidade social que o instituto da prescrição procura evitar".

³ MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. (Prescrição : momento propício à sua articulação, *LTr*, v. 49, n. 8, p. 909-11) advoga a existência de um limite procedimental para a arguição da prescrição, calcado nos recursos extraordinários (extraordinário propriamente dito, especial e de revista), porquanto o seu conhecimento se subordina ao pré-questionamento, nos graus jurisdicionais ordinários, do tema a ser decidido no inconformismo.

e convencionais, quando, por culpa *lato sensu*, concorrerem para a prescrição (art. 164)⁴; e) continuidade do curso de seu prazo em detrimento dos sucessores (art. 165); f) aplicação da máxima *accessorium sequitur principale* (art. 167); g) descabimento de seu acolhimento pelo juiz sem a suscitação da parte cujos efeitos aproveita (art. 166)⁵.

Nesta célere investigação, interessa-nos o alcance da última das regras citadas frente ao interesse público. Quer dizer: pode o juiz, em cumprimento ao art. 166 do Código Civil, ratificado pelo art. 219, §5º, do Código de Processo Civil, abster-se de reconhecer, de ofício, a prescrição que favorece ao ente público? Para responder a indagação, forçosa a análise da extensão da faculdade de renúncia à prescrição, assunto intimamente ligado ao presente.

3. A renúncia à prescrição e o art. 166 do Código Civil

O art. 161, primeira parte, do Código Civil, dispõe com clareza:

"A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir".

De acordo com esse comando normativo, o direito a invocar o instituto da prescrição, com vistas a afastar o êxito de ação contra si manejada, pode ser renunciado. Para tanto, exige-se que o intervalo prescricional tenha se consumado por inteiro. Não se admite abdição de prescrição em curso, sob pena de se comprometer o seu fundamento de ordem pública. Igualmente, a renúncia não poderá prejudicar direito de terceiro.

⁴ O preceito é dispensável, em face do art. 159 do Código Civil impor a obrigação de indenizar àquele que, por dolo, negligência, imprudência ou imperícia, causar dano a outrem. Não obstante, o preceito do art. 164 do Código Civil, como advogou Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios de Direito Administrativo*, p. 453), não diz respeito somente aos incapazes, absolutos e relativos, mas igualmente às pessoas jurídicas, de direito privado e de direito público.

⁵ O modelo possui derivação alienígena. O Código Civil da França, no seu art. 2.223, dispõe: "Les juges ne peuvent suppléer d'office le moyen résultant de la prescription". (Os juízes não podem suprir de ofício o meio resultante da prescrição). O art. 515 do Código Civil português ostenta dição semelhante: "Os juízes não podem suprir, de ofício, a prescrição, não sendo essa invocada pelas partes".

Quanto às modalidades em que a renúncia poderá se materializar, haurimos, na literatura jurídica, duas. Inicialmente, temos a expressa, em que o prescribente, de maneira inequívoca, abre mão da prescrição existente em seu favor, declarando, oralmente ou por escrito, dessa não querer se beneficiar. O outro tipo consiste na tácita, ou implícita, cuja configuração se centra na prática, por aquele, de atos incompatíveis com o desejo de se favorecer com a *exceptio*.

Miguel Maria de Serpa Lopes⁶, forte na definição do art. nº 2.937 do Código Civil italiano, perfeitamente amoldável ao art. 161, segunda parte, do nosso Código Civil, exemplifica, entre as hipóteses em que reputa renunciada uma prescrição, o fato de alguém apresentar-se, em concurso de credores (processo de execução coletiva), com um título prescrito sem sofrer impugnação pelos interessados.

Ampliando a situações similares, o exemplo ilustrado pelo referido autor, o qual também se abeberara em aresto da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de 24-11-44, a jurisprudência vislumbra renúncia tácita no ato do executado que, durante os prazos para a interposição de embargos à execução e à arrematação, queda-se inerte, sem invocar prescrição que lhe favorece⁷.

Fácil concluir, então, que a não-invocação da exceção prescricional em contestação, ou ação autônoma, como a de embargos à execução, quando aquela beneficia o réu ou devedor, equivale à sua renúncia tácita, tendo em vista representar ato incompatível com o seu exercício.

Configurando tal comportamento verdadeira abdicação, segue-se que somente se pode deixar de alegar a prescrição nas situações em que o prescribente, por si ou por seu representante, possa renunciá-la.

Tecendo comentários ao art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, com o qual se amalgama com perenidade o art. 166 do Código Civil, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior⁸ assenta a renunciabilidade do direito como o norte conceitual da vedação ao conhecimento, sem qualquer provocação, da prescrição. Salientou, ainda, que o conhecimento, de ofício, do decurso do tempo como fator extintivo da proteção judicial de interesse jurídico diz respeito somente àqueles de conteúdo não

patrimonial, onde tecnicamente se deve falar em decadência. Diz o mestre:

“Veda a lei que o juiz, *ex officio*, decrete a prescrição que diga com direitos patrimoniais. A regra já se encontrava no art. 166 do Código Civil: ‘O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não invocada pelas partes’. A *ratio legis* é singela: tratando-se de direitos patrimoniais, porquanto renunciáveis, renunciável também o é a alegação da prescrição (art. 161 do Código Civil). Tratando-se de prescrição de direitos não patrimoniais, ou mais propriamente decadência, viável o conhecimento de ofício pelo juiz, extinguindo-se o processo com julgamento de mérito (art. 269, IV)”.

4. O interesse público e sua indisponibilidade

É pacífico competir ao organismo estatal curar os interesses da coletividade e, somente indiretamente, as aspirações individuais. Centrando-se tais interesses no bem comum, pertencem ao grupamento de indivíduos que habitam a porção territorial do Estado.

Vê-se, portanto, que o interesse público, que à administração cabe proteger, a esta não lhe pertence. Dele o administrador não é senhor. A expressão *relação de administração*, como bem explicita Rui Cirne Lima⁹, diverge da de propriedade. Relação de administração – ensina o mestre – é aquela estruturada à base de uma finalidade cogente, não disponível. Opõe-se diametralmente à relação jurídica fundada na propriedade. Restou clássico o seu dito de que:

“Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade”¹⁰.

Não pertencendo o interesse público, calcado no bem-estar da sociedade, ao gestor administrativo, mas sim àquela, remata-se que, não sendo esse dono, dele não poderá, em nenhum instante, dispor.

Todo e qualquer ato de disposição, de liberalidade, somente poderá ser perpetrado se autorizado por lei – expressão da *volonté générale*. Do contrário, será inválido.

Isso decorre da regra, basilar no direito administrativo hodierno, da indisponibilidade

⁶ *Curso de Direito Civil*, v. 1, p. 510-1.

⁷ *LEX RJTJESP*, 119/209 e 106/333.

⁸ 1985, p. 297.

⁹ *Princípios de Direito Administrativo*, p. 51-2.

¹⁰ *op. cit.*, p. 52.

do interesse público. Nesse sentido, há escólio lapidar de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*”¹¹.

Também ressaltando a importância do princípio, Lúcia Valle Figueiredo:

“Ao investir a administração de prerrogativas especiais para tutela de determinados interesses, que houve por bem entender como prevalentes, a norma, em contrapartida, qualificou-os de inalienáveis. Com efeito, a consequência da supremacia do interesse público é a indisponibilidade. Decorre daí que, mesmo ao delegar o exercício de determinadas funções públicas a outrem, a administração delas não poderá dispor”¹².

Com essas razões, volto a frisar que o agente da administração, quando de sua atuação, não pode perder de vista o interesse público qualificado normativamente, acerca do qual lhe é, grosso modo, vedado perpetrar qualquer conduta de disposição¹³.

¹¹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 23.

¹² *Curso de Direito Administrativo*, p. 34.

¹³ No que tange à União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais, os arts. 1º a 3º da recente Lei nº 9.469, de 10-07-97, sucessora da Lei nº 8.197, de 27-06-91, disciplinam o modo e as condições pelas quais os respectivos entes podem transacionar, renunciando direitos. Dispõem tais preceitos: “Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas. § 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado no *caput*, o acordo ou a

5. Os arts. 166 e 219, § 5º, dos Códigos Civil e de Processo Civil, frente à indisponibilidade do interesse público

Expostas as considerações retro, aponto, finalmente, no ponto crucial deste trabalho, voltado a perscrutar se o magistrado *sponte propria* tem poderes, nas lides em que a Fazenda Pública é demandada, para o reconhecimento da prescrição ante o disposto no art. 166 do Código Civil, corroborado pelo art. 219, § 5º, do CPC, ao afirmar que *o juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes*¹⁴.

transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo às causas relativas ao patrimônio imobiliário da União. Art. 2º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações ou empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos dos processos ajuizados por essas entidades, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de trinta. § 1º O saldo devedor da dívida será atualizado pelo índice de variação da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), e sobre o valor da prestação mensal incidirão os juros à taxa de doze por cento ao ano. § 2º Inadimplida qualquer parcela, pelo prazo de trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo. Art. 3º As autoridades indicadas no *caput* do art. 1º poderão concordar com pedido de desistência da ação, nas causas de quaisquer valores, desde que o autor renuncie expressamente ao direito sobre que se funda a ação (art. 269, inciso V, do Código de Processo Civil).

¹⁴ Digno de nota a circunstância de que a letra legal, tomada em seu extremo rigorismo, implica total vedação ao conhecimento, pelo juiz, de prescrição não alegada pelas partes. Não se comente que, nas causas em que não estiverem em jogo direitos patrimoniais, poderá o magistrado sanar a inércia dos litigantes. Como bem demonstrara Agnelo Amorim Filho (op. cit., p. 38), a prescrição, como instituto jurídico distinto da decadência, tem o seu campo de ação restrito às ações condenatórias e somente a estas. Evoco novamente as palavras do mestre: “ Por via de consequência, chegar-se-á, então, a uma segunda conclusão importante: só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda”. Por sua

Penso que a regra não é absoluta¹⁵. Comporta temperamentos. Um deles é o que concerne à capacidade das partes. Para a validade da renúncia, como ato abdicativo, necessário se verificar a capacidade do renunciador, ou seja, se este pode, validamente, praticar tal ato na vida civil. Precisa de advertência de Caio Mário da Silva Pereira:

“Pode o devedor a ela renunciar, repetimos, subordinada a validade da renúncia à circunstância de estar o renunciante na livre administração de seus bens, pois envolve indiretamente uma diminuição patrimonial, equiparável à alienação”¹⁶.

No campo do direito público, o vocábulo *capacidade* transmuda-se em competência, elementar do ato administrativo integralmente vinculada¹⁷. Assim, cabe à lei dispor qual o agente que possui o poder-dever de praticar determinado ato e a forma de praticá-lo.

Configurando a renúncia tácita uma modalidade de ato de disposição, não se deve perder de vista o cânon da indisponibilidade do interesse público, por pertencente à coletividade, sendo indispensável que o seu gestor esteja, para tanto, autorizado por lei específica.

Penso que a melhor exegese a ser legada ao art. 166 do Código Civil, é a de que a regra que enuncia – vedação do juiz reconhecer de ofício prescrição – somente se dirige aos direitos cujo titular, ou representante, poderá dispor. A utilização da expressão *patrimoniais*, no lugar

vez, as lides de conteúdo não patrimonial, direto ou mediato, não se encontram no campo de atuação das ações condenatórias, não cabendo se cogitar de prescrição. De nenhuma utilidade a inclusão do vocábulo *patrimoniais* no texto legal.

¹⁵ Assim não pensa Ulderico Pires dos Santos: “A prescrição de ações relativas a direitos patrimoniais é meio de defesa pessoal do devedor e só ele, como beneficiário dessa exceção liberatória, pode argüi-la. Por isso, por mais evidenciada que esteja a prescrição, não pode, ao sabor de nosso direito positivo, ser declarada senão a pedido de quem se beneficia com a sua declaração. Conclusão: o juiz só pode conhecer da prescrição de ações relativas a direitos patrimoniais quando essa *exceptio* for levantada pela parte a quem beneficia. Essa regra é intransponível, não comportando exceção, nem mesmo em favor do incapaz e ainda que a prescrição seja gritante”. (Prescrição : doutrina, jurisprudência e prática, p. 15).

¹⁶ *Instituições de Direito Civil*, v. 1, p. 437.

¹⁷ O liame, no direito público, entre capacidade e competência, foi elucidativamente demonstrado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (op. cit., p. 493-6).

de disponíveis, vocábulo mais apropriado, decorre do fato de, quase sempre, aqueles se confundirem com o campo da disponibilidade jurídica.

Prova insofismável disso, o art. 1.035 do Código Civil afirma que a transação se cinge aos direitos patrimoniais de caráter privado, porquanto não os únicos suscetíveis de ampla disposição. Aqui observe-se que o legislador foi mais preciso, qualificando a patrimonialidade com a adição da díade *direito privado*.

Outra não fora a razão por que Miguel Maria de Serpa Lopes sustentara:

“Sobre a segunda regra, qual a de ser vedado ao juiz pronunciá-la sobre prescrição *ex officio*, a jurisprudência não tem oscilado na aplicação rígida desse princípio. Os juristas, porém, têm-na entendido como suscetível de exceções. Assim, ao juiz é dado conhecer da prescrição *ex officio*, nos seguintes casos: a) quando fundar-se em motivos de ordem pública ou na necessidade social; b) em se tratando de ações de estado”¹⁸.

Nesse diapasão, há elucidativo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº 163.440, proclamando:

“PRESCRIÇÃO – Renúncia – O Poder Público pode renunciar a direito próprio, mas esse ato de liberalidade não pode ser praticado discricionariamente, dependendo de lei que o autorize. A renúncia tem caráter abdicativo e em se tratando de ato de renúncia por parte da administração depende sempre de lei autorizadora, porque importa no despojamento de bens ou direitos que extravasam dos poderes comuns do administrador público”¹⁹.

¹⁸ op. cit., p. 507.

¹⁹ 1ª Câmara Civil. Ac. un. Relator: Des. Pacheco de Mattos. *RJT/JESP* 05/133. Malgrado se dirigir o aresto à invalidação de despacho de secretário de estado que, em despacho proferido em processo administrativo, renunciara a prescrição consumada em favor do Estado de São Paulo, a sua motivação é aplicável como argumento a impulsionar o julgador a afastar parcialmente, nos casos concretos que lhe sejam trazidos, o art. 166 do Código Civil. No voto do relator, há menção a ensinança de Hely Lopes Meirelles, de manifesta atualidade, consoante a qual: “Em se tratando de renúncia por parte da Administração depende sempre de lei autorizadora, porque importa no despojamento de direitos que extravasam dos poderes comuns do administrador público”. (Direito Administrativo Brasileiro, p. 166).

No que concerne à Administração Pública Federal, o art. 112 da Lei nº 8.112/90, encarnando o espírito da indisponibilidade do interesse público, expressamente dispõe: “A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração”. O preceito, por seu caráter genérico, espraia-se a toda e qualquer relação da administração com os seus administrados, não devendo ter a sua aplicação jungida aos liames Estado-servidor.

Forçoso ponderar, portanto, que, pelo menos no que concerne à União, suas autarquias e fundações, os arts. 166 e 219, § 5º, do Código Civil e do Código de Processo Civil, encontram-se derogados pela *lex posterior*, no caso a Lei nº 9.469/97.

Sei que os tribunais pátrios, em iterativas deliberações, vêm reformando, com arrimo no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, decisões que de ofício *reconheciam a prescrição* em ações de execução fiscal²⁰. Todavia, aqui cabe um fundamental esclarecimento: no executivo fiscal, o titular do direito à prescrição era o contribuinte, de maneira que a arguição do evento prescritivo poderia validamente configurar renúncia tácita, haja vista que a abdicação em gozar das benesses da prescrição encontrava-se na sua esfera de normal disponibilidade²¹. Interdito, destarte, ao

²⁰ STJ. 2ª Turma. Ac. un. Resp. 8.383 – RJ. Relator : Ministro Ilmar Galvão. *DJU*, p. 5.560, 6 maio 1991; STJ. 1ª Turma. Ac. un. Resp. 46.058 – MA. Relator : Ministro Garcia Vieira. *DJU*, p. 11.733, 16 maio 1994; TRF-1ª Região. 4ª Turma. Ac. un. AC 01.742 – TO. Relator : Juiz Nelson Gomes da Silva. *DJU*, p. 15.363, 23 mar. 1995; TRF – 2ª Região. 3ª Turma. Ac. un. AC 14.557 – RJ. Relator : Juiz Celso Passos. *DJU*, 25 jun. 1991. Seção 2; TRF – 4ª Região. 2ª Turma. Ac. un. AC 28.492 – RS. Relator : Juiz Teori Albino Zavascki. *DJU*, p. 4.568, 16 fev. 1994. Seção 2.

²¹ Ives Grandra da Silva Martins enfatiza o colorido de disponibilidade do direito do contribuinte em não pagar tributo indevido, noção a que se pode, sem maiores facilidades, estender ao tributo prescrito: “Não entrarei a examinar a constitucionalidade ou não do IPTU lançado para o exercício de 1994. Refoge ao campo de indagação do parecer. Examinarei, isto sim, o tipo de direito que implica, ou seja, ao Município, o direito de exercer sua competência impositiva e ao município o direito individual, disponível e divisível de ser tributado nos termos da lei suprema e da lei ordinária. Tal tipo de direito do cidadão é tipicamente um direito divisível e disponível. Poderá o contribuinte dele abrir mão se o desejar. Poderá, se entender que vale a pena pagar um tributo, que seja

magistrado, contrariando a tácita manifestação de vontade do prescribente, reconhecer a prescrição da qual este não quer se beneficiar. Diferentemente, quando a prescrição favorece o Poder Público, em virtude de que a renúncia deste, pela omissão de seu representante em argüi-la, para ostentar validade, necessita de apoiar-se em espeque legal.

Tampouco serve para justificar a aplicação, detrimtosa para a administração, da regra de que a prescrição não pode manifestar-se de *pleno jure*, mas sempre *ope exceptionis*, o fato do representante judicial daquele poder ser responsabilizado, administrativa e civilmente, por sua omissão. É que o fato de tal responsabilidade se encontrar prevista em nosso direito positivo não serve para tornar disponível um direito que, por sua natureza, é indisponível.

Igualmente, a distinção, forjada pela doutrina italiana, nessas plagas perflhada no magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello²², entre interesse público primário (interesses pertencentes à coletividade como um todo) e secundário (decorrente da condição de sujeito de direito do Estado, entre os quais estão os direitos patrimoniais), não serve para fundamentar ponto de vista adverso ao aqui exposto. Em ambos os casos, há a indisponibilidade. A repulsa da distinção, para o fim de tornar o interesse secundário disponível, com certeza granjeou o prestígio do legislador, pelo menos no âmbito da Administração Federal. Isto se comprova por toda e qualquer transação relativa a direitos de cunho pecuniário necessitar de preencher os requisitos estabelecidos nos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.469/97.

Mister um esclarecimento: quando afirmo que o julgador pode reconhecer a prescrição, em face da existência de interesse público, não imponho uma obrigatoriedade. Esta vale para o representante judicial da Fazenda Pública, sob pena de responsabilização. Quanto ao julgador, há a faculdade de fazê-lo, tanto que, se sobrevier condenação com trânsito em julgado, não se vislumbra exitoso o ajuizamento de rescisória por tal motivo. É como prelecionou Pontes de Miranda, ao interpretar *a contrario sensu* o disposto no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil:

“Se o direito, a que corresponde a prorrogação da pretensão e da ação, ou

inconstitucional, para ajudar a comunidade em que vive.” (Ação civil pública é veículo processual imprestável para proteção de direitos individuais disponíveis. *RT*, 707/24).

²² Op. cit., p. 22.

só da ação, não é patrimonial, a lei atribuiu ao juiz o direito de decretar, de ofício, a prescrição”²³.

6. Conceito de fazenda pública para afastar a incidência do art. 166 do Código Civil

Alfim, toca-me ainda tecer céleres comentários quanto à abrangência da possibilidade de o magistrado, mesmo quando não suscitado, declarar a ocorrência da prescrição, ou seja, quais os entes políticos e administrativos que podem usufruir da parcial exceção ao art. 166 do Código Civil.

Tomo, como ponto de partida, o art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6-1-32, responsável por estatuir regime especial de prescrição em prol da fazenda pública. Esse binômio, nas primícias, representativo do Estado em juízo nas questões tributárias²⁴, passou, com o evoluir dos tempos, a significar o segmento da Administração Pública custeado pelo erário (*rectius*, por tributos, ou receitas derivadas), abrangendo a Administração Direta, Autárquica e Fundacional. Nesse sentido, de leitura obrigatória Nelson Nery Júnior:

“Vários são os sentidos em que é empregado o vocábulo *fazenda pública*. Pode significar o erário como instituidor e arrecadador de impostos, o Estado em juízo litigando genericamente sobre aspectos patrimoniais, ou simplesmente a administração pública por todos os seus órgãos da administração direta e entidades autárquicas, porque é seu erário que suporta os encargos patrimoniais da demanda. Em oportuna síntese já se firmou que o termo fazenda pública pode ser compreendido em três acepções: a) como teoria do regime econômico do Estado; b) como instituição ou organismo administrativo que gere o dinheiro público; c) como o patrimônio que o dinheiro público constitui. Embora tecnicamente a locução *fazenda pública* devesse indicar apenas e tão-somente o Estado em juízo com seu perfil financeiro, na verdade se tem denominado dessa forma, tradicionalmente, a admi-

nistração pública por qualquer das suas entidades da administração direta (União, Estado e Município) e autárquicas, irrelevante o tipo de demanda em que a entidade se vê envolvida”²⁵.

A princípio, a locução não abrangeria as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Não se pode olvidar que, posteriormente, o Decreto-Lei nº 4.597, de 19-8-42, estendeu os ditames do Decreto nº 20.910/32 às entidades paraestatais mantidas mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas dos particulares com fulcro em lei federal, estadual ou municipal. Essa extensão, embora pareça, não conflita com o discrimen, gizado constitucionalmente (art. 173, § 1º, CF), entre sociedades de empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, segundo o qual estas últimas possuem regime obrigacional próprio, idêntico ao aplicável aos particulares, mesclado por derrogações expressas encetadas por normas publicísticas. Sendo assim, suas obrigações não poderiam estar sujeitas a prazo prescricional distinto dos constantes da legislação privativa, que são os estatuídos nos arts. 177 e 178 do Código Civil.

Como os entes paraestatais que exercem atividade econômica, de regra, são mantidos com recursos próprios (receita originária), de color não tributário (preços públicos), estariam, independentemente da prescrição magna, fora do regime prescricional da administração, reforçando-se a compatibilidade vertical do Decreto-Lei nº 4.957/42²⁶. A extensão das disposições prescricionais de direito público depende da manutenção da entidade por receitas tributárias.

7. Conclusões

Ao depois das considerações expostas, pode-se rematar o seguinte:

a) o direito à prescrição, como integração do patrimônio do sujeito de direito, é suscetível

²⁵ *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 1992. p. 48-49.

²⁶ Bem destaca Maria Sylvia Zanella di Pietro a duplicidade de regimes jurídicos das entidades paraestatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, embora, em alguns casos, sujeitas ambas as espécies a institutos comuns (*Direito Administrativo*, p. 281-294). Interessante também a leitura dos precedentes que informaram a Súmula 39-STJ.

²³ *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 3, p. 260. Afigura-se-me incorreto Sérgio Sahione Fadel (*Código de Processo Civil*, v. 1, p. 375), ao entender tratar-se a hipótese de dever judicial.

²⁴ NUNES, Castro. *A fazenda pública em juízo*. 1950. p. 304.

de abdicação, que poderá assomar de maneira expressa ou implícita;

b) a renúncia tácita decorre da prática, pelo prescribente, de comportamento inconciliável com a vontade de se alegar a prescrição, ao qual se equipara a sua não-invocação como matéria de defesa, nos momentos processuais oportunos (contestação, embargos e apelação);

c) o ato de renunciar, como modalidade de disposição de direito, requer a capacidade do renunciante em dispor do direito abdicado;

d) no campo do direito público, os interesses curados pelo administrador, por pertencerem à sociedade, encontram-se afetados a uma finalidade legalmente prevista, não possuindo aquele capacidade, aqui denominada de competência, para livremente praticar atos de disposição, os quais somente emergirão válidos quando autorizados por lei específica;

e) a regra contida no art. 166 do Código Civil, secundada pelo art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, não ostenta caráter absoluto, descabendo operar nas lides em que a fazenda pública se faz presente, como demandada, tendo em vista que esta gera interesses da coletividade, onde o campo de disposição é essencialmente vinculado.

Bibliografia

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para

- identificar as ações imprescritíveis. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 193, 1961.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil* : dos atos e nulidades processuais. Porto Alegre : Letras Jurídicas, 1985. v. 3, arts. 154-261.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas, 1990.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998. v. 1.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1994.
- LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1988. v. 1.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública é veículo processual impréstável para proteção de direitos individuais disponíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 707, p. 24.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. Prescrição : momento propício à sua articulação. *LTr.*, São Paulo, v. 49, nº 8, p. 909-911, 1984.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. Prescrição : doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro : Forense, 1989.

Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte

VÉRA JACOB DE FRADERA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As reações ao comportamento culposo na fase pré-contratual: as soluções francesa e alemã. 2.1. A solução francesa: colocação de limites à liberdade contratual: a figura do abuso de direito. 2.2. A proteção da confiança, reflexo da necessidade de segurança no tráfico jurídico. 2.2.1. Uma descoberta de von Ihering: a noção de culpa in contrahendo. 2.3. Uma esperança frustrada: fundamento da responsabilidade pré-contratual no sistema da Common Law. 2.4. A formação do contrato e a teoria dos jogos, uma técnica das ciências exatas. 3. Conclusão.

1. Introdução

A escolha do tema prende-se ao fato de as relações pré-contratuais não estarem, de modo geral, reguladas na maioria dos sistemas jurídicos; por outro lado, a crescente utilização dos *contratos internacionais*, devido a motivos vários, entre os quais avulta a *globalização da economia*. Nesses contratos a fase das negociações contratuais assume grande destaque¹ e vem suscitando uma série de indagações com

¹ Noção das mais controvertidas, pois pode ser estabelecida a partir de vários critérios, como o econômico ou o jurídico. Para fins didáticos, podemos considerar que o contrato é internacional quando seus elementos constitutivos não estão, todos, vinculados a um mesmo Estado, ou seja, ele apresenta um *elemento de extraneidade*. O chamado *critério econômico* para classificar um contrato como internacional leva em consideração o fato de a operação pôr em causa os interesses do comércio internacional; o Professor Delebecque observa que esse critério é o mais utilizado para apreciação do caráter internacional de um pagamento. Cf. DUTILLEUL, DELEBECQUE. *Contrats civils et commerciaux*. 2ème. ed. Dalloz, p. 20, nota 2.

Véra Jacob de Fradera é Mestre em Direito e Professora na UFRGS – Brasil.

Palestra proferida no Congresso de Danos. Buenos Aires, 24 a 26 de abril de 1997.

respeito à responsabilidade pelo rompimento das tratativas neste plano internacional. O mesmo ocorre no âmbito das negociações que antecedem o contrato no plano nacional, constituindo fato notório a influência que exercem os mecanismos praticados na esfera internacional sobre aspectos do Direito interno, mormente na área dos contratos. Isso se deve, sem dúvida, à maior agilidade com que se movem os operadores do Direito na esfera internacional, flexibilizando e atualizando formas de contratação que se mostram mais adequadas às necessidades do tráfico jurídico. Ainda que todas essas afirmativas sejam incontestáveis, a verdade é que não existe unanimidade a respeito das conseqüências jurídicas o que acarreta o rompimento injustificado das tratativas do contrato, sendo parcas as manifestações por parte da Doutrina e da jurisprudência. Assim sendo, uma reflexão sobre a matéria, feita à luz do Direito Comparado, pode resultar em esclarecimentos úteis ao jurista e ao magistrado.

Para bem introduzir o assunto que ocupará nossa atenção durante os próximos 20 minutos, devemos, antes de tudo, inserir o contrato, assim como as suas preliminares, nos sistemas² jurídicos em cujos limites será esta temática analisada, porquanto o conceito de contrato depende estreitamente do ordenamento em que se insere.

Em primeiro lugar, pois, serão examinadas, *à vol d'oiseau*, as características do sistema continental europeu, denominado *romano-germânico*, devido ao fato de ter sido desenvolvido e praticado nas Universidades européias de origem latina e também nas de raiz germânica, a partir do século XII. Este sistema tem, entre outras, as características da Codificação: a separação entre Direito material e processual e a divisão do Direito privado em civil e comercial.

Em segundo lugar, examinar-se-á o *sistema de direito privado latino-americano*, profundamente marcado por influências européias. A *primeira* delas é representada pelas *Ordenações do Reino* vigorantes no período colonial, tanto nas colônias espanholas, como no Brasil, colônia lusitana, e no caso brasileiro, ainda muito tempo depois da Independência, pois o

² Na linguagem jurídica corrente, o uso do termo *sistema* para indicar o ordenamento jurídico é comum. V. a respeito, BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília : Ed. UnB; São Paulo : Polis, 1989.

Código Civil, devido a motivos vários, tardou a ser publicado. A *segunda* influência na América latina foi a *francesa*, cujos modelos, os Códigos civil de 1804 e comercial de 1808, foram adaptados ou servilmente imitados, em grande parte, pelos legisladores nacionais.

Um terceiro modelo a ser referido é o pandectista da Escola de Savigny, calcado no Digesto ou Pandectas³, e que mais tarde teria grande influência na comissão elaboradora do BGB de 1900, ainda que Savigny fosse contrário à Codificação, por considerá-la prejudicial ao Direito, concebido como elemento integrante da noção de cultura...

De tudo isso, resultaram, na América Latina, legislações de cunho mais ou menos independente, mas todas, inegavelmente, integrantes da família romano-germânica, porquanto já as antigas metrópoles dela participavam, da mesma forma que os modelos francês e pandectista, adaptados pelas repúblicas sul-americanas.

É interessante observar que, entre as legislações em vigor na América Latina, o sistema jurídico do Brasil apresenta alguns traços que o distinguem dos demais, no sentido de ser nítida a presença da influência das Pandectas, sobretudo no âmbito do Direito contratual. Em vista dessa particular perspectiva, tanto o contrato como as fases pré e pós-contratuais merecem um tratamento distinto do que é dado às mesmas questões, nos sistemas em que prepondera inspiração fundada no *Code Napoléon*.

Outro aspecto a ser salientado, no Direito brasileiro, é o de que a relação jurídica obrigacional é concebida como um *processo*⁴,

³ É importante salientar que na Escola Pandectista, *Pandektistik*, precisamos distinguir diferentes períodos: a Escola Histórica, durante a 2ª metade do século XIX, a Jurisprudência dos Conceitos, *Begriffsjurisprudenz*, cujos inícios são registrados a partir de 1850, e as últimas décadas nas quais várias tendências se fizeram sentir. Um dos mais renomados autores pandectistas, Bernard Windsheid, definia esta doutrina da seguinte maneira: *compreende-se sob o nome de Pandectas a totalidade do direito privado alemão de origem romana*. Ver a respeito, IONESCU, Octavien. Le problème de la Partie Introductive du Code Civil. *RIDC*, n. 3, p. 579 e segs. e COING, Helmuth. German Pandektistik in its relationship to the former ius commune. *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, p. 09, winter 1989.

⁴ O divulgador dessa concepção da relação jurídica obrigacional no Brasil foi o renomado jurista

destinado ao adimplemento, devendo, para tanto, transpor as partes etapas sucessivas, integradas por inúmeros deveres da mais variada natureza, comportando-se, uma em relação a outra como *colaboradores* e não como indivíduos situados em posições antagônicas, sem comunicação entre si, como ocorre nos sistemas em que predomina a influência do Direito Canônico⁵, afirmação que vale, sobretudo, para os ordenamentos francês, italiano e espanhol. A cooperação entre as partes, devido à presença do pandectismo, é regida por princípios, destacando-se os da confiança e o da boa-fé.

Constitui fato singular que estes princípios de grande alcance e larga aplicação nas regiões que hoje formam a Alemanha, desde épocas remotas, v.g., nos Tribunais das Ligas Hanseáticas e também nas Repúblicas do Adriático⁶, tiveram grande impulso no período posterior à

Clóvis do Couto e Silva, em seus numerosos estudos, entre os quais merece destaque a obra *A obrigação como processo*. São Paulo : Bushatsky, 1976. Segundo o autor, a concepção da obrigação como processo é, em verdade, somente adequada àqueles sistemas nos quais o nexo finalístico tem posição relevante. E segue: a obrigação vista como processo compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. p. 10 e 11.

⁵ A presença de elementos do Direito Canônico nos sistemas jurídicos da Família Romano-germânica remonta aos tempos da formação do *ius commune*, em Bolonha, ponto de encontro do *Corpus Juris Civilis* e do *Corpus juris canonici*. Diz-se que a mútua influência determinou uma *cristianização* do Direito Romano e uma *tecnização* do Direito Canônico. Exemplos do canonismo em muitos dos ordenamentos jurídicos ocidentais não faltam: a regulamentação do casamento, o respeito pela pessoa (pois, pelo batismo, todos tornamo-nos filhos de Deus), a boa-fé, que transforma a posse, o respeito às últimas vontades modifica aspectos dos testamentos, a noção moderna de personalidade jurídica, o valor do consentimento no contrato... Segundo René David, o direito canônico constitui, sem dúvida, tanto ou talvez mais que o direito romano, a mais gigantesca tentativa de unificação do direito jamais empreendida, nos mais diversos setores.

V. o excelente trabalho de CAPARROS, Ernest. *Les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le Droit Ecclesiastique*. in K.D. Kerameus (éd.) *Rapports généraux présentés au XIV e Congrès International de droit comparé*. Athènes, juillet /août 1994, 1995, p. 7 e s.

⁶ A este respeito, consulte-se a interessante monografia de MEYER, Rudolf. *Bona Fides und Lex Mercatoria in der europäischen Rechtstradition*. Wallstein Verlag Göttingen, 1994.

Codificação alemã, intensamente marcada pelos princípios da Ética Protestante, sejam aplicados e interpretados no Brasil, à maneira dos tribunais alemães, tal como o fazem juizes e doutores inseridos nos ditames da moral protestante⁷.

Por fim, o sistema do *Common Law*, dotado de características que lhe conferem um *status especial* em meio a todos os seus congêneres, é um produto da História com pouca ou quase nenhuma interferência de legislador nacional, considerado como *aberto*, não baseado na lei⁸.

Sua concepção de contrato é bastante peculiar, pois fundada em aspectos econômicos: além da troca de consentimentos, é acrescido da *consideration*⁹, a contrapartida, sem a qual o contrato não se pode formar. Por não existir uma *consideration* no período que antecede a

⁷ A presença de elementos da moral nos dois Códigos que maior influência exerceram no mundo ocidental e, em parte, também no Oriente, é inegável, a ponto de Carbonnier, Jean, referir-se a um *jansenismo jurídico*, em relação ao *Code Napoléon*; quanto ao BGB de 1900, a moral protestante e os ensinamentos de Kant explicam muitas das soluções escolhidas pelo Legislador e até mesmo certos comportamentos da jurisprudência, por exemplo, a dificuldade em sancionar civilmente os danos puramente morais ou fundar a responsabilidade civil no risco. Para melhor compreender o espírito dos protestantes, ver, de Max Weber, *L'éthique protestant et l'esprit du capitalisme*. PLON, 1964.

⁸ O Direito inglês é, por sua origem, um direito jurisprudencial, elaborado pelas Cortes de Westminster (*Common Law*) e pela Corte da Chancelaria (*equity*). A lei, denominada *statute*, desempenhou um papel secundário na história do Direito inglês, limitando-se a contribuir com corretivos ou complementações à obra da jurisprudência. Nos dias atuais, a lei e os regulamentos (*delegated legislation*) não mais são considerados de nível secundário ou supletivo. Existem outras fontes muito importantes, mesmo que não tenham o mesmo valor da jurisprudência e da lei: o costume, a doutrina e a razão. Outro elemento importante é a regra do *precedente*. Ver, por todos, DAVID, SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*. Dalloz, 1992.

⁹ A noção clássica de *consideration* é a de contrapartida de um negócio: eu vendo meu carro, o comprador deve transferir-me uma soma em dinheiro. Sua origem remonta ao século XVI, quando o recurso denominado *assumpsit* transformou-se em recurso geral em matéria contratual, o direito inglês decidiu que ele não seria admitido para toda e qualquer forma de violação da promessa, excluindo, sobretudo, as promessas a título gratuito. Somente

relação contratual, não admitem os juristas ingleses, na fase dos *pourparlers*, um esboço de contrato e, em conseqüência, responsabilidade civil em caso de ruptura abusiva da negociação; outro elemento valioso para identificar os contornos tão peculiares do sistema contratual da *Common Law* é o liberalismo econômico, expresso na máxima latina *caveat emptor*, que representou, até pouco tempo, um obstáculo à adaptação do direito inglês a muitas das diretivas da União Européia, mormente as referentes à proteção dos consumidores.

Uma corrente doutrinária, contrária à *consideration*, liderada pelo Professor Atiah, inspirado por um artigo americano, de autoria de F. Kessler e E. Fine¹⁰, afirma que entre as partes existe uma *reliance*, uma confiança, de sorte que toda a responsabilidade seria fundada em uma esperança frustrada, daí o direito à reparação.

Mais recentemente, o desenvolvimento da *análise econômica* do Direito conduziu os juristas norte-americanos a fundamentar a responsabilidade pré-contratual com a utiliza-

o autor que tivesse prestado uma *consideration*, isto é, o autor em estado de provar que ele tinha fornecido (ou iria fornecer) ao réu uma prestação, ou que, de acordo com um pedido expresso ou implícito do vendedor, tivesse confiado em uma promessa dele e houvesse experimentado um prejuízo, poderia obter satisfação com *fundamento em um contrato*.

A interpretação clássica do sentido da *consideration* é, há algum tempo, contestada nos Estados Unidos e na própria Inglaterra, por Atiah, mas isso não quer significar que a concepção tradicional seja falha, ou que tenha perdido validade. A discussão suscitada pelo aparecimento dessa correte *contrária à consideration* teve um resultado positivo, porquanto esclareceu diversos aspectos do direito dos contratos e suas relações com os demais ramos dos contratos. Ver, por todos, MARKESINIS, Basil S. La notion de consideration dans la common law: vieux problèmes : nouvelles théories. *RIDC*, n. 4, p. 735 e segs., 1983.

¹⁰ No artigo intitulado *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, publicado na, *Harvard Law Review*, n. 77, p. 401-408, 1964, dada a analogia das estruturas comerciais e industriais nas sociedades ocidentais, não existe uma impossibilidade absoluta de recepção da doutrina da *culpa in contrahendo*, de origem romano-germânica, no âmbito do direito anglo-americano. Os autores antes referidos utilizaram como técnica de pesquisa comparatista, a *praesumptio similitudinis*. V. ZWEIGERT, K., KOTZ, H. *An introduction to Comparative Law*. Oxford, 1987. v. 1, p. 36.

ção da teoria dos jogos, a *games theory*, cujo embasamento se encontra, entre outros elementos, na aplicação de noções matemáticas às relações sociais¹¹.

O tema que nos cabe analisar, dano pré-contratual, presta-se, admiravelmente, a uma análise de cunho comparatista, porquanto seu tratamento depende da noção de contrato em cada sistema jurídico¹².

Nesse sentido, o contrato, fundado no consensualismo e no princípio da autonomia de vontade, é concebido à maneira canônica no sistema do *Code Napoléon* e nos ordenamentos que dele se inspiraram, considerando as partes *antagônicas* entre si, enquanto o BGB o define como uma *relação cooperativa*, iluminada por princípios como a autonomia privada e a confiança legítima, dos quais derivam uma série de outros princípios norteadores do tráfico jurídico, como o da confiança e o da boa-fé objetiva.

O sistema da *Common Law*, como vimos, erigiu a *consideration* como elemento essencial à existência do contrato, daí, onde não houver contraprestação, não haverá contrato, logo, não haverá responsabilidade civil.

A esta altura de nossa comunicação, já cabe uma pergunta:

Quais as formas de relacionamento pré-contratual admitidas no tráfico jurídico em geral?

Ora, a resposta é difícil, pois este período que antecede o contrato é constituído por um conjunto de *fatos*, em que não existem regras

¹¹ A *games theory* é de origem germânica, e seu sistematizador foi um matemático alemão, von Neumann, in *Zur Theorie der Gesellschaftsspiele*, in *Math. Annales*, 1928. A teoria dos jogos refere-se ao jogo da estratégia que utilizam as partes quando entabulam negociações cujo objetivo é chegar ao contrato. Sobre o assunto há inúmeras obras e artigos doutrinários. Ver, sobretudo, KATZ, Avery. *The strategic structure of offer and acceptance : game theory and the law of contract formation*. *Michigan Law Review*, v. 89, nov. 1990, p. 215 e segs.; COSTANTINO, Michele. *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*. *Riv. dir. civ.*, 1, p. 68 e segs., 1972.

¹² Além disso, a utilização do método comparativo permite, muitas vezes, ao intérprete e ao aplicador, encontrar solução para uma situação não regulada no sistema onde está atuando. É o que vem ocorrendo com o tema das tratativas pré-contratuais. V. por todos, ZWEIGERT, Konrad. *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*. *Rabel's Z.*, 1949/50, p. 5 e segs.

pré-estabelecidas, e no qual as negociações são submetidas à *liberdade*, que deriva do princípio da autonomia da vontade, fundamento do direito dos contratos. Mas o que é sempre verdadeiro é que se trata de área circunscrita ao chamado *não direito*, o *non-droit* dos franceses, expressão tão ao gosto do jurista sociólogo M. Jean Carbonnier.

Para outros juristas, como Couto e Silva, a fase pré-contratual estaria adstrita ao terreno do *contacto social*, no qual a proximidade entre as partes *não é tão próxima* como num contrato já constituído, mas onde, não obstante, já é exigido um comportamento pautado pela lealdade, pela confiança, logo, cooperativo.

É fase que corresponde ao âmbito do *projeto*, das diversas formas de construção do futuro contrato, elaborado pouco a pouco, em camadas sucessivas, *par couches successives*, e que pode assumir denominações variadas, por exemplo, acordo de princípio, *pourparlers*, *punctuação*, *intent letter*, *memorandum of intent*, *engagement d'honneur* ou *gentlemen agreement*, etc. com pouca ou nenhuma diferença entre si.

O que *existe de comum* em todas essas hipóteses é o fato de as partes utilizarem a formação sucessiva do contrato, sem preocupação com a *construção de uma vontade de contratar*.

Outra observação a ser feita é a de que, nos dias atuais, a fase preliminar ao contrato é devesas importante, sobretudo se o contrato não chega a tomar forma, tendo, contudo, existido uma negociação, um acordo de princípio, que supõe uma possibilidade de reviravolta quando a execução do acordo estiver melhor definida ou avaliada, mesmo não havendo previsão de condições. Assim, o terreno é sempre *movediço*, o acordo de princípio, seja qual for a denominação, pode significar uma *futura aceitação*, uma *aceitação sob certas reservas* ou ainda a *reserva de uma possibilidade de recusar* ou aceitar o futuro contrato. Como se percebe, este é um terreno caracterizado pela *total ambigüidade*, o que não se coaduna com o direito privado em geral¹³.

¹³ Situação diversa ocorre quando constatamos a existência de um *engagement d'honneur*. Nesse caso, as partes estipulam, de antemão, que o acordo de vontades não é obrigatório. A relação que se estabelece está situada no âmbito da moral, fora da área de abrangência do Direito estatal e até mesmo das soluções arbitrais. A respeito do assunto, consulte-se o excelente trabalho de NAJJAR, Ibrahim. *L'accord de principe*. Dalloz, 1991. Ch. 13, p. 57 e segs.

Num estudo como este, ainda que de reduzidas dimensões, não se pode deixar de referir a importância da fase pré-contratual na área dos *Contratos Internacionais*, que têm como uma das suas características, justamente, o aspecto contraditório, se comparado com o contrato analisado no plano interno; até o último momento a prática que predomina, entre os negociadores internacionais, é a de *não ocorrer uma vinculação*. E como as tratativas no âmbito do comércio internacional são, geralmente, mais extensas e duradouras, por envolverem representativas somas de dinheiro, os danos que a falta de consideração à outra parte acarretem, podem ser de alguma monta.

Postas estas premissas, necessárias para introduzir o tema principal de nossa comunicação, devemos nos deter na questão das possíveis sanções para a utilização abusiva da faculdade de não contratar, a *freedom not to contract*, regra liberalista da *Common Law*.

Para uma melhor perspectiva do problema a ser aqui discutido, utilizaremos o método comparativo, tomando como exemplo, no Direito Continental europeu, os sistemas francês e alemão, que mais interessam a nós, latino-americanos, dada a recepção deles em nosso continente; no que tange ao direito não continental, ou seja, a *Common Law*, os sistemas inglês e americano do norte.

De acordo, pois, com o que viemos esclarecer, dividiremos nossa comunicação em duas partes: num primeiro momento, trataremos das soluções oferecidas pelos dois grandes sistemas continentais europeus para sancionar o *rompimento culposo das negociações preliminares* e em seguida, nos deteremos no sistema da *Common Law*, a título ilustrativo; num segundo momento, analisaremos a questão a partir de um ponto de vista latino-americano.

2. As reações ao comportamento culposo na fase pré-contratual: as soluções francesa e alemã

Como já foi antes referido, as reações às violações na fase que antecede o nascimento do contrato dependem da *noção de contrato* vigente no sistema em foco e, sobretudo, das influências doutrinárias, éticas e históricas que marcaram o seu conceito. Nesse sentido, sabemos todos quão distintas são as concepções de contrato no âmbito do *Code Napoléon* e no do BGB, elaborados, o primeiro sob inspiração *individualista e liberal*, e, no plano moral, à

luz do jansenismo, enquanto o segundo, uma construção artificial, eis que fundada nas Pandectas, dominado por uma série de *princípios*, dos quais o mais importante é o da *confiança*, base de toda a estrutura elaborada pelos alemães, povo de *vendedores* que, para tornar seu comércio atrativo, dotaram o Direito privado de inúmeros mecanismos de *segurança jurídica*; no que diz respeito à moral, predominam os princípios originários da ética protestante.

Pois bem, para analisarmos as soluções que visam o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, levaremos em conta estas duas distintas concepções de contrato.

2.1. A solução francesa: colocação de limites à liberdade contratual: a figura do abuso de direito

Nenhum legislador ocidental teve tão grande preocupação com a liberdade contratual como o francês, autor do *Code Napoléon*, pois essa é uma consequência lógica do individualismo e do liberalismo em grau máximo, adotado pela França, no período pós-revolucionário. O indivíduo é livre, tanto para vincular-se, como para *não se vincular*. Nesse ponto situa-se a análise que estamos a efetuar. Não há contrato, mas existiu o fato de terem as partes contactado, discutido, tentado negociar, sem, contudo, chegar a um denominador comum, e se disso tudo resultou um prejuízo, e uma culpa foi detectada, assim como uma relação de causalidade entre uma e outra, estaremos diante de uma hipótese de responsabilidade extracontratual ou delitual. A averiguação da simples culpa, ainda que sem intenção de prejudicar, caracteriza a figura do *abuso de direito*, cujo critério é a noção de culpa, pois não basta, para impor-se obrigação de indenizar pelo exercício de um direito, que tenha havido prejuízo a outrem, assim, *o exercício de um direito acarreta responsabilidade; ele é abusivo quando culposo*.

Um outro embasamento para fundar a responsabilidade pré-contratual resultou da atividade jurisprudencial em França. Com efeito, em várias oportunidades, os juízes referiram a perda de uma chance¹⁴, noção

¹⁴ São inúmeras as oportunidades em que alguém pode alegar *perda de uma chance*. Esta é uma criação jurisprudencial francesa e tem tido um grande desenvolvimento no campo da responsabilidade civil, a ponto de um autor ter afirmado que hoje há

tradicional no terreno da responsabilidade civil, como base para uma responsabilização por dano pré-contratual.

Exemplo: rompimento brutal e unilateral dos *pourparlers* já bastante avançados¹⁵ engendra responsabilidade.

As mesmas jurisdições, contudo, afastam a responsabilidade pela ruptura das tratativas quando ela é motivada por divergências econômicas surgidas entre as partes, como a interrupção das negociações tendo em vista a conclusão de outro contrato em condições mais vantajosas.

Por outro lado, a existência de uma *obrigação geral de boa-fé* (art. 1.135 do *Code Napoléon*: “Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”) exigível na fase da formação dos contratos, deve reger o comportamento das partes durante as negociações preliminares: uma negociação pode ser encerrada sem que haja contrato, pois essa faculdade decorre do princípio da autonomia de vontade; o que não se admite é rompê-la após ter suscitado na outra parte a confiança de que um contrato será concluído. Tal atitude acarreta a responsabilidade.

Tendo em vista nosso propósito inicial, de realizarmos este breve estudo em perspectiva comparatista, passemos a analisar outro ordenamento jurídico, o alemão, também da família romano-germânica, mas dotado de certos traços que lhe são deveras peculiares. No ordenamento regulado pelo BGB, a responsabilidade pré-contratual é mais facilmente admitida, porque mecanismos jurídicos subjacentes permitem admitir a responsabilização por violação de deveres, ainda na fase pré-contratual.

um *abuso* da teoria da perda de uma chance. De uma forma muito singela, pode-se dizer que a perda de uma chance ocorre *quando uma situação, por definição vantajosa para a futura vítima, comportava uma álea e se, por causa do réu, esta álea desapareceu, levando consigo as chances que possuía o autor de conservar uma situação benéfica ou de vê-la concretizar-se*. Ver, a respeito, entre outros, CHABAS, François. *Leçons de droit civil* : obligations. Montchrestien, 1991, v. 1, t. 2, p. 412 e segs.

¹⁵ Cf. decisão da Corte de Cassação francesa, datada de 20 de março de 1972:... *rompu sans raisons légitimes, brutalement et unilatéralement les pourparlers avancés*. Cit. por SCHMIDT, Joanna. La sanction de la faute précontractuelle. *RTDCiv.*, v. 72, p. 46 e segs., 1974.

2.2. A proteção da confiança, reflexo da necessidade de segurança no tráfico jurídico

É por todos sabido que o sistema de Direito Privado alemão é constituído por alguns *pilares*, sobre os quais se ergue a monumental construção que é o BGB. O primeiro *pilar*, pois, é constituído pelo *princípio da autonomia privada (privat autonomie)*, expressão da autodeterminação de que é dotado todo o indivíduo capaz de agir no ordenamento jurídico e que pode estabelecer, pela vontade, efeitos jurídicos reconhecidos pela lei.

O segundo *pilar* está representado pelo *princípio da confiança (Vertrauensgrundsatz)*, reflexo da moral social que, no dizer dos juristas alemães, *irriga* o seu Código Civil¹⁶. Esse princípio da confiança, fonte de vários deveres, dos quais o mais importante é o de agirem as partes, na relação contratual, com lealdade, pode ser desdobrado em dois aspectos distintos:

Em primeiro lugar, esse princípio, como antes referido, reflete a *moral social*, e, assim como a autonomia de vontade, tem aplicação quando os indivíduos participam, voluntariamente, no tráfico jurídico; em segundo lugar, o mesmo princípio da confiança pode ter como fundamento a necessidade de *segurança do tráfico jurídico*, tão cara ao legislador alemão, imbuído da preocupação de dotar o sistema de direito privado germânico de elementos atrativos ao comércio, destacando-se dentre estes, como lógico, a segurança. Nesse sentido, utilizam alguns autores a expressão *Vertrauens – und – Verkehrsschutz* (confiança e proteção do tráfico)¹⁷. Nessa perspectiva, o princípio da confiança vem sendo invocado com o objetivo de *neutralizar* certas cláusulas contratuais, bem como o exercício de direitos subjetivos de forma abusiva. Destarte, o princípio da confiança se vincula à idéia de responsabilidade pessoal, a *Selbstverantwortung*.

¹⁶ São relacionados ao *Vertrauensgrundsatz*, algumas das mais importantes regras do Direito privado alemão, v.g., o *princípio da boa-fé objetiva*, previsto no parágrafo 242, a obrigação de interpretar-se as declarações de vontade de acordo com o *horizonte do destinatário*, a obrigação de ser reparado o *interesse negativo*, quando se constata uma declaração de vontade fundada em erro (sit. prevista no parágrafo 122 do BGB)... e muitas outras. V. a respeito, LARENZ, K. *Allgemeiner Teil*, paragraph 2 IV; WITZ, Claude. *Droit Privé Allemand*. LITEC, 1992, p. 109 e segs., PÉDAMON, Michel. *Le Droit allemand*. PUF, 1985.

¹⁷ V. WITZ, op. cit., p. 110, e nota 17.

Ainda com relação aos princípios derivados do *Vertrauensgrund*, jurisprudência e doutrina alemãs têm *alargado o âmbito de aplicação do princípio da boa-fé*¹⁸ em sentido objetivo, de modo que esse tenha aplicação em todo o direito, não apenas no direito das obrigações. De acordo com essa interpretação extensiva, os direitos subjetivos em geral devem ser exercidos dentro dos limites do princípio da boa-fé, o que torna o parágrafo 242 um excelente instrumento também na luta contra o abuso de direito.

Inúmeras são, no Direito privado alemão, as manifestações da *tutela da confiança* no Direito dos contratos. Dadas as características deste trabalho, nos deteremos em apenas duas dessas manifestações: a *culpa in contrahendo* e a proibição de *venire contra factum proprium* que podem servir de fundamento para a responsabilização daquele que violou a confiança da contraparte ainda na fase pré-contratual.

2.2.1. UMA DESCOBERTA DE VON IHERING:

A NOÇÃO DE CULPA IN CONTRAHENDO

Deve-se a von Ihering, no ano de 1861, a formulação da teoria da *culpa in contrahendo*, inspirado no espírito que norteara o *Corpus Juris* de Justiniano, cuja análise permitiu-lhe encontrar o fio condutor que reúne hipóteses como a do contrato inválido ou aquele cujo objeto é impossível, o erro unilateral, a *revogação da proposta antes da aceitação*, e, ainda, a incapacidade superveniente do proponente. O aparente âmbito restrito em que a teoria foi concebida por von Ihering não obstuou que fosse qualificada como uma *notável descoberta*, pois abriu caminho para a solução de problemas outros, antes nunca analisados¹⁹. Destarte, a *culpa in contrahendo* passou a ser admitida como uma figura geral e em termos

¹⁸ De acordo com o parágrafo 242 do BGB, *o devedor deve executar a prestação como o exige a boa-fé, levando em consideração os usos de tráfico*, e, no original, *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfordern*.

¹⁹ O jurista brasileiro Couto e Silva considerava a *culpa in contrahendo* uma notável *descoberta* no campo da dogmática jurídica, pois graças à pesquisa de von Ihering, novos e modernos conceitos foram trazidos ao Direito das obrigações, como por exemplo, o de *Quebra Positiva do contrato*, resultado da pesquisa de Staub, inspirado de conceitos semelhantes, originários da tradição jurídica da *Common Law*.

ampos, no sistema do BGB, graças aos esforços da doutrina e jurisprudência germânicas.

A descoberta de von Ihering sobreviveu à Codificação de 1900, e a Doutrina interpretou a *culpa in contrahendo* à luz do BGB, fornecendo, logo após à publicação do Código Civil, elementos para a imposição de uma obrigação geral de correção nas tratativas²⁰.

Como se percebe, é possível aplicarem-se deveres decorrentes do princípio da confiança que preside o direito dos contratos, a uma situação não contratual, como, por exemplo, em relação à fase das tratativas, *pourparlers* ou *punctuações...etc.*, e a responsabilidade decorrente é extracontratual, mesmo que se admita que a *culpa in contrahendo* derive de uma espécie peculiar de contacto social, o que precede a fase contratual. Ainda assim, certos autores afirmam ser esta responsabilidade contratual, mesmo não existindo, todavia, contrato, pois ela acarreta conseqüências distintas das que defluem da responsabilidade delitual. Somente para exemplificar, citaremos Wolfgang Fikentscher²¹, para quem existe um *direito costumeiro* determinando a aplicação da responsabilidade contratual às hipóteses da *culpa in contrahendo*. Segundo Couto e Silva, esta é uma construção artificial, reafirmando a natureza da responsabilidade pré-contratual como delitual²².

A doutrina alemã vem, há longo tempo, *detectando* casos que configuram exercício de direito em desacordo com a boa-fé (*treuwidrige Rechtsausübung*), mas reconhece que é impossível resumir, de maneira sintética, todas as hipóteses. Assim sendo, o exame da jurisprudência permitiu agrupá-los em categorias, os denominados *Fallgruppen*, e, entre eles, vamos destacar apenas um, o do *venire contra factum proprium*, igualmente suscetível de desdobramentos vários. Trata-se de *um agir do titular de um direito, que se põe em contradição com a conduta anteriormente adotada e na*

²⁰ O autor em questão era Franz Leonhard, cujo artigo intitulava-se *Verschulden beim Vertragsschlusse*, 1910; a decisão da Reichsgericht, inspirada de Leonhard, data de 7 de dezembro de 1911, 78 ERGZ 239. Cit. por CARUSO, Daniela. *La culpa in contrahendo*: a experiência estatunidense e quella italiana. Giuffrè, 1993. p. 8 e segs.

²¹ *Shuldrecht*. Berlin, 1985. parágrafo 20, II, 4, p. 66.

²² V. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en Droit Comparé brésilien et comparé*. Paris, 1988. Inéd.

*qual a contraparte havia confiado*²³. De acordo com esse entendimento, o fato de alguém portar-se dando a impressão de que agiria no sentido de contratar e bruscamente, sem motivo real, pusesse um ponto final nas negociações, estaria configurada uma situação de *venire contra factum proprium*, violação do princípio da boa-fé em sentido objetivo.

Prosseguindo nesta nossa análise comparatista, deslocaremos nosso foco de atenção para o sistema da *Common Law*.

2.3. Uma esperança frustrada: fundamento da responsabilidade pré-contratual no sistema da *Common Law*

Os tribunais norte-americanos e ingleses admitem, tradicionalmente, que as partes entrem em negociação (*freedom of negotiation*), sem o risco da responsabilidade pré-contratual, pois, de acordo com as regras da oferta e da procura, não existe responsabilidade enquanto o contrato está em formação, ou seja, antes que a oferta receba uma aceitação.

Vigorou, até poucos anos, entre os norte-americanos concepção segundo a qual o período pré-contratual é de natureza aleatória, podendo ser interrompido a toda hora, por vários motivos: mudança de opinião, alteração das circunstâncias, percepção de que não é um bom negócio, ou mesmo *sem nenhuma razão*. O único custo desse comportamento seria a perda que a parte teria em seu próprio investimento nas negociações em termos de *tempo, esforço e dinheiro*²⁴.

A natureza *aleatória* da fase pré-negocial seria um limite para a liberdade de negociar, desencorajando as partes a fazê-lo. Mas a maioria das decisões, a partir do período após a Segunda Guerra Mundial, admite a existência de uma promessa implícita de negociar de boa-fé, não exatamente uma promessa de contratar²⁵.

²³ O comportamento vedado na regra do *venire*, é de origem romana, e semelhante vedação pode ser encontrada em quase todos os sistemas jurídicos, até mesmo nos da *Common Law*, que o recebeu com a denominação de *estoppel*. A respeito, consultar, entre muitos outros, WITZ, Claude, op. cit., p. 525, WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Cuadernos Civitas, 1982. p. 60 e segs.

²⁴ Sob este aspecto, é importante a leitura de HOLMES, Wendell H. *The freedom not to contract*. *Tulane Law Review*, v. 60, p. 751 e segs. 1986.

²⁵ V. caso *Hoffmann v. Red Owl Stores*, 26 Wis. 2d 683, 133, W. 2d 267(1965), em que nenhuma oferta concreta fora feita por *Red Owl*, de modo que

Outras bases têm sido aventadas e utilizadas como fundamento para demandas por responsabilidade pré-contratual: a *misrepresentation*, o *unjust enrichment* e a *general obligation of fair dealing*. Essa última base para ação em responsabilidade pré-contratual não tem sido bem aceita, porquanto as Cortes americanas invocam o *Uniform Commercial Code* (§ 1-203 *obligation in good faith in...performance or enforcement*) e o *Restatement (Second) of Contracts* (§ 205 *duty of good faith and fair dealing in...performance and enforcement*), nos quais a obrigação geral de negociar com correção, *fair dealing*, e *good faith* não é estendida à fase pré-contratual.

Outras observações podem ser feitas sobre essa temática, como por exemplo, as formas encontradas pela doutrina e pela prática para superarem-se tais problemas, os denominados *regimes intermediários*, pelos quais são estabelecidos acordos preliminares, entre os quais, *agreements in principle*, *agreements to negotiate*, *heads of agreements*, *agreements of open terms*, *agreement to negotiate*...

Além dessas, outra possibilidade existe no Direito norte-americano de regular, juridicamente o período que antecede o contrato, a Teoria dos jogos, a seguir examinada, ainda que de passagem.

2.4. A formação do contrato e a teoria dos jogos, uma técnica das ciências exatas

A teoria dos jogos constitui uma contribuição do mundo das ciências exatas, ao mundo do Direito, sendo seu criador o matemático von Neumann²⁶. O extraordinário desenvolvimento da teoria dos jogos deve-se, sem dúvida, à variedade dos setores nos quais pode ser aplicada, por exemplo, à economia, aos tributos, à sociologia e à análise estatística.

De acordo com o pensamento de Neumann, as relações sociais nada mais são do que

foi impossível avaliar a *expectativa* perdida de Hoffmann, e o que ele recobrou foi medido em razão de sua *reliance*, houve um direito a mensurar uma oportunidade perdida, porque o autor agiu em função da confiança advinda da promessa. A decisão baseou-se, pois, na consideração a uma promessa que não se concretizou, mas que havia gerado uma confiança. Esta é uma decisão bastante interessante, mas que tem sido lembrada inúmeras vezes nos manuais sobre contratos, mas pouco na Jurisprudência.

²⁶ Autor da *Zur Theorie des Gesellschaftsspiele*, in *Math. Annales*, 1928.

espécies de *jogos*, de sorte que a maioria dos problemas resultantes do contacto social pode ter solução pela aplicação de fórmulas matemáticas, porquanto as regras do relacionamento social são semelhantes a regras de jogos. É evidente que a teoria refere-se ao jogo como uma *estratégia*, e não como atividade regida pelo acaso, ou pelo azar. No jogo entendido como estratégia, o resultado depende das decisões que os jogadores deverão tomar durante o seu desenrolar, isto é, durante a fase preparatória do contrato. A teoria procura explicar de que maneira é possível estabelecer a melhor estratégia para cada um dos jogadores: o ofertante e o provável comprador. Nesse sentido, os jogos praticados em sociedade constituem um bom exemplo de jogos de estratégia, mas as aplicações vão muito mais longe no que concerne ao problema do *programa contratual*; a teoria admite uma visão mais realística dos problemas econômicos que não são percebidos na concorrência perfeita. Assim, é possível detectarem-se certas semelhanças, na relação negocial, com o comportamento de jogadores.

Essa teoria é hoje um dos vários métodos sofisticados com os quais os norte-americanos vêm estudando as relações econômicas, bi ou plurilaterais, ainda não reguladas por mecanismos jurídicos, nem relacionadas a um sistema de promessas legalmente coercíveis. A teoria dos jogos traz um novo alento à análise econômica do direito dos contratos, pois enfatiza o comportamento estratégico das partes em uma negociação, entrando no jogo idiosincrasias individuais, elementos de causalidade, aspectos temporais, e até mesmo imprevistos, como a morte. A análise feita à luz dessa teoria utiliza técnicas sofisticadas, como incorporar em estudos formais um número impensável de variáveis e tentar aproximar sensivelmente os modelos abstratos à realidade²⁷.

O jogo da aprovação do programa contratual, iniciado na fase das negociações pré-contratuais, consiste em uma *proposta*, que deverá ser aceita pela outra parte; o destinatário da proposta pode inverter as posições, fazendo outra proposta; nesse caso, o jogo recomeça. A decisão do proponente exprime o ponto de vista desse jogador em relação às circunstâncias nas quais ele se encontra e o fato de que o aceitante

²⁷ Sobre uma visão resumida da teoria, consultar COSTANTINO, Michele. *Regole di Gioco e tutela del piu' debole nell'approvazione del programma contrattuale*. *Riv. Dir. Civ.*, v. 1, p. 68 e segs. 1972.

deva informar-se, demonstra que, na hipótese em que a aprovação do programa contratual seja precedida de tratativas, vencerá o jogador que fizer a primeira jogada ou movimento. O conceito de *circunstâncias em que se toma uma decisão* é muito utilizado pelos adeptos da teoria dos jogos, identificando-o com a *totalidade das informações sobre o andamento precedente do jogo que, naquilo que se refere às regras, é utilizável pelo jogador no momento em que deve tomar uma decisão*. Assim sendo, na fase das tratativas, deve-se necessariamente presumir que cada um dos contratantes esteja plenamente informado do real conteúdo do contrato, de sorte que é possível avaliar a estratégia seguida pelo jogador/perdedor, ou o que não obteve vantagens; deve igualmente ser examinada a possibilidade de valorar-se o plano completo do comportamento que caracteriza a conduta do predisponente, pois as circunstâncias de que dependem a aprovação podem ser previstas.

Na verdade, a função precípua do teórico da teoria dos jogos é a de tentar *antecipar* as manobras dos jogadores, empregando, para tanto, as informações iniciais, mesmo que elas sejam, às vezes, reduzidas. Um importante instrumento de trabalho é o conceito de *densidade das probabilidades*, pois ele permite extrapolar a *communis opinio* e traduzir em cifras as informações relativas à distribuição de preços, ou prever a frequência com que clientes de alto poder aquisitivo (e não apenas modestos consumidores) responderão aos seus reclamos comerciais.

Enfim, para um melhor entendimento desta técnica aparentemente tão sofisticada, sintetizá-la-emos nos seguintes termos: ela serve para que o operador jurídico possa ser guiado ou conduzido, por meio de uma *tipificação da esperteza ou da astúcia*, obtida pelo emprego de termos matemáticos-formais. Essa teoria, cujos contornos vimos apresentar, oferece uma série de modelos de negociações, pautados por estratégias, cuja utilização deve permitir atingir-se o objetivo colimado, o de êxito nas tratativas. É evidente que em espaço tão reduzido, não é possível examinar a matéria com o merecido aprofundamento.

Da extensa bibliografia sobre o tema, selecionamos algumas obras de leitura obrigatória, para quantos quiserem penetrar nos meandros dessa fascinante teoria dos jogos²⁸.

²⁸ Ver, por exemplo: KATZ, Avery. The Strategic Structure of offer and acceptance : game theory and the law of contract formation. *Michigan Law Review*,

Visto como é tratada a questão da responsabilidade pré-contratual em dois grandes sistemas jurídicos, o romano-germânico e o da *Common Law*, passaremos ao exame do tema no âmbito latino-americano, restringindo nossa análise a três ordenamentos, a *Argentina, o Brasil e o Paraguai*.

Nessa análise serão levados em conta os aspectos definidores da família romano-germânica, antes referidos, e que se ajustam aos sistemas latino-americanos, membros dessa família por causa da colonização europeia no Cone Sul.

Dispõe o artigo 1.198 do CCA, *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*.

De acordo com o disposto no texto do art. 1.198, podemos depreender que o dever de boa-fé estende-se à fase da negociação pré-contratual. Mas boa-fé em que sentido? Se o texto refere-se ao sentido objetivo, então a responsabilidade pré-contratual, no sistema argentino, teria como base a violação do princípio da confiança legítima, base de todas as negociações, e alicerce da segurança jurídica, cuja expressão maior é o *princípio da boa-fé, redigido no parágrafo 242 do BGB, nos seguintes termos: o devedor é obrigado a cumprir a obrigação segundo exige a boa-fé, levando em conta os usos de tráfico*. São justamente os usos de tráfico que determinam certos comportamentos, exigíveis já na fase pré-contratual²⁹.

Com relação ao Brasil, embora o princípio da boa-fé não tenha tido acolhida expressa, em artigo do Ccb de 1916, é pacificamente aceito como categoria de *princípio pré-positivo*, isto é, existente antes de sua adoção por uma regra de direito. A aplicação desse princípio flexibiliza certas soluções, reputadas demasiado rigorosas.

v. 89, p. 215 e segs. 1990; COSTANTINO, Michele. Regole di Gioco e tutela del piu' debole nell' approvazione del programma contrattuale. *Riv. Dir. Civ.*, v. 1, p. 68 e segs. 1972; FERRI, G.B. Considerazioni sul problema della formazione del contratto. *Riv. Dir. Civ.*, v. 1, p. 187 e segs. 1969; CARUSO, Daniela. *La culpa in contrahendo, l'esperienza statunitense e quella italiana*. Giuffrè, 1993.

²⁹ De acordo com a lição de Brebbia, deveria ocorrer uma aberta consagração do instituto da responsabilidade pré-contratual na Argentina. V. BREBBIA, Roberto H. *Responsabilidad precontractual*. Rosario, 1957.

A doutrina³⁰ e a jurisprudência³¹ brasileiras estão abertas, em geral, à responsabilização pela ruptura das negociações, com base na aplicação do PBF objetiva, se a ruptura ocorreu após ter-se gerado uma certa confiança.

No âmbito do Direito paraguaio, não há menção, no CC de 1987, de regulamentação da fase pré-contratual e a referência ao PBF limita-se a sua função de interpretação dos contratos. Ainda assim, acreditamos que é possível estender a exigência de comportamento leal, de acordo com os usos de tráfico, no âmbito do ordenamento privado paraguaio.

Como se vê, a regra sobre a qual repousa a regulação da fase pré-contratual é a do princípio da confiança, ao qual se relacionam outros princípios incidentes nas fases pré-contratual e contratual, como o da boa-fé em sentido objetivo, e o da proibição de *venire contra factum proprium*.

Quais seriam, na prática, os deveres pré-contratuais de boa-fé, decorrentes dos usos de tráfico?

Estabelecer um elenco seria bastante difícil, pois ainda que o tráfico jurídico seja semelhante em todas as partes, não é fácil elencar parâmetros de comportamento de acordo com o tráfico jurídico. Tendo em vista essa circunstância, um renomado autor alemão, Hildebrandt³², sistematizou uma série de

³⁰ Entre os autores que se detiveram no tema da responsabilidade pré-contratual, no Brasil, podemos lembrar, MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Rio de Janeiro, 1972. v. 38; GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. 1991. Mais recentemente, COSTA, Judith Martins. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial. *Revista Direito do Consumidor*, v. 4, 1992; GONÇALVES, Corálio C. *Obrigações e adimplemento*. 1996. Inédito, datilografado, acervo da bib. da Faculdade de Direito da UFRGS.

³¹ V. *Revista dos Tribunais*, v. 289, acórdão proferido em recurso de apelação, pelo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, p. 630 e segs., decisão bastante citada, por ter como protagonista conhecida atriz do cinema brasileiro. Outros exemplos: 5ª Câmara Cível. Apelação cível nº 591 028 295. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Revista de Jurisprudência do TJERGS*, n. 154, p. 379-380, 1992; apelação cível nº 591 028 295. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Rev. do TJERGS*, nº 154, p. 379, 1992; 5ª Câmara Cível. Apelação cível nº 591 045 737. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Revista de Jurisprudência do TJERGS*, nº 154, p. 471, 1992; 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 591 017 058. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Rev. do TJERGS*, n. 152, p. 605; apelação Cível nº 592 044 101. Relator: Des. Araken de Assis. *Rev. do TJERGS*, n. 157, p. 298, 1993.

³² Em 1931, publicou a obra, intitulado

deveres pré-contratuais, entre os quais: os *deveres de declaração* (dever de informar exatamente sobre os fatos essenciais para a formação da vontade contratual da outra parte) e o *dever de verdade*, isto é, abstenção de proposições ou declarações inexatas sobre fatos essenciais.

3. Conclusão

Em todos os sistemas analisados, deparamo-nos com uma zona de *non-droit*, ou do *contato social* mais remoto, e cada um deles reage distintamente e segundo suas características às violações da confiança geradas na fase das tratativas; é interessante lembrar que a confiança, neste caso específico, não é aquela tomada como expressão ou reflexo da moral social, mas sim a *confiança reflexo da segurança do tráfico jurídico* (*Vertrauens und Verkehrsschutz*).

Outra importante observação a ser feita é que a autonomia privada, visualizada como expressão da autodeterminação dos indivíduos, é utilizada *voluntariamente* nas relações, enquanto a *confiança*, elemento relevante na *segurança do tráfico jurídico*, carrega, inserida em seu bojo, uma idéia de *responsabilidade pessoal*, cujas *conseqüências jurídicas* decorrem *ex lege* e não *ex voluntate*.

Ao chegarmos ao final deste breve estudo de Direito Comparado, analisadas as razões das diferenças entre os sistemas aqui examinados, verificamos que o resultado é semelhante em toda a parte, pois todos acabam por atribuir uma *reparação pelo rompimento injustificado das negociações*. Ao fazê-lo, os meios são distintos porque os sistemas e as influências sofridas pelo legislador não são idênticos.

A regra geral que comanda todas as soluções encontradas é a da boa-fé em sentido objetivo, tal como é percebida nos contratos de comércio em geral e no âmbito da *lex mercatoria*³³.

Erklärungshaftung: Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes. Berlin; Leipzig. O Professor português, Mário Júlio de Almeida Costa, em sua excelente monografia sobre *Direito das obrigações*. 6. ed. Almedina, 1994, oferece um resumo da obra de Hildebrandt, no que se relaciona aos deveres dos negociadores, à p. 246, nota 2.

³³ A respeito da exigência de *bona fides* e *confiança* no tráfico jurídico, desde tempos bastante remotos, a partir dos Romanos, e antes da elaboração do BGB, v. a excelente monografia da autoria de MEYER, Rudolf. *Bona Fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*. Wallstein Verlag: Göttingen, 1994; e nosso comentário a respeito, em *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 1, p. 277, 1995.

Violência e crime, sociedade e Estado

LUIZ O. AMARAL

SUMÁRIO

1. Compreendendo o problema. 2. Solução ou alienação. 3. O que é polícia? 4. A polícia civil ou militar? 5. Polícia em crise. 6. A polícia que precisamos. 7. Repensando o tema.

1. Compreendendo o problema

É de se fugir do lugar-comum e não menos verdadeiro de que a violência (inclusive a institucional) marca indelevelmente nossa formação social. O mesmo se diga quanto à seletividade de nosso sistema penal que alcança melhor e mais depressa pobres, negros e nordestinos (migrantes depauperados) e quanto à arrogância e descaso de boa parte de nossas elites e governantes para com os direitos em geral e especialmente os direitos humanos das classes subalternas. Os nossos negros, nordestinos (sobretudo fora do nordeste), índios, homossexuais, população de rua, estão, todos, de fato (e não de direito, é claro), à margem da cidadania e sofrem a violência da discriminação social, mais ou menos ostensiva, que vai desde a mera suspeita até julgamentos/condenações/execuções penais bastante influenciadas por preconceitos e injustiças sociais. As cidades faveladas, quilombadas ou mocambadas que hoje se defrontam com nossas “cidades européias” (em potencial guerrilha urbana) é realidade gêmea daqueloutra que tem relegado, não é de agora, a segurança pública, em todo País, a uma atuação autofágica (porque pobre em prevenção e seriedade política, mas rica em autodestruição) e portanto socialmente explosiva (porque ao descomprometer até o mero soldado PM, profissionalmente subutilizado, sub-remunerado, compromete com o crime novos contingentes de excluídos e exploradores...).

Luiz O. Amaral é Professor de Direito e ex-Chefe do Departamento de Direito da AEUDF. Já lecionou em Academias de Polícia (Acad. da PM/DF). Ex-assessor do Ministro da Justiça. Advogado militante.

A violência e o crime (violência reprimida formalmente pela lei), todavia, são comportamentos sociais inerentes à natureza humana; cada sociedade estabelece até que ponto há de tolerar a violência. Assim, o limite à violência não é apenas legal, mas sobretudo social. A existência do crime é fato social normal (Durkheim), embora sempre abominável e logo punível seu autor; anormal e patologia social é o crime em taxas altas. O crime para a sociedade é como a célula doente para o organismo humano, sempre há e haverá a célula maligna que é controlada e contida pela defesa orgânica, a doença estará caracterizada com a alta taxa dessas unidades mórbidas, porém cada célula doente merece, por si só, tratamento. Dir-se-ia, com precisão, que a violência, quando guiada por valores éticos-sociais, não pode ser descartada, é pois um mal necessário e ainda inerente ao nosso estágio evolucionar.

Bem mais útil à reflexão é estarmos atentos ao vácuo de padrões positivos, a anomia crônica que tem prevalecido no Brasil (falta-nos, como nação, padrão moral), sobretudo com a república. Com efeito, do presidente a vereadores e até em eleições de clubes e diretórios estudantis a nossa democracia é mais indireta que outras, eis que perpassadas de odiosas interferências: “é dando que se recebe”, a regra do jogo eleitoral muda em meio o jogo e para aviar interesses imediatos (os biônicos, as retóricas de puro *marketing*, as sublegendas, só para eleger desavindo poderoso), “o Brasil não é um país sério!”, tudo isso são, quiçá, traduções desta situação nacional de ausência de normas e referenciais, de padrões e sentido. Enfim, não há perspectivas de comportamento socialmente compensador, antes pelo contrário, a equação custo-benefício tem sido conselheira do mal. A consciência, primeira instância preventiva do crime, já não permite a nítida distinção entre o bem e o mal. Todos nós temos muita facilidade em explicar desrespeitos às leis e aos direitos, em alguns casos parece até que as normas foram feitas só para os outros. Neste quadro geral (altamente criminogênico) o efeito disciplinador dos padrões individuais/coletivos é por demais enfraquecido, gerando o fenômeno comportamental da adaptação, do conformismo (já que não tem jeito, o melhor é aproveitar também) e logo dos desvios de condutas de muitos.

A onda crescente de violência, inclusive criminal, é um complicado enigma do mundo moderno que não será bem decifrado se não

nos afastarmos da mera retórica, das rivalidades corporativas ou científicas (“cientistas sociais e juristas”), do emocionalismo. Tanto quanto o mal da Aids, o do crime exige, para seu eficaz enfrentamento, consciência de que o problema é multidisciplinar, de responsabilidade profissional de muitos (policiais, promotores, juizes, peritos) e responsabilidade social de todos, eis que os fatores do crime (melhor que “causas do crime”, segundo as últimas tendências da criminologia) são múltiplos e de variada etiologia. Só a repressão não terá força, nem mesmo com maiores e bem armadas legiões de policiais, para conter o crime. Conquanto indispensável e preventivo (em certos casos) a punição é, no entanto, enfrentamento apenas do efeito do problema. E disso já percebera Beccaria, em 1775, quando proclamou ser “mais fácil, mais útil, prevenir que reprimir”; tal inexcusável verdade, parece, longe de nossas consciências.

Neste tema talvez o único determinismo plausível seja o fato de que o crime é produção sociocultural, ou seja, seus elementos condicionantes têm esta etiologia. Com efeito, o comportamento agressivo gerador da criminalidade deriva de fatores inerentes à personalidade e de fatores situacionais, tais como: frustrações, influência de modelos agressivos, o efeito modelador da permissividade sobretudo nos meios de comunicação e na família, o relativismo moral e o declínio da normatividade íntima (independente de juízos valorativos) da religião, tudo isso se não é determinante, por certo, é fortemente condicionante. Com tais fatores presentes, a convivência social já estará potencialmente ameaçada. A situação se agrava quando as estruturas sociais e éticas são abaladas por políticas injustas (apesar dos “marketeiros”, que tudo doiram), por atos da elite social e política contrários ao padrão comportamental exigido (ostentação agressiva de poder e opulência, variadas fraudes e corrupção de tantos valores sociais, crimes/impunidades de ricos e poderosos) que quando não “dignificados”, restam livres de reprimenda modeladora e preventiva daquelas potencialidades ameaçadoras do convívio social.

Assim, a relação que pode haver entre esses comportamentos da elite (inclusive das estruturas sociais iníquas) e a violência e criminalidade que grassam (individual ou organizadamente) nas camadas sociais inferiores é que a primeira, se não provoca, estimula e encoraja e muito a segunda (e para alguns,

até a “justifica”(?: *delinquência Hobinhoodiana*). Não bastassem as nossas velhas mazelas sociais: fome, miséria, falta de educação e de saúde – indigência sócio-econômica – já por si suficientes para desencadear a violência, há ainda todo este caldo de subcultura criminógena a encorajar atitudes anti-sociais dos que já perderam a esperança. Contudo, um só crime do colarinho branco acarreta à sociedade danos (materiais e psicossociais) mais sérios que centenas de furtos e roubos.

Atualmente tem-se classificado os crimes em três tipos básicos : *crimes patológicos* (derivam de doenças do corpo ou da mente, ou de ambos); *crimes passionais* (forte e violenta tensão que pressiona o agir do criminoso); *crimes por opção* (decorrem da franca falência do poder intimidatório do Direito Penal, eis que o agente elege a alternativa da infringência das regras penais). É nesta última classe de crimes que se encontra a maioria dos delitos que nos assustam nos dias correntes.

2. Solução ou alienação

Há no contexto geral desta discussão alguns “buracos negros” que atraem e consomem a clarividência. Assim é de destaque, neste aspecto, por exemplo, a chamada ideologia da lei e da ordem e já agora seu insurgente movimento de opinião pública, que busca solucionar a crise da criminalidade a partir senão exclusivamente, pelos menos precipuamente do Direito Penal e daí a esquizofrenia legislativa penal, com edição de leis com penas severas e duradouras, desorganizando a dosimetria penal e até mesmo flexibilizando-se garantias individuais de natureza político-jurídica, tais como o princípio da legalidade e da tipicidade penal.

Conquanto o Direito Penal, de fato, careça de cuidadosa modernização, seria ingenuidade danosa pensarmos (fazermos pensar) que a lei, a polícia e o Estado enfim, possam, ainda que com a melhor das técnicas, impor ordem numa sociedade que em boa parte dela cultua valores incompatíveis com o baixo índice de violência e criminalidade¹. Por outro lado, pouco

¹ ‘É dando que se recebe’; “antes esperto que honesto”; lei de gerson; a banalização de valores (pilares de qualquer boa convivência grupal, tais como a vida, a virtude de caráter, amor, justiça...) Boa parte de nossos meios de comunicação, sobretudo a TV (concorrente desproporcional da escola, que em termos de formação do brasileiro sai sempre perdendo), tem sido potente dissolvente

adiantaria uma legislação penal avançada (crimes econômicos complexos, de informática...) se a polícia não estiver também apta a tal modernidade. Enquanto todo o espectro criminal apresenta hoje uma dinâmica modernizante a polícia em geral está perdendo e muito em tecnologia, recursos humanos e financeiros para a criminalidade atual. O abrandamento das penas como “solução” dos anos 70 para o problema da superpopulação prisional, por exemplo, precisa ser revisto porque enfraquece o poder intimidatório e não reduz aquele problema.

O Direito Penal que sempre foi forte na intimidação enquanto remédio derradeiro, agora é, e por questões “mercadoológicas”, panacéia de nossa endemia nacional: a criminalidade. É que o mercado aceita mais facilmente, desde que bem promovido, um remédio (ilusório) de ação imediata apenas sobre os efeitos, a um de eficácia causal, mas não-imediata. É a solução da realidade virtual, só que de problemas concretos!

Outro lugar-comum que turva a boa compreensão do problema é o argumento, ahistórico, de que nossa violência tem explicação nos governos militares. Com efeito, bem avaliava já Machado de Assis, em *Memórias Póstumas de Brás Cubas*², o quão enraizada em nossa cultura a violência. Veja-se, também, a excelente interpretação da obra machadiana feita por Roberto Schwarz (O sentido histórico da crueldade. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n, 17, 1987). Não é de se descartar, por certo, que a violência política

daqueles princípios de sanidade social, porque infundem, franca ou subliminarmente, no povo, a relativização daqueles valores. Entre nós a maior rede TV, a nossa quase “alma nacional”, poderia contribuir muito mais com nossas *crianças esperanças* se incorporasse e liderasse, efetiva e afetivamente, em sua programação diária a campanha ‘*por uma TV mais ética e saudável*’. Aliás, é estranho que tenhamos desenhos animados na madrugada (na TV comum) e sexo, violência, banalização dos fundamentais valores da sociedade, de forma implícita e explícita e em qualquer horário. O grotesco e a truculência televisivas, em concurso com outros muitos fatores criminógenos (e temos senão todos, o bastante), comprometem qualquer excelente política criminal. É interessante notar que a publicidade já melhorou bastante, após o novo referencial trazido pelo Código do Consumidor (e a auto-regulamentação).

² Na passagem em que o moleque e ex-escravo Prudêncio surra outro negro mais fraco só para “se desfazer das pancadas recebidas...”

daquela recente quadra de nossa história acrescentou fortes temperos ao caldeirão da violência e criminalidade que nossa sociedade cozinha há longos anos. Temos, pois, um extenso histórico de violência (física, econômica, social, moral, psicológica e até religiosa...) e violentados que conseqüentemente são violentos.

Por outro lado, a síndrome da vitimização e da violência como resposta ao crime (o discurso sensacionalista e cientificamente ingênuo da “lei e da ordem” e/ou da truculência em torno de crimes hediondos) engendrada por uma predileção, socialmente mórbida, de certos setores da imprensa e da polícia só fomenta aquela esquizofrenia legislativa e a belicosidade geral e recíproca (grupos dos maus contra grupos “bons”, sociedade contra sociedade, incluídos contra excluídos). Nada disso tem sequer produzido menor efeito positivo na questão.

Vale dizer, nenhuma das leis (mais simbólicas e promocionais que eficazes), eflúvio daquela mentalidade, logrou reduzir a criminalidade (assim, por exemplo, a chamada lei dos crimes hediondos e outras do gênero); contrário, as prisões e delegacias de polícias estão abarrotadas dessas “soluções”, como também os fóruns. E haja construções de enormes e caros complexos prisionais (verdadeiros barris de pólvora a ameaçar a vizinhança) que exigem profissionais qualificados, reciclados e bem pagos na razão direta daquela enormidade; eis aí o ponto crítico de nossas grandes obras públicas (CEPAIGO dos anos 70, em Goiânia; CIEPs no RJ...), ou seja, construir não é tão difícil quanto manter qualidade do serviço à altura da obra festivamente inaugurada. Teremos Bangu e Papuda I, II, III, IV, *ad infinitum* (para depois termos de enfrentar o problema da desativação, como o Carandiru/SP, o Frei Caneca/RJ...)?

Temos no Brasil, segundo as últimas estatísticas, 70 mil vagas onde se amontoam 150 mil presos e 200 mil mandados de prisão a serem cumpridos. Providências eficazes ou não, como baixar a idade de imputabilidade criminal, prolongar as penas e crescer novos e necessários crimes, tudo isso agravará ainda mais a questão prisional; que já está a exigir a intervenção direta do governo federal, quiçá, construindo e mantendo dois ou três complexos prisionais (com hospital inclusive psiquiátrico) em ilhas (navios adaptados) para presos de alta periculosidade (líderes do crime organizado, reincidentes...). Porém, nada será suficiente se

não enfrentarmos, com eficácia e seriedade, as causas e fatores da violência e da criminalidade. Isto, aliás, é obrigação de toda a sociedade, liderada pelo governo e meios de comunicação de massa. O imobilismo aqui é outro fator favorável ao crime. Cumpre registrar que a consciência revoltada (e reforçada muitas vezes pela irresponsabilidade do noticiário) com a insegurança cotidiana, amiúde, é cega para as verdadeiras causas do mal e complacente com os atos e omissões dos responsáveis pelo imobilismo político-econômico que reina no assunto.

3. O que é polícia?

Originariamente polícia era conjunto de funções necessárias ao funcionamento e à conservação da cidade-Estado (*polis* grega, daí a etimologia de polícia e *civita* romana, daí civil, isto é, inerente à *civita*). Civil era pois derivação de cidade (conceito político e não urbanístico) e logo Direito Civil (o Direito dos nascidos na *Civita* romana); cidadão (aquele a quem é dado o direito de influir na gestão da coisa pública, da *civita* (daí república : *res coisa*) + *publica*). Militar era (e é) antítese conceitual de civil, no sentido primitivo os que se domiciliavam na cidade (os civis) e os que estavam fixados fora da *civita* (os militares). Assim, os corpos militares (as legiões romanas) eram sediadas fora dos limites da cidade para defendê-la dos invasores (os bárbaros) e não podiam adentrá-la sem permissão do governo. Dentro das *civitas*, só bem depois (já final do império romano) é que vai ocorrer o fenômeno do pretorianismo, militarização *transitória* de determinadas funções estatais ligadas à segurança pública (cessada a excepcionalidade retornava-se à normalidade civil) e amiúde usado como instrumento de conquista, manutenção e exercício forçado do poder (que já perdera muito de sua força sobrenatural que tanto fortaleceu as cidades-Estados). Isto vem explicar o fenômeno político, já histórico, denominado militarismo (degeneração profissional que culmina com o controle da vida civil pelos especialistas da defesa externa e hoje, também, interna, mas neste caso apenas por exceção e requisição do supremo magistrado civil).

Como se vê a expressão *polícia civil* é pleonástica e *polícia militar*, pior ainda, é contraditória. Vale dizer que polícia do exército, por exemplo, não passa, tecnicamente, de organização militar de guarda, de vigilância ou

correição *interna corporis* (como há nas igrejas e demais corporações) sem, entretanto, qualquer função atinente ao binômio individual-grupal *versus* público-social (este no sentido de *civita*/Estado) que é a essência da polícia. Polícia é, então, a organização administrativa (vale dizer da *polis*, da *civita*, do Estado = sociedade politicamente organizada) que tem por atribuição impor limitações à liberdade (individual ou de grupo) na exata (mais será abuso) medida necessária à salvaguarda e manutenção da ordem pública. Assim, há polícia sanitária, de posturas urbanas, aérea, rododiferroviária, marítima, ambiental, de diversas públicas, *de segurança* e etc. Todas essas atividades (policiais) administrativas atuam no difícil e exíguo espaço existente entre os direitos e interesses individuais ou grupais e o interesse público, social, ou seja, o interesse senão de todos, pelo menos da maioria, que jamais pode ser confundido com o dos governantes ou poderosos.

No entanto, a polícia mais visível a todos é a *de segurança pública* (a força – do Direito – armada interna, municipal/local, não fosse a debilidade de nossos municípios) e por isso mesmo, metonimicamente, todos tendemos a confundi-la, enquanto parte, com o todo. Confunde-se, também, polícia-função (sentido original) com polícia-corporação (sentido usual). Modernamente e na medida em que os tradicionais meios de controles do homem (o freio mítico da antiguidade politeísta, o do cristianismo medieval...) desapareceram ou perderam força e novos fatores anti-sociais surgiram, a polícia se especializa e, hoje se apresenta com duas funções: a tradicional *polícia preventiva* (administrativa, para alguns), de proteção individual e coletiva e a moderna *polícia judiciária*, ou seja, atividade policial repressiva (judicial) ao crime e de auxílio à justiça penal (investigação científica dos crimes). Confunde-se também a necessidade de polícia fardada (e até de disciplina e hierarquia) com a necessidade de ser militar a sua formação (cultura) profissional.

4. A polícia civil ou militar?

É naquela função-polícia (a preventiva) que o mundo moderno vem impondo uma segmentação (jamais divisão, duplicidade), ou seja, a polícia fardada, ostensiva (policimento modular, controle e de tumultos...). Este segmento policial fardado, existente no mundo inteiro, tal sua necessidade hodierna, contudo nada tem

que ver com as Forças Armadas (forças armadas para a defesa externa), salvo o controle do quantitativo de armas e homens, por motivos óbvios (não de natureza policial). Os militares são por destinação histórica, profissional e legalmente, voltados para a guerra (ruptura da convivência pacífica entre nações), daí porque o vocábulo *militar* (do latim *militare* = combatente na guerra) é incompatível com o conceito de polícia (função ou corporação) e mais que isso, a vocação e o adestramento (máxime o psicossocial) profissionais de um policial não de ser antíteses das do militar.

A violência bélica (não há guerra sem violência, nem as ditas “santas”), o tipo de confronto, essencialmente de muita mortandade, eis que o extermínio do inimigo é o meio da vitória militar (daí seu treinamento para essas situações limites), tudo isso distancia a árdua missão profissional do militar do ofício policial, cujo mister é prevenir e reprimir (não o homem, mas o crime do homem), exatamente por estar inserido em contexto diametralmente oposto ao do militar, violências em geral e o crime em especial, atuando necessariamente e por princípio profissional entre dois parâmetros: o máximo respeito aos direitos humanos de todos do espectro social e menor taxa de conturbação (descrição operacional) ao redor e de risco a sua própria segurança (a bravura aqui não é a mesma do militar, simplesmente porque não há guerra, sequer por força de expressão).

É bem por isso que a polícia só está autorizada a usar da violência como último recurso dos muitos que a habilidade profissional pode lhe garantir. Nem mesmo em regimes onde a pena de morte é legalizada, pode-se imaginar o policial (cuja opção profissional é de enfrentar o crime, tanto quanto o médico a doença com todos os riscos a isso inerente) como agente exterminador do criminoso, senão do crime; este sim o alvo imediato e principal do policial, de vez que o criminoso só o é subsequente e derivadamente. Mesmo nos regimes penais mais cruéis, menos civilizados, sempre se abandonou a violência, quando se alcançou a convicção de que a criminalidade não se reduzia por tais meios. É urgente, pois, acabar-se com a cultura militar da polícia, eis que todos os chamados atributos militares que devem estar no policial não são exclusividades do militar: hierarquia/denominação dos postos, disciplina, vigor físico, fardamento, mobilidade operacional/ordem unida...). Assim, o escoteiro, a guarda noturna de antanho, a polícia

rodoviária, entre outras instituições, sempre usaram fardas e buscaram, mais ou menos, aquelas demais características organizacionais, sem jamais se confundirem com militar.

O *policia* é um *profissional do Direito*, tanto quanto o juiz, o advogado, o promotor de justiça, jamais um profissional da guerra. Não se trata de extinguir, senão as impropriedades que vão desde as denominações até a cultura corporativa, mas eliminar a causa (e não o mero efeito) da incompatibilidade, da divisão redutora de potencial. Não é, pois, simples caso de comando único (o governador é hoje o comandante único), trata-se de reforma mais técnica e eficiente, ainda que menos cômoda.

Bem se vê, que tanto a atual Constituição Federal como as leis regentes da matéria carecem de firme decisão política de caráter técnico-reorganizacional, que não pode se deixar influir por interesses corporativos (neste caso sempre muito fortes). Não há razão (sensata razão), senão argumentos só aparentemente úteis, para a estratégia militar interferir no âmago da estratégia policial, a ponto de determinar a existência de uma “*polícia*” militar. Em regime democrático, sob o império do Estado de Direito, não há espaço para este desvio profissional, ainda tão sedimentado entre nós, agora já mais por incúria administrativa que por razões políticas.

O despropósito gerencial é tão grande quanto a entrega do comando de um batalhão de infantaria (Batalhão de *Polícia* do Exército, por exemplo) a um delegado de polícia, como o é também a entrega da secretaria da segurança pública não a um profissional do ramo (um delegado). A confusão (con+fusão) entre segurança pública e a segurança nacional (menos da nação ou do Estado e mais de governos insustentáveis politicamente) gerou uma polícia sem vocação policial e perigosamente deturpada (porque desvinculada de suas razões jurídico-sociais); daí as chacinas policiais que emergiram somente agora (e basicamente em SP e RJ) e graças a um trabalho de extrema utilidade pública da TV Globo, mas que sempre existiram, mais ou menos como subcultura, por todo o país (é a insegurança nacional direcionada para certos segmentos da sociedade brasileira).

Por outro lado, o Decreto-Lei nº 667, de 02/07/69 e o Decreto nº 88.777, de 30.9.83, ao que parece recepcionados pela nova ordem constitucional, apresentam, no mínimo, duvidosa orientação técnica específica quando

estabelecem que a PM é “responsável pelo policiamento ostensivo, fardado, planejado pelas autoridades policiais competentes...” e quando neste último Decreto especifica estes tipos de policiamento: “ostensivo geral, urbano ou rural; de trânsito, florestal e de mananciais, rodoviário e ferroviário, nas estradas estaduais; portuário; fluvial e lacustre; de radiopatrulha terrestre e aérea; de segurança externa dos estabelecimentos penais do Estado...”, ora não há qualquer eivo de *atividade militar* neste rol de segmentos da polícia.

Com efeito, temos polícias rodoviárias e ferroviárias (estaduais e federais, art.144, §§ 2º e 3º CF/88), fardadas e de atuação ostensiva e que são organizadas a partir da disciplina e da hierarquia (traços marcantes também de muitas organizações absolutamente civis) e, por certo, modeladas a partir das Forças Armadas e que, inobstante, não são corporações militares. Ademais, exigem revisão os §§ 4º e 5º, do art. 144, da CF/88, também resultado da maternal acolhida de todos e tudo na gestação da nossa Carta Magna. Misturou-se, ali, afazeres institucionais do segmento fardado da polícia, o policiamento ostensivo e de preservação da ordem pública – funções essas eminentemente civis, porque policiais por natureza – com afazeres excepcionais (excedentes da função policial) das tropas militares.

Vale dizer, convivemos com os conflitos quando impossível a unidade e onde isto é possível acabamos por gerá-los porque dividimos. É sintomática a concorrência, os conflitos (até no DF, reconhecidamente com boas “*polícias*”, já tivemos há anos tiroteio entre polícia militar e civil) ou quando menos uma subliminar malquerença entre as “*polícias*” (civil e militar). Todavia o controle de grandes distúrbios e tumultos que superem a capacidade operacional da polícia local (em seu segmento fardado especializado), inclusive e sobretudo os que envolvam a própria polícia (corpo armado) serão afazeres, *manu militari*, excepcionais e sempre por solicitação dos governos locais, das forças federais (guarda nacional/federal, brigada federal, a partir da federalização das PMs, ou partes delas) vinculadas ao Ministério Militar (ou mais adequadamente ao da Defesa). Todavia a conveniência geral recomenda que tais forças federais não sejam direta e imediatamente as Forças Armadas, mas sim tropas de choques (quicá a PM de choque de hoje, como alternativa àquela federalização total), que assim

são mais militares que policiais (como a *Gendarmerie*/Min. Defesa francês; os Carabineiros, arma pertencente ao Exército italiano, ambas com núcleos nas grandes províncias). Esta missão já é militar, como vimos, desde Roma (pretorianismo) e ultrapassa o conceito preciso de polícia (restrição de direitos...) e é bem a caráter das tropas de segurança das Forças Armadas.

O tênue equilíbrio entre ambas corporações policiais (civil e militar), cujas atribuições não são cindíveis, é, na melhor das hipóteses, eterno exercício de delicada tolerância mútua e de sublimação de conflitos. Um PM em sua missão “exclusiva” de policiamento ostensivo e de preservação da ordem pública (função policial e não militar) terá quase sempre que encerrar tal missão não no seu batalhão, mas na delegacia policial, onde encontrará um civil (de formação profissional bem diversa) que como autoridade policial (na processualística penal) poderá não satisfazer aos anseios deste militar condutor do preso (muitas vezes às duras penas); formalizar ou não o flagrante; tipificar ou não um fato como este ou aquele crime; ou o que é mais belicoso dar voz de prisão a um PM (e até o inverso é perigoso). Numa academia de polícia é bem sensível, sobretudo para o professor de fora dessas corporações, a deletéria concorrência (quem é mais autoridade?; quem é mais polícia?) entre “as polícias”.

Só a duplicidade de recursos gastos já seria forte argumento à unidade de serviço público tão sensível à paz social. Teríamos, assim, uma só polícia estadual, suprimindo-se os impróprios adjetivos *civil* e *militar*, gerando no povo e nos policiais nova mentalidade de eficiência profissional. É patético constatar, em meio a nossa penúria de recursos em geral, que temos, em cada Estado, três academias (da PM, da Polícia Civil e do Bombeiro), dois hospitais (quase sempre deficitários), dois comandos da mesma segurança pública (o chefe/diretor de polícia civil e o Comandante geral da PM e até já vimos dois secretários de Estado) idem quanto ao armamento, às viaturas e aos helicópteros; enquanto isso falta, até na capital paulista, material de escritório nas delegacias.

5. Polícia em crise

A questão econômica que envolve a polícia e os policiais não pode e não deve ser resolvida, por ambas partes (governos e policiais), como se tal atividade pública fosse equiparável às

demais; sucede que para além da essencialidade do serviço, há um diferencial radical que é o poder das armas (greve ou movimento reivindicatório de policiais soa, quase sempre, como coação armada) e a própria autojustificação institucional: quando os mantenedores da ordem e da segurança geram, ainda que por justa motivação, a desordem e a insegurança, já perdem, desde já, a razão de existir.

Por outro lado, só a rígida disciplina castrense, por certo, não será suficiente para conjurar o perigo da polícia em desatino, eis que o desamparo material da família desestabiliza até quem está desempregado, que dirá um estressado policial, tal quadro é psicossocial e institucionalmente preocupante. Em face da delicada atuação social, pesa sobre o policial um permanente ônus pessoal de correção ético-profissional, por isso mesmo ele carece de segurança econômica, psicológica e técnico-profissional, sendo assim a tranqüilidade de todos e cada um, proporcional encargo individual e social. Até porque uma sociedade que não pode (ou não quer, ou não sabe) custear serviço tão essencial, cuidar de reduzir e de prevenir a violência e o crime, não estará suficientemente apta a guardar suas riquezas e sua paz social e individual.

O alto índice de vitimização (fatal ou menos, da polícia e até dos delinquentes) no trabalho da polícia é sério sintoma de deficiência profissional. É alarmante o alto índice de baixas entre os policiais, máxime entre os PMs cujas agruras da atividade policial são agravadas pelas do regime militar (que não deve ser formação *prioritária* de polícia alguma, só mesmo da “polícia” das polícias: o Exército) e outras mazelas (escalas apertadas, salários, moradias perigosamente promíscuas) geram estresse profissional e suicídios. Em qualquer instituição esse sombrio quadro é preocupante, todavia na polícia a todos deveria incomodar. A frustração profissional e familiar, a baixa auto-estima, a subvalorização social são fatores sempre deletérios, contudo quando se trata de policial, por razões óbvias, são potencialmente perigosos: o descontrole mental de um policial desarmado já é alarmante; quando armado é a negação da razão de ser da polícia.

O Policial de nossos dias, mais que adestramento militar (ordem unida, fardamento, preparo físico) que deve ser *apenas parte* da boa habilitação básica (com reciclagens periódicas) de todo e qualquer policial, carece de melhor formação (não informação

como ocorre hoje) jurídico-humanística (IED, Dir. Constitucional, Criminologia, D. Penal e Processo Penal, Medicina Legal, Cidadania e direitos humanos...), além das demais disciplinas necessárias (básica ou de complementação). Essas disciplinas jurídicas deveriam ser cursadas, no caso de policial em formação de nível superior, em faculdades oficiais (estaduais ou federais, até por serem gratuitas) de Direito juntamente com os alunos regulares destas, até porque, hoje, é muito comum que os formados por academias policiais busquem as faculdades de Direito para se graduarem e no mais das vezes aproveitando (como já cursadas naquelas academias) muitas disciplinas jurídicas nem sempre concluídas com o mesmo nível de exigência (“aqui forma-se policiais, não advogados !..”).

6. A polícia que precisamos

O estágio de desenvolvimento (inclusive do crime) do país não mais permite disfunções e reforço na equação custo-benefício subjacente da criminalidade. A globalização do crime parece ser, entre todas, a mais efetiva e ameaçadora; daí porque é urgente uma reforma séria e profunda (não apenas maquiagem como até aqui) no setor da segurança pública, que, aliás, só é tarefa da polícia enquanto efeito, eis que os muitos fatores determinantes da violência e da criminalidade são direta ou indiretamente atribuição de muitas outras agências estatais, das empresas, dos meios de comunicações, da sociedade em geral. Convém reafirmar que num Estado de Direito a atividade policial deve ser coordenada e executada por profissionais do Direito, que em sua dimensão imediata é operado pelo juiz, promotor, advogado e policial (estes dois últimos representam a ponta sensível do Estado de Direito em funcionamento).

Policial bem preparado deve estar conscientizado disso e da dignidade e importância de seu trabalho, é, pois, urgente que se logre resgatar a boa imagem da polícia. Já por ser o exercício da função policial um eterno ônus ético-profissional que pesa sobre cada policial, ela não é ocupação para qualquer um e menos ainda de superficial e rápida formação básica (estágio em que se deve aproveitar traços da instrução militar: adestramento físico, fardamento, ordem unida, conjugada com o elementar preparo jurídico-humanístico) tal como costuma ocorrer entre nós (por exemplo 60 dias para o recruta policial). O policial prepotente

(quase sempre mais a favor do meliante rico que da vítima pobre, negra, gay...), espalhafatoso e que troca a inteligência pela força bruta (aqui é melhor o respeito que o temor) reforça a baixa estima social de sua nobilíssima profissão. Se a força muscular houvesse de ser relevante nessa função estatal, o melhor recrutamento policial seria feito dentre os estivadores.

7. Repensando o tema

Nas últimas décadas a inteligência humana vem sendo desafiada a dar solução não ao crime e à violência, mas sim ao exagero de seus índices. Assim, desde a Comissão dos Padrões e Fins da Justiça Criminal (EUA, final dos anos 60), passando pelo Relatório *Peyreffite* (França/1976) busca-se aquele objetivo e com certa taxa de êxito. Já em nosso País, vimos discutindo desde 1979, vide relatórios dos grupos de cientistas sociais e dos juristas que se reuniram (em que pese dois relatórios), pioneiramente no Brasil, para estudar a “crescente onda de crime e violência que lavra nos centros populosos do País” (Port. MJ 791, 14.8.79). De mesma forma e mais recentemente, as recomendações aprovadas no 9º Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquent (Cairo, maio/95) e reafirmadas pelas Resoluções 8 e 9 do Congresso da ONU de Caracas (1980) apresentam conclusões e sugestões muitas aqui estampadas.

Assim, parece-nos transparente a ineficácia (a reincidência é maior entre os ex-detentos) e a inviabilidade (geração de vagas infinitamente menor que demanda) de penas privativas de liberdade, que devem ser tidas como último remédio (só para condenados de alta periculosidade e crimes graves), preferindo-se o leque mais amplo de penas alternativas (para os delitos de trânsito, por exemplo). Faz-se necessária a aproximação, no tempo, entre crime e conde-nação; assim como, melhor consideração incentivadora da colaboração eficaz (delação premiada). É impositivo melhor definição dentro das delegacias dos setores específicos de polícia judiciária (apurações/investigações de crimes), de policiamento velado nas vias públicas e de patrulhamento ostensivo e fardado e cujas equipes (de constituição constante, o máximo possível, para favorecer o entrosamento com a comunidade: o policial do quarteirão, da quadra...) se renderiam, aos turnos, na delegacia. A abertura da delegacia policial, tanto quanto da escola e do centro

social, à comunidade circundante, sob a liderança do delegado (que depois poderia ser escolhido de forma co-participada: comunidade e chefe de polícia), é fator preponderante da melhoria da imagem da polícia.

Outras sugestões: repensar um melhor aproveitamento para o inquérito policial; federalizar certos crimes, para melhor enfrentá-los (livre de interferências locais), tais como aqueles contra os direitos humanos e outros que são objeto de tratados internacionais; promoções de soldado a capitão (talvez último posto na nova polícia) por meio de cursos intermediários (necessariamente em convênio com as universidades: para enriquecer, nobilitar e entrosar o policial) e seleção por merecimento

(dentro da nova mentalidade) profissional e interstícios temporais mínimos de exercícios profissionais; o estabelecimento de um fundo financeiro de emergência, a partir de um percentual mínimo do orçamento de cada Estado, com duração preestabelecida (3 a 5 anos) e para aplicação exclusiva (condicionado à liberação de verbas federais...) em segurança pública; criação de órgão federal coordenador, modernizador, centralizador das pesquisas/estatísticas, informações criminais. Criação de ouvidorias (*ombudsman*) externas, com amplos poderes e recursos para a correição de desvios em todas as organizações policiais, sugestão esta que apresentamos já 1979, naquele encontro pioneiro.

A reforma agrária como modalidade de concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais

JACQUES TÁVORA ALFONSIN

SUMÁRIO

1. Legitimidade ativa dos agricultores sem terra. Direitos e interesses que lhe são próprios, extensivos a terceiros, no processo de reforma agrária. 2. Legitimidade passiva. A responsabilidade pela implementação de políticas públicas protetivas dos Desca, do tipo reforma agrária, é somente do Estado? 3. Abrangência do objeto. A nunca demais lembrada diferença entre o valor de uso (terra de trabalho) e o valor de troca (terra de exploração).

Desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o debate sobre a conveniência e a oportunidade da reforma agrária para o País parece ter dado mais atenção aos objetos do que aos sujeitos dessa forma de desenvolvimento.

Uma das principais razões para isso reside no fato de o art. 185, II, da referida Carta ter previsto como imune à desapropriação, para fins de reforma agrária, a chamada “propriedade produtiva”, numa clara confirmação da análise que Norberto Bobbio já fizera da história desse direito¹.

Pelo que se depreende do estudo de Luiz Edson Fachin e José Gomes da Silva, *Comentários à Constituição Federal* (Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1991. p. 56), a simples compreensão do que possa ser enquadrado como um espaço rural adequado à hipótese prevista constitucionalmente envolve a superação de ambigüidades quase invencíveis.

¹ “O reconhecimento gradual das liberdades civis, para não falar da liberdade política, é uma conquista posterior à proteção da liberdade pessoal. Quando muito, pode-se dizer que a proteção da liberdade pessoal veio depois do direito de propriedade. A esfera da propriedade foi sempre mais protegida do que a esfera da pessoa” (*A era dos direitos*, p. 123)

Jacques Távora Alfonsin é Professor.

Síntese da contribuição do autor à Conferência Nacional de Exigibilidade dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, Rio de Janeiro, abril de 1997.

Não só pelo fato de a Constituição ter referido propriedade (denominação mais apropriada ao direito do que ao imóvel) como pelo fato de que, conforme os mesmos autores, a Constituição “introduziu o conceito de “propriedade produtiva”, não diferenciando se o adjetivo “produtiva” refere-se à produção em concreto (estar produzindo) ou à produção em abstrato (poder produzir). O texto do parágrafo único do art. 185 induz ao absurdo que é a última hipótese (produção em potencial)”.

Ainda que essa exegese possa ser cogitada, porém, eles não hesitam em dissipar o nevoeiro baixado pela falta de clareza do texto, advertindo:

“Todavia, o teor do art. 184, que abre o capítulo, é taxativo: o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social é desapropriável para fins de reforma agrária. Logo, embora a Constituição tenha previsão de “tratamento especial” à “propriedade produtiva”, quando esta, mesmo que potencialmente produtiva, não esteja produzindo e cumprindo todos os requisitos da sua função social (art. 186 da CF), pode ser tida como desapropriável”.

Se um tal raciocínio encontra apoio numa interpretação sistemática da CF, para a qual ainda pode ser lembrado o capítulo dos direitos e garantias individuais e coletivos, em que se dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII), ele também parece mais afinado com os próprios fundamentos do nosso ordenamento constitucional que os arts. 3º e 4º pretenderam explicitar.

Ali se determina que, entre os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” estão os de “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (incisos II e III do art. 3º); a República Federativa do País, de outra parte, rege-se, nas suas relações internacionais, pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos” (inciso II do art. 4º), entre outros.

Assim, parece indispensável que se enfrente, antes do mais, algumas perguntas de difícil resposta que estão implicadas na exigibilidade dos Desca, particularmente aqueles que “dependem” da reforma agrária. Esse tipo de política pública, como meio de desenvolvimento, gera algum tipo de direito?

Todas as disposições constitucionais relacionadas com políticas públicas, metas

programadas para o futuro, especialmente aquelas que visam diminuir as desigualdades sociais, têm merecido atenção redobrada de quantos se dedicam ao seu estudo e procuram entender as razões históricas da sua pouca ou nenhuma eficácia.

É claro que os Desca, aqui entendidos segundo a extensa compreensão que lhes dá o Direito Internacional e, por exemplo, a Resolução 2.200-A, da Assembléia Geral das Nações Unidas de 16 de dezembro de 1966, ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, estão envolvidos na implementação de tais políticas – a reforma agrária entre elas – existindo base jurídica para que, além dos direitos e garantias fundamentais do Título II da Constituição Federal (arts. 5º/17), e de todo o capítulo dedicado à dita reforma (arts. 184/191), a sua exigibilidade ganhe poder de maior respeito e operacionalidade, também sob a disciplina dos compromissos que o País assumiu, solenemente, em suas relações jurídicas externas.

Seja num processo administrativo que prepare uma desapropriação de latifúndio rural, seja numa ação judicial relacionada com a mesma desapropriação, com a posse ou a propriedade agrárias, é sabido que nem sempre o ordenamento jurídico interno e específico do País, para a matéria em discussão, está equipado para preencher todas as lacunas e vencer todas as antinomias, particularmente em se considerando que as urgências sociais já nem questionam por décadas, mas quase que por meses, leis que entraram em vigor para realidades superadas.

No que toca aos Desca, por exemplo, talvez não se tenha valorizado, suficientemente, o parágrafo segundo do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual amplia, significativamente, o campo de cogitação das normas jurídicas aplicáveis em tais casos:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Alguns dos instrumentos jurídicos internacionais, ratificados pelo Brasil, como a Resolução supralembada, pode melhor garantir a exigibilidade daqueles direitos, e de maneira expressa, num contexto de reforma agrária. Note-se o que dispõe o art. 11 da mesma Resolução:

1. Os Estados-partes no presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados-partes no presente pacto, “reconhecendo o direito fundamental de toda a pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para”:

a) melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e “pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários”, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Pode-se pôr em dúvida, mesmo assim, os efeitos jurídicos de uma tal disposição, em favor dos Desca implicados na reforma agrária, sob o argumento de que o parágrafo segundo do art. 5º da CF não fala em resolução e sim em tratado internacional.

O estudo do Dr. Antonio Augusto Cançado Trindade, sobre *A proteção internacional dos direitos humanos* (São Paulo : Saraiva, 1991) oferece resposta a uma tal impugnação, sob luz dificilmente questionável, já que é a condição de *vítima* do desrespeito aos direitos humanos, o critério decisivo para a solução de um tal impasse².

² A despeito de sua diversidade, constitui traço distintivo do *rationale* dos tratados e instrumentos de direitos humanos o de que se dirigem eles à proteção de seres humanos e de que a solução de

Para quem não ignora, portanto, as urgências sociais que estão à espera da reforma agrária, é pouco convincente, argumentar-se que as vítimas da não-realização da reforma agrária não sejam, num primeiro plano, os agricultores pobres sem terra, os marginalizados, os excluídos pela concentração do espaço rural ocioso, e, num segundo momento, por via de consequência, a população toda do País, privada de uma produção maior e mais adequada às suas necessidades básicas, de uma circulação de produtos agrícolas menos gravosa, e de um consumo mais barato e socializado.

Se ainda remanescer alguma dificuldade, assim, para se reconhecer a realização da reforma agrária como parte integrante de um direito coletivo ao desenvolvimento, os efeitos jurídicos imediatos daquelas disposições constitucionais supralembadas e dos pactos internacionais assinados pelo Brasil, direta ou indiretamente ligados à questão, têm de ser respeitados, quando menos, como eficácia geradora de titularidade subjetiva dos direitos humanos (aí incluídos os Desca), em favor dessas mesmas vítimas (1 e seguintes, *infra*).

Aí elas podem e devem ser reconhecidas como os verdadeiros sujeitos desse “direito à função social” (!) sabidamente não cumprida por grande parte dos latifundiários brasileiros. O conhecimento, a identificação precisa e o respeito devido a tais titulares de direitos, como tentar-se-á justificar a seguir, fazem parte integrante da sustentação política e da legitimidade jurídica da reforma agrária, como forma do desenvolvimento nacional impedido ou retardado pela histórica violação daquele mesmo princípio constitucional.

Os Desca implicados nos esforços de resposta a uma tal iniciativa que, a par de lhes interessar diretamente, se reflete no abaste-

reclamações neste campo deve assim ser guiada e basear-se no respeito aos direitos humanos. Na implementação desses tratados e instrumentos, dirigidos à proteção da parte ostensivamente mais fraca (as supostas vítimas), o elemento do “interesse público” comum ou geral ou *ordre public* exerce um papel proeminente. Esses mecanismos se complementam uns aos outros no desempenho de suas funções e na realização de seu propósito comum de assegurar uma proteção *eficaz* e cada vez mais extensa dos indivíduos lesados. O foco de atenção principal transfere-se assim da questão tradicional da delimitação de competências à do grau ou qualidade da proteção a ser estendida às pessoas vitimadas. (p. 3, grifos do autor).

cimento de produtos alimentícios para todo o país, como já se lembrou acima, exigem investigação criteriosa das titularidades subjetivas correspondentes, hoje mal identificadas nos muitos acampamentos e assentamentos patrocinados por esses sujeitos de direitos – seja de direitos subjetivos, seja de interesses legítimos, seja de destinatários da função social das propriedades alheias ou das políticas públicas relacionadas com a terra (2 e 3 infra).

A exigibilidade de tais direitos, assim, impõe-se analisada, ainda que de maneira muito superficial, sob três linhas principais de abordagem: a da legitimidade ativa desses sujeitos de direito em participarem dos processos de planejamento, execução e avaliação da política de reforma agrária; a da legitimidade passiva de todo esse processo, aí compreendida a responsabilidade do Estado e a do chamado “livre mercado”; a da abrangência do objeto de desenvolvimento perseguido pelo mesmo processo.

1. Legitimidade ativa dos agricultores sem terra. Direitos e interesses que lhes são próprios, extensivos a terceiros, no processo de reforma agrária

Algumas questões processuais ligadas à presença de grupos humanos, não necessariamente pessoas jurídicas, e à sua representação perante Poderes Públicos, inclusive em Juízo, têm aparecido, com frequência, nas ações reivindicatórias e possessórias de grande número de réus, como ocorre, freqüentemente, quando em disputa de latifúndios rurais ou urbanos.

O MST, sabidamente, não tem personalidade jurídica. Isso não tem impedido muitas liminares e sentenças deferidas contra grupos de agricultores sem terra, de serem executadas contra os “integrantes do MST”, sem outra preocupação maior com a identidade, o número ou a qualificação dos RR., salvo para enquadrar criminalmente algumas das suas lideranças, conforme o caso.

Se ao Movimento referido se atribui legitimidade passiva, há que se explicar a razão da resistência que ele sofre quando, em vez de réu, é autor.

Um exemplo bastante expressivo de solução desse problema – e *a favor da legitimidade ativa do MST* – ocorreu na Justiça Federal em Santa Maria, no Rio Grande do Sul, em ação cautelar de produção antecipada de prova

relacionada com o tipo de propriedade exercido numa tal “Fazenda Alvorada”, sob a jurisdição e competência daquele Juízo. Nessa ação, o MST requereu que fosse admitido como assistente do Inkra. Parte do despacho do juiz parece conveniente ser transcrita:

“Efetivamente, no caso em pauta, é possível admitir-se a existência de interesse jurídico de parte do MST, representado pelos requerentes (a decisão está se referindo a alguns agricultores sem terra que se afirmavam representantes do MST interessados em assistir o Inkra, no feito), no sentido de que o processo em tela tenha solução favorável ao Inkra. Assim sendo, capaz de vislumbrar-se, a figura do assistente, lembrando-se, a propósito, que tal assistência refere-se a este processo que trata especificamente da Produção Antecipada de Prova Pericial. Obviamente, o MST, representado pelos requerentes, admitido como assistente, recebe o processo no estado em que se encontra, de sorte que o técnico por eles indicado acompanhará a perícia, a partir de agora, como auxiliar do assistente técnico do Inkra. Intimem-se, inclusive, o Perito e os assistentes técnicos da admissão do assistente técnico do Inkra. Intimados os requerentes, representantes do MST, deverão eles comunicar tal admissão ao engenheiro-agrônomo que indicaram, que poderá, se quiser, acompanhar os trabalhos do Perito e dos assistentes técnicos, na qualidade de auxiliar do Assistente Técnico do Inkra. Santa Maria, 16 de outubro de 1995. Hermes Siedler da Conceição Junior. Juiz Federal”.

É coisa para se estranhar, pois, que o protagonismo das políticas públicas de reforma agrária ainda seja visto sob tanta reserva, quando ele é reivindicado pelos principais interessados nela, ou seja, os próprios agricultores sem terra.

Essa questão, a rigor, nem é nova; que o testemunhem os interesses difusos, para se lembrar uma analogia mais à mão. Pontes de Miranda já chamava a atenção para essa possibilidade³.

³ Grupo de pessoas não-organizado de modo a compor pessoa jurídica, pode ter interesses. O sistema jurídico seria falho se não visse esse fato da vida social e, pelo menos em espécies mais relevantes, não tutelasse esses interesses (e.g., art. 1669, *verbis* “em favor dos pobres”, “estabele-

A indeterminação “jurídica” (!) do sujeito, portanto, parece não poder se constituir em obstáculo igual ao de se proibir o acesso à Justiça de direitos e interesses que, comprovadamente, não são adjudicáveis *prima facie* a pessoas determinadas e, como o ensinamento supra dá a entender, não é somente sobre interesses difusos que tal legitimidade pode ser reconhecida.

Wilson de Souza Campos Batalha, no seu estudo sobre *Direito processual das coletividades e dos grupos* (1991), classifica os interesses passíveis de proteção pela via judicial, em vários tipos que, sem dúvida, comportam indeterminação, mesmo que provisória, dos sujeitos⁴. Lembrando lição de Francesco Carnelutti, o mesmo autor situa a conjuntura sob a qual pode-se dar a instrução processual dos conflitos submetidos a juízo⁵.

cimentos de caridade”, “de assistência pública”). A atribuição de direitos ora é a todos referidos, ora a alguns entre eles; de modo que, algumas vezes, há apenas eclipse (“estabelecimentos de caridade”, em vez de “os estabelecimentos de caridade da vila tal”) ou outra indeterminação transitória (disposição testamentária a favor de pessoa incerta cuja identidade fique por se averiguar, art. 1667, II; legado alternativo. (Rio de Janeiro : Borsoi, 1970. p. 168)

⁴ O direito de ação é vinculado ao interesse e o interesse comporta a seguinte classificação genérica:
– interesses individuais, interesses gerais (políticos, sociais, econômicos), – interesses coletivos (sindicais), – interesses grupais (associativos, comunitários), – interesses populares (pertinentes a cidadãos, pessoas físicas), – interesses difusos protegidos por ações civis públicas. (São Paulo : LTR, 1991. p. 38).

⁵ ...pode ocorrer que a pretensão ou a resistência afetem, ao invés de um único conflito de interesses, a uma série indeterminada de conflitos semelhantes; nesse caso, fala-se em lide coletiva ou lide de categoria. O *quid novi* da lide coletiva consiste, portanto, na relação da pretensão ou da resistência com uma categoria de conflitos, ao invés de um conflito singular. Os conflitos de categoria sempre existiram; não obstante, para que esses conflitos se transformem de potenciais em atuais e adquiram aspecto de lide é necessário que a categoria revista uma certa organização, de maneira que uma ou mais pessoas administrem seus interesses e mantenham assim uma pretensão para tutela daqueles, ou oponham uma resistência. A lide coletiva é um fenômeno que se manifestou e se desenvolveu quando, desviando-se os conflitos dos indivíduos às categorias, primeiramente no campo das relações de trabalho, começou o movimento de organização destas e se realizaram atos de pretensão ou de resistência dirigidos à tutela de toda uma categoria de interesses”. (Ibidem, p. 39-40).

Entre os interesses grupais (associativos, comunitários), o Dr. Batalha localiza aqueles que se enquadrariam nos incisos XVII a XXII do art. 5º da CF, em moldura na qual são visíveis as possibilidades de se integrarem tanto pessoas jurídicas como até, na expressão do próprio autor, “grupos inorganizados”..., o que parece abrir espaço para um tipo mais próximo de classe, como, por exemplo, “pobre” ou “excluído”.

É precisamente nesse contexto que os Desca aqui estudados parecem encontrar a sua melhor fonte, não só de compreensão, como de legitimidade. Tais direitos derivam de situações humanas limites, para as quais a lei, por mais sábia e adequadamente baixada, nunca encontra resposta plenamente satisfatória. Estamos nos referindo aos estados de necessidade, sejam os individuais, sejam os sociais.

Uma necessidade vital não satisfeita, do tipo pão e casa, por exemplo – coisa tão tragicamente comum neste final de milênio –, não questiona apenas o ordenamento jurídico. Ela põe em causa o Estado, a sociedade civil, a economia, o mercado, a cultura, a “realidade” de se viver num espaço e entre pessoas civilizadas. Ela nega, por si só, a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a sua própria condição de cidadania.

A esse propósito, Maria José Añon Roig, em artigo de doutrina que integra a coletânea de estudos reunida por Jesús Ballesteros sob o título *Derechos Humanos* (Madri : Tecnos, 1992), insiste em advertir sobre a pouca atenção que se dá ao truísmo de que o reconhecimento da dignidade humana não ganha nenhum sentido sem a satisfação efetiva das suas necessidades vitais⁶.

⁶ reconhecer, exercer e proteger um direito básico significa, em última instância, que se pretende satisfazer uma série de necessidades, entendidas como exigências que se considerem incluíveis para o desenvolvimento de uma “vida digna”; – Não elegemos nossas necessidades e elas não são algo sobre o que possamos ter uma atuação positiva ou não; – Não temos porque justificar nossas necessidades com razões, para dizer que uma necessidade existe – Elas nos colocam em relação direta com a noção de dano, privação ou prejuízo grave para a pessoa – ...o prejuízo, ou grave detrimento manter-se-á exatamente nas mesmas condições, salvo o caso de a necessidade ser satisfeita, cumprida ou realizada, pois não há nenhuma possibilidade alternativa para se sair dela – ... assim, (na necessidade) não se trata de contratemos, problemas ou prejuízos passageiros, mas sim de uma “degeneração” permanente da qualidade de vida

Pela relevância dessa análise, a busca da legitimidade, capaz de fundamentar as garantias de eficácia para as normas jurídicas que pretendam sustentar os direitos implicados na satisfação das necessidades vitais, exige tratamento interdisciplinar ou, para pesar dos positivismos estritamente formais, meta-jurídico. É o que parece concluir a mesma autora⁷:

Para a reivindicação imperativa de um direito desse tipo, Roig aponta dois passos que, a rigor, nem necessitam de justificação; segundo ela própria, *o primeiro, que a existência de uma necessidade implica diretamente a sua satisfação e o segundo, que essa satisfação constitui um direito. (...) Pode-se caracterizar uma necessidade como aquilo que, por definição, “tem um direito à sua satisfação” (...) e os direitos humanos como exigências precisas para a satisfação de necessidades.* (idem, p. 109).

Como se observa, a exigência (?) da personalidade jurídica para um determinado grupo de pessoas, portadoras de direitos e, ou interesses, protegidos pela CF no Capítulo Dos direitos e deveres individuais e coletivos e por ela previstos como objetivos da própria República ou de políticas públicas específicas, previstos também em convenções ou pactos internacionais assinados pelo Brasil, não pode mais barrar o acesso coletivo de tais pessoas aos Poderes Públicos, aí incluído o Judiciário.

2. Legitimidade passiva. A responsabilidade pela implementação de políticas públicas protetivas dos Desca, do tipo reforma agrária, é somente do Estado?

Quem deve respeito, efetivamente, aos direitos humanos, os Desca entre eles? contra quem tais direitos podem ser “cobrados”? Existe mesmo uma completa impossibilidade de o chamado livre mercado ser responsabilizado

humana que há de manter-se até que se obtenha uma satisfação (p. 102-103, tradução livre, nossa).

⁷ Quando confrontamos os direitos com a realidade (...) põe-se em relevo muitas variáveis que, desde logo, não são somente éticas, mas também econômicas, políticas, culturais ou sociais. Essa perspectiva relacional ou contextualizada exige tomar como ponto de referência, para compreender o desenvolvimento desses direitos e sua razão de ser, a tríplice esfera na qual eles têm lugar: a jurídica, a moral e a econômico-política; seu fundamento, portanto, somente pode situar-se no vigamento desses três âmbitos. (Ibidem, p. 106).

pela violação dos Desca? Não existe nenhum “interesse difuso” que, em vez de ser protegido como autor, possa ser perseguido como réu?

Por mais estranhas que possam parecer algumas dessas questões, elas estão por trás de muitas decisões administrativas e de muitas sentenças que somente não reconhecem como adjudicáveis determinados direitos porque a responsabilidade que eles geram está tão escondida no tecido social e é tão trabalhoso o esforço indispensável à sua imputação, que a saída mais à mão é a do seu “não-conhecimento”.

Em todo o caso, mesmo sob visível reducionismo, há que se aproximar a lente compreensiva de exigibilidade dos Desca, em matéria de reforma agrária, daqueles espaços jurídicos de difícil demarcação nos quais os direitos humanos em geral perdem densidade reivindicatória, exatamente por uma cultura interpretativa do direito positivo, pouco interessada em aprofundar conceitos e fundamentos que, a partir dele próprio, devem se desdobrar.

Não faltam advertências a respeito, algumas estreitando, outras alargando a rede de abrangência do ordenamento jurídico positivo, em relação aos direitos humanos. Mesmo que as dificuldades, aí, sejam grandes, até mesmo no que concerne àqueles que já obtiveram ingresso em capítulos constitucionais do tipo “direitos e garantias individuais” e “direitos sociais”, como testemunham alguns dos dispositivos constantes dos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, elas têm de ser enfrentadas.

Bobbio, aqui já lembrado, reluta até em nominar como “direitos” os ainda “não constitucionalizados”, entre os quais se encontram muitos dos Desca voltados para o futuro (preservação dos direitos de gerações que estão por vir, onde a proteção do meio ambiente, por exemplo, está longe de consultar apenas os interesses imediatos de hoje). Ele prefere a palavra “exigências”⁸, expressão que Maria J. A. Roig também usa, como já se viu acima, embora em contexto no qual o poder jurídico do sujeito ao qual ela se refere seja bem maior.

⁸ “Pode-se sugerir aos que não querem renunciar ao uso da palavra “direito” mesmo no caso de exigências naturalmente motivadas de uma proteção futura, que distingam entre direito em sentido fraco e um direito em sentido forte, sempre que não quiserem atribuir a palavra “direito” somente às exigências ou pretensões efetivamente protegidas” (op. cit., p. 79).

Jean Carbonnier, depois de distinguir os motivos históricos das diferenças entre o direito *de* propriedade e o direito *à* propriedade, sublinha o fato de a última expressão ter sido usada, exatamente, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que permite entender-se como sendo o *acesso* a um tal direito aquilo que o constituiria como direito humano. A conclusão que ele tira daí, porém, no que se refere à exigibilidade de um tal direito, não deixa de ser irônica⁹.

São testemunhos da complexidade inerente ao exercício de direitos que, queira-se ou não, somente alcançam eficácia num ambiente “adjetivado” por outros direitos – o assim chamado *livre* mercado.

A obviedade de que nem de reforma agrária, todavia, como urgência imposta pela mais elementar justiça social, estar-se-ia tratando, hoje, se não fossem os efeitos desse tipo oneroso de distribuição do espaço rural, serve quando menos de advertência para o fato de que um tal questionamento precisa ser levado adiante, sob pena de se prosseguir considerando como fatalidade o perverso princípio de que o verdadeiro “governo” do Estado e das leis é o de reparar os excessos e estragos que a tal “liberdade” desencadeia, seja contra o *direito*, seja contra a *economia*, seja contra a *sociedade*, seja contra o *ambiente*.

Antonio-Luiz Martinez Pujalte, na mesma coletânea de estudos sobre direitos humanos, acima referida, faz expressa menção aos modernos esforços que se estão desenvolvendo no sentido de se operacionalizar a defesa desses direitos, não somente “frente ao Estado”, mas também “frente ao mercado”¹⁰ e, pela *inalie-*

nabilidade característica de tais direitos, sua defesa, inclusive, perante o próprio titular deles.

É por aí, também, que parece transitar a opinião de José Joaquim Gomes Canotilho, quando ele aborda o problema da eficácia dos direitos fundamentais “e direitos análogos”, segundo a sua própria expressão, não somente quando eles estejam implicados em relações “verticais” – cidadão frente ao Estado – mas também em relações “horizontais”, de indivíduo-indivíduo, nessa última hipótese vinculando entidades privadas. (*Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1993. p. 595 e segs.).

Pregando “a necessidade de soluções diferenciadas”, conforme a *causa* e o *caso*, adverte o autor existirem três respostas fundamentais para bem se interpretar o chamado “efeito externo” dos direitos fundamentais. A primeira desconhece qualquer eficácia externa dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, em relação a entidades privadas; a segunda, reconhece eficácia externa mediata em relação a terceiros, de que dá exemplo a atuação legiferante dos órgãos estatais; a terceira, que reconhece eficácia externa imediata em relação às mesmas entidades privadas.

Separando os efeitos desses direitos, liberdades e garantias, por grupos, segundo a sua possível capacidade vinculativa “horizontal”, Canotilho designa o quinto grupo como aquele que compreende “poderes privados” frente àquela eficácia¹¹.

individual do sujeito dos mesmos (p. 86, tradução livre, nossa). ¹¹ As categorias “poder privado” ou “poder social” não são juridicamente assimiláveis a “poderes públicos” e não oferecem contornos jurídicos para se transformarem em categorias operacionais no âmbito da problemática da *Drittwirkung* (esta palavra, segundo o autor, refere-se à eficácia externa ou eficácia dos direitos perante terceiros). Todavia: 1º) os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, podem também ser perturbadas por forças ou domínios sociais (Bachof); 2º) a função de proteção objetiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia desses direitos no âmbito de relações privadas caracterizadas pela *situação desigualitária* das partes; 3º) conseqüentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de conduta e de decisão) que cumpram a função de proteção dos direitos, liberdades e garantias (p. 599, grifos do autor).

⁹ A Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma, em seu artigo 17, que toda a pessoa tem direito à propriedade. Essa afirmação tem provocado sorrisos e se tem censurado a ONU pelo fato de ter reconhecido um direito de crédito sem estabelecer um devedor que o satisfaça (*Derecho flexible*. Madri : Tecnos, 1974. p. 244, tradução livre, nossa).

¹⁰ Nos últimos anos, está adquirindo um relevo particular na bibliografia sobre os direitos humanos a ênfase na inalienabilidade, como uma das características definitórias de tais direitos. Inclusive, sublinhada por Jesús Ballesteros, para quem “o caráter inalienável dos direitos seria precisamente a nota específica do modo de pensar *post* moderno, intimamente derivado do paradigma da “qualidade de vida”. Com efeito, agora do que se trata não é tanto de defender os direitos frente ao Estado, como no caso da “liberdade dos modernos”, ou direitos da primeira geração, mas sim de defendê-los frente ao mercado, e inclusive frente a própria vontade

Mais adiante, o mesmo autor, examinando os direitos subjetivos públicos e privados, e respondendo à pergunta sobre se eles “têm eficácia nas relações civis”, não duvida em responder que sim¹². No fundo de toda essa questão, como se observa, o que volta a se colocar em causa, como tema recorrente em torno da exigibilidade dos Descartes, é a força do seu garantismo jurídico-social, sua eficácia frente aos poderes determinados ou indeterminados que os constroem ou violam, sejam eles entidades privadas, sejam públicas.

Trata-se, em última análise, de toda a complicada questão inerente à medida de compatibilidade que deve existir entre o exercício das liberdades e as responsabilidades à elas inerentes. Onde se encontra a linha de interseção, para usar uma imagem cara a Pontes de Miranda, entre liberdades de diferente origem e natureza, que titulam diferentes sujeitos de direito, onde começa a lesão à liberdade alheia, o abuso da própria, a injustiça, enfim; onde vai se estabelecer a garantia de que a liberdade não será gozada sem responsabilidade e de que o seu gozo não servirá de pretexto para violar a liberdade alheia.

Em posição um tanto diferente da de Canotilho, Jorge Miranda não chega a afirmar que os direitos, liberdades e garantias são, hoje, iguais a direitos subjetivos, mas contribui, significativamente, para distinguir-lhes os conceitos, e os seus efeitos, em oportuna comparação com os direitos sociais (*Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1993)¹³.

¹² Em primeiro lugar, os direitos, liberdades e garantias são hoje direitos subjetivos, independentemente do caráter público ou privado; em segundo lugar, não se deduzem, com base em concepções imperativísticas, das normas legais. Por isso nada impede que eles valham como direitos subjetivos públicos na sua aplicação ao direito civil, se esta caracterização lhes trouxer uma maior dimensão prática.

Desde logo, há de fundarem o direito de acesso aos tribunais para defesa desses mesmos direitos e há de exigirem a aplicação dos princípios constitucionais materiais, como exemplo, os princípios da exigibilidade e da proporcionalidade. Na falta de instrumentos jurídicos concretizadores adequados, podem transferir-se para aqui os instrumentos do direito civil... (p. 600).

¹³ Os direitos, liberdades e garantias são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, *direitos à proteção* do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio dos atentados à liberdade física por autoridades administrativas). Os

No passado, em pleno desenvolvimento de um direito predominantemente privado, não teria sido essa mesma dinâmica comparativa a inspiradora dos efeitos jurídicos que se retiraram, por exemplo, da chamada “responsabilidade sem culpa”? Retorne-se à lição de Pontes de Miranda¹⁴.

Se isso valia para possíveis gozos e exercícios do direito de propriedade, não necessariamente derivados da vontade do proprietário, hoje a validade dessa configuração jurídica se desloca para os novos (e graves) efeitos que tais poderes podem provocar por vontade do proprietário.

A liberdade de iniciativa econômica, por exemplo, fundada nessa propriedade privada e no livre-mercado, encontra naqueles subsídios outros pilares de sustentação para a função social que deve cumprir. A relação do proprietário com o seu bem, especialmente quando ele é de produção, como acontece com a empresa, não acha mais base jurídica legitimadora, no momento em que, de domínio da coisa, passa a se constituir em domínio – mesmo oculto – *sobre outras pessoas*.

Há de se objetar que uma tal linha de raciocínio está direcionada para uma crítica à propriedade privada quase coincidente à da negação do direito adquirido.

Independentemente de todo o esforço moderno que se está desenvolvendo em torno do direito adquirido – do qual a afirmação jurisprudencial de que ele não vale, por

direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade* (o autor lembra Roosevelt) e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*. O conteúdo irredutível daqueles é a limitação jurídica do poder (lembraça de Jellinek), o destes é a organização da solidariedade. Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la e também a unidade do sistema jurídico (lembraça de Georges Vlachos) impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas (p. 98-99, grifos do autor).

¹⁴ “A responsabilidade sem culpa aparece em espécies que se inspiram nos seguintes princípios (secundários): a) o princípio do interesse mais relevante, pelo qual se permite a invasão da esfera jurídica de outro, fundada em razão de interesse, público ou privado, de mais relevância, – o que supõe, aqui como alhures, escala de interesses; b) o princípio do perigo correlativo ao interesse, que é o da responsabilidade da atividade conforme o direito, mas em si mesma provável causadora de danos;” (Idem, v. 2, p. 386-387).

exemplo, contra a Constituição, pelo fato de esta emanar do poder soberano do povo, é um significativo exemplo – parece oportuno lembrar-se em que medida o próprio conteúdo desse direito subjetivo, como “extensão de poder”, especialmente quando ele envolve imóveis, tem sido redimensionado. Franz Wieacker, por exemplo, criticado em nota ao pé de página do famoso Tratado de direito civil alemão (Enneccerus, Kipp e Wolff, traduzido para o espanhol, Tomo III, *Derecho de Cosas*, Barcelona, Bosch, p. 327) chega a afirmar que, na propriedade imobiliária, não há mais do que “uma atribuição de administração *fiduciária*” (tradução livre e grifos nossos).

A urgência de um tal redimensionamento não é feita somente de fora para dentro, como seria de se esperar, por aqueles que estão pleiteando o acesso (eficácia) ao direito humano de propriedade. Surpreende que, em época de globalização dos mercados, com todos os reconhecidos efeitos anti-sociais que ela comporta, Antonio Lattuada, em coletânea de estudos sob o sugestivo título de *Fora do mercado não há salvação?* (Petrópolis: Vozes, 1997), noticie iniciativas empresariais que visam, não só garantir nova configuração jurídica ao exercício e gozo de um tal direito, como, até, nova configuração *ética*¹⁵.

¹⁵ Em assonância com a palavra inglesa *stockholder*, que indica o acionista ou detentor de uma cota do capital de uma empresa, foi com efeito cunhado o termo *stackholder*, para designar toda a pessoa cujos interesses ou direitos são de certo modo atingidos pelas atividades de uma empresa. Obviamente o recurso ao termo *stackholder* não se esgota em um artifício linguístico, mas tem como propósito superar a concepção privatista da empresa que privilegia o interesse do proprietário – isto é, a maximização dos lucros – e promover, ao invés, uma representação que dê adequado reconhecimento ao papel, com os correspondentes direitos e deveres, dos inúmeros sujeitos que deste ou daquele modo “tomam parte” no funcionamento de uma empresa econômica. Neste sentido, são *stackholders* da empresa, além dos acionistas, também os dirigentes ou *managers* nos diversos níveis, os trabalhadores subordinados à empresa, os clientes ou consumidores, os fornecedores, as outras empresas concorrentes, a comunidade local em cujo território atua a empresa, toda a sociedade civil. A utilização do conceito de *stackholder* reflete portanto uma visão mais abrangente da empresa, representando-a como ampla rede de relações muitas vezes também conflitivas: a justa composição dos conflitos exige que nenhum legítimo interesse seja arbitrariamente ignorado ou menosprezado, e todavia deixe espaço para ordens de prioridade, conforme o caso, diferentes (p. 113).

Como se observa, tanto o Estado, quanto o chamado livre-mercado, quanto a sociedade civil, quanto os próprios titulares dos Desca (!) são deles devedores e, por eles, responsáveis (direitos-deveres). Se a forma de uma tal “legitimação passiva” encontra dificuldade de ser perseguida, perante o Poder Público, o Judiciário especialmente, isso não constitui novidade, pois todos os direitos humanos sempre encontraram embaraço ao seu reconhecimento, exatamente, no fato de, com a mais respeitosa vênia, o chamado devido processo legal ainda funcionar com muito maior eficácia, “para coar o mosquito do que para barrar o caminho do elefante”. Que o testemunhe o custo histórico de algumas construções jurídicas penosamente construídas por doutrina e jurisprudência, do tipo sociedade de fato, responsabilidade civil objetiva, lesão nos contratos e outras.

3. Abrangência do objeto. A nunca demais lembrada diferença entre o valor de uso (terra de trabalho) e o valor de troca (terra de exploração)

Pode-se considerar o latifúndio rural como “provável causador de dano”, em contexto no qual Pontes de Miranda colocou a responsabilidade sem culpa? Eis-nos retornando aos comentários iniciais deste estudo, a respeito do tipo de relações jurídicas que nascem do imóvel pelo só fato de ele se constituir em bem de produção, situado no meio rural.

Sujeito de direito, objeto do direito, uso, gozo, disposição, exclusão da ingerência de terceiros, tudo isso ganha, aqui, contornos que não aparecem no exercício de *outros* (!) direitos de propriedade.

Se a resposta àquele questionamento, assim, ficar circunscrita ao espaço puro e simples, ocupado pelo proprietário, ou tão-somente titulado por ele, parece que as medidas do “grau de utilização da terra” e do “grau de eficiência na exploração” são suficientes para afastar qualquer cogitação de ameaça ou mesmo violação do direito alheio.

Não é aqui a hora nem o lugar de se perquirir, contudo, se GUT e GEE são índices hábeis para medir a função social da propriedade.

Importa considerar, todavia, que as críticas a registros públicos e outros recursos de identificação dos imóveis rurais são muito antigas, exatamente pelo fato de eles serem

pouco ou nada transparentes no que toca ao uso que dos bens registrados se faz. Uso, ainda mais o uso “produtivo” exigido pela própria letra constitucional, é coisa que não se confere, senão, por verificação empírica e, por maiores que sejam os esforços do Incra, a respeito, num país das dimensões do Brasil, há de ser quase impossível, pelo menos com os recursos atuais, que o referido ente público consiga fiscalizar, efetivamente, a correspondência de que os registros relacionados com os espaços rurais, informados pelos respectivos proprietários ou possuidores, guardam com a realidade.

Luis de Lima Stefanini lamenta (*A propriedade no Direito Agrário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978), entre outras coisas relacionadas com as limitações próprias dos registros públicos, a importante diferença entre o título de propriedade agrária e os demais títulos desse direito, que não pode ser detectada pela só visão dos tais registros¹⁶.

Esse título de propriedade “publicístico”, na feliz expressão do autor, dá bem idéia das diferenças substanciais que existem entre o direito de propriedade sobre bens de uso e o direito de propriedade sobre os bens de produção, ao qual se dedica, praticamente, todo o direito agrário; embora ambos, pelas próprias “leis” do mercado, possam se transformar em mercadoria, os segundos, pelo só fato de “frutificarem” (uma obviedade tão pouco considerada no julgamento dos conflitos agrários), reclamam disciplina que não permita ao poder privado do seu titular ignorar os direitos humanos, especialmente os Desca, que convergem sobre os tais objetos, seja pela própria força de exigibilidade deles, acima resumida em 2, seja pelo cumprimento da função social.

Se um determinado título é publicístico, salvo melhor juízo, isso equivale dizer que, para ele, as regras comuns sobre os efeitos jurídicos do direito ao qual se refere e aquelas derivadas do seu registro, oriundas dos ordenamentos

¹⁶ “O proprietário de imóveis rurais é detentor de um título jurídico *sui generis*, porquanto é um ‘título publicístico’, e não se separa do caráter social que o legitima (p. 101). O titular de um domínio agrário é obrigado a coordená-lo para consecução de gerar outros bens, que o grupo societário quer ter à disposição, de acordo com a potencialidade do solo de gerá-los. Não basta que se concretize a produção, mas faz-se necessário que o cultivo da terra produtiva se realize racionalmente e de forma harmônica com os padrões aceitos, justos na produção e convenientes na economia dos mercados” (p. 102).

voltados, predominantemente, para o Direito Privado, perdem muito, senão toda a força da sua vigência.

Se o sentido do conceito de “público” pode passar, sem maior exame, como coisa própria do Estado, a sua referência obrigatória – que o diga o primeiro artigo da Constituição Federal – não pode esquecer os direitos do povo todo (público no sentido de “comum”) em função do qual esse mesmo Estado existe.

Muito antes das disposições da CF de 1988, assim, direta ou indiretamente relacionadas com os Desca e a reforma agrária, já havia sustentação jurídica mais que suficiente para a simples certidão do Registro de Imóveis, vinculando um determinado espaço agrário a um determinado nome, não servir mais como prova inquestionável de domínio, pelo menos de domínio que estivesse cumprindo com a obrigatória função social exigível pelas simples extensão e localização do bem.

Nem é somente na doutrina jurídica que a utilidade ou produtividade do imóvel rural são pregadas como de necessária investigação, a cada dúvida, ou a cada conflito que se estabeleça em torno do seu domínio ou posse.

Além das inúmeras análises agronômicas, geográficas e sociológicas já existentes a respeito nos documentos sociais da Igreja do Brasil, uma tal necessidade se refletiu, como é sabido, na denominação, por eles preferida, de “terra de trabalho” e “terra de exploração”, justamente no sentido de acentuar a predominância ético-social da primeira sobre a segunda, *independentemente do título de propriedade que registre uma ou outra*.

A questão ganha vulto bem maior, ao final deste milênio, na exata medida em que sobre a construção do espaço segundo o uso, hoje, o Estado parece ter perdido o controle, não somente para forças do mercado interno conhecidas, mas até para forças do mercado externo desconhecidas, como nos adverte Milton Santos¹⁷.

¹⁷ Nunca, como nos tempos de agora, houve necessidade de mais e mais saber competente, graças à ignorância a que nos induzem os objetos que nos cercam, e as ações de que não podemos escapar. É dessa forma que na superfície da terra, na crosta de um país, no domínio de uma região, nos limites de um lugar – seja ele a cidade – reorganiza-se o espaço, recriam-se as regiões, redefinem-se as diferenciações regionais. É dessa maneira que se estabelecem novas dinâmicas regionais, criando, sobretudo nos países onde as desigualdades sociais são grandes, aquelas áreas que são apenas regiões do fazer, do fazer sem

Entendendo o espaço “como um conjunto indissociável de sistemas de objetos e de sistemas de ações” (p. 90), o autor nos chama a atenção para a importância que, aí, representa a informação. Numa época em que ela é essencial para que a sociedade civil e o Estado conheçam, efetivamente, todos os fatores relacionados com o espaço físico da nossa convivência, o seu próprio uso nos é imposto sem que possamos saber de onde, ou por quem ele nos é imposto.

Note-se em que medida os desafios do discurso competente – o jurídico entre eles – está em discernir, diariamente, o grau de persuasão e as direções transformadoras que uma poderosa informação a serviço das forças do mercado interno e externo, paradoxalmente baseadas, como a mídia testemunha na publicidade das suas vantagens, podem provocar no espaço¹⁸.

o reger. O fundamento etimológico da palavra *região* é perdido, na medida em que há regiões que são apenas regiões do fazer, sem nenhuma capacidade de comando. (Técnica, espaço, tempo : globalização e meio técnico-científico organizacional. São Paulo : Hucitec, 1996. p. 92, grifo do autor).

¹⁸ Se, no passado, os nexos que definiam a organização regional eram nexos de energia, cada vez mais, hoje, esses nexos são nexos de informação. Por isso, as segmentações e partições presentes do espaço sugerem, pelo menos, que se admitam dois recortes espaciais a que chamaríamos, provisoriamente, de horizontalidades e verticalidades. De um lado, há espaços contínuos, formados de pontos que se agregam sem descontinuidade, como na definição tradicional de região. São as *horizontalidades*. De outro lado, há pontos no espaço que, separados uns dos outros, asseguram o funcionamento global da sociedade e da economia. São as *verticalidades*. O espaço se compõe de uns e de outros desses recortes, inseparavelmente. (...) Horizontalidades são áreas produtivas: regiões agrícolas, cidades, os conjuntos urbano-rurais. Verticalidades são os sistemas urbanos. (...) A informação, sobretudo ao serviço das forças econômicas hegemônicas e ao serviço do Estado, é a grande regedora das ações definidoras das novas realidades espaciais. Um incessante processo de entropia desfaz e refaz contornos e conteúdos dos subespaços, a partir das forças dominantes. Nas áreas de agricultura moderna, as cidades são o ponto de interseção entre verticalidades e horizontalidades. As verticalidades são vetores de uma racionalidade superior e de seu discurso pragmático, criando um cotidiano obediente. As horizontalidades são tanto o lugar da finalidade imposta de fora, de longe e de cima, quanto a contrafinalidade, localmente gerada (...) Nesse sentido, as cidades regionais podem

Tais questões não interessam ao direito? Se o mundo do direito se encontra naquele que se pode chamar de “respostas”, parece impossível dizer que não, pois, na exata medida dos direitos que estão implicados num processo de reforma agrária, elas se inserem, justamente, na responsabilidade que tem o discurso competente *interpretativo e aplicador* do ordenamento jurídico, de identificar tais forças, poderes ou energias que, presentes nos direitos que reclamam respeito frente àquela política pública (aparentemente ou não, efetivamente ou não), favorecem ou desfavorecem a concreta realização desta, e têm, ou não, densidade jurídica suficiente para sustentar tal favor ou tal resistência.

O que parece inadmissível é colocar todos os não-proprietários na condição de contribuintes de um tributo privado, de causa e origem desconhecidas.

O problema maior, como se depreende de todas essas lições e é inerente ao próprio sistema econômico capitalista, se situa no fato de que, ao poder de exclusão “contra todos” do proprietário, não corresponde, em nível de mercado, nenhum poder da sociedade contra ele. Se consideramos como eficaz uma norma que, descrevendo determinados pressupostos, verificados os quais, se seguem efetivamente consequências nela previstas, não há como se afastar a hipótese de que o movimento de mercado tem essa eficácia independente da lei, coisa que não acontece quando os efeitos anti-sociais desse movimento devam ser prevenidos ou corrigidos. Ao poder de apropriação capitalista de acumular sem limites, em favor de um, contra o qual não existe qualquer tipo de controle jurídico eficaz, não corresponde um poder prévio de proteção, em favor de todos, do mau uso ou do uso abusivo que o proprietário poderá fazer da coisa adquirida.

Jean Carbonnier, no mesmo trabalho aqui já referido, chama atenção para o fato: não há como se considerar abuso, por exemplo, o “poder de adquirir propriedade”¹⁹.

Por aqui se observa em que extensão teria sido útil ao país a inclusão, no texto constitucional de 1988, da famosa emenda popular de reforma agrária, proposta por movimentos

tornar-se o *locus* de um novo tipo de planejamento, que desafie as verticalidades que as sociedades locais não podem comandar e imponham contrafinalidades, isto é, “irracionalidades” do ponto de vista da racionalidade que lhes é sobreposta. (Ibidem, p. 94).

¹⁹ op. cit., p. 231.

sociais da mais diversificada base e ideologia, com mais de um milhão de assinaturas, que, ao lado do módulo rural já vigente (parcelamento da terra em medida não comprometedor do mínimo de sua exploração, suficiente para a família que, dele, retira o seu sustento), previa um “módulo máximo”, acima do qual ninguém podia concentrar propriedade.

A função social da propriedade, assim, antes de preventiva, tem sido corretiva e, diga-se de passagem, com insignificante eficácia.

Não é de admirar, portanto, que os Descas, implicados na política de reforma agrária, estejam tendo a sua eficácia muito melhor patrocinada pelos seus próprios titulares, do que pela ação do Estado.

Talvez aqui se situe uma das principais razões jurídicas (!) de sustentação das “contrafinalidades” e “irracionalidades” detectadas por Milton Santos, capazes de se introduzirem nos próprios planejamentos públicos (!) que, senão neutralizam, pelo menos diminuem o poder daquelas “racionalidades sobrepostas”, cuja convicção de estarem presentes, efetivamente, na lei, é gerada muito mais pelo caldo de cultura ideológico que impõem (informação!) do que, propriamente, pela hermenêutica da lei e do direito.

Da “contra-informação” à essa propalada racionalidade, exercício retórico de que dá singelo exemplo o Dr. Stefanini, com a inquestionável demonstração das outras lógicas que estão presentes na própria titulação do direito de propriedade agrária, depende o reconhecimento da eficácia concreta dos Descas. Sem necessidade de mexer em uma vírgula do direito positivo, aquele jurista prova que a sensibilidade ética e técnica do intérprete faz mais pela justa aplicação da lei do que pela adesão acrítica a postulados sem outra consistência do que a de terem, em passado remoto, adquirido foro de certeza e segurança perpétuos.

É o que propomos à consideração dos mais capazes, não sem antes buscar o oportuno socorro de John K. Galbraith, lembrado pelo

Dr. Roger Raupp Rios, em *Desapropriação e reforma agrária* (Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 49) para servir de remate a tudo quanto acima ficou dito, com a vênia de quantos entendem o contexto sócio-político da lei, como coisa estranha ao direito: *Quando se diz que alguma ação pode ser boa mas é politicamente inviável, entenda-se que esse é o modelo comum para proteger um interesse socialmente adverso.*

Bibliografia

- BALLESTEROS, Jesús et al. *Derechos humanos*. Madri : Tecnos, 1992.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito processual das coletividades e dos grupos*. São Paulo : Ltr, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1993.
- CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible*. Madri : Tecnos, 1974.
- FACHIN, Luiz Edson, SILVA, José Gomes da. *Comentários à Constituição Federal*. Rio de Janeiro : Ed. Trabalhistas, 1991.
- MIETH, Dietmar et al. *Fora do mercado não há salvação?* Petrópolis : Vozes, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1993.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970.
- RIOS, Roger Raupp et al. *Desapropriação e reforma agrária*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- SANTOS, Milton. *Técnica, espaço, tempo : globalização e meio técnico-científico informacional*. São Paulo : Hucitec, 1996.
- STEFANINI, Luis Lima. *A propriedade no Direito Agrário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- WIEACKER, Franz. In: WOLFF, Martinet al. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona : Bosch, 1971. v. 3.

Medidas Provisórias – sua especificidade precária e a infringência de direitos adquiridos

VÂNIA FERNANDES DINIZ

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O modelo italiano – provvediment provvisori com forza di legge. 3. Do decreto-lei à medida provisória – alterações significativas. 4. Medida provisória e lei – institutos diferenciados. 5. O exame jurisdicional. 6. Relevância e urgência – delimitações. 7. Rejeição parlamentar – posições diferenciadas. 8. Reedição de medida provisória – óbice da competência – fragilidade de seus requisitos ensejadores. 9. Suspensão da eficácia e, não, revogação. 10. Medida provisória e direito adquirido. 11. Direito adquirido e reedição de medida provisória. 12. Outras hipóteses ocorrentes a partir de reedições de medidas provisórias. 13. O poder revogatório aparente de medida provisória sobre ato da mesma espécie. 14. Vigência da medida provisória reeditada convertida ou não em lei – surgimento dos direitos adquiridos decorrentes da ordem jurídica inaugural. 15. Conclusões.

1. Introdução

A escolha do tema da presente monografia, apresentada no Curso de Pós-graduação oferecido na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT) no ano de 1996, adveio de sua atualidade e de uma acentuada necessidade de aprofundar no estudo do Direito Constitucional, ainda mais acrescida em face da experiência brasileira no que se refere aos atos de urgência constantes das duas derradeiras Constituições, os quais se mostram cada vez mais necessários – os decretos-leis e as medidas provisórias.

As constantes reedições dessas últimas – “mais de uma por dia”, no dizer do Exmo. Juiz Tourinho Neto¹ – têm fragilizado seus requisitos

Vânia Fernandes Diniz é Bacharela em Direito e Oficiala de Gabinete do Juiz Cândido Ribeiro do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

¹ *A Constiuição na visão dos tribunais* : interpretação e julgados artigo por artigo. Brasília : TRF – 1ª Região; São Paulo : Saraiva, 1997.

ensejadores – a relevância e a urgência, e, via de consequência, o seu caráter de excepcionalidade, colocando em evidência que quem legisla hoje no Brasil é o Poder Executivo, fazendo com que o nosso Parlamento mais se identifique com um mero homologador das decisões do Presidente da República do que com um porta-voz dos anseios populares.

Não se pode deixar de constatar que tais mecanismos colocados ao alcance do Chefe do Executivo têm propiciado, de uma certa forma, a permanência da chama do poder ditatorial que se reflete ao longo de nossa história. Os decretos-leis são uma prova incontestada de tal fato.

No entanto, tais provimentos de urgência são necessários, principalmente em países em franco desenvolvimento como é o Brasil, a todo momento envolvido em crises econômicas e sociais. A par disso, a Assembléia Constituinte de 1987/1988, objetivando não extirpá-los da ordem jurídica, substituiu os antigos decretos-leis pelas medidas provisórias que, embora aparentemente ilimitadas materialmente, são dotadas de eficácia temporal de apenas 30 (trinta) dias, podendo retroagir caso não se convertam em lei. Tais limitações conferem aos atuais atos provisórios maior precariedade, o que lhes retira a pretensão de definitividade característica das leis.

Porém, a experiência brasileira tem demonstrado que esses limites ainda não estão bem utilizados, ou não bem esclarecidos, vez que a história se repete. As constantes reedições de medidas provisórias infringem a todo instante direitos fundamentais do cidadão. Exemplo maior desse fato é a “contribuição social sobre os proventos dos aposentados”, criada pela MP nº 1.415/96, reeditada inúmeras vezes, que já foi, inclusive, objeto de projeto de lei rejeitado pelo Congresso Nacional. Mesmo assim, o Presidente da República teima em descontinuar os parques estípidos dos inativos tal contribuição.

Dividimos nosso trabalho em dois capítulos. No primeiro deles, procuramos fazer um estudo das medidas provisórias comparando-as com o seu modelo italiano, com os antigos decretos-leis, bem como com a própria lei. A par dessas diferenças, pudemos extrair algumas conclusões, as quais evidenciam que o nosso atual ato provisório representa uma grande evolução constitucional.

Uma pesquisa na doutrina e jurisprudência motivou-nos a demonstrar a importância do Poder Judiciário na solução da crise provocada

pela prática abusiva de medidas provisórias, o qual tem sido compelido a intervir a fim de manter o equilíbrio e harmonia entre os Poderes da República.

No segundo capítulo, penetramos no campo do Direito Civil, principalmente no estudo do conflito de leis no tempo, a fim de demonstrar que a medida provisória não tem o condão de revogar atos legislativos pretéritos, mas tão-somente *força de lei* capaz de suspender seus efeitos. Nesse desiderato, aprofundamos no tema da reedição de atos provisórios e a infringência de direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos advindos de normas anteriores.

Ao final desta monografia, apresentamos, sinteticamente, as conclusões a que pudemos chegar, sem, contudo, deixar de alertar que nosso trabalho não tem a pretensão de esgotar a matéria, ao contrário, tem ele o objetivo tão-somente de trazer à baila teses jurídicas já bastante discutidas em sede doutrinária e jurisprudencial.

2. O modelo italiano – *provvedimenti provvisori com forza di legge*

Sucedânea do antigo decreto-lei, a medida provisória foi introduzida no Direito brasileiro por intermédio da Constituição de 1988.

Inspirou-se o constituinte originário no modelo italiano, constante da Carta de 1948, que prevê a iniciativa do Governo em adotar, em hipóteses excepcionais de necessidade e urgência, sob sua responsabilidade, *provvedimenti provvisori com forza di legge*, os quais deverão ser imediatamente apresentados ao Parlamento para serem examinados, perdendo a eficácia retroativamente caso não sejam convertidos em lei no prazo de 60 (sessenta) dias. Estabelece a Constituição italiana que as relações jurídicas poderão ser reguladas pelas Câmaras na hipótese de não-conversão do decreto-lei².

² Diz o art. 77 da Carta Magna da Itália: “Il governo no può senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valori di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle camere che, a che sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non convertiti in legge entro sessanta

É de se ver que o similar brasileiro traduz quase que *ipsis litteris* o modelo italiano, diferenciando apenas no que tange ao prazo eficaz de 60 (sessenta) dias, bem como quanto à regulação das relações jurídicas oriundas dos atos provisórios não convertidos em lei pelo Parlamento. Enquanto que o art. 77 da Carta da Itália estabelece que essas *poderão* ser disciplinadas pela Câmara, a nossa Constituição *determina* a sua regulação pelos parlamentares. Em ambos os modelos, a disciplina far-se-á mediante ato legal.

A faculdade outorgada pela Carta italiana ao Parlamento, quando se utiliza do vocábulo *poderá*, evidencia que o *decreto legge*, durante sua vigência, mostrou-se com normatividade plenamente eficaz, donde se conclui que os atos praticados sob a égide do provimento provisório podem ser revalidados.

Quer isso dizer que os atos praticados durante a vigência do *decreto legge* não podem ser eliminados instantaneamente em qualquer hipótese, ou seja, não é pelo simples fato de não terem os mesmos sido convertidos em lei que se pode suprimi-los, ficam eles dependentes do regime jurídico cumprido quando estiveram em vigor.

A par do que vimos de expender, tem-se que a precariedade de que se reveste o modelo italiano, se comparada ao seu similar nacional, é mais densa, vez que as situações jurídicas criadas em decorrência do ato provisório tendem a permanecer, ou seja, se mostram mais sólidas, passíveis de adquirir definitividade.

A *contrario sensu*, as relações jurídicas oriundas da eficácia temporal limitada da medida provisória não podem ser confirmadas, pois o ato excepcional foi rejeitado pelo Congresso Nacional. Tem este o poder-dever de disciplinar as relações jurídicas concretizadas, ou seja, o texto constitucional, em hipótese alguma, possibilita a revitalização dos atos praticados durante a vigência da medida excepcional.

As situações jurídicas decorrentes de medidas provisórias não podem ter a pretensão de serem definitivas, sob pena de causar dano de difícil reparação.

Giovanni Pitruzzella, em estudo sobre dos decretos-leis italianos, ressalta que a validade do

giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti. (Apud TÁCITO, Caio. As Medidas Provisórias na Constituição de 1988. *Revista Forense*, v. 85, p. 15, jan./mar. 1989).

“*decreto legge* decorre do Texto Constitucional, não sendo possível afirmar que os atos praticados sob a vigência daquele *decreto legge* que não foi revitalizado inexistam, vez que, dessa forma, qualifica-se-o como originariamente inválido”³.

O projeto de lei de conversão do *decreto legge* é passível de sofrer emendas pelo Parlamento, tanto modificativas como supressivas. Seus efeitos, no entanto, podem ser diversos. “Para Constantino Mortati, a emenda supressiva opera efeitos *ex tunc*, enquanto a emenda aditiva contém efeito *ex nunc*. Já para Paolo Biscaretti Di Ruffia, a emenda supressiva pode ser vista, conforme a situação, tanto como negação da conversão e, portanto, efeito *ex tunc*, ou como ab-rogação contemporânea à lei de conversão, operando, nessa hipótese, efeito *ex nunc*”⁴.

No que pertine ao similar nacional, prevê a Resolução nº 1, de 2 de maio de 1989, com modificações introduzidas pela de nº 2, que o projeto de conversão da medida provisória pode também sofrer emendas, cujos efeitos são *ex nunc*, vez que procedentes do Congresso Nacional, estando, por conseguinte, sujeitas à sanção ou veto presidencial; os artigos modificados perdem eficácia retroativamente⁵.

A doutrina e a jurisprudência italianas admitem a reedição de provimentos provisórios quando transcorrido *in albis* o prazo de validade, sob o fundamento de que os requisitos de urgência e relevância podem protrair-se no tempo⁶.

No que tange à medida provisória, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de sua reedição somente quando da ocorrência de rejeição expressa operada pelo Congresso Nacional⁷. Parte de nossos doutrinadores diverge do entendimento esposado pela Suprema Corte.

³ Apud BARROS, José Fernando Cedeño de. Disciplina das relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. ano 29, n. 115, p. 207, jul./set. 1992.

⁴ Apud SOUSA, Leomar Barros Amorim de. *Medidas provisórias*: a experiência brasileira. Brasília: TRF – 1ª Região, p. 21. (Cartilha Jurídica, 46).

⁵ Ver jurisprudência da p. 53.

⁶ PALADIN, Livio. apud ADIn 293/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *RTJ*, n. 146, p. 717.

⁷ *Ibidem*, p. 717-722.

Em ambos os sistemas, a posição doutrinária majoritária é no sentido de que não há, em princípio, discriminação material para a edição de atos provisórios, sofrendo limitação apenas na avaliação dos requisitos da urgência e da relevância⁸.

3. Do decreto-lei à medida provisória – alterações significativas

A Constituição brasileira de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, previu, pela primeira vez, os decretos-leis, nos seus artigos 12, 13, 14 e 180, os quais estabeleciam que o Presidente da República estava autorizado pelo Parlamento a expedir-los nos limites e condições estabelecidas no ato de autorização. A Carta de 1946 extirpou-os do texto magno, em face de seu uso abusivo pelo Chefe do Executivo no Estado Novo.

Na Carta de 1967, com a Emenda nº 1/69, foram eles novamente introduzidos para serem adotados em casos de urgência ou de interesse público, desde que não acarretassem aumento de despesas, sofrendo limitações materiais, quais sejam: segurança nacional; finanças públicas, inclusive normas tributárias; e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos⁹.

A uma comparação com o seu ato substitutivo – as medidas provisórias – 4 (quatro) características distinguem os dois modelos:

– a *contrario sensu* dos decretos-leis, as medidas provisórias não sofrem limitações materiais expressas, estando autorizadas apenas pela presença dos requisitos da urgência e relevância;

– os decretos-leis, na ausência de deliberação parlamentar no período de 60 (sessenta) dias, eram tidos como tacitamente aprovados; as medidas provisórias, em hipótese semelhante, perdem eficácia retroativamente;

– a rejeição parlamentar expressa, na hipótese dos decretos-leis, não possibilita a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência; no entanto, as medidas provisórias, expressamente rejeitadas, perdem eficácia *ex tunc*, sendo desconstituídos os atos praticados enquanto eficazes, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas advindas do ato provisório rejeitado;

⁸ A respeito do tema, sugerimos a leitura da tese de mestrado apresentada pelo Juiz Federal, Dr. Leomar Barros Amorim de Sousa, na Universidade de Lisboa, cuja obra citamos na nota 4.

⁹ *Ibidem*, p. 14.

– os decretos-leis não podiam ser emendados¹⁰, contrariamente à medida provisória, que pode sofrer modificação no seu texto originário.

A par das diferenças explicitadas, é de se ver que a nossa Constituição, implicitamente, impõe um distanciamento maior entre a lei – ato do Parlamento, e a medida provisória – ato do Executivo, diferentemente do regime anterior.

É que a perda da eficácia *ex tunc*, tanto na hipótese da rejeição tácita quanto expressa¹¹, evidencia a natureza precária deste instituto, sujeito não só a uma eficácia temporal menor (trinta dias), como também à nulidade dos atos praticados durante a sua vigência. Acrescenta-se, ainda, a possibilidade de emendas quando do processo de conversão. Quis o constituinte originário, desse modo, ressaltar a importância do Poder Legislativo que, de modo algum, pode ser subjugado à condição de mero homologador de atos do Presidente da República, como se apresentava no disciplinamento dos decretos-leis na Constituição passada.

4. Medida provisória e lei – institutos diferenciados

Como o próprio nome revela, medida provisória não é lei. Tem caráter de excepcionalidade, contrário à essência da lei, que pressupõe definitividade. Esta última nasceu para se perpetuar em respeito ao princípio da segurança jurídica. Perpetuidade no sentido de vivência consentânea com a própria evolução da sociedade, que não é estanque. Porém, essa aparentemente paradoxal definitividade transitória, porquanto tendente a acompanhar as mudanças inerentes ao corpo social, de forma alguma pode ser igualada à transitoriedade das medidas provisórias.

Caio Mário da Silva Pereira nos ensina que¹²:

“Da própria noção conceitual temos que a lei é uma ordem permanente, o que implica na dedução de sua continuidade, mas não traduz obviamente eternidade, incompatível que seria esta com a natureza contingente da obra humana. Tal

¹⁰ *Ibidem*, p. 15.

¹¹ Remetemos o leitor para o tópico “Rejeição parlamentar – posições diferenciadas”, deste trabalho.

¹² *Instituições de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Saraiva, 1991. p. 87.

qual na física, a lei da inércia afirma que, uma vez impulsionado e posto em movimento, o corpo assim se mantém até que uma força contrária lhe imponha o repouso, também no mundo jurídico, a lei em vigor permanece vigente, até que uma força contrária lhe retire a eficácia”.

A medida provisória assemelha-se à lei, não é lei.

“É parassimétrica a esta, guarda com ela algumas conexões analógicas, mas um modelo não se transfunde noutro”¹³.

Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁴ aponta seis importantes diferenças entre os dois atos normativos, a saber:

1) emanam de órgãos distintos, vez que a medida provisória procede do Poder Executivo;

2) as medidas provisórias correspondem a uma forma excepcional de regulação de matérias, ao passo que a lei é a via ordinária de discipliná-las;

3) são efêmeras, de vida curtíssima, *a contrario sensu* das leis que, além de perdurarem normalmente por tempo indeterminado, quando temporárias têm seu prazo por elas mesmas fixado. As medidas provisórias, por sua vez, têm duração máxima, já preestabelecida no texto constitucional, de trinta dias;

4) as medidas provisórias possuem caráter precário, vez que podem ser invalidadas pelo Congresso Nacional no termo prefixado constitucionalmente, enquanto que a lei tem sua permanência dependente do próprio órgão que a emanou;

5) a eficácia da medida provisória não confirmada é *ex tunc* (desde o início), diferentemente da lei que, ao ser revogada, seus efeitos são dali para frente, ou seja, *ex nunc*;

6) a medida provisória, para ser expedida, depende da presença de pressupostos específicos – relevância e urgência; ao passo que, para a edição de lei, a relevância da matéria não é pressuposto, até porque passa a ser de direito relevante tudo o que a lei houver estabelecido. O requisito da urgência inexistente, porquanto a lei deve ser amadurecida, a fim de que tenha definitividade, pois representativa dos anseios populares.

Por fim, diz o Ministro Celso de Mello:

¹³ FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no sistema jurídico-constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 110, p. 146, abr./maio 1991.

¹⁴ *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 62-63.

“...As medidas provisórias configuram espécies normativas de natureza infraconstitucional, dotadas de força e eficácia legais. Não se confundem, porém, com a lei, embora transitariamente se achem investidas de igual autoridade. A cláusula “com força de lei” empresta às medidas provisórias o sentido de equivalência constitucional com as leis...” (ADIn 293/DF, *RTJ*, v. 146, p. 707).

A par das diferenças inerentes aos dois atos normativos, adverte-nos o Professor Bandeira de Mello que incorreríamos em erro gravíssimo se fôssemos analisá-las como leis expedidas pelo Executivo e, em consequência, “atribuir-lhes regime jurídico ou possibilidades normatizadoras equivalentes às das leis”¹⁵.

É importante salientar que não se trata de conferir ao Executivo uma opção de regulação de matérias, ou seja, podendo o mesmo escolher entre o procedimento normal de iniciativa das leis estabelecido no art. 61 e aquele constante do dispositivo 62 da Constituição Federal. Pelo contrário, as características imanentes desses atos provisórios revelam que só são possíveis mediante o processo excepcional e célere imposto no último dispositivo mencionado.

É de se ver que as propostas dos dois *institutos* – definitividade das leis e provisoriabilidade das medidas provisórias – terão de ser compatíveis com os processos pelos quais são submetidos quando de sua feitura.

O *iter* percorrido para a elaboração de uma lei é demorado e longo, porém necessário, vez que esta deve refletir a vontade popular, *a contrario sensu* das medidas provisórias que demandam processo célere, pois em face de questões *relevantes* e de *urgente* suprimento.

De qualquer sorte, trata-se, a medida provisória, de provimento oriundo da Administração Pública para preservar um interesse público violado ou ameaçado, de nítido caráter cautelar, que a Constituição, por meio da condição de posterior ratificação parlamentar, confere *força de lei* pelo prazo de trinta dias tão-somente.

A propósito do tema, cite-se, mais uma vez, pronunciamento do Exmo. Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“...O que justifica a edição de medidas provisórias é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Executivo a adoção imediata de

¹⁵ *Ibidem*, p. 63.

providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que certamente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa...” (1ª Turma. RE 166349-9/DF. Decisão de 31 de maio de 1994. DJ, p.32.312, 25 nov. 94. Seção 1).

5. O exame jurisdicional

Dispõe o *caput* do art. 62 da Constituição da República:

“Em caso de relevância e de urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias”.

Relevância e urgência são conceitos “vagos”, “fluidos”, “imprecisos”, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶, os quais necessitam, para a sua interpretação, de um juízo discricionário¹⁷ por parte do Poder Público.

Para Rudolf Laun¹⁸ o poder discricionário pode ser assim entendido:

¹⁶ São conceitos que comportem densidade mínima, ou seja, designam algum conteúdo determinável. “Se não houvesse significado algum reconhecível”, diz o autor, “não haveria palavra, haveria um ruído... De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma *zona de certeza positiva*, dentro na qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria obrigada. As dúvidas só tem cabida no intervalo entre ambas. Isto significa que em inúmeros casos será *induidoso* que uma situação é, *exempli gratia*, *urgente*, ou que seguramente não o é; que há um interesse público *relevante* ou que certamente não há...” (Grifos do autor).

¹⁷ É importante salientar que não se há de confundir discricionariedade com arbitrariedade, sob pena de enfraquecimento dos alicerces do Estado de Direito, o qual pressupõe que a atuação administrativa e jurisdicional tenham como supedâneo a autorização legal. No tema sob comento, a edição exagerada de medidas provisórias mais se compraz com uma atitude arbitrária que com uma atitude discricionária, pois demonstra um extravasamento dos limites impostos pelo constituinte originário.

¹⁸ Apud ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 6. Ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, p. 216-217.

“Quando podemos admitir que, segundo a vontade da lei, suas possibilidades entre si contrapostas são igualmente conformes ao direito, e a autoridade, portanto, pode optar por A ou não-A, sem agir contrariamente ao direito em qualquer das alternativas, então temos... poder discricionário”.

Tal comportamento, transposto para a hipótese do exame dos pressupostos das medidas provisórias, configura-se quando, por inúmeras vezes, surgirão situações duvidosas, que a uma primeira análise, não se poderá dizer, com certeza, se refletem ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata constante do art. 62. No entanto, juntamente com elas, ocorrerão outras tantas situações em que será “induidoso inexistir relevância e urgência ou, pelo contrário, induidoso que existem.”¹⁹

Saulo Ramos²⁰ assevera que a avaliação dos pressupostos específicos da medida provisória submetem-se ao juízo político e à avaliação discricionária do Presidente da República, porém é de opinião que tal juízo é vedado ao Poder Judiciário, cabendo tão-somente ao Legislativo reavaliá-los quando da conversão em lei.

Cita, inclusive, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, *in verbis*:

“Decreto-lei no regime da Constituição de 1967.

1. A apreciação dos casos de urgência ou de interesse público relevante, a que se refere o art. 58 da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso...” (RTJ, v. 44, p. 54).

“...os pressupostos de urgência e relevante interesse público escampam ao controle do Poder Judiciário...” (RTJ, v. 62, p. 819).

“...A urgência e o interesse público relevante são aspectos políticos entregues ao discricionarismo (e não ao arbítrio) do Presidente da República e do Congresso Nacional” (RDA, v. 125, p. 89).

Tal entendimento não é compartilhado por Celso Antônio Bandeira de Mello²¹, que

¹⁹ MELLO, op. cit., p. 66-67.

²⁰ Parecer nº SR-92, publicado no *Diário da Justiça* do dia 23.6.89, p. 10.181-182.

²¹ MELLO, op. cit., p. 66.

assevera não sair o Judiciário de sua finalidade específica, tampouco invade discricção administrativa, quando verifica se estão presentes os *pressupostos* normativamente estabelecidos na Constituição para impor limites a determinada competência. É que a Constituição só admite medidas provisórias em face de situação relevante e urgente, com o que se deduz que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para a invasão da aludida competência, ou seja, não estando eles presentes, inexistirá poder para editá-las.

“Se a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência fora dessas hipóteses não haveria condicionado sua expedição à pré-ocorrência destes supostos normativos. Segue-se que têm de ser judicialmente controlados, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias. Com efeito, se *relevância e urgência* fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário incontestável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreriam da Constituição, mas da vontade do Presidente, pois teriam o âmbito que o Chefe do Executivo lhes quisesse dar. Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem decidiria sua própria esfera competencial na matéria, idéia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito”.

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, conforme se constata pela leitura dos excertos abaixo, admite o controle pelo Poder Judiciário da competência legiferante excepcional do Executivo, quando se fizer necessário, mediante o exame dos pressupostos específicos da medida provisória. Diz S. Exa.:

“O Chefe do Executivo da União concretiza, na emanção das medidas provisórias, um direito potestativo, cujo exercício – presentes razões de urgência e relevância – só a ele compete decidir.... Essa circunstância, contudo, não subtrai ao Judiciário o poder de apreciar e valorar, até, se for o caso, os requisitos constitucionais. A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos, pelo Chefe do Executivo, constitui razão bastante para justificar o controle judicial.

O reconhecimento de imunidade jurisdicional, que pré-excluisse de apreciação judicial o exame de tais pressupostos – caso admitido fosse – implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder para editar medidas provisórias, sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional...” (ADIn 293/DF. *RTJ*, n. 146, p. 707). (grifos do autor). No mesmo sentido: ADIn 162. 14 de dezembro de 1989. Relator Ministro Moreira Alves, e ADIn 628/DF. Relator: Sepúlveda Pertence, *RTJ*, v. 10, p. 101.

Vê-se que hoje, de uma certa forma, nossos tribunais têm penetrado nesse particular, em face das reedições constantes de medidas provisórias, colocando em evidência que quem legisla é o Poder Executivo. Até porque, como salientado pelo Ministro Celso de Mello, cabe ao Judiciário, como órgão fiscalizador das normas, obstaculizar essa prática legiferante que, embora excepcional, tem-se tornado ordinária, controlando sua compatibilidade com o que preconiza o texto magno.

Se se edita e reedita medidas provisórias sobre o mesmo tema, o seu caráter de urgência e relevância está se fragilizando. Mesmo que perdure o estado emergencial, não cabe mais ao Executivo tentar saná-lo com a reedição do ato provisório. Cabe ao Legislativo certificar-se se a utilização daquele instituto resolve a questão ou pode ser resolvida de outra forma. Se o Congresso Nacional a rejeita, expressa ou tacitamente, a solução já não mais pertence ao juízo discricionário do Executivo.

Acreditamos que se o Poder Executivo extrapola de seu poder constitucionalmente garantido, fazendo com que o juízo discricionário passe a ser um juízo arbitrário, pondo em fragilidade os alicerces que dão sustentáculo a um Estado Democrático de Direito, nada mais “urgente e relevante” que haja por parte do Poder Judiciário interferência nesse exame “discricionário”, averiguando os limites da competência legiferante excepcional outorgada ao Poder Executivo.

Até porque ao Congresso Nacional tem sido obstado indiretamente esse exame político, vez que o prazo conferido ao mesmo para o exame dos projetos de conversão é exíguo, e a edição de atos provisórios tem sido uma constante. Não

há como se conceber que as atividades do Legislativo tenham que estar sempre voltadas para o exame de medidas provisórias.

É de se atentar, nesse particular, se o temor constante das palavras de Fran Figueiredo²² não está sendo concretizado, quando disse:

“O uso desenfreado, genérico e abusivo dessas medidas pode provocar uma alteração completa no regime institucional, desequilibrando mesmo toda a estrutura levantada pela Constituição, com base no princípio da separação de poderes. Essa prática excessiva produziria a reversão do *processo legislativo*, criando um tipo novo de ordem constitucional, onde o Poder Legislativo (logo o mais alto na esfera de competência) sofreria uma espécie de *capitis diminuto*, relegado à posição de órgão homologatório das decisões do Poder Executivo”.

A propósito do exame discricionário, cite-se jurisprudência oriunda do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, da lavra do Exmo. Juiz Cândido Ribeiro, quando da apreciação de agravo de instrumento versando matéria referente à contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados, instituída pela MP nº 1.415/96, *verbis*:

“... Se há, por um lado, o *fumus boni iuris* reclamado pela agravante, de que as medidas provisórias já nascem com força de lei, está ele presente também para os agravados no fundamento de que a conversão em lei é imprescindível, porquanto fluido se tornou seu caráter de excepcionalidade. Por que tanta urgência e relevância se até hoje os aposentados permaneceram com suas rendas intactas, tendo, inclusive, incorporado tal imunidade a sua renda líquida?

Ademais, autorizando o Poder Judiciário *ante tempus* o desconto da contribuição previdenciária, propiciará um dano maior aos inativos, pois terão de se valer da repetição do indébito, que, sabe-se lá quando obterão a quantia descontada. Sem contar nas dificuldades por que passarão tendo a sua renda diminuída, pois não têm como compensá-la com outros rendimentos. No entanto, a União, com certeza, terá meios

²² FIGUEIREDO, op. cit., p. 149 (grifos do autor).

muito fáceis, céleres e eficazes para cobrar o que lhes é devido” (Ag. 96.01.38251-6/DF. DJ, 25 mar. 1997, p. 17.577).

No AgRegSS 96.01.28715-9/DF do TRF-1ª Região, também sobre a mesma matéria, assim se pronunciou o Juiz Catão Alves:

“...não vejo como a suspensão dos efeitos dessa Medida Provisória possa trazer alguma ameaça à segurança e à ordem públicas, principalmente, porque se, até agora, não vinha sendo cobrada essa contribuição, sem que a ordem e a segurança públicas tivessem sofrido alguma lesão, o simples fato de ficar o Poder Público mais algum tempo sem cobrá-la, ou seja, até o julgamento do mérito, vai causá-la?”

Desse modo, não vejo nenhuma condição de haver grave lesão. Ao contrário, a suspensão pode trazer uma perturbação à ordem pública porque há quase dois anos estão os funcionários sem reajuste, a inflação crescendo e eles submetidos, abruptamente, a mais um desconto de 12%, ou seja, à diminuição de 12% em seus parques estipêndios”.

Perfilhando igual entendimento, a posição do Juiz Aloísio Palmeira Lima, no mesmo agravo regimental citado, *verbis*:

“...Trata-se de contribuição que não existia e que teve existência a partir da edição da Medida Provisória. O Governo não está deixando de arrecadar aquilo que arrecadava antes; está simplesmente deixando de arrecadar o que pretendia arrecadar. Assim, também por esse aspecto, não vejo a grave lesão à economia pública, em virtude também daquele outro argumento, segundo o qual até agora a economia pública não foi afetada pela falta de cobrança ou de arrecadação dessa contribuição” (Rel. para o acórdão o Juiz Nelson Gomes da Silva).

Pelos arestos transcritos, pode-se concluir que, pelo menos o requisito da urgência está sendo apreciado.

Em 1991, quando da elaboração de texto doutrinário, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro Fernando Lemme Weiss, na mesma linha de pensamento esposado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, e do que tem sido constatado pela jurisprudência acima transcrita, já preconizava que o Poder Judiciário

poderia adentrar, pelo menos, no exame do requisito da urgência, quando disse²³:

“...Quanto à urgência, parece-me incontestável que pode ser aferida em muitos casos.

As MPs editadas no começo do atual governo, apesar de terem redundado em fracasso, eram urgentes. Não caberia ao Judiciário discordar da solução dada.

Mas a questão dos aluguéis é crônica e não conjuntural. Denúncia vazia, com a Lei nº 6.649/79.

É evidente que não se trata de uma emergência. Nesse caso as MPs são incabíveis e inconstitucionais em decorrência”.

Voltando ao mérito dos julgados apresentados, não é de se questionar, então, se não poderia a contribuição social, objeto dessas demandas, passar pelo *iter* normal de criação das leis para então ser exigida do contribuinte²⁴?

Tem-se que o Judiciário, no exercício do controle difuso, pode, de uma certa forma, impedir a atividade legiferante do Poder Executivo, concedendo liminares – a depender da hipótese concreta – no sentido de obstaculizar sua efetiva concretização²⁵ –, postergando o exame do mérito das demandas ajuizadas para só após a conversão da medida provisória em lei, vez que, a partir desse momento, o Congresso Nacional já procedeu ao exame da admissibilidade do ato do Poder Executivo.

É de se salientar que o controle jurisdicional das medidas provisórias, de uma certa forma, vem-se mostrando “deficiente e problemático”, no dizer do Juiz Leomar Amorim²⁶, vez que o Supremo Tribunal Federal tem julgado prejudicado o julgamento das ADIns nas hipóteses de medida provisória não convertida em lei no prazo de trinta dias ou quando

²³ Medidas provisórias, reedição, responsabilidade do Executivo, recusa no processamento, descumprimento. *Revista de Direito Público*, v. 25, n. 99, p. 140, jul./set. 1991.

²⁴ Ver comentários à p. 31.

²⁵ De certa forma, é exatamente isso o que vem acontecendo nas hipóteses das contribuições sociais sobre os proventos dos aposentados, bem como da substituição da sistemática adotada para a cobrança do PIS (MP nº 1.212/95 e suas sucessivas reedições). Ver Ag 96.01.38252-6/DF. Relator: Juiz Cândido Ribeiro. *DJ*, p. 17.577, 25 mar. 1997, e Ag. 96,01,38383-2/MG. Relator: Juiz Tourinho Neto. *DJ*, p. 94.805, 9 dez. 1996.

²⁶ SOUSA, op. cit., p. 44.

reeditada, e a anterior não tenha sido examinada (ADIn 162-/DF, relativa à MP 111/89).

Adotando o posicionamento antes sugerido, estará o Judiciário provocando um pronunciamento por parte do Legislativo, no sentido de rejeitar ou ratificar a medida excepcional, ao mesmo tempo em que estará protegendo direitos garantidos constitucionalmente que porventura possam estar sendo infringidos²⁷.

Registre-se, a propósito do tema, a lição do Ministro Celso de Mello, a saber:

“...As recíprocas interferências dos poderes do Estado, uns nos outros, nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, não provocam a ruptura do sistema. Esta ocorrerá, no entanto, sempre que qualquer dos Poderes – o Executivo, exemplificativamente – exercer, com expansão desordenada, atribuições que lhe não são próprias, ou, então, prejudicar, por atos que refogem à ortodoxia constitucional, o normal desempenho, pelos demais Poderes do Estado, de funções que lhes são inerentes, como a prática, em plenitude, da atividade legislativa pelo Congresso Nacional” (ADIn 293/DF, p. 721-722).

De outra parte, uma delimitação dos conceitos de relevância e urgência faz-se necessário, vez que se dotados de carga significativa maior, mais fácil se tornará seu exame pelo Legislativo como órgão de ratificação e, de qualquer forma, propiciará um controle maior por parte do cidadão.

²⁷ Em 20 de maio de 1997, O *Correio Braziliense* publicou reportagem na qual se concretiza a atuação do Judiciário no sentido de paralisar a atividade legiferante do Poder Executivo, vez que a decisão do Conselho de Administração do Superior Tribunal de Justiça reduziu a alíquota de 12% para 6% recolhido a título de contribuição para a Previdência Social, por não ter sido a medida provisória que a majorou convertida em lei. Cite-se trecho da reportagem: “O STJ salienta que ‘inexistem decisões judiciais de natureza definitiva que contrariem o entendimento adotado’... ‘não existe lei que ampare a pretendida exigência... eis que, havendo somente uma sucessão de medidas provisórias, nenhuma delas até hoje foi convertida em lei’(...) ‘A lei anterior, que determinava o desconto de 12% para todos os servidores públicos... tinha eficácia provisória determinada no próprio texto, até 30 de junho de 1994’ (p. 2). Infelizmente o Supremo Tribunal Federal suspendeu, retroativamente, a Resolução do Superior Tribunal de Justiça (Adin 1.610/DF. Relator: Sydney Sanches. *Informativo STF*, n. 73, p. 4).

Ademais, adotando-se limitações legais aos pressupostos dos atos provisórios, propiciar-se-á, por via transversa, um alcance maior do controle por parte do Judiciário, vez que, desse modo, estará ele procedendo ao exame da legalidade do ato, e, não, da discricionariedade do mesmo.

6. Relevância e urgência – delimitações

A par dessas considerações, podemos ter como relevante tudo aquilo que tem por finalidade proteger ou resguardar o interesse público mais geral, que necessita de um cuidado especial e imediato por parte do Poder Executivo.

Adverte-nos Celso Antônio Bandeira de Mello,

“que não é qualquer espécie de interesse que lhes pode servir de justificativa, pois todo e qualquer interesse público é *ipso facto* ‘relevante’. Donde – e como nem a lei nem a Constituição têm palavras inúteis – há de se entender que a menção do art. 62 à ‘relevância’ implicou atribuir uma especial qualificação à natureza do interesse cuja ocorrência enseja a utilização de medida provisória. É certo, pois, que só *casos graves*, ante interesses invulgarmente importantes, justifica-se a adoção de medidas provisórias”²⁸.

É importante frisar que a relevância diz respeito à situação social, ou seja, às necessidades e interesses da sociedade. Diz Carmem Lúcia Antunes Rocha²⁹:

“...Não se considerará jamais caso de relevância aquele que se traduza em interesses, ainda que sérios e importantes, de governo, de partidos, de governantes, mesmo que o caso ofereça riscos para a permanência de um grupo ou algo que a isso se equipare. Somente para a sociedade deverá ser relevante o caso, e é apenas em face dela e para ela que será apurada a ocorrência objetiva de tal qualidade das circunstâncias alegadas. Grupos particulares ou interesses, ainda que partidários, não se enquadram na hipótese prevista constitucionalmente...”

²⁸ MELLO, op. cit., p. 64.

²⁹ Pressupostos constitucionais da Medida Provisória. *Enfoque Jurídico*, n. 6, p. 30-31, abr./maio 1997, suplemento do *Informe*, editado pela Divisão de Comunicação Social do TRF – 1ª Região.

A relevância, portanto, é a gravidade do caso, cuja ocorrência enseja dano sério para a sociedade, podendo ser situada no meio termo entre uma situação comum e outra excepcional que enseja crise, vez que a Constituição, na última hipótese, oferece-nos mecanismos para combatê-las e, na primeira delas, estabelece o procedimento ordinário de criação legislativa.

Entende-se por urgente qualquer fato que demanda ação imediata, *incontinenti* por parte do Chefe do Poder Executivo, ou seja, aquilo que não pode aguardar o decurso do tempo normalmente, vez que o objeto pretendido poderá vir a não ser atingido ou até mesmo o dano que se deseja evitar acabe por se consumir ou, no mínimo, existam sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora.

A urgência, diz o Exmo. Juiz Tourinho Neto³⁰

“é a iminência do risco ou do dano, o perigo imediato, (...) O mal está prestes a ocorrer. Uma pronta solução, portanto, se exige. Há imperiosa necessidade de que se faça alguma coisa”.

É inconcebível que se caracterize como urgente aquilo que vem sendo empregado reiteradamente durante anos. Qualquer modificação nesses casos, com certeza, será mediante o processo ordinário de criação de leis. Medidas provisórias que alterem artigos do Código de Processo Civil, como é o caso da MP n° 1.570/97, são impertinentes sem sombra de dúvida.

A respeito do pressuposto da urgência, vale a pena transcrever o pensamento do Juiz Leomar Amorim:

“...para fazer-se a ponderação do que seja urgência referida no art. 62 da Constituição e dar-lhe uma certa densidade objetiva, cumpre realizar duas operações lógicas dentro do sistema: a) admitir que o processo legislativo ordinário é ineficaz para obviar a situação que reclama atuação legislativa do governo; b) afastada essa hipótese, avaliar se a situação pode ainda ser equacionada pelo processo sumário ou abreviado, previsto nos §§ 1º e 2º do art. 64 da CF, que autorizam o Presidente da República a solicitar urgência na apreciação de projetos de sua iniciativa sobre os quais

³⁰ Medidas provisórias inconstitucionais. *Correio Braziliense*, Brasília, 5 maio 1997. Caderno Direito & Justiça, p. 5.

a Câmara dos Deputados e o Senado Federal deverão manifestar-se no prazo de 45 dias”³¹.

É importante ressaltar que os pressupostos da relevância e da urgência têm existência concomitante, até mesmo para evidenciar o caráter cautelar – excepcional – da medida provisória. Mais uma vez, é de se relembrar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: qualquer interesse público *ipso facto* é relevante, daí por que ser possível a adoção de medidas provisórias ante *casos graves*, invulgarmente importantes, e que demandam uma providência urgente, sob pena de causar grave lesão ao interesse público.

Sugere-nos, inclusive, Carmem Lúcia Antunes Rocha³² que o texto do art. 62 constitucional seja lido da seguinte forma: “em caso de relevância e quando esse caso de relevância for urgente”, vez que podem existir situações urgentes que, no entanto, não são relevantes, do mesmo modo que podem ocorrer casos relevantes que não necessitam de imediato suprimento, podendo ter o trâmite de “urgência” de um projeto de lei (quarenta e cinco dias).

7. Rejeição parlamentar – posições diferenciadas

O Congresso Nacional, ao receber a medida provisória, pode aprová-la ou rejeitá-la, contudo, terá de pronunciar-se no prazo improrrogável de trinta dias, contado da data de sua publicação.

Entendem eminentes juristas que a rejeição pode ser expressa, quando decorrente de votação desfavorável à medida, ou tácita, em razão da sua não-aprovação por omissão parlamentar, ou seja, quando o Congresso Nacional deixar transcorrer *in albis* o trintídio eficaz sem qualquer pronunciamento.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a rejeição parlamentar só pode ser expressa. Entendem os Ministros da Suprema Corte que quando há o silêncio parlamentar, o exame da medida provisória adstringiu-se aos seus pressupostos de cabimento, visto que esses poderão protrair-se no tempo, o que legitima, em face de sua permanência, a renovação do ato cautelar³³. Tal entendimento poder-nos-ia conduzir à posição de que, tacitamente, estaria o Congresso Nacional concordando tempo-

³¹ SOUSA, op. cit., p. 31.

³² ROCHA, op. cit., p. 31.

riamente com o ato excepcional, por perdurarem seus requisitos ensejadores – relevância e urgência.

Por outro lado, é possível adotar-se, para a mesma hipótese, raciocínio diametralmente oposto, o qual se coaduna com o pensamento de Damous Filho³⁴, ao lecionar que se o Congresso se absteve de deliberar, “é porque entendeu, tacitamente, não estar configurada matéria urgente e relevante, salvo se a abstenção tenha outro motivo calcado em força maior ou em atentado às normas constitucionais e regimentais que regulam o processo legislativo”.

Já quando o Congresso Nacional expressamente delibera pela não-conversão da medida provisória em lei, é porque adentrou no mérito do próprio ato, e o extirpou do ordenamento jurídico, o que impossibilita sua reedição. Diz o Ministro Celso de Mello:

“...O juízo negativo, de exclusão, emanado da instância legislativa, por envolver o próprio mérito da medida provisória, exterioriza vontades descoincidentes na esfera político-jurídica: de um lado, a do Presidente, que deduziu pretensão sujeita a confirmação parlamentar e, de outro, a do Legislativo, que se recusou, soberanamente, a transformar em lei a medida afinal não convertida.

Essa circunstância reveste-se de grande significação, pois o pronunciamento contrário do Congresso Nacional sobre o próprio conteúdo da medida provisória extingue, em caráter definitivo, o procedimento de conversão, e inibe o Chefe do Poder Executivo de reeditar a medida rejeitada, ainda que presente o mesmo contexto cuja realidade justificou a edição do ato não convertido” (ADIn 293/DF).

A doutrina, contudo, não é unânime a esse respeito, entendendo muitos deles – como dito anteriormente – que há rejeição parlamentar também na hipótese de ocorrência do silêncio do Congresso Nacional.

Na esteira do pensamento expresso pela Suprema Corte tem-se Saulo Ramos³⁵, Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁶, Caio Tácito³⁷, Manoel

³³ ADIn 293/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *RTJ*, n. 146, p. 717.

³⁴ Apud, SOUSA, op. cit., p. 32.

³⁵ RAMOS, op. cit., p. 1.084-85.

³⁶ ADIn 293/DF, p. 718.

³⁷ Idem, p. 718-719.

Gonçalves Ferreira Filho³⁸, entre outros. Em sentido oposto, Hugo de Brito Machado³⁹, Fran Figueiredo⁴⁰, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹, Fernando Lemme Weis⁴² etc.

Aqueles que se posicionam no sentido de que ambas as hipóteses (silêncio parlamentar e deliberação expressa) configuram rejeição da medida provisória alicerçam seu ponto de vista, sustentando que foi essa a *mens constitucionalis* quando se expressou no parágrafo único do art. 62 que se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, as medidas provisórias perderão a eficácia retroativamente.

Ou seja, a pena – perda dos efeitos *ex tunc* – para o ato expressamente não aprovado pelo Congresso Nacional é a mesma para a medida provisória que não for convertida em lei no trintídio consagrado constitucionalmente, o que implica dizer que o Congresso Nacional na segunda hipótese, manifestou-se contrariamente à permanência do ato precário – mesmo que somente no campo eficaz – no ordenamento jurídico.

Diz o Professor Lucas Rocha Furtado:

“...o silêncio legislativo pode ser tido como forma válida de manifestação de vontade do Congresso Nacional. Em relação à formação da vontade política, no âmbito do Poder Legislativo, é descabido falar que a ausência de manifestação constitua ausência de vontade política. A inércia do Congresso Nacional, no tocante à reiterada reedição de medidas provisórias, ao contrário, deve ser interpretada como inequívoca vontade política, o que afasta, destarte, a hipótese de omissão constitucional...”⁴³.

Qualquer que seja o entendimento adotado, o que se coloca em fragilidade na presente questão é se pode perdurar por períodos tão longos a situação de emergência sustentada pelo Poder Executivo implicitamente confirmada pelo Congresso Nacional. Se tais espaços são elásticos de forma exarcebada, concretiza-se o abuso de poder, o que vem a infringir o princípio da separação de poderes, o qual se sobrepõe à vontade parlamentar.

Ademais, se o Congresso Nacional, de forma implícita, aprova o ato provisório, por

que então a pena da perda da eficácia *ex tunc* estabelecida peremptoriamente no parágrafo único do art. 62 da Constituição? Teria a medida provisória força suficiente para permanecer surtindo efeitos por período maior que o permitido constitucionalmente?

Inclinamo-nos no sentido de que a vontade do legislador constitucional foi de que há rejeição parlamentar nas duas hipóteses, o que nos permite responder negativamente à última questão apresentada.

De qualquer sorte, pautados em quaisquer dos entendimentos esposados, a reedição de medida provisória não obsta a que sejam adquiridos direitos em face da norma jurídica pretérita que teve sua eficácia suspensa, vez que a medida provisória não convertida em lei não tem o condão de revogar um ato emanado do Congresso Nacional – que é a norma legal.

8. Reedição de medida provisória – óbice da competência – fragilidade de seus requisitos ensejadores

A *contrario sensu* do contido no parecer de Saulo Ramos⁴⁴, que preconiza a possibilidade de reedição de medida provisória sobre a mesma matéria, a Constituição Federal, na opinião de juristas de escol⁴⁵, implicitamente, veda tal procedimento pelos motivos a seguir expostos.

O primeiro deles diz respeito a um princípio mais lógico do que jurídico, no dizer de Fran Figueiredo⁴⁶. Diz o autor:

“É que admitida a reedição de medida provisória rejeitada (expressa ou tacitamente), iríamos descambar numa espécie de paralelismo legislativo. Ou seja, o Poder Executivo as reeditaria quantas vezes fosse necessário para atingir seus objetivos políticos, no espaço e no tempo, frustrada assim qualquer forma de controle político ou judiciário desses atos”.

⁴⁴ “...A rejeição parlamentar... não possui eficácia extintiva das razões de necessidade, urgência e relevância que justificaram a edição de medida provisória, sendo, por isso mesmo, insuficiente para inibir, em face da própria Constituição, o exercício dessa extraordinária competência presidencial. A deliberação congressual negativa não opera, por si só, a descaracterização de um possível estado de urgência perdurante, a juízo, inicial, do Presidente da República...” (p. 10.185).

⁴⁵ Ver notas 35 a 42.

⁴⁶ FIGUEIREDO, op. cit., p. 151.

³⁸ Idem, p. 719.

³⁹ Idem, p. 719.

⁴⁰ FIGUEIREDO, op. cit., p. 151-52.

⁴¹ MELLO, op. cit., p. 65.

⁴² WEISS, op. cit., p. 140.

⁴³ FURTADO, op. cit., p. 86.

Tal ilação pareceu-nos mais uma advertência, ou até mesmo uma premonição, vez que, embora redigido o texto doutrinário em 1991, hoje, em 1997, temos que o Poder Executivo tem-se tornado um novo Poder legiferante, em face da reiterada edição de medidas provisórias, “mais de uma por dia”, nas palavras do Juiz Tourinho Neto⁴⁷, quando da apresentação da obra *A Constituição na Visão dos Tribunais*, *verbis*:

“...o Governo também não respeita o Legislativo, ao editar e reeditar centenas de medidas provisórias (mais de uma por dia). Na verdade, hoje, no Brasil, quem legisla é o Poder Executivo, ante um Legislativo fraco, omissivo”.

No mesmo sentido, o entendimento do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, a saber⁴⁸:

“...posto que a Constituição as denominou ‘provisórias’ e as colocou, tão logo publicadas, ao inteiro líbito do Congresso; posto que estabeleceu, ainda, um *prazo máximo de trinta dias* para que suas disposições adquiram caráter permanente, “se convertidas em lei”, ou para que percam a eficácia desde o início se lhes faltar este aval parlamentar, resulta cristalinamente claro que a falta dele implica repúdio à medida expedida. Reeditá-la corresponderia, então, a uma afronta ao Poder legislativo e a um manifesto extravasamento da competência do Presidente. É que, dessarte, um ato que foi definido como subalterno à apreciação do Congresso estaria sendo sobreposto ao juízo dos legisladores... O impediente, como é obvio, tanto concerne à reprodução do teor original da medida quanto à sua reedição, seja em termos similares, seja em termos muito distintos, pois, vencida sua vigência, o *assunto escapa da alçada do Executivo* já que, por força do silêncio ou da rejeição, o Congresso assume, como é normal, a senhoria exclusiva sobre a questão”.

De igual modo pronunciou-se o Exmo. Ministro Celso de Mello:

“...– A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória – que possui vigência e eficácia imediatas – inova, em caráter

inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira *provocatio ad agendum*, estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei.

– A rejeição parlamentar de medida provisória – ou de seu projeto de conversão –, além de desconstituir-lhe *ex tunc* a eficácia jurídica, opera uma outra relevante conseqüência de ordem político-constitucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo, de natureza cautelar...” (ADIMC 293/DF. DJ, 16 abr. 1993).

É importante salientar que a posição do Ministro Celso de Mello diz respeito à reedição quando a medida provisória não for convertida em lei por deliberação expressa do Congresso Nacional, vez que é entendimento do Supremo Tribunal Federal que o transcurso do prazo de trinta dias sem pronunciamento parlamentar não configura rejeição por parte do mesmo do ato cautelar.

De qualquer sorte, em havendo a usurpação da competência legislativa em detrimento do Congresso Nacional, a reedição da medida provisória infringe o princípio da separação de poderes e o postulado do Estado Democrático de Direito, os quais, no dizer do Ministro Celso de Mello, são

“subjacentes à própria organização do Estado brasileiro e que repudiam – por contrários aos valores políticos e jurídicos que os informam – todos os atos estatais e comportamentos institucionais que objetivem afetar a prática, pelo Congresso Nacional, da sua típica função orgânica – o exercício do Poder Legislativo”⁴⁹.

A Constituição da República, em seu art. 67, apresenta-nos outro óbice à reedição de medida provisória quando diz que a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta de seus membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

Tal regra, no entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Visa poupar o

⁴⁷ TOURINHO NETO, op. cit.

⁴⁸ MELLO, op. cit., p. 65.

⁴⁹ ADIn 293, p. 720.

Legislativo da reapreciação fútil de projetos inviáveis”⁵⁰.

Sobre o tema e a respeito da contribuição social instituída sobre os proventos dos aposentados, salientam Rosa Maria Brochado e Heloísa Mendonça que a matéria disciplinada pelo art. 7º da Medida Provisória em comento já foi objeto do Projeto de Lei nº 914/95, de iniciativa do Poder Executivo, rejeitada por maioria de votos pelo Plenário da Câmara de Deputados na sessão realizada em 17 de janeiro de 1996. A edição de medida provisória na mesma sessão legislativa, em que rejeitado projeto de lei do mesmo teor, é expressamente vedada pelo art. 67 da Lei Maior⁵¹.

Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, entendeu que a medida provisória em questão não fora editada na mesma sessão legislativa em que o Congresso rejeitara projeto de lei versando a matéria.

Ademais, a reedição de medidas provisórias põe em evidência a fragilidade de seus requisitos essenciais, que são a relevância e a urgência. É impossível que um País permaneça constantemente em estado de grave situação emergencial, como quer fazer crer o Poder Executivo.

Oportuna a transcrição de trecho do voto do Exmo. Juiz Tourinho Neto, exarado no Ag. 1997.01.00.001826-0-MG, cujo mérito também se relaciona com a MP nº 1.415/96 (contribuição social sobre os proventos dos aposentados), a saber:

“Não se pode, no entanto, deixar de atentar que, em agosto de 1995, o Poder Executivo encaminhou projeto de lei instituindo a contribuição em estudo, em 17 de janeiro de 1996, por 306 a 124 votos, a Câmara Federal o rejeita, e três meses depois, o Poder Executivo edita medida provisória para instituir a mesma contribuição que o Povo, por seus representantes, tinha rejeitado. Prova maior não pode existir de ter esse Governo índole ditatorial”.

Quanto à sistemática de contribuição para o PIS, ocorre o mesmo fato, pois a MP nº 1.212/95, já reeditada várias vezes, foi adotada pelo Presidente da República, em razão da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 1.445/88

⁵⁰ Apud *A Constituição...*, op. cit., v. 2, p. 612.

⁵¹ Contribuição social sobre os proventos dos aposentados : Medida Provisória nº 1.415/96. *Enfoque Jurídico*, n. 2, p. 15, suplemento do *Informe*, editado pela Divisão de Comunicação Social do TRF – 1ª Região.

e 2.449/88, que já tiveram sua eficácia suspensa pelo Senado Federal. Atualmente, a matéria é regida pela MP nº 1.495-11, de 1º-10-1996.

Outro óbice à reedição de medidas provisórias diz respeito à infringência de direitos adquiridos durante a vigência da medida não convertida, vez que a sua não-conversão – em face da perda da eficácia *ex tunc* – tornaria inválido o direito então emergente, fazendo restabelecer o direito antes regulado. Somente a partir da conversão em lei, a nova disciplina começaria a vigor, a qual inovaria definitivamente a ordem jurídica.

É que a reedição de atos provisórios versando sobre a mesma matéria implicaria um elasticamento do período eficaz de apenas trinta dias consagrado constitucionalmente. Qualquer alteração nos dispositivos da medida provisória anterior, que não ensejasse mudança de conteúdo, consubstanciaria burla por parte do Poder Executivo.

A partir dos ensinamentos de juristas eminentes, propomo-nos a elucidar a questão concernente à impossibilidade de revogação de lei mediante medida provisória e a infringência de direitos adquiridos, que é o objetivo principal do presente trabalho.

9. Suspensão da eficácia e, não, revogação

Dispõe o parágrafo único do art. 62 da Constituição:

“As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

É de ver-se que o legislador constituinte de 1988 estabeleceu um recurso de eficácia temporal – 30 dias – em prestígio à salvaguarda da segurança jurídica vigente, em face da excepcional competência do Poder Executivo.

Se o Congresso Nacional não se pronunciar nesse interregno ou se rejeitar a medida provisória, esta perderá seus efeitos desde o início – *ex tunc* –, cabendo àquele disciplinar as relações jurídicas “dela decorrente”.

O parágrafo único, ora em comento, tem ensejado grandes debates no que tange aos efeitos da legislação anterior à medida provisória editada, e que com ela sejam incompatíveis, trazendo à baila a questão da validade ou não das sucessivas reedições de medidas provisórias – prática hoje rotineira do Poder Executivo – e, via de consequência, da

possibilidade de uma medida provisória revogar os efeitos de uma legislação pretérita.

A doutrina constitucionalista pátria, na maioria das vezes acompanhada pela jurisprudência de nossos tribunais, posicionou-se no sentido de que existe uma “suspensão temporal da eficácia da legislação anterior atingida por medida provisória”, nunca a sua revogação, porquanto esta necessita de lei em sentido estrito.

A título de esclarecimento, serão transcritos abaixo as opiniões de juristas de escol a respeito da matéria.

Saulo Ramos

“A medida provisória, enquanto equivalente constitucional da lei, possui vigência e eficácia imediatas, sem que disso decorra, no entanto, a *revogação dos atos legislativos com ela incompatíveis*. Por dispor de *eficácia temporal limitada* (trinta dias), enquanto não se der a *conversão*, em lei, da medida provisória, este somente *paralisará* os efeitos das leis a ela anteriores e com ela conflitantes, inilindo-as completamente em seu conteúdo eficazial”⁵² (grifos nossos).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

“...A *derrogação ou revogação da lei anterior por uma medida provisória seria apenas aparente*. (...) Note-se que esta solução se coaduna com o texto do art. 62, parágrafo único, primeira parte: (...) Perder eficácia desde a edição, retroatividade, é fazer como se a medida provisória não tivesse tido eficácia, portanto, não tivesse tido a força de derrogar ou revogar leis⁵³” (grifos nossos).

Caio Tácito

“...Todavia, como a eficácia desta fica pendente da confirmação pelo Congresso, sem a qual ficam anulados, a partir de seu início, todos os seus efeitos, a doutrina tende a uma solução de compromisso: até ser convertida em lei (*o que lhe confere definitividade*), a medida provisória não revoga a lei anterior, mas apenas suspende-lhe a vigência e eficácia...”⁵⁴ (grifos nossos).

⁵² RAMOS, op. cit., p. 10.182.

⁵³ *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 295.

⁵⁴ Medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 90, p. 50/56, abr./jun. 1989.

Hugo de Brito Machado

“...Editada a medida provisória que entra em vigor imediatamente, as normas com ela incompatíveis *ficam revogadas condicionalmente*. A revogação opera-se sob condição resolutória, consistente na conversão da medida provisória em lei. Não ocorrida a condição, isto é, não aprovada a medida provisória, a revogação deixa de existir, tal como se uma nova lei houvesse revogado a medida provisória.

A única diferença é que, não se tratando propriamente de revogação de medida provisória, mas de sua não-consolidação, as normas que haviam sido por ela revogadas voltam a ter vigência. Não se pode fazer de conta que elas nunca tenham saído do ordenamento jurídico. Elas saíram. Foram revogadas. Voltam como normas novas⁵⁵” (grifos nossos).

Pinto Ferreira

“A medida provisória possui vigência e eficácia imediatas, mas destas não resulta a revogação dos atos legislativos com ela conflitantes ou incompatíveis. Ela possui eficácia temporal limitada de trinta dias, *tendo efeitos paralisantes e não revogatórios* em face das leis que lhe são anteriores e conflitantes.

Caso não se opere a conversão legislativa, fica restaurada a eficácia jurídica dos diplomas legislativos suspensos, afetados pela medida provisória.

Tal restauração da eficácia não se identifica nem se confunde com repristinação; será *ex tunc*, isto é, desde a data da medida provisória não convertida⁵⁶” (grifos nossos).

Ministro Moreira Alves

“...Na realidade, temos uma revogação sob condição resolutiva. Essa condição resolutiva – como acontece com as condições em geral, quando elas ocorrem – tem eficácia, e, conseqüentemente, a lei que fora revogada revive como se jamais tivesse sido revogada. E é exatamente o mesmo fenômeno que ocorre quando a lei revogadora é

⁵⁵ Efeitos da Medida Provisória rejeitada. *RT*, n. 700, p. 46-47.

⁵⁶ *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1992. v. 3.

declarada inconstitucional, desde que o ordenamento jurídico admita que a declaração de inconstitucionalidade opera *ex tunc*, o que significa dizer que a lei se considera, no caso da inconstitucionalidade, como inválida *ab ovo*, ou seja, desde o início. E, por via de consequência, é como se jamais tivesse existido a lei revogadora, *é óbvio que a lei aparentemente revogada, em verdade, jamais foi revogada*⁵⁷ (grifos nossos).

De qualquer sorte, qualquer que seja a expressão utilizada pelos eminentes juristas, o certo é que uma medida provisória, por si só, não é capaz de revogar uma norma anterior, porquanto revogação pressupõe lei em sentido estrito, vez que só ela é capaz de extinguir um comando normativo pretérito e, via de consequência, inovar definitivamente a ordem jurídica. Sendo assim é *condicio sine qua non* que a medida provisória se converta em lei.

Diz o Exmo. Ministro Celso de Mello:

“A medida provisória constitui espécie normativa juridicamente instável. Esse ato estatal dispõe, em função das notas de transitoriedade e de precariedade que o qualificam, de eficácia temporal limitada, na medida em que, não convertido em lei, despoja-se, desde o momento de sua edição, da aptidão para inovar o ordenamento positivo...” (ADIQO 293/DF, DJ, 18 jun. 93, p. 12.109).

Ora, a revogação e a inovação do ordenamento jurídico estão intimamente ligados, vez que, em se tratando de comandos normativos sobre a mesma matéria, um deles há de prevalecer. Obviamente que se procederá à extinção da norma anterior. Não há fundamento jurídico capaz de sustentar a coexistência simultânea de normas incompatíveis pertinentes ao mesmo assunto, no mesmo sistema jurídico. É patente que em tal ocorrendo, reinaria a insegurança nas relações jurídicas.

Se é assim, é de se concluir que uma norma revogadora há de ter todas as suas condições de validade obedecidas. No caso das medidas provisórias, faz-se mister que se converta em lei, o que só ocorrerá após a chancela do Poder Legislativo, conforme se depreende do texto constitucional.

A medida provisória, em que pese ser ato normativo incapaz de integrar o sistema

⁵⁷ Apud SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas Provisórias no Direito Comparado e no Brasil*. São Paulo : Ltr, 1994.

jurídico definitivamente, possui eficácia (mesmo que temporária), vez que esse fenômeno ocorre por si só. A eficácia não atua no campo da validade das normas, a revogação sim. Desse modo, temos que o comando do art. 62 e seu parágrafo único refere-se tão-somente à eficácia da medida provisória, o que nos leva a crer que o que existe em relação à norma pretérita é *suspensão eficaz*, nunca a sua revogação. A medida provisória não tem força para revogar a legislação anterior com ela incompatível, mas tem tão-somente *força de lei* capaz de suspender seus efeitos. *Não pode um ato do Executivo revogar um ato do Legislativo*.

Oportuna a transcrição dos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira⁵⁸:

A “Competência para revogar a lei é reservada à fonte de onde ela promana: *cuius est instituere, efus est abrogare*. Se a lei se revoga por outra lei, ao Poder a quem pertence votá-la é que cabe cassar-lhe a força obrigatória. Por isso mesmo, ao Poder Judiciário, não cabe a atribuição de abolir uma lei, de vez que tem competência é para aplicá-la, nem ao Poder Executivo pode revogá-la, porque sua competência não pode ultrapassar a faculdade de regulamentá-la...”.

Ademais, ao disciplinar a edição de medidas provisórias, quis o legislador constitucional apenas se referir à eficácia temporal limitada desse instituto normativo, até mesmo para que possa produzir efeitos não conflitantes com normas de igual conteúdo já existentes. Sua atitude foi de prevenir situações que possam pôr em desequilíbrio o ordenamento jurídico como um todo.

A ação do Presidente da República é permitida pela norma constitucional em face tão-somente do exame discricionário que lhe é inerente como Chefe do Poder Executivo, quando relevante e urgente interesse público, demanda um ato *incontinenti* por parte deste.

A jurisprudência trazida à colação, da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, bem interpreta a *mens constitutionis*:

“A plena submissão das medidas provisórias ao Congresso Nacional constitui exigência que decorre do princípio da separação de poderes. O conteúdo jurídico que elas veiculam somente adquirirá estabilidade norma-

⁵⁸ *Instituições...* op. cit., v. 1, p. 93.

tiva a partir do momento em que – observada a disciplina ritual do procedimento de conversão em lei – houver pronunciamento favorável e aquiescente do único órgão constitucionalmente investido do poder ordinário de legislar, que é o Congresso Nacional.

Essa manifestação do Poder Legislativo é necessária, é insubstituível e é insuprimível...” (ADIQO 293/DF. DJ, 18 jun. 93, p. 12.109).

Desse modo, não há como entender que uma medida provisória, dotada apenas de eficácia temporal, vez que não é ato normativo bastante para preencher definitivamente o sistema jurídico, possa extirpar do mesmo um ato emanado do Congresso Nacional, único órgão legitimado para agir em nome da sociedade.

Não fosse esse argumento de conteúdo tão abrangente, vez que infringente do princípio da separação de poderes, colocando em fragilidade o postulado do Estado Democrático de Direito, é de se registrar os ensinamentos contidos no texto doutrinário de autoria do Professor da Universidade de Brasília Lucas Rocha Furtado abaixo transcritos.

Principia o autor por explicar o conceito de derrogação, dizendo que essa

“pode ser explícita, quando de comando legal conste expressamente a supressão da validade de outra norma. Será implícita, quando a supressão da validade de outra norma decorra da incompatibilidade entre as duas disposições. Nesse último caso, frente à regra estabelecida no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei posterior revoga a anterior (*lex posterior derogat priori*).

Além de agir no âmbito de validade das normas, a norma derogante explícita, ou mesmo a função derogante de norma posterior genérica (derrogação implícita), tem como característica intrínseca o caráter instantâneo de sua atuação em relação à norma cuja validade suprimiu. Derogado o direito pretérito, a norma derogante esgota sua atuação, não podendo mais ser derogada. Afinal, por imperativo lógico, ou mesmo pelo enunciado do § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, afasta-se a hipótese de repristinação automática.

.....
Fica claro, portanto, que, por sua atuação instantânea no plano da validade da norma anterior, qualquer norma

derrogatória eventualmente contida em medida provisória produziria consequência jurídica definitiva – a extirpação do ordenamento positivo da norma pretérita, ou, alternativamente, a perda de sua validade.

Dessa forma, admitida, por absurdo, a presença de norma derogante em medida provisória, a disposição contida no parágrafo único do art. 62 da Constituição, que alude à perda de eficácia *ex tunc* da medida provisória não convertida em lei pelo Congresso Nacional, perderia qualquer significação jurídica, pelo simples fato de que uma vez vigente, e tendo produzido seu efeito precípua – o de derogar outra norma –, a norma derogante torna-se imune a qualquer tentativa de derrogação ou, com mais razão, de supressão de eficácia, mesmo que operando retroativamente na data da publicação.

Há aqui evidente paradoxo lógico, vinculado à esfera temporal de validade das normas: a perda de eficácia desde a publicação da medida provisória tem como pressuposto a própria entrada em vigor da medida derogante contida na medida provisória. Mas a norma derogante, uma vez em vigor, não pode mais ser derogada, ou, de outro modo, ter sua eficácia suprimida.

É de se concluir, portanto, que, de forma a afastar a incongruência lógica, as medidas provisórias não podem conter normas explicitamente derogantes. Caso contrário, até que sejam convertidas em lei, devem ser tidas como não escritas, porque inconstitucionais. É a única forma de manter íntegra a moldura constitucional da medida provisória”⁵⁹.

Acrescenta, ainda, o autor, que

“Além da incompatibilidade lógica existente entre o efeito derogatório e a natureza precária da medida provisória, no plano da eficácia, é de registrar a inaplicabilidade, *in casu*, do dispositivo contido no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma vez que norma infraconstitucional não pode ter o condão de infirmar a natureza precária

⁵⁹ Medida Provisória : limites de sua atuação – impossibilidade de convalidação de atos pretéritos. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, p. 89-90, 1996.

da medida provisória, estabelecida em sede constitucional (art. 62)⁶⁰.”

Pode-se resumir seu pensamento da seguinte forma:

- a derrogação só opera no campo da validade das normas, pois extingue do ordenamento jurídico a norma pretérita incompatível;

- a norma derogante (implícita ou explícita) tem caráter instantâneo;

- se derogado o direito pretérito, a norma derogante esgota sua atuação, porque o ordenamento jurídico pátrio não permite a reconstituição automática – só expressa (§§ 1º e 3º do art. 2º da LICC).

- se permitida a derrogação de norma anterior mediante medida provisória, o comando do parágrafo único do art. 62, que alude à perda da eficácia *ex tunc* da medida provisória, perderia sua razão de ser, vez que admitiria a derrogação de norma derogante, pela norma antes derogada.

Outro fator de reforço à tese da impossibilidade de revogação de ato pretérito por medida provisória advém do princípio da continuidade das normas legais, que se traduz na persistência e permanência das mesmas no ordenamento jurídico até o surgimento de força contrária à sua vigência. Força essa emanada somente de outra lei. É o que preceitua o enunciado da regra de que “não se destinando à vigência temporária, a lei estará em vigor até que outra a modifique ou revogue (art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil). (grifos nossos).

A conclusão de que a medida provisória não pode revogar direito pretérito, mas tão-somente a suspensão de sua eficácia – pode ser ainda sustentada a partir da idéia de que “não convertida em lei no prazo de 30 dias, os efeitos da lei anterior se restauram”, fazendo valer a *mens constitutionis* constante do art. 24, § 4º, da Constituição Federal, quando diz que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”. Se revogação houver, não há como restaurar os efeitos da lei anterior, vez que a reconstituição automática é inadmitida pelo ordenamento jurídico pátrio. No entanto, em havendo apenas suspensão, a lei pretérita continua vigendo normalmente, como se a medida provisória nunca tivesse existido, visto que foi rejeitada ou transcorreu *in albis* o período de 30 dias para sua apreciação pelo Congresso Nacional.

⁶⁰ Ibidem, p. 90.

Se ocorrer a revogação da lei federal que suspendeu a norma estadual, os efeitos da legislação suspensa retornam, não havendo de se falar em reconstituição, vez que se trata de efeitos tão-somente.

10. Medida provisória e direito adquirido

Como dito anteriormente, a não-conversão da medida provisória em lei no prazo estabelecido constitucionalmente (trinta dias) faz com que a legislação anterior se restabeleça, conseqüentemente, passe a produzir efeitos jurídicos como se nenhum instituto jurídico houvesse suspenso sua eficácia.

Tal fenômeno ocorre em obediência ao princípio da obrigatoriedade das leis e seu consectário lógico – o da continuidade, porquanto não convertida em lei a medida provisória, é como se jamais tivesse existido, não chegando a ingressar no sistema definitivamente.

O Exmo. Ministro Moreira Alves faz uma comparação desse fenômeno com o da declaração de inconstitucionalidade. Diz S. Exa.:

“...é exatamente o mesmo fenômeno que ocorre quando a lei revogadora é declarada inconstitucional, desde que o ordenamento jurídico admita que a declaração de inconstitucionalidade opera *ex tunc*, o que significa dizer que a lei se considera, no caso da inconstitucionalidade, como inválida *ab ovo*, ou seja, desde o início. E, por via de conseqüência, é como se jamais tivera existido. E, conseqüentemente também, se jamais existiu a lei revogadora, é obvio que a lei aparentemente revogada, em verdade, jamais foi revogada⁶¹”.

Ora, se não mais opera a suspensão da legislação anterior, esta continuará sendo aplicada como era anteriormente, o que implica dizer que a norma “aparentemente revogada”, no dizer do Ministro Moreira Alves, incide, inclusive, no período da vigência da medida provisória não convertida em lei, num processo contínuo como quer o constituinte originário (parágrafo único do art. 62) e o legislador infraconstitucional (art. 2º da LICC).

Em sendo assim, nada obsta que durante o período de suspensão da norma anterior possam ter ocorrido atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos, os quais teriam se concretizado com supedâneo nessa legislação pretérita, que se

⁶¹ Apud SANTOS, op. cit., p. 358-39.

tornou ineficaz temporariamente (30 dias) em decorrência da medida provisória, e teve, em consequência, sua eficácia restabelecida.

11. Direito adquirido e reedição de medida provisória

Concretizados direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, nem mesmo uma lei posterior editada pelo Congresso Nacional poderá incidir retroativamente para atingi-los, a teor do que preceitua o art. 5º, XXXVI, da Constituição e o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Desse modo, não há por que uma medida provisória – ato privativo do Chefe do Executivo – que sequer passou pelo crivo do Poder Legislativo, possa infringir tal princípio imposto constitucionalmente.

Se é assim, é de se concluir, também, que uma possível reedição de medida provisória já inexistente no mundo jurídico, não poderá retroagir para prejudicar os direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos que se concretizaram sob a égide da legislação anterior, vez que aquele interregno de 30 dias já passou, tendo sido computado para completar o suporte fático dos direitos protegidos.

Assim nos ensina a jurisprudência:

“...A reedição de uma medida provisória não restabelece a eficácia da anterior, pelo contrário, a antiga medida provisória desaparece do mundo jurídico, vindo a existir aquela que ocupou o seu lugar que, por sua vez, só terá eficácia plena se transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias estipulado pelo art. 62 constitucional. Caso contrário, também desaparecerá, o mesmo ocorrendo com as reedições sucessivas” (Ag. 96.0138252-6/DF. Relator Juiz Cândido Ribeiro. *DJ*, 25 mar. 1997. p. 17.577).

De igual modo, ementa originária do mesmo TRF da 1ª Região:

“...I – Para que possam servir de instrumento hábil à criação das contribuições sociais previstas no art. 195 e parágrafos, da CF/88, as medidas provisórias deverão se converter em lei no prazo de trinta dias, sob pena de, perdendo a eficácia e saindo do mundo jurídico, não viabilizarem o vigor necessário às contribuições sociais, pois estas somente o adquirem após transcurso do prazo de 90 (noventa) dias

contados da publicação da lei (ou medida provisória) que as houver instituído.

II – A reedição de uma medida provisória não tem o condão de repristinar aquela que perdeu a eficácia, pois, somente o Congresso Nacional pode disciplinar as relações jurídicas decorrentes das medidas provisórias que não se converteram em lei no prazo de trinta dias...”. (Ag. RegSS 96.01.28715/DF. Relator Juiz Nelson Gomes da Silva. Plenário. *DJ*, 7 out. 1996, p. 74.894).

Tem-se, portanto, que a republicação sucessiva de medidas provisórias não tem o condão de interromper a formação de direitos adquiridos após o decurso dos trintídios respectivos *in albis*, é apenas capaz de suspender o período de aquisição desses direitos. Uma medida provisória regulando a mesma matéria pode ser editada inúmeras vezes. Isso não alterará o seu prazo eficaz de apenas trinta dias.

Um exemplo elucidará a questão.

O Governo edita uma medida provisória extinguindo uma vantagem pecuniária em 1º de janeiro de 1996, em 25 de janeiro do mesmo ano e mês, objetivando postergar a eficácia da medida anterior, vez que o Congresso não se pronunciou sobre ela, o Poder Executivo edita nova medida provisória, acrescentando dispositivos que em nada alteram o conteúdo da matéria ventilada.

Mesmo que a medida provisória mais recente possa ser considerada derogatória da medida anterior na parte em que houve acréscimo dos dispositivos, a medida anterior só terá vigência por mais cinco dias naquilo que não foi alterado. Os artigos modificados passarão a ter vigência a partir de 25 do mesmo mês, porque considerados atos novos. Aplica-se, *in casu*, analogicamente, o art. 1º § 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz: “As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova”⁶².

Se se considerar que não houve alteração substancial, as duas medidas são iguais, o que nos leva à conclusão de que se computar o período da eficácia da medida posterior, a vigência da medida anterior estará sendo elástica por mais trinta dias, vez que não houve pronunciamento do Poder Legislativo. E assim por diante. A edição de uma medida provisória de igual conteúdo é como se não houvesse existido. Não se pode contar para cada

⁶² Ver jurisprudência da p. 50.

edição, um período de mais trinta dias. O período é um só.

Passado o trintídio da primeira medida provisória, a legislação pretérita começa a vigor, vez que a medida provisória não convertida em lei perdeu sua eficácia *ex tunc*. Se a nova medida provisória passar a produzir efeitos, estará produzindo-os juntamente com a norma legal anterior. Não há fundamento jurídico capaz de sustentar tal fenômeno de eficácia temporal.

Ademais, não pode um ato do Poder Executivo prevalecer em face de uma lei que é oriunda do Congresso Nacional.

12. Outras hipóteses ocorrentes a partir de reedições de medidas provisórias

A par das considerações a respeito da reedição de medidas provisórias e a formação de direitos adquiridos, é de se registrar, ainda, que mais duas hipóteses podem ocorrer, pondo em evidência a problemática a respeito do início da criação do direito novo, ou seja, da ordem jurídica inaugural.

A primeira delas diz respeito à reedição de medida provisória sobre a mesma matéria com a pretensão de retroagir seus efeitos na data da publicação da medida anterior que fora rejeitada pelo Congresso Nacional. Um exemplo trazido por Manoel Adam Lacayo Valente⁶³ elucidada a questão. Apresenta-nos o autor:

“No primeiro dia de um determinado mês, uma medida provisória, adotada pelo Presidente da República, extingue vantagem pecuniária de servidores públicos, cuja aquisição se faz pelo transcurso do tempo a termo legal. Até o trigésimo dia desse mesmo mês, a medida provisória em questão não é convertida em lei. Como passo seguinte, no primeiro dia do mês subsequente, o Chefe do Poder Executivo faz editar nova medida provisória, como reedição da anterior, com a pretensão de considerar extinta a mesma vantagem pecuniária *ex facto temporis*, a contar do primeiro dia do mês anterior, como o fizera a antecedente medida provisória...”

É patente a eiva de inconstitucionalidade trazida por esse dispositivo, porquanto aquela medida anterior desapareceu do mundo

⁶³ Cláusula de convalidação em medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 30, p. 39, abr./jun. 1996.

jurídico, restabelecendo a norma pretérita que consagrava tal vantagem pecuniária. Sendo assim, o ato normativo novo não pode conter em seu bojo norma retroativa para prejudicar o direito já adquirido pela legislação antiga.

Tal norma, com certeza, infringe frontalmente o comando inserido no art. 5º, XXXVI, da CF/88 e art. 6º da LICC.

Outra hipótese diz respeito à norma inserta em nova medida provisória que convalida atos praticados no período de eficácia da medida anterior rejeitada pelo Congresso Nacional. Exemplifica o mesmo autor:

“Em outra situação, um pouco distinta da anterior, nova medida provisória, editada como reedição, propõe a extinção da vantagem pecuniária citada, a contar da sua vigência, mas, em outro artigo, preconiza a convalidação dos atos praticados sob a égide da anterior medida provisória, o que importaria, no entendimento de seus idealizadores, na impossibilidade da conquista, como direito adquirido, da mesma vantagem pecuniária, também extinta, no trintídio antecedente pela norma provisória já ineficaz⁶⁴.”

Melhor seria dizer, norma provisória inexistente, vez que, se não foi convertida em lei, é ela incapaz de ensejar atos válidos. Daí por que ser impossível a segunda medida provisória convalidá-los. Só se convalida aquilo que existiu.

“O ato inexistente, e mesmo o ato nulo, não tem eficácia, pois eficácia, em momento algum, advém do nada ou do nulo, pois o ato nunca pode ser completado, somado, pela simples razão de que não existe. Não é⁶⁵.”

Se não tem eficácia, como expresso no trecho acima, validade também não tem capaz de convalidar atos pretéritos.

Ademais, como salientado pelo autor, não pode a medida provisória conferir ultra-atividade legal à anterior medida provisória, elastecendo um período eficaz de 30 dias determinado constitucionalmente. O ato normativo anterior – que sequer ato seria mais – não tem mais eficácia. A medida provisória editada com prazo eficaz limitado não pode ser elastecida por mais trinta dias, que foi quando a medida começou a ter eficácia – 60

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

dias ao todo. Não é o que permite o texto constitucional.

Se assim ocorresse, o parágrafo único do art. 62, mais uma vez seria inócuo, pois determina que a não-conversão da medida provisória produza efeitos *ex tunc*.

Acrescente-se, ainda, que cabe ao Congresso Nacional regular as relações jurídicas decorrentes da medida provisória rejeitada, e não o Poder Executivo (art. 62, parágrafo único). Há, portanto, *in casu*, flagrante invasão de competência legislativa.

“...Com isso, não é de admitir a substituição, por unilateral declaração de vontade do Presidente da República, do próprio Congresso Nacional, que, a partir das cláusulas de convalidação referidas, vê-se afastado do exercício de uma competência que, nessa matéria, somente a ele a Constituição defere...” (ADIn 365-8/600. Relator: Ministro Celso de Mello. *DJ*, 5 out. 1990, p. 10.718).

Há, também, na hipótese, inconstitucionalidade formal, visto que a regulação das relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei perfazem-se mediante procedimento legislativo adequado, em caráter definitivo, e, não, por meio de medidas provisórias.

Ensina-nos Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶⁶ que

“A situação, (...) muito se assemelharia à que a Constituição anterior previa, no art. 55, § 2º, em relação aos decretos-leis não aprovados. Entretanto, como se trata de uma exceção, apenas em deliberação expressa, *por via de lei*, poderá o Congresso Nacional reconhecer validade a ato praticado com base em medida provisória não aprovada...”.

Importante salientar que norma convalidadora desse jaez implicaria conferir um caráter de definitividade à medida provisória próprio das leis, o que é contrário à especificidade precária desse instituto, conforme desejou o constituinte originário.

A respeito do assunto, assim se pronunciou o Ministro Celso de Melo, *verbis*:

“...A rejeição de medida provisória despoja-a de eficácia, destituindo de validade todos os atos praticados com fundamento nela. Essa mesma consequência de ordem constitucional deriva

do decurso *in albis* do prazo de 30 (trinta) dias, sem que, nele, tenha havido qualquer expressa manifestação decisória do Congresso Nacional. A disciplina das relações jurídicas formadas com base no ato cautelar não convertido em lei constitui obrigação indeclinável do Poder Legislativo da União, que deverá regrá-las mediante procedimento legislativo adequado. O exercício dessa prerrogativa congressional decorre, fundamentalmente, de um princípio essencial de nosso sistema constitucional: o princípio da reserva de competência do Congresso Nacional. A disciplina a que se refere a Carta Política em seu art. 62, parágrafo único, tem, na lei formal, de exclusiva atribuição do Congresso Nacional, seu instrumento jurídico idôneo.

Os atos regulamentares de medidas provisórias não convertidas em lei reside, de modo direto e imediato, o seu próprio fundamento de validade e de eficácia. A ausência de conversão legislativa opera efeitos extintivos radicais e genéricos, de modo a afetar todos os atos que estejam, de qualquer modo, casualmente vinculados à medida provisória rejeitada ou não transformada em lei, especialmente aqueles que, editados pelo próprio poder público, com ela mantinham ou deveriam manter – estritas as instruções normativas” (AGRAFI 365/DF, *DJ*, 15 mar. 1991, p. 2.645).

Conclusivamente, temos que as cláusulas de convalidação constantes de medidas provisórias são inconstitucionais, vez que imprimem caráter de validade a atos que não podem subsistir em face de sua dependência hierárquico-normativa com os provimentos provisórios não transformados em lei.

Ademais, é competência privativa do Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias não convertidas em lei, cujo regramento se faz mediante norma legal.

Assim, temos que as duas hipóteses apresentadas, ou seja, medida provisória contendo norma retroativa à data da medida provisória anterior e contendo cláusula convalidadora, padecem de vício de inconstitucionalidade, devendo tais dispositivos serem considerados nulos de *pleno iuri* e, via de consequência, perdendo seus efeitos retroativamente.

⁶⁶ FERREIRA FILHO, op. cit.

13. O poder revogatório aparente de medida provisória sobre ato da mesma espécie

Se não é possível a revogação de lei mediante medida provisória, vez que tal ato incide sobre o campo de validade da norma, o mesmo raciocínio se pode ter quando se trata de medida provisória revogando outra medida provisória.

Não importa de que terminologia se utilize – se revogação ou se suspensão da eficácia –, o fato é que uma medida provisória pode substituir uma outra medida provisória durante o período restante de sua eficácia tão-somente.

Em que pese aos atos originarem-se do mesmo poder, o que ocorre é também uma suspensão da eficácia, vindo a ser revogatória da medida anterior se a condição de futura conversão ocorrer. É que a extirpação do ordenamento jurídico só se operará após a apreciação pelo Congresso Nacional. Assim, se o Presidente da República reedita uma medida provisória *ab-rogatória*, a eficácia da medida anterior, tal qual a lei como já ventilado, ficará suspensa, vindo a medida posterior a tomar o seu lugar pelo período restante. No entanto, se a medida *ab-rogatória* não vier a ser convertida em lei, o ato anterior passa a vigor pelo período que lhe falta.

In casu, não se trata de elastecer a eficácia da medida anterior, vez que este estará apenas suspenso. Vindo o ato *ab-rogante* a ser convertido em lei, a medida provisória torna-se ineficaz retroativamente.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Exmo. Ministro Néri da Silveira, assim se pronuncia, *in verbis*:

“...4 – O Presidente da República pode expedir medida provisória revogando outra medida provisória, ainda em curso no Congresso Nacional. A medida provisória revogada fica, entretanto, com sua eficácia suspensa até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória *ab-rogante*. Se for acolhida pelo Congresso Nacional a medida provisória *ab-rogante*, e transformada em lei, a revogação da medida anterior torna-se definitiva; se for, porém, rejeitada, retomam seu curso os efeitos da medida provisória *ab-rogada*, que há de ser apreciada, pelo Congresso Nacional, *no prazo restante à sua vigência* (ADIn 1205-3/DF. Plenário.

DJ, p. 41.718, 1º dez. 1995, Seção 1). (grifos nossos).

No mesmo sentido:

“...Orientação assentada no STF no sentido de que, não sendo dado ao Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória que tiver editado, é-lhe, no entanto, possível *ab-rogá-la* por meio de nova medida provisória, valendo tal ato pela simples suspensão dos efeitos da primeira, efeitos esses que, todavia, o Congresso poderá ver restabelecidos, mediante a rejeição da medida *ab-rogatória*...”. (ADIn 1314-9/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão. *DJ*, p. 30.590, 22 set. 1995).

A par do que foi expendido, o que se pode concluir é que medida provisória pode também suspender a eficácia de medida provisória anterior, porém, somando-se os dois períodos, tem-se que o trintídio consagrado constitucionalmente terá de ser obedecido.

14. Vigência da medida provisória reeditada convertida ou não em lei – surgimento dos direitos adquiridos decorrentes da ordem jurídica inaugural

Certos de que medida provisória não tem o condão de revogar uma lei, pois revestida de caráter precário, algumas indagações podem surgir em face da reedição constante de medidas provisórias, o que vem a colocar em dúvida a partir de quando se inicia a vigência da norma jurídica inaugural.

Concluimos, primeiramente, que medida provisória reeditada, sem, no entanto, ter sido transformada em lei, é como se jamais tivesse existido, estando, portanto, vigendo a legislação “aparentemente revogada”, ou, melhor dizendo, que teve sua eficácia suspensa. Os direitos dela emergentes estão em pleno vigor, donde se deduz que se o período de aquisição desses direitos tenha sido completado, são eles adquiridos, podendo o seu titular exercê-los livremente.

Pode ocorrer, no entanto, que, não obstante às vedações constitucionais a respeito da reedição de medidas provisórias, seja uma delas “um dia” convertida em lei. Surge, daí, então, o questionamento acerca de quando começará a vigência da ordem jurídica inaugural, se a partir da publicação da medida provisória convertida em lei ou se a partir da publicação da lei convertida?

Preceituando o texto constitucional que a eficácia da medida provisória é de apenas trinta dias, o termo inicial de sua vigência será a partir da data da publicação da última medida provisória convertida em lei.

É que a medida provisória rejeitada (tácita ou expressamente), de acordo com o parágrafo único do art. 62 constitucional, perde eficácia retroativamente, vindo a legislação pretérita a ter vigência. Nesse caso, mesmo que após noventa ou mais dias, vindo uma nova medida provisória ser convertida em lei, sua vigência passará a ser de quando publicada, vindo a dar continuidade à vigência do comando normativo anterior, pois não mais se trata de ato provisório, mas de ato legal, vez que ratificado pelo Congresso Nacional.

Exemplificadamente, temos:

Uma medida provisória foi publicada em 10 de janeiro de 1994, transcorridos *in albis* seu período de eficácia, em 10 de fevereiro foi editada nova medida provisória sobre a mesma matéria, vindo, novamente a ser rejeitada tacitamente. Em 10 de março, o Governo edita nova medida provisória, vindo esta a ser convertida em lei. Nesse caso, como a perda da eficácia das medidas rejeitadas é *ex tunc*, a partir de 10 de janeiro de 1994 recomeça a vigor a legislação pretérita, continuando até 10 de março, quando passa a ter vigência a ordem jurídica inaugural – a última medida provisória convertida em lei.

Diz a jurisprudência:

“...I – A Lei nº 8.128, publicada no Diário Oficial de 30.8.91, converteu a Medida Provisória 298, publicada em 30.7.91, dentro do prazo do parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal de 1998.

II – A lei de conversão tem eficácia *ex tunc*. Retroage à data da entrada em vigor da medida provisória, que é espécie peculiar de processo legislativo...” (TRF – 4ª Região. MS 93.04.24036/PR. Relator Juiz Fábio B. da Rosa. DJ, p. 35.329).

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também já se pronunciou a respeito, conforme se constata da leitura da seguinte ementa:

“...III – Somente quando a Medida Provisória 1.415, que vem sendo reeditada mensalmente, se converter em lei é que serão criadas, validamente, as contribuições sociais sobre os proventos dos aposentados e, então, poderão ser exigidas

após o decurso do prazo nonagesimal contado *da data da publicação da última medida provisória convertida em lei*” (Ag. RegSS 96.01.28715-9/DF. DJ, p. 74.894, 7 out. 1996). (grifos nossos).

Pode ocorrer, também, que a medida provisória sofra, em seu texto originário, emendas. Nesse caso, passam elas a ter eficácia *ex nunc*, pois consideradas lei nova, em obediência ao art. 1º, § 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 166.857, assim entendeu, *verbis*:

“...O fato de o Congresso Nacional, na apreciação de medida provisória, glosar certos dispositivos não a prejudica, no campo da eficácia temporal, quanto aos que subsistirem. A disciplina das relações jurídicas, prevista na parte final do parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, diz respeito à rejeição total ou parcial quando autônoma a matéria alcançada...” (RE 166.857/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, RTJ, v. 151, p. 649).

15. Conclusões

1. As medidas provisórias revestem-se quase que das mesmas particularidades dos *decreti legge* italianos, diferenciando-se apenas no período eficaz mais curto (trinta dias) e na regulação das situações jurídicas pelo Parlamento na hipótese de sua não-aprovação. Enquanto que o art. 77 da Constituição italiana estabelece que aquelas *poderão* ser disciplinadas pelo Parlamento, a nossa Constituição *determina* a sua regulação pelo Poder Legislativo, donde se conclui que os atos praticados sob a égide do provimento provisório italiano podem ser revalidados *a contrario sensu* dos decorrentes de medidas provisórias rejeitadas. O Congresso Nacional tem o poder-dever de disciplinar as relações jurídicas concretizadas, vez que o texto constitucional em hipótese alguma possibilita a revitalização dos atos praticados durante a vigência da medida excepcional.

2. No que tange às diferenças existentes entre o antigo decreto-lei e as medidas provisórias, são elas mais significativas. A perda da eficácia *ex tunc* e a conseqüente nulidade dos atos praticados durante a vigência da medida provisória não convertida, bem como a possibilidade de emendas, evidenciam a natureza ainda mais precária deste instituto. Desejou o constituinte originário ressaltar a

importância do Poder Legislativo, não permitindo que este seja subjugado à condição de mero homologador dos atos do Presidente da República, como se apresentava no disciplinamento dos decretos-leis na Constituição passada.

3. A medida provisória não é lei. Tem caráter de excepcionalidade, contrário à essência da lei que pressupõe definitividade, não podendo ser analisada como lei expedida pelo Executivo e, em consequência, atribuir-lhe regime jurídico ou possibilidade normatizadora equivalente à da lei. O *iter* percorrido pelos dois institutos evidencia suas diferenças. O processo de elaboração de uma lei é demorado, vez que traduz um anseio popular; as medidas provisórias demandam processo célere, pois em face de questões relevantes e de urgente suprimento.

4. Em que pese às divergências acerca da possibilidade ou não de apreciação do juízo discricionário do Presidente da República pelo Poder Judiciário quando da adoção de atos de urgência, hoje, mediante os excertos jurisprudenciais trazidos à colação no presente trabalho, o que se verifica é que pelo menos o requisito da urgência está sendo examinado. É que as constantes reedições de medidas provisórias pelo Poder Executivo têm colocado em evidência a fragilidade de seu caráter de excepcionalidade, legitimando a interferência do Poder Judiciário na verificação dos limites da competência legiferante excepcional estabelecida no texto magno.

5. Os conceitos de relevância e urgência, por condensarem pouco conteúdo significativo, são de difícil delimitação. Pode-se ter por relevante o meio termo entre o comum e o excepcional, que, por ser grave, enseja dano sério para a sociedade. A urgência pode ser aferida quando a situação, mesmo em regime de urgência (art. 64 da CF), não pode ser acudida satisfatoriamente, merecendo, ainda, um tratamento especial.

6. Entendem juristas de escol que a rejeição parlamentar do ato provisório pode ser expressa, quando decorrente de votação desfavorável à medida, ou tácita, em razão da sua não-aprovação por omissão do Congresso Nacional. Por outro lado, permanece a posição de que somente a deliberação expressa dos parlamentares constitui de fato rejeição da medida. Porém, por entender que a não-conversão por si só enseja a perda da eficácia *ex tunc*, inclinamo-nos no sentido de que o Congresso Nacional manifestou-se contrariamente à permanência do ato provisório

mesmo quando não houve deliberação expressa por parte deste.

7. A reedição de medidas provisórias constitui usurpação da competência legislativa em detrimento do Congresso Nacional, o que configura infringência ao princípio da separação de poderes e, via de consequência, do postulado do Estado Democrático de Direito. Somente a lei oriunda do Congresso Nacional é capaz de regular as situações jurídicas oriundas da medida não convertida.

8. A eficácia não atua no campo da validade das normas, a revogação, sim, pois extingue do ordenamento jurídico a norma pretérita com ela incompatível, o que nos leva a crer que só após ser convertida em lei, a medida provisória pode revogar a norma anterior. Antes disso, só é capaz de suspender por trinta dias a eficácia do comando pretérito. Se revogação houvesse, não haveria como restaurar os efeitos da lei anterior, vez que a repriminção automática é inadmitida pelo ordenamento jurídico, tornando inócuo, por conseguinte, o comando do parágrafo único do art. 62 constitucional e os §§ 1º e 3º da LICC. No entanto, em havendo apenas suspensão, após esgotada, a lei pretérita continuaria surtindo efeitos normalmente, como se a medida provisória nunca tivesse existido, em respeito ao princípio da obrigatoriedade e continuidade das leis estabelecido no art. 2º da LICC.

9. A partir do raciocínio de que a medida provisória não convertida em lei não pode revogar direito pretérito, mas tão-somente sua suspensão, concluímos que nada obsta que durante esse período possam ter ocorrido atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos, os quais teriam se concretizado com supedâneo nessa legislação pretérita. Se é assim, é de se concluir, também, que uma possível reedição de medida provisória já inexistente no mundo jurídico, não poderá retroagir para prejudicar os direitos adquiridos e os atos jurídicos perfeitos que se concretizaram sob a égide da legislação anterior, vez que aquele interregno de trinta dias já passou, tendo sido computado para completar o suporte fático dos direitos protegidos. Não se pode contar para cada edição, mais um trintídio; o período é um só. Se a nova medida provisória passar a produzir efeitos retroativamente, estará produzindo-os juntamente com a norma anterior, fazendo-se prevalecer em detrimento de uma lei oriunda do Congresso Nacional.

10. Adotando-se o mesmo raciocínio, temos que medida provisória reeditada contendo expressamente norma de vigência retroativa à

data da medida provisória anterior, é inconstitucional, porquanto aquele ato em desaparecendo do mundo jurídico, restabeleceu a norma pretérita. Sendo assim, o ato normativo novo não pode conter em seu bojo norma retroativa para prejudicar o direito já adquirido pela legislação anterior. Do mesmo modo, temos que as cláusulas de convalidação de atos passados constantes de medidas provisórias posteriores são também inconstitucionais, vez que lhe imprimem caráter de validade impossível de subsistir em face de sua dependência hierárquico-normativa com os provimentos provisórios não transformados em lei.

11. Uma medida provisória não pode revogar outra medida provisória, pode apenas suspender a eficácia da medida anterior naquilo que lhe for incompatível pelo período que lhe resta, vindo a ser revogatória da medida anterior se a condição de futura conversão ocorrer. Assim, se o Presidente da República reedita uma medida provisória totalmente incompatível com a anterior, esta ficará suspensa, vindo a medida posterior a tomar o seu lugar pelo período restante. Se, porém, a medida mais recente não vier a ser convertida em lei, o ato anterior passa a ter eficácia pelo período que lhe falta. Donde se conclui que o prazo eficaz não ultrapassou a trinta dias.

12. Em que pese às vedações constitucionais apresentadas a respeito da reedição de medidas provisórias, pode ocorrer que uma delas – “um dia” – venha a ser convertida em lei. Sendo assim, a par do que até aqui foi expandido, tem-se que o início da vigência da norma jurídica inaugural dar-se-á a partir da publicação da última medida provisória convertida em lei, dando continuidade ao comando legal pretérito, suspenso e restaurado a cada período de 30 dias, vez que agora se trata de ato ratificado pelo Congresso Nacional.

13. Na hipótese de ocorrência de emendas oriundas do Poder Legislativo, passam elas a ter eficácia *ex nunc*, pois consideradas lei nova, conforme preceitua o art. 1º, § 4º, da LICC; os artigos não afetados têm efeito *ex tunc*, ou seja, retroagem à data da publicação da medida provisória.

Bibliografia

- BARROS, José Fernando Cedeño de. Disciplina das relações jurídicas decorrentes de medida provisória não convertida em lei no Sistema Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 29, n. 115, p. 203-208, jun./set.1992.
- ENFOQUE JURÍDICO. *Suplemento do Informe*, edição n. 3, p. 1-24, out. 1997.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- FIGUEIREDO, Fran. As medidas provisórias no Sistema Jurídico-Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, n. 110, p. 137-152, abr./jun. 1991.
- FURTADO, Lucas Rocha. Medida Provisória : limites de sua atuação : impossibilidade de convalidação de atos pretéritos. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília. p. 80-92, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 1994.
- NOGUEIRA, Carla Patrícia Frade (Coord.). *A Constituição na visão dos tribunais : interpretação e julgados artigo por artigo*. Brasília : TRF – 1ª Região; São Paulo : Saraiva, 1997.
- RAMOS, Saulo. Parecer SR- 92. *Diário Oficial*, 23 jun. 1989.
- SOSA, Leomar Barros Amorim de. Medidas Provisórias : a experiência brasileira. *Cartilha Jurídica*, n. 46, p. 1-55, 1997.
- TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988. *Revista Forense*, v. 305, p. 13-16, jan./mar. 1989.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. O abuso das medidas provisórias inconstitucionais. *Correio Braziliense*, 5 maio 1997. Caderno Direito e Justiça, p. 5.
- VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Cláusula de convalidação em medidas provisórias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 130, p. 35-47, 1996.
- WEISS, Fernando Lemme. Medidas provisórias, reedição, responsabilidade do Executivo, recusa no processamento, descumprimento. *Revista de Direito Público*, v. 25, n. 99, p. 138-141, jul./set. 1991.

Voluntarismo jurídico e desafio institucional

OCTACIANO NOGUEIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Origens do constitucionalismo. 3. Normas de conduta e normas de organização. 4. Estado constitucional e Estado de direito.

1. Introdução

Em artigo publicado no *Jornal do Brasil* de 17 de agosto deste ano, criticando a emenda constitucional que institui, em casos específicos das decisões do Supremo Tribunal Federal, o chamado “efeito vinculante”, o ex-Ministro e ex-Procurador-Geral da República, Evandro Lins e Silva, lembrou que, “em nosso sistema jurídico, a fonte primária do direito é sempre a lei, a norma geral e abstrata emanada do Poder competente que é, no regime democrático, o próprio povo, diretamente, ou seus representantes legitimamente eleitos, ou seja, o órgão estatal legislativo”. Ao condenar a emenda aprovada em primeiro turno pelo Senado, o eminente jurista a comparou aos “assentos da Casa da Suplicação” do regime colonial, expressão que, por sinal, dá título ao seu erudito texto jornalístico.

Sob o ponto de vista jurídico, não há reparos que possam ser oferecidos à opinião do ilustre ex-Ministro do STF. A questão da justiça especificamente e a mais ampla da eficiência de nosso sistema judiciário, porém, não se resumem a um tema de interesse dos advogados e magistrados, mas envolvem um problema que é, em sua substância, de natureza política. Considerada em termos ainda mais amplos, embora possa estar relacionada com a ciência do direito, diz respeito mais de perto à própria filosofia do direito do que ao âmbito do direito como ciência social aplicada.

O viés político do tema se resume a uma constatação cuja resposta é inquestionável: Está a sociedade brasileira satisfeita com o seu sistema judiciário? É claro que não, e a resposta não reside apenas nas tentativas sempre frustradas e constantemente adiadas de sucessivas reformas do Poder Judiciário, que é tema recorrente da política brasileira, desde a Constituição de 1824. Essa pergunta poderia ser, inclusive, formulada de uma outra maneira: O Poder Judiciário no Brasil é uma instituição dotada de credibilidade e de confiabilidade? Dificilmente se responderá afirmativamente. E o que o demonstra, não é esta ou aquela pesquisa de opinião pública, mas, ao contrário, todas as que têm sido feitas ao longo dos últimos quinze anos, em que o Judiciário e a justiça aparecem entre as instituições políticas de pior cotação.

Considerado sob ambos os aspectos, o problema da justiça no Brasil é muito mais grave, amplo e desafiador do que uma simples questão de opinião. É um problema de posição, de crença, de convicção que transcende até mesmo conotações ideológicas para se situar no campo da Antropologia social. Ele está, em última análise, sintetizado na afirmação do eminente ex-Ministro e brilhante advogado que identifica o direito com a lei. Posição, aliás, partilhada por 10 em cada grupo de 10 juristas brasileiros. Isso é o resultado de uma dupla fatalidade histórica, por um lado, decorre de nossa herança colonial portuguesa, firmemente fincada na cultura ibérica de raízes latinas, e por outro se liga à circunstância de sermos herdeiros diretos do positivismo jurídico do século XIX, em que ficamos independentes e do qual progressivamente nos afastamos sem que consigamos dele nos livrar. E enquanto persistirmos em manter essa herança e cultivar essa escola, com sua autoritária justificação ética, não teremos, por mais tribunais que se criem e por mais juizados que se instituam, uma justiça rápida, barata, eficiente e capaz de superar os enormes desafios com que há quase dois séculos nos defrontamos.

Essa cultura jurídica decorre da nossa própria cultura política. Com essa concepção, estamos cada vez mais próximos das sociedades totalitárias em que, segundo Carl Friedrich¹, “a

¹ *Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive*. Berlin : Springer-Verlag, 1955. Cf. trad. em espanhol, México : Fondo de Cultura Económica, 1964. p. 315.

lei se converte meramente em um instrumento em mãos dos dirigentes políticos, porque a justiça, como valor autônomo, desaparece”. E, à medida que a lei se transforma num único e voluntarioso ato de *imperium* de maiorias ocasionais, a justiça terminou-se tornando refém da política. O constitucionalismo do século XIX, calcado no positivismo jurídico, tal como foi concebido por seus principais formuladores, terminou deturpado, desvirtuado e deformado. Vejamos como e por quê.

2. Origens do constitucionalismo

O constitucionalismo do fim do século XIX tem duas vertentes principais. A americana inicia-se em 1776, com a declaração de independência, e se consuma em 1787, com a ratificação do primeiro documento constitucional escrito da história. A segunda é a europeia, de extração francesa, cujo principal documento não é a efêmera Constituição decretada em 13 de setembro de 1791, mas sim a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada em 26 de agosto de 1789 e nessa mesma data aceita pelo rei. A pequena relevância jurídica e política dos sucessivos documentos constitucionais revolucionários se deduz da simples circunstância de que nos 12 anos do período revolucionário, até a instituição do império, foram proclamadas, editadas e aprovadas nada menos de cinco diferentes Constituições.

A Constituição americana de 1787 não possui, como se sabe, nenhuma declaração de direitos, só mais tarde incorporada ao seu texto, por meio das dez primeiras emendas. Ela é, originalmente, apenas um instrumento que elaborou a engenharia institucional do país. E nesse sentido, seguiu a tradição inglesa. Os chamados “documentos constitucionais” da Grã-Bretanha não tratam dos direitos dos cidadãos. Mesmo antes da grande inovação que constituiu a distinção entre o direito público e o direito privado, os ingleses adotaram uma designação diferente para os direitos dos cidadãos, a *Common Law*, criada e aplicada pelos juízes, e a que antigamente se chamava a *Statutory Law*, ou simplesmente *Law*, as disposições adotadas pelo Parlamento e sancionadas pelo rei. Os diferentes direitos individuais conquistados pelo povo inglês, portanto, não foram, necessariamente, leis oriundas do Parlamento, mas, desde a sua origem, cartas e petições endereçadas ao soberano, a que o rei dava o seu assentimento,

ou atos por ele baixados em sua supremacia, ainda não contestada pelo Parlamento. Estão nesse caso, tanto a “Magna Carta” de 1215 e suas diferentes e sucessivas versões, quanto os *Confirmation Acts* ou a *Petition Acts*, de 1610 e 1628. Incluem-se, da mesma forma, o *Habeas-Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, o *Munity Act* e o *Toleration Acts*, todos de 1689, assim como *Act of Settlement*, que é de 1701. O que a *Glorious Revolution* de 1688 fez, na realidade, não foi impedir o direito do soberano de legislar, mas, ao contrário, o de legislar sem o consentimento do Parlamento. Nisto consiste o sistema de *rule of law*, cuja tradução se consuma na máxima *The King in the Parliament*. Como se vê, segundo o princípio constitucional inglês, a origem do poder político do Parlamento não é o de fazer a lei, mas sim o de impedir que ela seja feita, de forma arbitrária, por uma só pessoa, sem o seu consentimento, mesmo que se trate do rei. Isso explica por quê, na convenção da Filadélfia, a idéia de uma declaração de direitos não logrou ser incorporada à Constituição.

A tradição constitucional, na Europa continental, de extração francesa, é rigorosamente diversa. Ela se assenta, não na construção e na limitação do poder do Estado, isto é, não trata de sua engenharia política, mas, ao contrário, cuida fundamentalmente dos direitos do cidadão. Essa concepção é positiva, em relação à inglesa que é negativa, na medida em que prescreve o que o rei e o Parlamento não podem fazer, trata de tutelar, proteger, assegurar e defender os direitos individuais. Isso se prova não apenas pela circunstância de que o próprio princípio da separação de poderes, não está em nenhuma das Constituições revolucionárias, mas exatamente no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, expressa nestes termos: “Uma sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada e a separação de poderes não está definitivamente determinada não tem uma Constituição”.

A precedência dos direitos é tão clara, definitiva e incontroversa, que o próprio Benjamin Constant, escrevendo em 1815, afirmava: “Digo já há algum tempo que, tal como uma constituição é a garantia da liberdade de um povo, tudo o que pertence à liberdade é constitucional, ao mesmo tempo em que nada há de constitucional, no que não lhe diz respeito”. No seu livro mais famoso *Cours de Politique Constitutionnelle*, que foi publicado entre 1820 e 1822, ele persiste na mesma

convicção, muito embora, como é sabido, tenha dedicado ao princípio da separação dos poderes a maior parte de sua obra. Ele achava, como se deduz de toda a estrutura de seu monumental trabalho, que a solução inglesa levava inevitavelmente ao conflito, sempre que o rei discordasse do Parlamento, ou este se confrontasse com o monarca. Daí a sua famosa “invenção” do chamado poder neutro, o Poder Moderador, cuja principal finalidade era exatamente arbitrar os conflitos entre os poderes. Essa foi a fórmula adotada no Brasil pela Constituição de 1824, ainda que aqui se tenha cometido o excesso de se investir, numa só pessoa – no caso o imperador – dois dos quatro poderes, o Executivo e o Moderador. Assinale-se, a propósito, que foi a única aplicação prática do modelo teórico de Benjamin Constant, em todo o mundo.

Desde que as Constituições francesas, subseqüentes aos documentos constitucionais revolucionários de 1789, receberam e adotaram a prática de incluir em seus textos, tanto a declaração de direitos, quanto os princípios de separação e delimitação dos poderes, e à medida que, a partir da primeira legislatura de 1791, a Constituição americana incorporou as emendas dos direitos individuais, tanto o modelo constitucional francês, quanto o saxão, quer da Inglaterra, quer dos Estados Unidos, convergiram entre si, tanto na concepção, quanto na fórmula adotada. Fórmula, por sinal, que constou expressamente do art. 178 da Constituição de 1824, elaborada após a publicação da obra de Benjamin Constant na França:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”.

Assim se escreveu e assim se cumpriu. A recriação do Conselho de Estado, a lei de interpretação do Ato Adicional, e a própria Lei Saraiva, que instituiu o voto direto, em 1881, a despeito da Constituição determinar o contrário, foram reformas consumadas, sem que fosse preciso alterar o texto constitucional.

Pode-se, portanto, afirmar que esta foi, mansa a pacificamente, a doutrina constitucional, tanto saxônica, quanto européia. Uma inspirada no Direito Natural, outra no Direito Positivo. Na França mesmo, a ampliação dos direitos e garantias individuais continuou a ser

feita pela legislação ordinária, de que é o mais eloquente exemplo, a universalização do direito de voto, adotada, pioneiramente, em 1848. Tanto a Constituição não-escrita da Grã-Bretanha, quanto o texto escrito da Constituição americana, emendada segundo o mesmo rito previsto em 1787, e interpretada pela Corte Suprema, são as duas práticas constitucionais mais antigas do mundo. Em matéria de filosofia do direito, isso significou uma extraordinária coincidência entre os fundamentos do Direito Natural, prevalecente desde a origem na Inglaterra, e as concepções do positivismo jurídico, preponderante na Europa.

No Brasil, este modelo funcionou com eficiência, sob o ponto de vista da estabilidade institucional, virtualmente até 1930. A Constituição de 1824, que ao ser revogada em 1889 era a terceira Constituição escrita mais antiga do mundo, e a própria Constituição republicana de 1891 tinham a mesma estrutura e o mesmo padrão. As mudanças mais significativas, como a separação entre a Igreja e o Estado, a secularização dos cemitérios e do casamento, e a instituição do registro civil, foram consumadas por decreto do Executivo e, em seguida, incorporadas ao texto constitucional. Até mesmo a única novidade que mudou a engenharia política, a adoção do federalismo nos moldes americanos, foi apenas incorporada à Constituição. Juntando-se o período de vigência das duas, foram 106 anos, nos quais cada um dos textos foi emendado apenas uma vez.

Os modelos de estabilidade institucional dos Estados Unidos e do Brasil podem, por exemplo, ser proveitosamente cotejados com a vida constitucional de um país como a Espanha que, tendo iniciado sua trajetória política constitucional antes do Brasil, com a Constituição de Cádiz de 1812, teve, somente no século XIX, ou mais precisamente entre 1812 e 1876, nada menos que nove conflitivas Constituições!

O modelo conflitivo de constituições que tudo regulam, no século XX, teve início com a Constituição de Weimar, sabidamente a primeira que rompeu com o modelo dualista de estrutura do Estado x direitos individuais, para incluir em seu texto, além dos direitos sociais, um modelo político parlamentarista cujos resultados são conhecidos, dramáticos e estão convenientemente descritos na obra de Carl Schmitt, antes de sua adesão ao nacional-socialismo.

O que distingue as duas correntes filosóficas da concepção do Direito, em relação à prática constitucional? Façamos, antes, um breve retrospecto das duas grandes escolas de pensamento que virtualmente foram predominantes durante mais de três séculos.

3. Normas de conduta e normas de organização

Sumariamente, como ensina Kelsen, um conjunto de normas pode formar um sistema, ou seja, um conjunto unitário de normas, de duas maneiras diferentes. No primeiro caso, (a) desde que as várias normas que o constituem sejam todas as que puderem ser deduzidas a partir de uma norma fundamental, que contém um postulado ético com a mesma função de um postulado, num sistema de proposições teóricas. No segundo caso, (b) desde que as normas do conjunto derivem umas das outras, por meio de sucessivas delegações de poder, de tal maneira que, partindo da norma emanada da autoridade inferior, para aquela emanada da autoridade imediatamente superior, chegue-se a uma norma fundamental que constitui a base de validade de todas as normas dos sistemas e que não é, por sua vez, baseada em nenhuma outra.

De acordo com Bobbio,

“é na distinção entre esses dois tipos de sistemas normativos que se situa a grande controvérsia filosófica entre ética racionalista e ética voluntarista e, no que se refere ao mais restrito âmbito do Direito, entre naturalismo jurídico e positivismo jurídico”.

Vale a pena acompanhar o restante de seu raciocínio:

O racionalista ético, ou naturalista jurídico, é aquele que procura construir um sistema ético ou jurídico com base na razão pura, pretendendo, no final, ter construído uma ética “mais geometricamente demonstrada”; o voluntarista ético, ou positivista jurídico, é aquele que encontra a unidade do sistema normativo remontando à autoridade máxima da qual podem derivar, tanto por ordem direta, como por delegação, as normas que o constituem, desaparecendo quando consegue encontrar o poder acima do qual não existe nenhum outro que é, precisamente, o poder soberano. Essas duas formas de lançar um fundamento ético estão destinadas a não se encontrarem: para o racionalista, a lei, ainda que seja ditada pela

autoridade soberana, não é lei, se não estiver de acordo com a razão, ou seja, se não puder ser deduzida do postulado ético que ele tomou como base do sistema (*non lex, sed corruptio legis*); para o voluntarista, a lei deduzida da razão pura não é lei se não for ditada, ou de alguma forma reconhecida pela autoridade soberana (*dura lex, sed lex*). Não se encontram sequer no vértice. A pergunta de Eutífrone “É justo o que é de agrado dos deuses ou aos deuses agrada aquilo que é justo?” tem permanecido ao longo dos séculos sem resposta, e continua sem resposta porque ambas são legítimas, cada uma no seu âmbito.

A teoria pura do direito de Kelsen, ainda que uma inestimável contribuição à sistematização da ciência do direito, não superou nem sequer resolveu o problema de suas bases filosóficas (nem esse era o seu intento) e, por conseqüência, dos fundamentos éticos do Direito. A grande criação do constitucionalismo do século XIX é que, ao convergirem, as duas grandes vertentes de suas origens históricas transformaram os limites do delineamento material das Constituições em um fundamento que faz dos textos constitucionais, ao mesmo tempo, tanto uma fonte legítima sob o ponto de vista voluntarista, quanto do ponto de vista racionalista. Como lei das leis, que não pode ser criada ou alterada senão pela vontade que se sobrepõe aos interesses circunstanciais de todos os poderes, isto é, por delegação popular, ela se torna a ordem soberana do sistema jurídico acima do qual não existe nenhuma outra norma superior, tendo em vista que põe limites a todos os poderes do Estado, indistintamente, cumprindo o critério voluntarista. E à medida que garante, protege, defende, preserva e torna intocáveis os direitos individuais de todos os cidadãos, supre o fundamento ético racionalista, que é o bem geral de toda a nação e de cada cidadão, pela preservação de seus inalienáveis direitos e garantias.

Sob o ponto de vista da engenharia constitucional, resta a questão vital do arbitramento dos conflitos entre os poderes. Nos modelos constitucionais de maior êxito ou de maior durabilidade, como é o caso dos Estados Unidos, essa tarefa foi competentemente atribuída pelos pais da Constituição à Corte Suprema que só se pronuncia sobre matéria constitucional e não decide, por conseqüência, as demais questões da *Common Law*, a não ser que delas resultem implicações de natureza constitucional. Nos países europeus, que não

seguiram o modelo saxão, esse papel de arbitramento foi atribuído, nas Constituições mais duradouras do pós-guerra, como é o caso da Lei Fundamental de Bonn, às cortes constitucionais que pairam acima dos demais poderes, não têm caráter vitalício e procuram refletir, em sua composição, as diversas correntes políticas e as diversas instituições do Estado. Modelo que está hoje disseminado na maioria das Constituições européias, inclusive da Rússia pós-soviética.

O modelo constitucional do século XX, que tem sua origem na Constituição de Weimar, rompeu com esse esquema de dupla legitimação. Em sua origem, está a mudança radical da própria filosofia política do Estado, que terminou influenciando a cultura política deste século, depois de 1917. Não se trata só de uma questão ideológica, como veremos em seguida, em sua origem estão, indistintamente, todos os sistemas políticos totalitários, sejam eles de direita, como é o caso do nazismo alemão ou do fascismo italiano, tanto quanto de esquerda, como é o comunismo leninista ou o socialismo marxista, seja ele da ex-União Soviética, da China ou da ex-Alemanha Oriental. A distinção, sob o ponto de vista de suas conseqüências jurídicas, em relação à ordem constitucional, foi formulada por Hayek, em 1966, em sua obra *The principles of a liberal social order*, ao propor a classificação das normas jurídicas no que ele mesmo denominou de “normas de conduta”, em contraposição às “normas de organização”.

As “normas de conduta” são aquelas que permitem que os indivíduos usem a sua própria diligência para perseguirem os fins por eles livremente escolhidos. As “normas de organização” são aquelas que impõem determinados fins, em lugar de outros. Nelas reside a diferença entre as Constituições pré-Weimar e as pós-Weimar. Exemplos das primeiras são as Constituições do século XIX que sobrevivem e têm sido eficazes na preservação da ordem, da governabilidade e da normalidade institucional, de que é exemplo a dos Estados Unidos, e as do Brasil de 1824 e 1891, ou a sueca de 1816. Entre os últimos, estão os textos constitucionais como os do Brasil a partir de 1934 até hoje, a maior parte das Constituições latino americanas deste século e algumas européias.

Cabe, portanto, indagar a causa dessa verdadeira “degradação” ou “involução” da teoria constitucional, cujos resultados mais visíveis foram, como em nosso caso, a

instabilidade institucional, a ingovernabilidade e o aumento da conflitualidade política, para não falar dos casos notórios das doutrinas políticas radicais e das ideologias totalitárias, de cujo confronto com a ordem democrática resultaram golpes de estado, deposições, suicídio, renúncias, regimes autoritários e todas as formas de autocracias, estudadas, de forma incomparável por Hannah Arendt. Mas, para isso, temos que passar da filosofia do direito e das concepções doutrinárias da ciência do direito para a prática constitucional, em confronto com a realidade política.

4. Estado constitucional e Estado de direito

A extraordinária contribuição de Hayek, ao criar as categorias de “normas de conduta” e “normas de organização”, serve para distinguir os sistemas democráticos dos totalitários, que Kant chamou de “eudomonológicos”. Nos primeiros, o indivíduo é livre para perseguir os seus próprios fins ou, segundo Kant, para “aspirar à própria felicidade” com a única condição de que sua ação não interfira com a busca dos demais cidadãos de seus próprios caminhos e objetivos. Nisso consiste a inviolabilidade, a supremacia e a primazia dos direitos, liberdades e garantias individuais, sobre as quais o Estado não pode legislar, dispor, constranger ou reprimir, a não ser em casos excepcionais, como os de guerra externa ou sublevação da ordem e da segurança internas. No caso dos regimes autoritários (em todas as suas diferentes modalidades), é ao Estado que cabe zelar pela felicidade de seus súditos, como diz Bobbio, “tal como um bom pai de família zela pela felicidade de seus filhos menores”. Mesmo que, para a realização dos fins por ele estabelecidos, ele tenha de constranger e ultrapassar os limites da liberdade individual, em favor da felicidade coletiva. Que pode variar das ambições arianas de Hitler à ditadura do proletariado de Lênin.

Ora, de que maneira o Estado faz isso no campo das normas jurídicas, ou seja, na prática constitucional da ordem política? Estabelecendo esses fins constitucionalmente, não só sob a forma de prescrições imperativas, mas também e sobretudo sob a forma de prescrições desiderativas, de que estão prenhos as Constituições pós-Weimar. São direitos objetivos e subjetivos, estabelecidos de forma aleatória, cuja efetividade depende mais da ação dos organismos do Estado do que de sua mera e

simples enumeração em belas promessas de origem constitucional. São os textos constitucionais que Karl Loewenstein, em seu *Political Power and Government Process*, chamou de “semânticas” e que Giovanni Sartori denomina “constituições nominais”. Sua principal característica, ensina Sartori, é que “seu ponto delicado não afeta a circunstância de algumas de suas disposições caírem em desuso, devido a seu anacronismo, senão aquelas normas que não foram postas em vigor pela falta de vontade ou inércia do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”. Convém completar com o nosso edificante exemplo de 88, por mais que o seu próprio texto preveja, o instituto jurídico do “Mandado de injeção, é utópico e inaplicável”.

O resultado dessa profusão de disposições desiderativas, meras promessas, as mais das vezes imaterializáveis, é o quadro que, com muita propriedade e concisão, traça o incomparável Sartori:

“... as Constituições contemporâneas – em geral – são más constituições, tecnicamente falando. Encontram-se nelas deslumbrantes profissões de fé, por um lado, e um excesso de detalhes supérfluos, por outro. Algumas delas são já tão ‘democráticas’, que já não são constituições”.

Parece, até, inspirado em nosso caso e exemplo...

Aqui é preciso voltar às lições de filosofia do direito dos dois Friedrich, Carl e Hayek.

O que justifica a proliferação dessas deslumbrantes profissões-de-fé e esse excesso de detalhes supérfluos a que alude Sartori? É a transcendência das normas de conduta sobre as normas de organização que faz prevalecerem as utopias ideológicas, sobre a lógica jurídica, o direito, a lei e a justiça, como instituições de cunho ético e de finalidades igualmente éticas. A forma, ou o formalismo, terminam prevalecendo sobre a natureza ética dessas instituições. Ou, como lembra Nozick, faz com que a instituição e sua estrutura terminem prevalecendo sobre as suas próprias finalidades. É isto que permite que, “mesmo as ditaduras totalitárias, possam manter e de fato o fazem, os formalismos de um governo de direito” ou, inclusive, de um aparente Estado de Direito, conforme assinala Carl Friedrich. Seja ele de direita, como o do General Pinochet, ou de esquerda, como o de Stálin. O que os distingue não é o ordenamento jurídico ou a Constituição que os rege, que podem ser formalmente

idênticas ao de um Estado democrático, embora materialmente diversas e opostas, porque se baseiam numa razão superior e não num fundamento ético. Isso explica porque se tornou insuficiente a afirmação de Paine: “Um Estado que não tem uma Constituição não é um Estado democrático”. Estados democráticos e Estados totalitários podem ter constituições formalmente semelhantes, embora um continue a ser uma democracia e o outro continue a ser uma ditadura. A diferença é que num não se limitam os poderes do Estado, nem se respeitam os direitos e garantias dos cidadãos, enquanto o que caracteriza o outro é a limitação explícita e rigorosa dos poderes do Estado e a garantia da inviolabilidade dos direitos individuais. Os dois postulados são, essencialmente, os fundamentos éticos, morais, jurídicos e políticos de um sistema democrático. Tal como ensinou há quase dois séculos Benjamin Constant e como lembrou, neste século, o mestre Carl Joachim Friedrich:

“Assim, pois, a Constituição deverá entender-se como o processo pelo qual se limita a ação política e ao mesmo tempo lhe dá forma. A Constituição tem uma função definida no corpo político. A garantia dos direitos básicos e a separação dos poderes, seja funcional ou espacial (federalismo), têm servido como limites”.

A propósito, vale lembrar que o regime militar brasileiro, entre 64 e 85, configurava um Estado de direito, caracterizado não por uma, mas por várias constituições, centenas de emendas e milhares de leis aprovadas pelo Congresso. Circunstância, aliás, que permitia ao General Geisel criar a categoria de “democracia relativa”. Mas dificilmente poderá ser identificado com a democracia.

É conveniente notar, em primeiro lugar, que Carl Friedrich fala em separação e não em independência de poderes, conceito que, entre nós, funciona como uma aberração constitucional, quer sob o ponto de vista político, quer como realidade jurídica. Poderes que são independentes são poderes que não podem ser controlados. E poderes não submetidos a controle democrático são poderes totalitários. Supor que a democracia se limita a eleições periódicas de quatro em quatro anos, é, de saída, um bom começo e uma porta aberta para a transição na rota dos regimes autoritários.

Em segundo lugar, vem a outra advertência do mesmo autor, já referida no início deste artigo: “A função do Direito muda totalmente

em uma sociedade totalitária. A lei se converte meramente em um instrumento em mãos dos dirigentes políticos por que a justiça, como um valor autônomo desapareceu”. Neste ponto, convém voltar à afirmação do ex-Ministro Evandro Lins e Silva, que a fonte do direito é a lei. Identificar o direito com a lei significa o mesmo que igualar o direito à justiça e, por consequência, a justiça à lei. Em outras palavras, faz desaparecer a Justiça como um valor autônomo. Pois é exatamente isto que caracteriza os autoritarismos modernos. São os ordenamentos jurídicos que se baseiam exclusivamente na lei. E como a lei e todas as leis (inclusive a Constituição) podem ser mudadas, sem limitações que não sejam as meramente formais de *quorum* e outros procedimentos idênticos, inclusive para limitar, suprimir e alterar direitos individuais que são o substrato ético de toda e qualquer Constituição democrática, já não há como falar em democracia.

A lição de Sartori, a esse respeito, é não só precisa e concisa, como também ilustrativa e edificante:

“O sentido originário de todo o edifício constitucional a que ainda hoje nos referimos é o de impedir a arbitrariedade na criação da lei; e, portanto, por esta via, chegar conscientemente a um Estado de direito em que os governantes estejam submetidos às leis. Se estas eram as intenções, hoje os fatos são adversos: a) a lei absorveu todas as demais fontes de criação do direito; b) portanto, os parlamentos se sentem investidos da tarefa de ‘criar o direito’; c) nossos parlamentos não freiam senão que, ao contrário, produzem uma inflação na legislação; d) a afirmação de uma concepção voluntarista do direito – implícita na promiscuidade entre legislar e governar – volta a reinsertar um elemento peculiar de arbítrio no processo legislativo; e) em geral, o governo da lei foi substituído pela realidade bem distinta do governo dos legisladores.

O significado dessas diferenças, que com frequência são verdadeiras e particulares inversões, não é difícil de perceber. O ideal último e a própria razão de ser do constitucionalismo, resumem-se na fórmula proteção da lei. E o pressuposto da proteção da lei é a subordinação dos governantes às leis.

Entende-se que, em última análise, são sempre os homens que fazem as leis. Porém isto não significa que o ideal do governo das leis, não governo dos homens, dê lugar a uma distinção irreal. A distinção subsiste com duas condições: que aqueles que fazem as leis não se identifiquem totalmente com os detentores do poder do governo e que, em geral, a modificação e a criação das leis se converta em relativamente lenta e difícil. Portanto, o estado de direito não é (a menos que se entenda como uma simples tautologia) o estado que cria a seu alvedrio um novo direito, mas sim o estado em que o exercício do poder está limitado por vínculos jurídicos precisos. Disto se depreende que a práxis de ‘governar legislando’ está esvaziando, concretamente, o Estado de direito. Ainda que se continue invocando o governo da lei, o certo é que estamos nos aproximando cada vez mais do ponto em que temos, simplesmente, um governo de homens, em nome da lei. E, que fique claro que, quando os governantes podem fazer e desfazer todas as leis que desejam, a proteção da lei já não existe.”

Neste ponto, é pertinente lembrar o que está ocorrendo no Brasil, em que a Constituição, decorrido o prazo de carência de cinco anos, já recebeu nada menos de 21 emendas em 10 anos. Ou, para sermos ainda mais explícitos, a circunstância que, tal como foi concebido e está sendo praticado o texto constitucional, uma só medida provisória poder ter vigência por quatro anos, sendo reeditada 48 vezes pela suspeita cumplicidade entre o excesso de dinamismo do Executivo e a notória inércia do Legislativo.

Parece-me fora de dúvidas que a diminuição da conflitividade política, o abrandamento da instabilidade institucional e o aumento da segurança jurídica, numa sociedade democrática, não passam, singularmente, pela aceitação passiva de que a lei, em seu sentido material e formal, deva ser a fonte de todo direito, nem que o direito, por si só, implique consumação do ideal da justiça. Aqui, sim, é preciso insistir não na independência e sim na autonomia dos poderes. Da mesma forma, é preciso reinstaurar, não a autonomia, mas a independência dos julgamentos dos juízes e tribunais, não jungidos à lei que a todo

momento muda e arbitrariamente se altera, calcada na livre convicção de cada um, na realização do ideal ético da justiça como um valor autônomo que precisa ser restabelecido. A função do Parlamento deve continuar sendo a de fazer a lei, mas não a de criar o direito que em sua origem, sempre esteve nas mãos dos magistrados, pois esta era a única forma de proteger, contitucionalmente, os direitos do cidadão, contra o arbítrio do poder e da política. Nisto reside a importância da distinção estabelecida desde as origens do constitucionalismo, entre a *Law* função dos Paramentos, e a *Common Law*, prerrogativa dos magistrados e tribunais.

Um juiz ou um tribunal, escravos da lei, que muda segundo o arbítrio do poder, são magistrados e tribunais arbitrados pelo poder.

Isso só será possível se, abandonando a concepção autoritária do voluntarismo jurídico, voltarmos a entender que o fundamento da lei é a justiça, ou seja, só é lei se for justa. Não é possível continuar identificando justiça com lei, como querem Hobbes e os positivistas. Pois eles são, com os céticos e os relativistas, os responsáveis pela decadência da filosofia do direito, quando dizem que não tem sentido especular filosoficamente. Prática que os levou a abandonar o fundamento ético de toda ciência, a começar pela ciência do direito.

O complemento indispensável é que as Constituições voltem a ser o que sempre foram: a carta de garantias dos direitos do cidadão, por um lado, e uma barreira ao exercício do poder arbitrário, por outro. Sem esses dois requisitos, não são Constituições, mas como adverte Sartori, “deslumbrantes profissões-de-fé, por um lado, e um excesso de detalhes supérfluos, por outro”.

Quando nos convenceremos dessa realidade, poderemos nos conscientizar de que não será o efeito vinculante, ou a sua falta, que vão resolver o problema da justiça no Brasil. O problema, como se viu, é outro. E por sinal, bem mais complexo. Mas, nem por isso, podemos deixar de insistir. Mesmo porque, não há porquê desistir, quando o desafio, ao contrário, é exatamente o de persistir na busca de governos democráticos e não apenas de formalismos que impedem a democracia. Instituições, algumas democráticas, nós já temos. O que nos falta, exatamente, é democracia. E, para conquistá-la, é preciso, antes de mais nada, democratizar ao mesmo tempo o direito, a justiça e a lei.

Do regime legal da Cédula de Produto Rural (CPR)

ARNOLDO WALD

SUMÁRIO

1. A Cédula de Produto Rural. 2. O aval. 3. As garantias reais cedulares. 3.1. Introdução. 3.2. Da alienação fiduciária. 3.3. Do penhor. 3.4. Da hipoteca. 3.5. Do regime legal das garantias cedulares. 4. Conclusões.

1. A Cédula de Produto Rural

O artigo 1º da Lei nº 8.929/94 institui a Cédula de Produto Rural (CPR) como sendo “representativa de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantia cedularmente constituída”. O artigo 2º disciplina a legitimidade para emissão de CPRs (“o produtor rural e suas associações, inclusive cooperativas”), e o artigo 3º detalha os seus requisitos.

Já o artigo 4º do mesmo diploma legal determina que “a CPR é título líquido e certo, exigível pela quantidade e qualidade de produto nela previsto”. O artigo 10, por sua vez, manda que se apliquem à CPR “no que forem cabíveis, as normas de direito cambial”, com certas alterações especificadas nos três incisos que se seguem.

O artigo 15 da mesma Lei nº 8.929/94 disciplina que “para cobrança da CPR, cabe a ação de execução para entrega de coisa incerta”.

O artigo 19 e seus parágrafos, por fim, autorizam a negociação de CPRs nos mercados de bolsas e de balcão, mediante registro em sistema de registro e liquidação financeira – tipo Cetip – e definem o título como ativo financeiro.

Ora, há muito que a circulação da riqueza, por meio do crédito, está intimamente ligada à possibilidade de sua transferência, rápida e segura. As regras formais quanto às cessões

Arnoldo Wald é Advogado em São Paulo, Professor Catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Presidente do Grupo Brasileiro da *Association Henri Capitant* para a Cultura Jurídica Francesa.

ordinárias de obrigações e créditos em geral, exigindo-se contratos escritos, notificações dos envolvidos e medidas de publicidade para conhecimento de terceiros, sempre foram motivo de entrave à efetiva circulação de créditos.

Com a criação dos títulos de crédito e, notadamente a partir da Idade Média, com o desenvolvimento da letra de câmbio, a circulação eficaz e intensa dos créditos tornou-se possível, alavancando significativamente as atividades econômicas e o comércio em geral¹.

Com efeito, seguindo-se a tradicional definição de *Vivante*, o título de crédito é um documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado. O direito (crédito) é incorporado ao documento, abstratamente, e passa a não mais depender dos elementos externos que propiciaram a sua criação.

Assim sendo, mobiliza-se o crédito, possibilita-se a sua circulação pela pura e simples transmissão do título, por endosso, ou por mera tradição em se tratando de título ao portador, e impede-se que o devedor oponha, ao legítimo portador (credor), quaisquer exceções pessoais decorrentes da relação jurídica original que ensejou a emissão do título.

Como corolário da segurança jurídica dos títulos de crédito, as legislações costumam reconhecê-los como títulos aptos a cobrança por meio de procedimentos mais simplificados e rápidos².

O desenvolvimento da economia e a constante atualização do Direito fizeram com que inúmeros tipos de diferentes títulos de crédito fossem criados ao longo do tempo e, hoje, no Direito brasileiro, conhecemos dezenas de espécies distintas³.

¹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 16. ed. Saraiva, 1986. v. 2, p. 298; MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 9. ed. Forense, 1994. v. 1, p. 5.

² No Brasil, o inciso I do artigo 585 do Código de Processo Civil confere eficácia de título executivo extrajudicial às letras de câmbio, notas promissórias, duplicatas, debêntures e aos cheques; o inciso VII do mesmo artigo, por sua vez, estende esta eficácia a “todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”. As leis regulamentadoras dos diversos títulos de crédito costumam dar-lhes, sempre expressamente, esta força executiva, tal como feito no já mencionado artigo 15 da Lei nº 8.929/94, a respeito da CPR.

³ REQUIÃO, Rubens. op. cit., p. 310-311; MARTINS, Fran. op. cit., p. 30-31.

Para o presente estudo nos interessa, primordialmente, o fenômeno da criação das chamadas “cédulas”, títulos de crédito que foram incorporados paulatinamente ao nosso ordenamento jurídico.

Nessa categoria, podemos citar a Cédula de Crédito Industrial (hoje regida pelo Decreto-Lei nº 413, de 9.1.67), a Cédula de Crédito Comercial (Lei nº 6.840, de 3.11.80), a Cédula de Crédito à Exportação (Lei nº 6.313, de 16.12.75), e as Cédulas de Crédito Rural, nas suas diversas modalidades (Decreto-Lei nº 167, de 14.2.67).

Cada um destes instrumentos serve como meio de facilitação e estímulo ao crédito em suas respectivas áreas (indústria, comércio etc.), permitindo ao agente econômico que, por intermédio de sua emissão, possa obter financiamento junto ao Sistema Financeiro.

As cédulas, além das características gerais dos títulos de crédito, que permitem a sua circulação e cobrança eficazes, como aventado acima, normalmente possibilitam a vinculação de uma garantia real “cedularmente constituída”.

Os títulos de crédito, via de regra, representam um direito de crédito pessoal contra o emitente (e, eventualmente, contra os endossantes) e comportam a garantia pessoal de terceiros mediante o aval apostado à cártula. A obtenção de uma garantia real com relação àquele crédito, porém, demanda a sua constituição pelos métodos e meios tradicionais, alheios às regras puramente cambiais, o que praticamente inviabiliza a circulação de tais garantias.

Com a possibilidade de constituição das garantias reais por meio de regras específicas, “cedulares”, tais garantias aderem e incorporam-se ao título (cédula), e com ele circulam fácil e livremente, independentemente de qualquer outro documento. Obviamente, quanto mais “garantido” for o título, maiores serão os seus atrativos e a sua aceitação no mercado, ensejando o acesso de seus emitentes a financiamentos em melhores condições.

As Cédulas Rurais, como concebidas no Decreto-Lei nº 167/67, artigo 9º, dividem-se em quatro tipos diferentes: cédula rural pignoratícia, cédula rural hipotecária, cédula rural pignoratícia e hipotecária, e nota de crédito rural. A diferença principal, como se depreende da própria nomenclatura, é quanto às garantias reais constituídas na cédula (penhor, hipoteca, ambas ou nenhuma, respectivamente).

Em qualquer das modalidades, as cédulas de crédito rural caracterizam-se como “promessa de pagamento em dinheiro” (art. 9º, *caput*), e destinam-se à concessão de financiamento rural, por órgãos integrantes do sistema nacional de crédito rural, a pessoas físicas ou jurídicas, incluindo cooperativas rurais, seus associados e filiados (art. 1º).

Os artigos 2º a 8º do citado Decreto-Lei nº 167/67 disciplinam minuciosamente a aplicação dos recursos obtidos mediante financiamento por emissão de cédula de crédito rural, que devem obedecer ditames pré-estabelecidos entre a instituição financiadora e o financiado.

Outras regras do diploma legal buscam reforçar a segurança no procedimento de cobrança desses títulos, seja mediante a atribuição de rito executivo especial, seja pela simplificação na constituição das garantias reais e pelas preferências conferidas ao crédito cedular em hipótese de concurso de credores.

Em resumo, o emitente toma dinheiro emprestado contra a promessa de pagamento, dadas as garantias constantes do título. A promessa de pagamento é em dinheiro, e há compromisso de utilização dos recursos na forma e para os fins pactuados, tratando-se, pois, de um crédito vinculado ou afetado a uma determinada finalidade.

Este modelo já há algum tempo vinha se mostrando um tanto esgotado, não satisfazendo nenhuma das partes envolvidas (produtores rurais e instituições financeiras fornecedoras de crédito rural).

Do lado dos financiadores, havia a crença em que as garantias reais passíveis de constituição cedular, na forma do Decreto-Lei nº 167/67, não eram suficientes, reivindicando-se a possibilidade de emprego da alienação fiduciária em garantia, além da sujeição de outros bens, antes não cogitados, ao penhor e à hipoteca cedulares⁴.

Do lado dos tomadores, por sua vez, uma das grandes dificuldades consistia em se prometer o pagamento em dinheiro. O agricultor e o pecuarista tendem a não raciocinar, no seu dia-a-dia, em termos de unidades monetárias, mas sim em referenciais de sua produção (por exemplo: sacas ou toneladas de café, açúcar, soja ou outro produto, cabeças de gado etc.). Diante das oscilações do mercado e da eventual defasagem dos preços agrícolas e da inflação, o produtor rural não se sente

confortável em contrair uma obrigação de tantos mil reais, cujo risco lhe é de difícil dimensionamento. Uma obrigação de entregar tantas sacas de seu produto, por sua vez, lhe parece muito mais próxima e palpável, e muito menos arriscada.

A promessa de entrega futura de produtos rurais, porém, embora já fosse conhecida na prática do mercado, só se viabilizava em complexos instrumentos jurídicos, muitas vezes caros e sem a devida segurança para os contratantes⁵.

Dentro desse contexto surge a Lei nº 8.929/94, criando a Cédula de Produto Rural (CPR), que, como dissemos no início do presente estudo, consiste numa “promessa de entrega de produtos rurais.” Dessa forma, o emitente não se obriga a pagar determinada quantia, mas a entregar uma certa quantidade de produtos conforme a descrição constante do título. Ademais, não há restrições quanto à pessoa do credor ou quanto ao uso dos recursos do financiamento, que engessavam as operações com as Cédulas Rurais do Decreto-Lei nº 167/67.

Esse novo título de crédito admite, como garantias cedulares, a hipoteca, o penhor e, também agora, a alienação fiduciária, em condições que examinaremos mais adiante (Lei nº 8.929/94, art. 5º).

Como a lei não faz restrição alguma, qualquer tipo de produto rural pode ser objeto de emissão de uma CPR, bastando que constem do título as devidas indicações e especificações de qualidade e quantidade, conforme for o caso (Lei nº 8.929/94, art. 3º, IV). Não vemos restrição alguma ao uso de CPRs por produtores de açúcar e/ou álcool, típicos produtos rurais. Vale o dito latino: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Neste particular, podemos lembrar a lição sempre valiosa de Carlos Maximiliano:

“Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar

⁴ MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. 7. ed. Forense, 1994. v. 2. p. 256.

⁵ SANTOS, Theophilo de Azeredo. *A Cédula de Produto Rural*. novembro de 1994, item 1. Parecer datilografado.

condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas”⁶.

Seguindo o princípio, não vemos razão plausível para se excluir o açúcar e/ou o álcool da incidência das CPRs. Embora eles sofram processo de beneficiamento ou transformação, a partir da extração da cana, o próprio senso comum os classifica como produtos rurais⁷.

Aliás, os juristas que até agora manifestaram-se sobre as CPRs não tiveram a preocupação de definir quais seriam os produtos rurais passíveis de promessa de entrega futura na forma da Lei nº 8.929/94. Como exemplo, Paulo Salvador Frontini⁸ usa por vezes a expressão “produto agropecuário”, ao passo que Waldirio Bulgarelli⁹ limita-se a repetir o termo empregado na lei, ou seja, “produto rural”.

Se formos às definições de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁰, veremos que “produto” é “aquilo que é produzido pela natureza (produto vegetal, produto mineral)”, e também “resultado de qualquer atividade humana – física ou mental (o produto da colheita, um produto da imaginação)”. A palavra “rural”, por sua vez, é definida como “pertencente ou relativo ao, ou próprio do campo”¹¹.

Assim, podemos concluir que, dentro da expressão “produto rural”, estaria inserido “o resultado de uma atividade humana relativa ao campo”. O açúcar e o álcool certamente se enquadram nessa categoria, pois são o resultado direto do aproveitamento da cana colhida.

Por outro lado, não se pode negar que a CPR é um novo instrumento no sistema de crédito rural, em sentido amplo, pois se destina, evidentemente, a estimular a produção rural nacional. Partindo desta noção, podemos transpor para a CPR alguns conceitos cristalizados na Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, que institucionalizou o crédito rural.

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Forense, 1984. p. 247.

⁷ Por exemplo, o fato da carne ser objeto de corte, limpeza, eventual congelamento, embalagem etc., não pode, a nosso ver, afastar a sua característica intrínseca de produto pecuário, e portanto rural. O mesmo raciocínio se aplica, assim, aos derivados diretos da cana de açúcar.

⁸ FRONTINI, Paulo Salvador. *Cédula de Produto Rural*. RDM, n. 99, p. 121-126.

⁹ BULGARELLI, Waldirio. *A Cédula de Produto Rural*. RDM, n. 97, p. 114-118.

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Nova Fronteira, 1986. p. 1397.

¹¹ *Ibidem*, p. 1528.

Entre os objetivos declarados do sistema de crédito rural, o inciso I do artigo 3º da Lei nº 4.829/65 especifica o de

“estimular o incremento ordenado dos investimentos rurais, inclusive para armazenamento, beneficiamento a industrialização dos produtos agropecuários, quando efetuados por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural”.

O inciso IV do artigo 9º, por sua vez, trata dos financiamentos para “industrialização de produtos agropecuários, quando efetuada por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural”.

A Lei da CPR (Lei nº 8.929/94), no seu artigo 2º, legitima “o produtor rural e suas associações, inclusive cooperativas”, para a emissão dos títulos.

Como a própria legislação que institucionalizou o crédito rural teve o cuidado de incluir o armazenamento, o beneficiamento e a industrialização dos produtos agropecuários dentro do seu âmbito de incidência, em especial quando efetuados por cooperativas, tais como a consulente, não temos dúvida em classificar o açúcar e o álcool por ela produzidos como passíveis de promessa de entrega mediante emissão de CPR.

Por outro lado, na forma do artigo 4º da referida Lei nº 8.929/94, a característica de promessa de entrega de produtos não retira da CPR a condição de título líquido e certo, exigível de acordo com as quantidades e qualidades do produto nela especificadas.

Não obstante, como os produtos rurais são fungíveis por sua própria natureza, nada mais certo que o disposto no artigo 15 da Lei nº 8.929/94, porquanto o rito apropriado para o da cobrança judicial da CPR é o da execução para entrega de coisa incerta (Código de Processo Civil, arts. 629/631).

Com efeito, faz-se a citação do devedor para entregar os produtos prometidos, nas qualidades e quantidades consignadas no título, sob pena de busca e apreensão (CPC, art. 625, c/c art. 631). Em não se encontrando os produtos, a relação se resolve em perdas e danos, nos próprios autos (CPC, art. 627 c/c art. 631).

Note-se, por outro lado, que em se tratando de produtos rurais, altamente perecíveis, e tendo como traço marcante a sazonalidade, com as conseqüentes flutuações de seu preço de mercado, o credor não pode ser obrigado a receber o produto antes do avençado, o que

poderia lhe causar prejuízos significativos (Lei nº 8.929/94, art. 13).

Reforça a segurança do título, ainda, o fato de ser inoponível, pelo devedor, o caso fortuito ou a força maior. É dele, devedor, o risco da produção rural, de uma eventual quebra de safra por más condições climáticas ou outro problema do gênero. Do contrário, o título seria extremamente arriscado para o credor. O risco deste se resume ao do próprio mercado rural, pois não poderá recusar o recebimento dos produtos, na época avençada, na hipótese de seu preço de mercado ter caído.

Por último, saliente-se que a eventual negociação de CPR em mercados de bolsas e de balcão, com seus registros em sistemas tipo Cetip, implica sua desmaterialização, tal como ocorreu, por exemplo, com os CDBs, CDIs, letras hipotecárias e outros títulos. O documento físico, o papel, é substituído por um registro em banco de dados computadorizado.

Tal fato, por si, não tem o condão de retirar da CPR, a nosso ver, a natureza de título de crédito. Embora ainda haja vozes discordantes, a tendência moderna é do reconhecimento da viabilidade da existência de títulos de crédito imateriais, nos quais o documento-suporte do crédito é substituído por um registro informático idôneo¹².

Embora o Brasil não tenha legislação específica sobre a matéria, como ocorre por exemplo na França¹³, já existem exemplos específicos sobre títulos de crédito imateriais.

¹² No Brasil, já nos anos 70 o Professor Nelson Abrão demonstrava a desnecessidade da existência física da cártula para a circulação ou a cobrança dos títulos cambiários (Cibernética e títulos de crédito. *RDM*, n. 19, p. 95); no mesmo sentido, mais recentemente, LUCCA, Newton de. *A cambial-extrato*. RT, 1985, concluiu que “o título não vai mais circular materialmente” (p. 28), bastando a apresentação do extrato dos registros eletrônicos para a efetivação da cobrança, pois “a vontade cambialmente suficiente poderia ser expressa em outro material que não o papel” (p. 74).

¹³ A Lei Francesa de 30 de dezembro de 1981, em vigor a partir de 3 de novembro de 1984, trata de desmaterialização dos valores mobiliários em geral, e de seus registros junto ao Sicovam, o sistema local ao qual se assemelham os nossos Cetip e Selic. Como salienta a doutrina, a desmaterialização é um fenômeno geral e mundial de direito empresarial, na medida em que a gestão informática é mais leve, rápida e segura, além de mais barata do que os tradicionais sistemas baseados em papéis (GAVALDA, Christian, e STOUFFLET, Jean. *Droit Bancaire*. 2. ed. 1994. Paris : Litec, p. 403).

O mais conhecido é a ação escritural (artigos 34 e 35 da Lei nº 6.404/76), que não comporta emissão de certificado, ficando apenas registrada junto a uma instituição “depositária”, e que nem por isso deixa de ser título de crédito¹⁴.

A nova legislação criou, assim, um interessante tipo de ativo financeiro, negociável nos mercados de bolsa e de balcão, cujo pagamento não está atrelado à moeda, mas à entrega de produtos rurais de qualquer espécie. Essa negociabilidade ampla deve servir como estímulo à difusão da CPR como título de financiamento de atividades rurais.

2. O aval

Vistas, em linhas gerais, as principais características da CPR, passamos agora a uma análise mais específica das garantias que a ela podem se vincular, iniciando pela garantia pessoal típica dos títulos de crédito, o aval.

O aval é instituto de direito cambiário, consistente na garantia do pagamento do título de crédito. O avalista torna-se devedor solidário, porém de maneira autônoma, passando a sua obrigação a independer da relação obrigacional garantida, entre o devedor-avalizado e o credor, cujas eventuais exceções de pagamento não lhe dizem respeito e por ele não podem ser invocadas¹⁵.

Como o avalista é normalmente um terceiro, sem proveito direto resultante da dívida contraída, as regras de direito cambiário dão a

¹⁴ Ver, a respeito, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A natureza de título de crédito da ação escritural. In: LAMY FILHO, Alfredo, PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Lei das S.A.* 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. v. 2, p. 46 e segs. Os autores do projeto da Lei das Sociedades Anônimas salientaram, na exposição de motivos, que os registros escriturais proporcionavam maior segurança, facilidade na circulação e redução dos custos que envolviam a emissão dos certificados. O comerciante argentino KENNY, Mario Oscar. Las acciones escriturales. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Depalma, n. 103 e 104, abr. 1985, cita o Brasil ao lado da Dinamarca, França, Estados Unidos, Áustria e Suécia como países que adotaram o sistema escritural para títulos com cotação em bolsa (p. 116), salientando que sendo o registro feito por pessoas responsáveis, detentoras da confiança do mercado, e graças ao desenvolvimento da informática, *la certeza en la existencia del derecho y su titularidad puede alcanzarse por ese medio sin necesidad de objetivarlo en título alguno* (p. 129).

¹⁵ REQUIÃO, op. cit., p. 349-351.

ele o direito de, pago o débito, sub-rogar-se nos direitos do credor e se fazer reembolsar perante o devedor originário, seu avalizado. Não obstante, perante o credor – o legítimo portador da cártula – o avalista ocupa a mesma posição do avalizado, sendo idêntica a obrigação de pagamento¹⁶.

É importante ressaltar que, embora se admita o aval parcial, ou seja, a garantia de apenas parte da dívida, a natureza da obrigação do avalista é sempre idêntica à do avalizado, ou seja, é aquela constante do título. Se o título estabelece uma obrigação pecuniária, de pagar, esta será também a obrigação do avalista.

Embora o diploma legal criador da CPR não tenha disposições expressas sobre a concessão de avais, não pode restar dúvida quanto à possibilidade e à legalidade de tal prestação de garantia.

O artigo 3º da Lei nº 8.929/94 disciplina, nos seus oito incisos, todos os requisitos essenciais que deverão obrigatoriamente constar do título. Apesar de inexistir qualquer menção ao aval, o § 1º do mesmo artigo é claro ao dispor que, “sem caráter de requisito essencial, a CPR poderá conter outras cláusulas em seu contexto”, entre as quais, a nosso ver, não haveria razão para se excluir o aval.

Ademais, o artigo 10 manda aplicar, às CPRs, “no que forem cabíveis, as normas de direito cambiário”, com as modificações que seguem nos três incisos. Ora, o aval é um dos mais importantes institutos de direito cambiário, e não há motivo para considerá-lo incompatível com a CPR.

Finalmente, o inciso III do citado artigo 10 menciona, como exceção às regras cambiárias gerais, a dispensa do protesto cambial “para assegurar o direito de regresso contra avalistas”. Ora, a lei não usa palavras inúteis, e se há regra sobre direitos em face de avalistas, é porque o título em tela comporta a concessão de aval, como uma de suas cláusulas não-essenciais.

É importante ressaltar que, como visto acima, a natureza da obrigação do avalista é idêntica à do avalizado. Assim, aquele que avalizar uma CPR estará assumindo a obrigação de entrega de produtos rurais, da mesma forma que o emitente ou o eventual endossatário¹⁷.

¹⁶ MARTINS, op. cit., v. 1, p. 219.

¹⁷ A Lei nº 8.929/94 estabeleceu regras bastante peculiares no tocante aos endossos, só admitindo-os de forma completa, e liberando os endossantes da obrigação principal, de entrega do produto, respondendo eles apenas pela existência da obrigação (artigo 10, I e II).

De qualquer forma, nada impede que o avalista seja qualquer pessoa, mesmo alguém desvinculado da produção rural. Na hipótese de vir a ser executado o aval, não só o avalista pode adquirir os produtos no mercado para entregar ao devedor como, pelas regras processuais da execução para entrega de coisa incerta, já analisadas acima, sua obrigação acaba se convertendo em perdas e danos (pecuniárias) na ausência dos produtos para entrega.

Assim, mesmo em se tratando de obrigação de entrega de produtos rurais, não há razão plausível para a recusa de aval prestado por qualquer pessoa idônea, física ou jurídica.

3. As garantias reais cedulares

3.1. Introdução

A par do aval, já discutido acima, a CPR comporta a constituição de garantia real cedular, que pode ser hipotecária, pignoratícia ou de alienação fiduciária (Lei nº 8.929/94, artigo 5º). A redação do diploma legal, a nosso ver, restringe as garantias cedulares a estas três¹⁸. É cláusula essencial do título a descrição dos bens “cedularmente vinculados em garantia” (Lei nº 8.929/94, art. 3º, VI).

A hipoteca e o penhor já podiam ser objeto de garantia cedular nas antigas Cédulas Rurais do Decreto-Lei nº 167/67, sendo certo, porém, que seu escopo foi agora ampliado. Já a incorporação da alienação fiduciária como espécie de garantia cedular é novidade saudável da recente legislação.

3.2. Da alienação fiduciária

Já há bastante tempo defendemos a utilização da alienação fiduciária em garantia como instrumento de estímulo aos financiamentos na área imobiliária, por exemplo, tendo em vista a sua grande aceitação no crédito ao consumidor¹⁹. A alienação fiduciária “cedular”, por sua vez, já é conhecida do Direito brasileiro, sendo expressamente prevista como garantia possível nas Cédulas de Crédito Industrial (artigo 19, II, do Decreto-Lei nº 413/69).

¹⁸ O artigo 5º da Lei nº 8.929/94 diz que “a garantia cedular poderá consistir em:”, e lista, nos três incisos, de maneira *numerus clausus*, a hipoteca, o penhor e a alienação fiduciária, não deixando margens para outros tipos de garantias cedulares.

¹⁹ WALD, Arnoldo. *Novos instrumentos para o Direito Imobiliário* : estudos e pareceres de Direito Comercial. RT, 1972. v. 1, p. 222-223.

A alienação fiduciária em garantia é o negócio jurídico em que uma das partes (fiduciante) aliena a propriedade de uma coisa móvel ao financiador (fiduciário), até que se extinga o contrato pelo pagamento ou pela inexecução. O credor passa a deter a propriedade resolúvel do bem (que volta ao devedor quando paga a obrigação), gravada com o encargo de, em caso de inadimplemento, vendê-la a um terceiro, pois com ela não pode ficar (é proibido o pacto comissório)²⁰.

Um dos grandes atrativos da alienação fiduciária é o fato de a posse continuar com o fiduciante. A propriedade do bem é transferida para o fiduciário, pelo *constituto possessorio*, também o é a posse indireta. A posse direta, porém, continua com o alienante, ainda que não mais a título de proprietário, e sim de fiduciante, podendo permanecer na fruição do bem²¹.

Para o garante (que não é necessariamente o devedor principal, pois pode ser um terceiro), a vantagem reside em poder continuar na posse do bem. Já o fiduciário não tem despesas de conservação e não corre os riscos inerentes à coisa. E ainda tem ação de busca e apreensão dos bens (art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69), convolável em ação de depósito quando estes não forem encontrados (artigo 4º do mesmo diploma legal). No caso da CPR, a busca e apreensão não impede o ajuizamento da execução, inclusive com relação às outras garantias (hipoteca e penhor), podendo até mesmo ser o título desentranhado dos autos para tal fim (artigo 16 da Lei nº 8.929/94).

A jurisprudência dominante vem aceitando a prisão civil do fiduciante como depositário infiel no caso de desaparecimento do bem alienado fiduciariamente (e na falta de correspondente indenização), mesmo no regime da Constituição de 1988²². Independentemente

²⁰ Idem. *Obrigações e contratos*. 12. ed. RT, 1995. p. 270-271. A alienação fiduciária em garantia está regida hoje, basicamente, pelo Decreto-Lei nº 911, de 1-10-69, que deu também nova redação a alguns dispositivos da Lei nº 4.728/65 (*Lei de Mercado de Capitais*).

²¹ GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. RT, 1970. p. 75.

²² Ver, a este respeito, vários acórdãos do STJ; HC nº 4.318-SP, Relator Ministro Assis Toledo. *DJU*, p. 21.498, 17 jun. 1996; RHC nº 5.313-SP, Relator Ministro Cid Flaquer Scartezini, *DJU*, p. 21.499, 17 jun. 1996, e HC nº 4.712-7-SP, Relator Ministro Jesus Costa Lima, *RT*, n. 727, p. 102. Embora tenha havido também alguns acórdãos em

de qualquer juízo de valor, a pressão exercida contra o garante, sob ameaça de prisão, costuma ser extremamente eficaz para a satisfação dos direitos do credor, que se sente muito mais protegido e disposto a conceder o financiamento.

Assim, no caso da CPR, o credor do título receberá a propriedade (resolúvel) de determinados bens, identificados na cártula, e em caso de inadimplemento poderá – e deverá – vendê-los para satisfazer o seu crédito (quantia equivalente ao valor de mercado dos produtos rurais prometidos à entrega mais perdas e danos – CPC, art. 627). O garante – depositário – fica em princípio sujeito até mesmo à prisão civil em hipótese de inadimplemento.

O artigo 8º da Lei nº 8.929/94, por sua vez, estabelece que “a não-identificação dos bens objeto de alienação fiduciária não retira a eficácia da garantia, que poderá incidir sobre outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade, de propriedade do garante”. A redação não é das mais felizes, até por conter aparente contradição com o disposto no inciso VI do artigo 3º²³.

O termo “não-identificação” parece comportar duas interpretações: ou a deficiência na própria descrição do bem, ou a sua não-localização por ocasião da execução. De qualquer forma, a solução dada na parte final do artigo (incidência sobre outros bens equivalentes) parece voltada aos bens fungíveis e consumíveis (ou comerciáveis), do tipo estoques de mercadorias ou produtos, que comportam comparação em termos de “gênero, qualidade e quantidade”²⁴.

sentido contrário, entendendo a prisão civil em matéria de alienação fiduciária incompatível com a ordem constitucional de 1988 e com a Convenção da Costa Rica sobre direitos humanos, ratificada pelo Brasil, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela sua validade (HC nº 72.131-RJ, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 22 nov. 1995). Ressalva-se, porém, a hipótese de roubo sem culpa do fiduciante, quando não se caracteriza a situação de depositário infiel (STF, HC nº 67.397-0-RJ, Relator Ministro Sydney Sanches, *RT* n. 645, p. 202).

²³ Ali se estabelece a regra de que a descrição dos bens dados em garantia cedular é requisito essencial do título.

²⁴ Se o dispositivo legal se destinasse a um bem simplesmente fungível, porém identificável, do tipo automóvel, por exemplo, teríamos uma situação um tanto absurda; ou o bem não teria sido descrito corretamente, e aí o título cairia numa imperfeição formal com relação aos seus requisitos essenciais

Assim, é lícito concluir que o dispositivo legal buscou assegurar a possibilidade de extensão da alienação fiduciária a bens fungíveis em geral, de qualquer espécie, assunto que é dos mais discutidos na jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal aceitava a alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis²⁵ e o Superior Tribunal de Justiça, depois de idas e vindas, reverteu a situação e passou a não mais considerá-la válida²⁶.

Cumprir verificar, daqui em diante, se o texto da Lei nº 8.929/94 fará com que, no caso específico da CPR, a alienação fiduciária de quaisquer bens móveis, mesmo que fungíveis e consumíveis, será aceita em razão da redação do seu artigo 8º. A própria natureza do título (promessa de entrega de produto rural) justifica que, em garantia, sejam dados bens semelhantes (outros produtos rurais, por exemplo).

Como a obrigação principal é de entrega de bens fungíveis e consumíveis, nos parece que a alienação fiduciária de bens de mesma natureza deve ser aceita em garantia daquela.

Faça-se a ressalva, porém, de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou quanto à impossibilidade deste tipo de alienação fiduciária depois de intensos debates, e é possível que tal posicionamento contrário continue, embora haja, agora, no caso da CPR, um texto legal expresso, que, ao menos ao que parece, pretendia dar nova regulamentação legal à matéria. Acresce que, no caso, é pacífico o entendimento do STJ, de que tal tipo de operação configura hipótese de depósito irregular, sujeito às regras do mútuo nos termos (art. 3º, VI), ou se permitiria que, na ausência do automóvel indicado, o credor pudesse apreender um outro pertencente ao garantidor que se caracterizasse de modo idêntico.

²⁵ RE n. 86.541-RJ. *RTJ*, nº 81, p. 306. O nosso entendimento coincide com o do Supremo Tribunal Federal, como se verifica em Arnoldo Wald, *Obrigações e Contratos*. p. 275-276.

²⁶ Como exemplo da discordância, podemos citar os acórdãos publicados na *JSTJTRF*, nº 20, p. 168 e nº 23, p. 68, aceitando a alienação fiduciária de bens fungíveis e comerciáveis ou consumíveis. A matéria se pacificou em sentido contrário no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 19.915-MG, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, DJU, p. 24.207, 17 dez. 1992. Seção 2. A jurisprudência é hoje considerada consolidada no particular, como se verifica, por exemplo, nos acórdãos dos REsp nº 81.799-RS, Relator Ministro Nilson Naves. *DJU*, p. 17.869 27 maio 1996 e REsp nº 44.175-7-SC. Relator Ministro Waldemar Zveiter. *RSTJ*, nº 65, p. 444. Em sede doutrinária, podemos destacar o

do artigo 1.280 do Código Civil, não ensejando a ação de depósito, pois aí sim estaria violado o princípio constitucional que veda a prisão por dívida²⁷.

Assim, embora o artigo 8º da Lei nº 8.929/94 torne, a nosso ver, a operação juridicamente possível, há riscos de que o Poder Judiciário não chancela esta validade, o que seria lamentável.

Nada impede, por outro lado, a alienação fiduciária de “bens futuros”, ou seja, bens que, no momento de outorga da garantia, não pertençam ao garante (seja por pertencerem a terceiros, seja por não existirem ainda). A hipótese é prevista expressamente no § 2º do artigo 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 911/69, o qual estabelece que

“se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior”.

Trata-se de modalidade de alienação fiduciária sob condição suspensiva, qual seja, a de que o referido bem seja efetivamente adquirido pelo garante-fiduciante. Apesar de temporariamente vazia, a garantia real já se encontra previamente constituída, consolidando-se no momento do implemento da condição, independentemente de qualquer formalidade²⁸. Se o bem nunca vier a ser adquirido, a dívida em si não é afetada, pois é apenas a garantia real que não terá se aperfeiçoado, em nada sendo atingido o crédito, de natureza pessoal, em face do devedor.

Por fim, outro assunto polêmico na jurisprudência, em matéria de alienação fiduciária,

posicionamento de Orlando Gomes, op. cit., p. 54, que só admite a alienação fiduciária em se tratando de bens “duráveis”, segundo a sua terminologia.

²⁷ O assunto está bem exposto no acórdão, já citado, publicado na *RSTJ*, nº 65, p. 444, além de ter sido abordado, em matéria de penhor mercantil (que teoricamente também enseja ação depósito) de bens fungíveis – no caso remédios – no REsp nº 86.305-MG. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. *DJU*, p. 16.719, 20 maio 1996. O aresto é esclarecedor, ademais, em vista da regra do § 7º do art. 1º do Decreto-Lei nº 911/69, segundo o qual certas regras do penhor são aplicáveis à alienação fiduciária.

²⁸ RESTIFFE NETO, Paulo. *Garantia fiduciária*. RT, 1975. p. 112.

dizia respeito à eventual obrigatoriedade de que o bem dado fosse o mesmo cuja aquisição fora financiada pelo fiduciário, ou se a garantia podia ter como objeto qualquer outro bem previamente pertencente ao fiduciante. Neste particular, o Superior Tribunal de Justiça definiu-se mais rápida e uniformemente.

Com efeito, é hoje manso e pacífico que o bem dado em alienação fiduciária pode já pertencer anteriormente ao garante, não sendo obrigatória qualquer relação entre a sua aquisição e o crédito garantido²⁹. Não obstante, essa discussão, que poderia fazer sentido em matéria de crédito direto ao consumidor, seria até mesmo ilógica em se tratando de CPR, posto que o financiamento não é para aquisição de um bem, mas para investimento em produção rural. Não há que se falar, assim, em bem adquirido por meio do financiamento garantido (a não ser, eventualmente, o próprio produto prometido no título), como condição de validade da alienação fiduciária.

Vale ressaltar, por último, que a oponibilidade da alienação fiduciária a terceiros está sujeita ao registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do emitente, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.929/94, além do arquivamento em Registro de Títulos e Documentos (§ 1º do artigo 66 da Lei nº 4.728/65 com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 911/69), cuja exigência não foi afastada pelo diploma que rege a CPR. Fica mantida a tradição jurídica pátria de se dar publicidade aos atos com eficácia real.

No caso de falência, o credor poderá pedir a restituição do bem alienado fiduciariamente, nos precisos termos do art. 7º do Decreto-Lei nº 911, de 1.10.69.

3.3. Do penhor

Outro tipo de garantia cedular admitida pela Lei nº 8.929/94 é o penhor. Muito embora o penhor cedular seja conhecido há muito no Direito brasileiro, houve a significativa inovação de se contemplar especificamente o penhor de títulos de crédito, do qual não cogita o Decreto-Lei nº 167/67, que trata das Cédulas Rurais em geral, inclusive as pignoratícias³⁰.

²⁹ Neste sentido, a título de exemplo, os arestos publicados nas *JSTJTRF*, nº 18, p. 131, nº 20, p. 90 e *RT*, nº 660, p. 211.

³⁰ Como salienta Fran Martins, op. cit., v. 2, p. 256, a possibilidade de penhor de títulos de crédito em operações de crédito rural é antiga reivindicação do mercado. O Decreto-Lei nº 413/69 (artigo 20,

O *caput* do artigo 7º da Lei nº 8.929/94 tem redação ampliativa, permitindo que sejam objeto de penhor cedular, em CPR, quaisquer bens suscetíveis de penhor rural, mercantil ou cedular (de outros tipos de cédulas). O texto foi redigido de tal forma que não há bem empenhável que não tenha sido coberto.

Assim, cabe, na CPR, o penhor sobre quaisquer coisas móveis (inclusive direitos incorpóreos³¹), e/ou sobre aqueles imóveis por acesso cuja lei prevê a possibilidade de penhor, como as máquinas fixadas no solo ou as colheitas agrícolas³². Em se tratando de penhor, não há que se discutir quanto à natureza fungível e consumível do bem³³.

O § 3º do dito artigo 7º estende ao penhor nas CPRs as regras gerais sobre penhor mercantil, cedular e rural, salvo no que colidirem com a própria Lei nº 8.929/94 (as regras específicas e excepcionais estão disciplinadas nos dois primeiros parágrafos). Assim, tendo em vista o disposto no artigo 271 do Código Comercial, o penhor vinculado à CPR se prova por escrito e consiste na entrega, ao credor, de coisa móvel, em segurança e garantia da dívida, pelo próprio devedor ou por terceiro.

Tal entrega pode ser simbólica, não se exigindo a efetiva tradição, a teor do disposto no artigo 274 do Código Comercial. Admite-se o emprego do *constituto possessório*. Aliás, se a CPR comporta a alienação fiduciária com este tipo de transferência de posse, não haveria motivo para restrição em matéria de penhor.

Dessa forma, o bem empenhado tanto pode continuar na posse direta do garante, operando-se a mera tradição ficta³⁴, como pode ser

IX) já admitia o penhor cedular de títulos de crédito nas operações de crédito industrial.

³¹ Como anota Orlando Gomes, *Direitos Reais*. 9. ed. Forense, 1985. p. 354, “o penhor não recai apenas em coisas, mas, também em direitos. Ao lado dos bens móveis corpóreos, podem ser gravados com o ônus pignoratício os bens incorpóreos.”

³² WALD, Arnoldo. *Direito das Coisas*. 10. ed. RT, 1995. p. 223.

³³ O artigo 273 do Código Comercial permite o penhor de mercadorias (bens fungíveis e consumíveis por excelência), além do penhor sobre quaisquer papéis negociáveis em comércio. Mesmo em matéria de penhor civil a lei prevê (artigo 770 do Código Civil) expressamente o penhor de coisas fungíveis em geral, bastando que lhes seja declarada a quantidade e a qualidade.

³⁴ REsp nº 10.494-0-SP. Relator Ministro Barros Monteiro. RSTJ, n. 46, p. 160.

entregue a um terceiro, um guardião escolhido de comum acordo pelas partes, não havendo necessidade de que seja efetivamente entregue ao credor³⁵.

Aliás, já em matéria de Cédula Rural Pignoratícia, o artigo 17 do Decreto-Lei nº 167/67 estabelecia que os bens apenados continuassem na posse direta do proprietário-garante (o próprio devedor ou terceiros). A regra foi repetida no § 1º do artigo 7º da Lei nº 8.929/94, fixando-se o princípio de que os bens apenados continuam na posse direta do prestador da garantia, salvo na hipótese de títulos de crédito. De qualquer forma, estabelece o § 2º que, sendo o garante um terceiro, o emitente da cédula responderá solidariamente pela guarda e conservação da coisa.

O diploma normativo confere ao garante – possuidor direto do bem – os ônus de fiel depositário (§ 1º do artigo 7º da Lei nº 8.929/94), sujeitando-o, com isso, à prisão civil no caso de desaparecimento do bem. Também com relação ao penhor, a jurisprudência recente continua admitindo a prisão do garante³⁶, muito embora não a aceite em matéria de bens fungíveis³⁷.

A exceção a tais regras gerais (posse direta mantida com o garante) é a hipótese de penhor, também conhecido como caução, de títulos de crédito. Continua, na particular, a existir a exigência de entrega dos títulos ao credor pignoratício (ou a terceiro, de acordo com convenção), vedada a posse pelo próprio garante.

Com efeito, enquanto no penhor de direitos ou créditos, por si só, não há materialização da garantia, que se concretiza mediante mera notificação dos devedores cedidos, na caução de títulos há a efetiva entrega dos mesmos ao credor pignoratício³⁸. No caso contrário, o garante poderia simplesmente receber diretamente os créditos de seus devedores, esvaziando o penhor sobre os títulos.

De fato, é da essência da caução de títulos de crédito que o credor pignoratício pode

³⁵ REsp nº 5177-SP. Relator Ministro Cláudio Santos, RSTJ, n. 21, p. 421.

³⁶ STF. HC nº 73.058-2-SP, Relator Ministro Maurício Correa. DJU, p. 15.133, 10 maio 1996.

³⁷ Sobre a matéria, há o acórdão do STJ já citado acima, no REsp nº 86.305-MG. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJU, p. 16.719, 20 maio 1996, no qual decidiu-se que o depósito (em penhor) de coisas fungíveis é regulado pelas regras do mútuo, não ensejando a chamada “ação de depósito”.

³⁸ GOMES, Orlando. op. cit., p. 355-356.

praticar pessoalmente (ou por procurador) todos os atos necessários para a conservação da validade e eficácia dos créditos caucionados, inclusive perante os obrigados na cártula (Código Comercial, artigo 277).

Por outro lado, embora não haja na Lei nº 8.929/94 nenhuma regra expressa quanto à possibilidade de penhor de bens futuros, tal tipo de garantia nos parece perfeitamente viável. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já aceitou a validade de penhor agrícola de safra futura, ainda não colhida, em matéria de Cédula Rural Pignoratícia³⁹.

As reações contrárias à possibilidade de penhor de bens futuros (tanto aqueles que ainda não existem, quanto aqueles que apenas não pertencem ainda ao garante) costumam advir da visão tradicional do penhor, vinculada à descrição minuciosa da coisa no contrato e à sua tradição física do proprietário para o credor pignoratício. Porém, como já se demonstrou, inclusive na doutrina estrangeira, a aceitação se impõe em função das imensas utilidades práticas do instituto, e das facilidades de crédito que proporciona⁴⁰.

Ademais, admitindo-se a alienação fiduciária de bens futuros, como visto, não haveria razão para impedir-se a constituição de penhor assemelhado.

Por fim, é de se considerar que a oponibilidade, a terceiros, deste penhor censual, está vinculada às medidas de publicidade do artigo 12 e seu § 1º da Lei nº 8.929/94, ou seja, à inscrição da CPR no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do emitente, e à averbação naquele da localização dos bens apenados.

Aplica-se à garantia pignoratícia da CPR, pela disposição do § 3º do artigo 7º, a regra do § 1º do artigo 43 do Decreto-Lei nº 167/67, segundo a qual os bens dados em garantia, uma vez penhorados, podem ser desde logo vendidos, e o produto, levantado pelo credor, nos limites de seu crédito, mediante a prestação de caução idônea.

É verdade que um acórdão do Superior Tribunal de Justiça entendeu que esse dispositivo, editado à época do Código de Processo

³⁹ Acórdão já citado acima (HC nº 73.058-2-SP. Relator Ministro Maurício Correa. DJU, p. 15.133, 10 maio 1996). No caso, aceitou-se a validade do penhor da safra futura. A possibilidade de prisão civil decorrente de ação de depósito fica na dependência de prova de que a safra foi efetivamente colhida.

⁴⁰ MESTRE, Jacques. Le gage des choses futures. *Recueil Dalloz Sirey*, 1982, p. 144.

Civil de 1939, estaria prejudicado desde 1973, com a edição do novo diploma processual, e a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor⁴¹. Noutra, do Tribunal de Justiça de Goiás, decidiu-se que o art. 41, § 1º, do Decreto-Lei nº 167/67, não tinha qualquer incompatibilidade com o atual Código de Processo Civil, mas que fora derogado pela Constituição de 1988⁴².

Por outro lado, o 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo já aceitou a possibilidade da venda antecipada, mas limitou-a aos bens móveis, considerando-a inadmissível para os imóveis⁴³. Já o Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, noutra oportunidade, aplicou o dispositivo sem qualquer limitação⁴⁴, posição que consideramos a mais correta.

A lei especial prevalece sobre a geral (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 2º), e se a legislação específica das garantias cedulares admite o procedimento de venda antecipada, não vemos razão para que essa regra seja afastada em virtude de dispositivos genéricos que não tratam especificamente do caso. De qualquer forma, não se admite a venda antecipada sem a prestação de caução idônea, o que assegura o ressarcimento de eventuais danos causados ao devedor e/ou ao garante.

3.4. Da hipoteca

O último tipo de garantia cedular é a hipoteca. Embora a legislação em geral admita a hipoteca sobre determinados bens móveis (normalmente de grande valor, do tipo embarcações ou aeronaves), a Lei nº 8.929/94 a restringiu aos casos típicos de imóveis, tanto rurais como urbanos (artigo 6º).

A publicidade para oponibilidade a terceiros está vinculada às mesmas regras já mencionadas, do artigo 12 e seu § 1º, da Lei nº 8.929/94, ou seja, à inscrição no Cartório Imobiliário do domicílio do emitente e à averbação na matrícula do próprio imóvel hipotecado. A hipoteca vinculada à CPR não tem outras regras específicas, aplicando-se-lhe os preceitos gerais

⁴¹ STJ. 4ª Turma. REsp nº 22.486-3-GO. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo. RT, n. 694, p. 202.

⁴² TJGO. 1ª Câmara Civil. AI nº 6.911. Relator Des. Sebastião de Oliveira Castro Filho. RT, n. 701, p. 137.

⁴³ TACSP. P. 3ª C. AI nº 439.943-3. Relator Juiz André Mesquita, RT, n. 667, p. 122.

⁴⁴ TACRJ. 4ª C. AI nº 1.350/94. Relatora Juíza Mariana Pereira. COAD-Jurisprudência 39/95, p. 620, ementa 71000.

sobre o instituto (§ único do artigo 6º da Lei nº 8.929/94).

Assim, trata-se de direito real, garantia que submete uma coisa determinada ao pagamento de dívida, com exclusividade, e sem desapossamento da mesma. É oponível *erga omnes*, conferindo direito de seqüela ao credor, o qual tem o poder de excluir o bem hipotecado e pagar-se preferencialmente com o produto arrecadado na hasta pública⁴⁵.

Na forma dos artigos 21 e 22 do Decreto-Lei nº 167/67, a hipoteca cedular (inclusive, portanto, a da CPR) abrange todas as construções, aparelhos, maquinários e benfeitorias de qualquer espécie, anteriores ou posteriores à emissão da cédula, e que só podem ser retirados do imóvel com a anuência do credor.

Da mesma forma como ocorre com o penhor, a excussão do bem hipotecado cedularmente é facilitada, podendo ocorrer antes de finda a execução, levantado o produto do leilão mediante o oferecimento de caução idônea (§ 1º do artigo 41 do Decreto-Lei nº 167/67).

Como já salientamos, é da maior importância a entrosamento do instituto da hipoteca com os títulos de crédito, em especial as cédulas, e seria recomendável uma revisão e atualização legislativa da matéria⁴⁶. Por enquanto, utilizam-se os meios existentes, sendo certo que o espírito da legislação regente da hipoteca cedular é de menor formalismo e maior agilidade do que as regras tradicionais do Direito Civil.

3.5. Do regime legal das garantias cedulares

Encerrando o tema das garantias cedulares, cabe comentar o texto dos artigos 17 e 18 da Lei nº 8.929/94, aplicáveis às CPRs de modo geral, independentemente do tipo de garantia constituída.

O artigo 17 configura como crime de estelionato a declaração falsa ou inexata acerca dos bens oferecidos em garantia cedular. Regra semelhante já havia no Decreto-Lei nº 167/67 (§ único do artigo 21), restrito aos imóveis dados em garantia de Cédula Rural Hipotecária.

A extensão do crime às inexatidões relativas a quaisquer bens é tentativa clara de desestimular as fraudes, dando ainda maior segurança ao credor-financiador. Sem dúvida que as fraudes serão menos numerosas, especialmente em virtude do receio de implicações criminais que terão os devedores.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 7. ed. Forense, 1987. v. 4, p. 249.

⁴⁶ WALD, Arnoldo. op. cit., p. 242-244.

Já o artigo 18 do diploma legal confere privilégio especial aos credores garantidos de CPRs, pois estabelece que os bens a elas vinculados “não serão penhorados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro prestador da garantia real”, cabendo a estes comunicar tal vinculação a quem é de direito.

É verdade que, se a “outra dívida” for anterior à emissão da CPR, a própria constituição da garantia real poderá ter resultado numa fraude contra credores, numa fraude a execução, ou mesmo numa garantia real de segundo grau, se outra já houvesse. Em tais hipóteses, a garantia cedular poderá ser desconstituída ou declarada ineficaz pelas vias cabíveis, ou mesmo simplesmente se esvaziar (no caso de uma segunda hipoteca, não sobrando recursos depois de paga a primeira).

Do contrário, o privilégio é dos mais amplos, configurando hipótese de impenhorabilidade por outras dívidas. A impenhorabilidade não pode ser considerada absoluta, tal como naqueles casos do artigo 649 do Código de Processo Civil, pois os bens são penhoráveis pela própria dívida decorrente da CPR. Trata-se, assim, de impenhorabilidade relativa.

Em tese, não obstante, tendo em vista os termos do artigo 184 do Código Tributário Nacional, que reconhece os privilégios especiais instituídos por lei sobre determinados bens, os bens vinculados à CPR não responderão por dívidas tributárias dos garantidos (ressalvadas, eventualmente, as hipóteses aventadas acima, de dívidas anteriores à constituição da garantia).

Ocorre, porém, que muitos juízes têm interpretação favorável ao Fisco, na medida em que acreditam resguardar, dessa forma, o interesse coletivo. Assim, não podemos garantir que o nosso entendimento será predominante na jurisprudência.

Embora não tenhamos conhecimento de decisões em matéria de CPRs, há julgados sobre títulos de crédito industrial e rural, que possuem regras assemelhadas às do art. 18 da Lei nº 8.929/94. De fato, no âmbito do Supremo Tribunal Federal já se decidiu que os bens dados em penhor industrial (Decreto-Lei nº 413/69) respondem por dívida fiscal⁴⁷. No Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, já se afastou a impenhorabilidade de bens vinculados

⁴⁷ STF. 1ª Turma. RE nº 74.856-SP. Relator Ministro Oswaldo Trigueiro. *RTJ*, n. 66, p. 263.

à cédula de crédito industrial quando se trata de cobrança de dívida tributária⁴⁸.

Ocorre, porém, que tais decisões, *data maxima venia*, parecem-nos afastadas da melhor hermenêutica da lei.

O artigo 184 do Código Tributário Nacional, já mencionado acima, tem a seguinte redação:

“Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis”.

A questão se resume em saber, portanto, se os bens dados em garantia real vinculada à CPR se encaixam na definição de absolutamente impenhoráveis por lei, ou se de meramente gravados com ônus real, privilegiado.

O Código de Processo Civil, no art. 649 e seus incisos, define os bens que considera absolutamente impenhoráveis, em qualquer tipo de execução⁴⁹. Como salientamos, na hipótese dos bens vinculados à CPR há uma impenhorabilidade relativa, na medida em que os bens respondem pela própria dívida da CPR. Não obstante, com relação às demais dívidas, a impenhorabilidade passa a ser absoluta.

⁴⁸ STJ. 1ª Turma. REsp nº 39.800-2-SP. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. *RSTJ*, n. 73, p. 287; STJ. 4ª Turma. REsp nº 3.227-ES. Relator Ministro Athos Carneiro. *DJ*, 22 abr. 1991, apud TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 5. ed. Saraiva, 1993. p. 387.

⁴⁹ Aí já se verifica uma imprecisão do texto do art. 184 do CTN. O inciso I do art. 649 do CPC considera absolutamente impenhoráveis os bens “declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução”; não obstante, tais bens foram expressamente considerados como sujeitos à execução fiscal, muito embora se incluam na exceção da parte final do art. 184 do CTN. Assim, a “absoluta impenhorabilidade” deve ser entendida com temperamentos. A nosso ver, a intenção da lei é de excluir os bens cuja impenhorabilidade legal seja proveniente de interesse público relevante, tais como salários, pensões, pequenas propriedades rurais etc., e não apenas de interesse particular, tal como o gravame individual com cláusula de impenhorabilidade ou inalienabilidade.

O saudoso Aliomar Baleeiro⁵⁰, comentando o disposto no artigo 184 do Código Tributário Nacional, bem lembrou que, consoante a parte final do texto legal, qualquer lei ordinária poderá declarar a impenhorabilidade de bens e rendas, afastando-os da penhora em executivo fiscal. Assim, concluímos que não se pode entender que a exclusão se limitaria aos bens e rendas listados no artigo 649 do Código de Processo Civil. Também aqui vale a lição de que o intérprete não deve fazer distinções não contempladas na legislação.

Na realidade, o que se busca com o privilégio do Fisco, expresso no artigo 184 do Código Tributário Nacional, é evitar que o devedor, por ato meramente voluntário, de seu exclusivo interesse, afaste bens ou rendas do raio de abrangência da execução fiscal. O que se quer é impedir uma fraude dissimulada contra o credor tributário, voluntária ou mesmo accidental.

A deliberação individual de gravar o seu patrimônio, tornando-o impenhorável e/ou inalienável, não pode gerar, para o devedor do Fisco, o resultado de liberá-lo dos efeitos da execução.

Assim, a boa doutrina entende que a impenhorabilidade “absoluta” a que se refere o artigo 184 do Código Tributário Nacional é a impenhorabilidade legal, em oposição à impenhorabilidade por simples vontade individual. É a impenhorabilidade por interesse público e não por interesse particular.

Nesse sentido leciona Hugo de Brito Machado:

“Impenhorabilidade é a qualidade daquilo que não pode ser penhorado. Pode resultar da lei ou da vontade. Se resulta da vontade, é inoperante, em face do credor tributário. Prevalecerá, porém, se resulta da lei. O fundamento da distinção é evidente: respeitar a impenhorabilidade legal, mas evitar que os interessados, por simples ato de vontade, retirem seus bens do alcance do credor tributário”⁵¹.

⁵⁰ BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. Forense, 1970. p. 536.

⁵¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 5. ed. Forense, p. 151. Na página seguinte, o autor repete a afirmação de Aliomar Baleeiro, no sentido de que qualquer lei ordinária federal pode declarar a impenhorabilidade de determinados bens, retirando-os do alcance das execuções fiscais.

Idêntico entendimento é esposado por Celso Ribeiro Bastos⁵², salientando que o legislador teve o evidente propósito de sujeitar ao executivo fiscal os bens gravados de inalienabilidade por vontade do devedor, mas excluir aqueles declarados como impenhoráveis por lei, tais como os do artigo 649 do Código de Processo Civil, de outras leis específicas, ou mesmo outros que tenham esta característica em razão de entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Ora, ocorre que os próprios tribunais reconhecem que os bens dados em garantia cedular industrial ou rural (e por extensão, aqueles vinculados à CPR) são impenhoráveis em virtude de lei, ou seja, do interesse público de estimular essas modalidades de crédito.

Em matéria de cédula de crédito rural, notável acórdão do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo teve o ensejo de afirmar que “os bens objeto de penhor ou de hipoteca constituídos por cédula de crédito rural são *absolutamente impenhoráveis* e representam verdadeira *garantia exclusiva do credor*”⁵³.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em acórdão mais recente que o citado no item 112 acima, afirmou a taxatividade do comando legal do Decreto-Lei nº 167/67, no sentido de que os bens objeto de penhor ou hipoteca cedular rural não se sujeitam a penhora por nenhuma outra dívida⁵⁴. O Relator, Ministro Francisco Rezek, citando acórdão anterior da lavra do Ministro Moreira Alves, sustentou com todas as letras que “a lei é imperativa no sentido da impenhorabilidade dos bens dados em garantia hipotecária ou pignoratícia mediante cédula de crédito rural”⁵⁵.

Em aresto ainda mais recente, o Supremo Tribunal Federal esclareceu muito bem a natureza deste tipo de impenhorabilidade, bem como as razões que a justificam. Vale o destaque a alguns trechos do acórdão, em especial da ementa:

⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. Saraiva, 1991. p. 225; dentre os bens impenhoráveis por entendimento meramente jurisprudencial o autor cita, como exemplo, os direitos do adquirente fiduciário em execução movida contra este, ou os exemplares da bandeira nacional não destinados ao comércio.

⁵³ TACSP. 1º 5ª C. AI nº 445.425-7, Relator Juiz Alberto Tedesco. *RT*, n. 668, p. 111 - grifamos.

⁵⁴ STF. 2ª Turma. RE nº 107.790-5-SP. Relator Ministro Francisco Rezek. *Juriscível do STF*, n. 167, p. 84.

⁵⁵ op. cit., p. 86.

“Contrato de Financiamento. Bem dado em garantia mediante cédulas rural pignoratícia e hipotecária e de crédito industrial. *Impenhorabilidade*.”

Providência que visa ao êxito da política de desenvolvimento de atividades básicas, ao assegurar maior fluxo de recursos para o setor, por meio do reforço da garantia do retorno dos capitais nele investidos.

O princípio de que o patrimônio do devedor constitui a garantia de seus credores não é absoluto, encontrando inúmeras limitações, fundadas em *razões de ordem social, econômica e jurídica, e mesmo de equidade*.

O privilégio que resulta da garantia, em favor do credor censual, consiste no direito de prelação, concretizado no fato de pagar-se prioritariamente com o produto da venda judicial do bem objeto da garantia excutida, em face de insolvência ou de descumprimento do contrato, destinado eventual sobejo aos demais credores, que a ele concorrerão *pro rata*, caso em que o tratamento legal discriminatório não pode ser apodado de antiisonômico, já que justificado⁵⁶.

Embora nenhum dos acórdãos acima tenha tratado especificamente da questão dos créditos tributários, parece-nos incoerente que a conclusão desprezasse os princípios aí expressos, ou seja: (a) a impenhorabilidade decorre da lei, formalmente capacitada para criá-la; (b) refere-se a quaisquer outros créditos⁵⁷; e (c) decorre de interesse público.

Note-se, por sinal, que noutros casos o legislador teve o cuidado de especificar os créditos tributários que poderiam proporcionar a penhora de um bem *a priori* impenhorável. É o caso da Lei nº 8.009/90, por exemplo, que trata da impenhorabilidade da residência

⁵⁶ STF. 1ª Turma. RE nº 140.437-0-SP. Relator Ministro Ilmar Galvão. RT, n. 717, p. 297 - grifamos.

⁵⁷ Aliás, no caso do artigo 18 da Lei nº 8.929/94, o texto diz simplesmente “não serão penhorados ou seqüestrados por outras dívidas”, sem fazer qualquer ressalva às dívidas fiscais. Não só podemos repetir que o intérprete está impedido de fazer restrições inexistentes na lei, como o próprio critério cronológico favorece a interpretação por nós defendida (a Lei nº 8.929/94 é posterior ao CTN). Ademais, trata-se de lei específica (CPRs), que prevalece sobre outra de caráter geral (CTN - créditos tributários de qualquer natureza), em obediência às regras do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

familiar (bem de família), e que no seu art. 3º definiu ser a impenhorabilidade oponível em qualquer processo fiscal (*caput*), salvo aqueles decorrentes de impostos, taxas ou contribuições devidas em função do próprio imóvel (inciso IV).

Se a Lei nº 8.929/94 criou uma impenhorabilidade geral, sem ressalvas, a interpretação deve ser ampliativa. Aliás, os princípios dos artigos 107 a 113 do Código Tributário Nacional consagram a interpretação literal, e mais benéfica ao contribuinte, das normas fiscais de um modo geral.

Por último, não se diga que a impenhorabilidade dos bens dados em garantia cedular seria voluntária, e não legal, por envolver um ato pessoal de constituição do ônus por parte do garante, ao oferecer os bens ao credor.

A parte voluntária do ato é a constituição da garantia real, que por si só não tem o condão de gerar a impenhorabilidade. Esta, indubitavelmente, decorre da lei, e só dela.

Voltando ao exemplo da Lei nº 8.009/90 (impenhorabilidade do bem de família), podemos imaginar a situação na qual o imóvel estava alugado a um terceiro, e o proprietário decide despejá-lo para lá passar a morar. É a partir da fixação da residência no imóvel próprio, ato estritamente voluntário, que passará a existir a impenhorabilidade, mas nem por isso ela deixa de ser absoluta e legal, por se revestir de flagrante interesse público.

Também nos casos dos incisos do artigo 649 do Código de Processo Civil podemos identificar bens que se tornam absolutamente impenhoráveis, *ex vi legis*, a partir de um ato voluntário de uma ou mais pessoas⁵⁸.

Assim, como a impenhorabilidade, no caso, decorre do interesse público no desenvolvimento das atividades rurais, como identificado pelo Ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, entendemos que o art. 18 da Lei nº 8.929/94 é um caso de “impenhorabilidade absoluta” para os fins do artigo 184 do Código Tributário Nacional, embora salientemos, uma vez mais, que este poderá não ser o entendimento predominante de nossas Cortes.

⁵⁸ Seria, por exemplo, o caso do anel nupcial (inciso III). O anel, por si, é um bem como outro qualquer, mas a partir do momento em que se transforma em nupcial, pela vontade dos nubentes, passa a ser impenhorável. Da mesma forma poderíamos achar inúmeros outros exemplos, como o dos instrumentos ou utensílios úteis ao exercício profissional (inciso VI), que dependem, para a sua impenhorabilidade, do desempenho da profissão respectiva pelo seu proprietário.

Quanto às dívidas trabalhistas, o artigo 769 da CLT, combinado com o artigo 648 do Código de Processo Civil, leva a crer que a solução é idêntica. Os bens tampouco responderão por tais dívidas⁵⁹.

Essa impenhorabilidade configura mais um estímulo ao emprego da CPR, pois uma vez mais o legislador teve a nítida preocupação de resguardar o credor, reforçando a segurança de suas garantias.

O art. 18 da Lei nº 8.929/94 se refere à impenhorabilidade dos bens vinculados à CPR e à impossibilidade de serem seqüestrados, mas não esclarece o que acontece no caso de falência do devedor ou garantidor. Pode, assim, ser entendido que, no caso de falência, a situação jurídica de credor dependerá da garantia específica da cédula, passando, no caso, a incidir a lei falimentar.

Se em vez de excluir qualquer efeito da falência sobre a Cédula de Produto Rural – o que nos parece a melhor solução – entender-se que deve haver a conciliação e aplicação combinada dos dois diplomas legais (Lei nº 8.929/94 e Decreto-Lei nº 7.661/45, com as suas modificações posteriores), a melhor solução seria a do credor cuja CPR é garantida mediante alienação fiduciária que enseja a restituição dos bens no caso de falência (art. 8º do Decreto-Lei nº 911/69). Efetivamente, diferentes são as repercussões da falência sobre o penhor e a hipoteca, considerados como direitos reais de garantia, em relação aos quais há preferência dos credores trabalhistas e dos

credores da massa (art. 102 da Lei Falimentar, com a sua redação atual).

5. Conclusões

De todo o exposto, podemos concluir que a CPR se apresenta como importante instrumento de estímulo ao crédito rural. Sua característica básica, de promessa de entrega de produtos rurais, revela a sua natureza *sui generis*, de título de crédito sem obrigação pecuniária original.

A hipoteca, o penhor e a alienação fiduciária podem ser constituídos cedularmente, sem maiores burocracias, bastando que se façam os registros cabíveis para que adquiram eficácia *erga omnes*. Tal prática possibilita a circulação do título, com as garantias a ele atreladas, com grande facilidade.

As regras processuais foram adequadamente apontadas pelo legislador, sendo, dentro do universo processual do ordenamento jurídico brasileiro, razoavelmente céleres.

Sendo assim, acreditamos que a CPR possa ser instrumento hábil ao fortalecimento do sistema de crédito rural, de fundamental relevância para o desenvolvimento equilibrado e sadio do país.

Os seus riscos são decorrentes de se tratar de instrumento inovador, em relação ao qual ainda não se conhece a reação dos tribunais, embora, em geral, a jurisprudência brasileira tenha sido esclarecida e construtiva na aplicação dos novos institutos.

⁵⁹ Acresce, no particular, que o § 1º do artigo 449 da CLT apenas fala em privilégio do crédito trabalhista em matéria de falência, mas não nas execuções em geral. Também aí, porém, não podemos garantir que os tribunais terão este mesmo entendimento.

O Poder Judiciário e a Constituição

SÍLVIO DOBROWOLSKI

SUMÁRIO

1. Crise de legalidade. 2. A crise do Estado Social. 3. A crise da soberania. 4. A solução aventada. 5. Crítica das posições pós-modernas e neoliberais. 6. A indispensabilidade do Estado e da Constituição. 7. O Judiciário e as crises.

Desde que promulgada, a Constituição de 1988 esteve na mira de poderosas forças políticas e econômicas, no sentido de não cumpri-la e de reformá-la, especialmente no que concerne aos direitos por ela reconhecidos. A idéia de que é causa de ingovernabilidade do País tornou-se moeda corrente, acriticamente proclamada aos quatro ventos pelos meios de comunicação de massa. Reduzir direitos sociais e diminuir aqueles conferidos ao funcionalismo público são apresentados como algumas das medidas a serem tomadas, para efeito da salvação nacional.

Em vista da predominância desse discurso, não se discutem questões como a ineficiência dos governantes, o desperdício do dinheiro público e a corrupção, a par da incapacidade empresarial para competir no mercado, sem o apoio maciço do Estado. Na mesma linha opressiva de argumentação, o Poder Judiciário, elevado pela Carta Magna a uma posição de capital importância, em vista das significativas funções atribuídas para a concretização do plano constitucional, também é submetido a corrosivos ataques. Em vez de se pensar na adoção de meios para lhe dar condições de atuar com maior eficácia, é proposto o seu controle externo, de modo a reduzir sua autonomia e, com isso, interferir nas suas decisões. Qualquer ato judicial que desagrade os detentores de parcelas do poder é, de logo, objeto de azedos comentários, bem reveladores da pouca

Sílvio Dobrowolski é Juiz aposentado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Professor dos Cursos de pós-graduação em Direito da UFSC e da Univali e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina.

paciência dos irrisignados e de seu menosprezo pela instituição.

A exposição a seguir, que, a rigor, deve ser considerada uma glosa de idéias de Luigi Ferrajoli e de J.J. Gomes Canotilho, busca examinar essa crise constitucional e avaliar os remédios propostos, bem como refletir sobre o significado atual da Constituição e o papel a ser atribuído ao Poder Judiciário para a efetiva realização de um Estado Democrático de Direito.

1. Crise de legalidade

Assiste-se, no momento atual, a um quadro de corrupção generalizada. Em toda a parte, e também no Brasil, nele se envolvem empresários, funcionários da Administração pública e políticos. Com freqüência são descobertos esquemas tentaculares para transferências, inclusive para o exterior, de polpudas quantias, objeto de transações ilícitas, compreendendo membros do Parlamento, e ainda setores da administração, das finanças e da economia.

A par dessas atividades extralegais, promovidas pelos que deviam ser considerados componentes das elites do País, o crime organizado dissemina suas atividades, sem que em relação a ele, da mesma forma como para os primeiros, o sistema de controle jurídico demonstre eficiência.

Essa falta de resultados alcança as regras do jogo institucional, com a ocorrência da personalização do poder, transmutando-se a legitimidade, de constitucional em pessoal. Aprova-se, por isso mesmo, emenda à Lei Maior, introduzindo, contra a tradição republicana do País, a possibilidade de reeleição dos chefes do Executivo em todos os níveis da Federação.

O Congresso é relegado a papel secundário – e, pior, se acomoda a essa situação –, vindo a legislação a ser produzida por meio de medidas provisórias, interminavelmente repetidas, denotando evidente desprezo pelo sentido razoável do Texto Maior, que só autoriza sua edição em situações especiais.

A Carta Magna, outrossim, é apontada como causa de ingovernabilidade, por se constituir em entulho de regras e promessas impossíveis de serem cumpridas, a merecer profunda e imediata revisão, a fim de descaracterizá-la, de modo a transformá-la em outra, que reflita os desejos do Governo, de sua tecnocracia e dos grupos econômicos e financeiros que os acompanham.

O despreço pela Constituição revela-se nos conflitos entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, porque aquele não suporta a independência do segundo, ao dizer que este, por aplicar a Lei Maior, desserve interesses nacionais. O freqüente descumprimento de decisões judiciais, causando o acúmulo de precatórios não pagos, demonstra bem a erosão do valor das regras que regulamentam as relações entre esses poderes.

2. A crise do Estado Social

Outro aspecto a ser destacado, é o que se convencionou chamar de crise do Estado Social. Como solução, se propugna restaurar, sem maiores ponderações, o figurino do Estado liberal. Cabe, a propósito, referir que o liberalismo atribuía ao Estado função que consistia, maiormente, em não invadir a esfera reservada aos indivíduos pelas declarações de direitos, em especial o campo de sua atividade econômica.

A crise sob enfoque atinge os direitos sociais, para cuja realização se exigem prestações positivas do Estado, que, à míngua de garantias jurídicas apropriadas, terminam ficando ao alvedrio dos detentores do poder. Em consequência, ocorre no País o enorme crescimento da dívida social, a absurda desigualdade na distribuição de renda, a elevação do nível de desemprego e o aumento do atraso das regiões menos desenvolvidas.

Enquanto instrumentos processuais refinados tutelam a propriedade e a liberdade – principalmente em favor dos estratos sociais mais aquinhoados –, problemas de alimentação, moradia, saúde e educação dos menos favorecidos restam sem solução, descumpridas as promessas consignadas nos direitos sociais.

A título de efetivá-los, o pêndulo do poder fixa-se no Executivo. Os reclamos das tecnocracias e dos grupos habituados a extrair proveito dos cofres públicos geram inflação legislativa, a desvalorizar a norma jurídica, que perde em abstração e generalidade. A ordem legislada deixa de ser fonte de certeza e de segurança, para se transmutar em instrumento de arbítrio e de corrupção.

Em virtude da inefetividade dos direitos sociais, são apresentadas propostas para reduzi-los e mesmo para sua supressão, em grande parte. Pretende-se deixar a economia e as relações entre as classes sociais sob o comando do mercado. Essa é a bandeira dos setores neoliberais, esquecidos das crises do capi-

talismo, que justificaram a presença ativa e regulatória da instituição estatal na ordem econômica. Também se combate a expansão do Estado – que, em verdade, necessita ser contida e reduzida para maior eficácia da atuação do poder político. Todavia, os mais ardentes defensores dessas idéias pensam antes em vantagens pessoais e lucros fáceis, como, à guisa de exemplo, assim podem ser identificados os resultantes das privatizações pagas com moedas podres ou a preços ínfimos, ou ainda, segundo é proposto para algumas rodovias, a sua reparação e modernização por conta dos cofres governamentais ou mediante empréstimos obtidos pelo Estado, e a sua subsequente entrega à iniciativa privada, a fim de que esta proceda à exploração das mesmas, sem prévio desembolso de recursos próprios.

3. A crise da soberania

Também deve ser objeto de consideração, a real perda de substância do poder soberano do Estado, com a ascensão de novas fontes de produção jurídica. Em nível externo, o fenômeno das integrações regionais exclui da capacidade decisória da organização estatal diversos tópicos, que passam a ser regidos por meio de acordos internacionais.

A globalização, por outro lado, implica o pontilhamento das fronteiras. Não apenas as relações comerciais e financeiras se regulam em consonância com exigências externas, mas igualmente assuntos como direitos humanos, políticas sociais e questões ambientais são objeto de pressões oriundas do exterior. Assim, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, § 2º, assegura a integração no rol dos direitos fundamentais daqueles “decorrentes (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A cláusula é interpretada por alguns no sentido de bastar, para essa incorporação, a adesão do País ao tratado, desnecessária qualquer medida interna para sua inserção no ordenamento jurídico pátrio.

O exemplo europeu da criação de um direito comunitário subtraído do controle parlamentar, ou de vínculos constitucionais, ilustra, de modo conveniente, a afetação da soberania dos Estados, tratando-se de fenômeno que muito em breve será reproduzido na esfera do Mercosul.

No âmbito interno, o poder do Estado vê-se em frente a interlocutores das ordens econômica, social e cultural, como as poderosas

organizações sindicais, os grandes aglomerados econômicos, os grupos religiosos influentes ou os movimentos sociais reivindicatórios com elevada capacidade de militância, cada um deles buscando conformar a ordem jurídica estatal, ou apresentando normas de sua produção, para suplantar o Direito do Estado.

Esse pluralismo de fontes de produção jurídica dotadas de autonomia e eficácia normativa própria indica que a soberania perde a unicidade, um dos atributos a ela reconhecidos pela teoria política clássica. O Estado deixa de ser o centro produtor exclusivo ou mais importante do Direito. Torna-se impossível conter os poderes dispersos pelos sistemas sociais, assim como se opor às imposições externas. A independência transforma-se em vã retórica; a condição estatal de poder mais alto no interior torna-se em partilha ou, até, inferioridade em face dos macropoderes sociais.

4. A solução aventada

A crise do Direito, nos aspectos antes expostos, corre o risco de se transformar em crise da democracia, porque esta se apóia nos pilares do Estado de Direito e da soberania popular, que somente subsistem quando os poderes se sujeitam à lei, na sua compreensão de artefato normativo publicamente produzido e igualmente aplicado a todos os cidadãos. No dizer de Ferrajoli, a crise do princípio da legalidade “permite a reprodução, no seio dos nossos ordenamentos, de formas neo-absolutistas de poder público, isentas de limites e de controles e governadas por interesses fortes e ocultos” (Ferrajoli, 1997, p. 91).

Em nível de Constituição, ocorre a perda do sentimento constitucional, da “vontade de Constituição”, na terminologia de Konrad Hesse, com a concomitante queda de sua força normativa, escancarando-se a porta do arbítrio, o que aponta para o possível esmagamento das liberdades e o desprezo pelos direitos sociais.

Alguns autores falam em perda da capacidade reguladora do Direito, em vista da elevada complexidade da sociedade contemporânea. Apontam eles, para uma crescente incoerência, incompletude, opacidade e ineficácia do sistema jurídico.

Direito e Estado, para essa visão, estariam esgotados, incapazes de realizar de forma satisfatória as funções para que foram idealizados, em especial a de organizar racionalmente as relações sociais. Günther Teubner propõe um “direito reflexivo” em que a este e

ao Estado caberá o papel de guia, e não a direção, da sociedade, procedendo-se a outorga, aos diferentes subsistemas sociais, da faculdade de auto-regulação dos seus problemas internos, com acentuada autonomia de atuação.

Essa corrente doutrinária se liga ao pensamento pós-moderno, que critica a idéia de unidade da razão, adotada pela filosofia iluminista, em cujo seio foram gerados o Direito e o Estado constitucional modernos, que agora são postos em causa. Os arautos do pós-modernismo rejeitam a razão universalizante, em prol de um saber fragmentado e contextual, limitado no espaço e no tempo, próximo do doméstico e do cotidiano. Daí, a importância que emprestam ao pluralismo jurídico e à transnacionalização, para afastar a idéia da unidade do Direito e a validade da afirmação de que o Estado é o centro monopolizador da violência física legítima. Os pensadores desta corrente colocam em dúvida a capacidade reguladora do Direito e disseminam a idéia de perda de confiança na razão jurídica (Pardo, 1996, p. 20-22).

Com respeito à Constituição, diz-se que não mais pode ser considerada como centro de um conjunto normativo finalístico e diretivo da sociedade. O Direito Constitucional passa a ser visto como voltado a estabelecer processos de informação e mecanismos de redução das interferências entre os sistemas sociais, tidos como autônomos (v.g., jurídico, econômico, social e cultural). A Constituição pós-moderna não deve conter diretivas para uma ação transformadora da sociedade. É mero direito processual, não substantivo, ecológico e medial.

Segundo David Wilson de Abreu Pardo (1996, p. 24), um estatuto constitucional dessa espécie adapta-se, com perfeição, a um indivíduo que é um pós-sujeito, personagem incapaz de criar projetos existenciais e que se deixa levar por acontecimentos e por sistemas, não passando de mero espectador indiferente.

5. Crítica das posições pós-modernas e neoliberais

O constitucionalismo pós-moderno serve para pessoas iguais ao simpático mas lastimável personagem cinematográfico Forrest Gump, que, na aguda observação de Luiz Alberto Warat, “corre pelo mundo sem objetivos”, “é o homem condenado a não investir; o representante de um tipo humano absolutamente acomodado às circunstâncias, que por ele

resvalam” (Warat, 1996, p. 80 e 84). Um tipo assim é capaz de aceitar a dominação por meio de sistemas que se auto-regulam, e viver sua existência tangido pelos fatos, sem pensar em modificá-los, sem tentar melhorar a sua condição e a de seus semelhantes, e dar um sentido à própria vida, para deixar um rastro de sua passagem no planeta.

Neoliberais e pós-modernos propõem o desmonte do Estado Social e o fim da normatividade da Constituição, sem apresentar qualquer alternativa humana, oferecendo, em vez disso, entidades abstratas como o “mercado” e a *autopoiesis* sistêmica. Em última análise, suprimem os problemas detectados, deixando de lhes dar solução, na ingênua crença de que as coisas, na vida social, ajustam-se por si mesmas, independente de esforço consciente dos homens.

As posições pós-modernas apontam para um Direito sem Estado, e a disseminação do poder em uma multiplicidade de sistemas dotados de autonomia e indiferentes entre si. Uma sociedade constituída desse modo representaria uma forma neofeudal de organização, com a grave conseqüência de que a dispersão dos focos decisórios resultaria, com certeza, na dominação pelos detentores do poderio econômico, inclusive pelo capital internacional, ou por potentados locais, livres de todo o controle por parte do poder público, da regulação pela sociedade como um todo.

Ilegalidade generalizada, pluralidade de fontes e caos normativo estão presentes no dia-a-dia, como indicadores do mau funcionamento da ordem jurídica. A medicação oferecida, que se pode resumir na drástica redução do Direito estatal, compreendendo, inclusive, a retirada de elementos substantivos da Constituição, não se apresenta, no entanto, como adequada.

Assim é, porque o diagnóstico se funda em uma falácia que Luigi Ferrajoli denomina de naturalística ou determinista, consistente no pressuposto de que “os nossos sistemas jurídicos seriam como são porque não poderiam ser de outra maneira” (Ferrajoli, 1997, p. 92). Se é preciso, prossegue esse autor, evitar o erro oposto, de caráter normativista, em que se confunde o Direito com a realidade, passar do mundo do ser, dos fatos, para o dever-ser é também grave defeito de raciocínio. A ineficácia dos direitos, a violação habitual das regras jurídicas pelos ocupantes de cargos públicos, a proliferação normativa e a confusão de fontes não constituem algo “deterministicamente necessário” nem “sociologicamente

natural”. O Direito é uma realidade artificial, construída pelos homens, cabendo aos juristas excogitar meios capazes de pôr cobro às deficiências, ao invés de aderir à solução simplista de adotar uma postura desvinculada da racionalidade, e consistente em uma solução sistêmica, desprovida dos mínimos parâmetros de racionalidade.

É necessário, sem dúvida, ter em conta as deficiências do funcionamento efetivo do Direito e do Estado, para proceder às readaptações indispensáveis. O que não se pode, em vista dessas falhas funcionais, é desacreditar, desde logo, da capacidade da razão jurídica.

6. A indispensabilidade do Estado e da Constituição

A constatação de que as instituições não funcionam com a eficácia desejável, de modo algum justifica, que se pense em descartá-las, na linha sugerida pelas propostas sistêmica e neoliberal. Isso equivale a desprezar a experiência duramente acumulada no curso da História, e na base da qual se formou a civilização ocidental. Os equívocos da razão não bastam para afastá-la da direção das relações humanas. Ao contrário, é preciso reconhecer os erros e tentar corrigi-los, em vez de assumir posturas anti-rationais e, com isso dar azo à ocorrência de males muito piores e fora de qualquer controle.

É preciso aperfeiçoar a ordem jurídica, mondar os excessos e reparar as falhas do Estado Social, e proceder, ainda, à adaptação da Constituição às realidades da nossa época, preservando a sua força regulatória. Em particular, nos países de Terceiro Mundo, tais instrumentos não podem ser dispensados, se o que se deseja é, sob algum prisma, diferente da permanência no subdesenvolvimento e da submissão a interesses estrangeiros ou a outros, internos, eticamente descompromissados e, até, portadores de pretensões subalternas, como serve de exemplo a dominação dos traficantes sobre as favelas cariocas (Pardo, 1996, p. 26).

A fragmentação do poder em instâncias desligadas de um centro diretivo não servirá para impedir essas ocorrências indesejadas. Pelo contrário, permitirá que venham a acontecer, em razão da falta de uma estrutura organizacional adequada para combatê-las. Por enquanto, inexistente instrumento capaz de substituir o Estado e sua ordem jurídica, para a efetivação de uma convivência social em que se respeite a dignidade humana.

Podem-se adiantar algumas características da organização estatal, a fim de adequá-la às necessidades do tempo presente. Assim, o Estado:

1º) deve continuar como centro nacional de identidade cultural;

2º) terá de buscar maior articulação com outras entidades da mesma natureza, em vista de uma desejada integração regional;

3º) precisa efetuar uma abertura para a globalização, quanto a problemas cujo tratamento ultrapassa as fronteiras estatais, como os direitos humanos, a preservação de recursos naturais e do meio ambiente;

4º) no seu interior, tratará de conviver em um tom menos autoritário, talvez quase-contratual, com os outros poderes sociais, no intuito de formular políticas e decisões em consonância aos legítimos interesses coletivos e também dos grupos envolvidos, cabendo repassar a estes as tarefas que possam realizar, com alívio da estrutura e das atividades estatais;

5º) deverá permitir soluções informais de problemas, desde que sejam conforme aos valores e princípios expressos na Constituição.

Com relação a esta, cumpre atualizá-la, valendo referir algumas das sugestões preconizadas por J. J. Gomes Canotilho, em palestra na qual defendeu um constitucionalismo moralmente reflexivo. Para ele, é preciso abandonar a idéia soviética da Constituição, plano e balanço, que resultou da “má utopia do sujeito projectante”, e transformou a Lei Maior em “caminho de ferro social e espiritual (...) onde a propriedade estatal dos meios de produção se misturava em ditadura partidária e coerção moral e psicológica” (Canotilho, 1996, p. 9).

Um segundo ponto versado pelo ilustre constitucionalista luso diz respeito à diminuição do molde estatizante, para admitir o emprego de “modelos regulativos típicos da subsidiariedade, isto é, modelos de autodireção social estatalmente garantidos até os modelos neocorporativos, passando pela forma de delegação conducente a regulações descentradas e descentralizadas” (Ibidem, p. 9).

O abandono do “autismo nacionalista e patriótico”, com abertura para a internacionalização e, no caso brasileiro, igualmente para a integração sul-americana, é outro aspecto sugerido por esse autor, “para a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as Constituições são relegadas para um plano mais modesto de ‘leis fundamentais regionais’” (Ibidem, p. 10).

Doutra parte, além dos fins básicos iminentes ao Estado, que são a preservação da paz e da segurança, cabe à Constituição estipular tarefas estatais, todavia sem fazê-lo de forma esgotante, nem de modo a implicar no monopólio do desempenho delas pelo Estado (Ibidem, p. 12). A Carta Magna não pode ser um mero processo tecnocrático útil para permitir o funcionamento autônomo de sistemas sociais. Deve preocupar-se com sua legitimidade, e por isso traçar as pautas mínimas de convivência, que se compõem do “complexo de direitos e liberdades definidores das cidadanias pessoal, política e econômica intocáveis pelas maiorias parlamentares” (Ibidem, p. 14).

Não se deve perder de vista a advertência consignada por Canotilho, de ser necessária uma atitude responsável do constituinte, em ordem a ser parcimonioso na outorga de concessões, sob pena de haver grandiloquência de palavras e nulidade de resultados. Os direitos prometidos precisam ter virtualidade de concretização, para não se tornarem geradores de crises, em vista de seu descumprimento, muitas vezes resultante da ausência de meios materiais para efetivá-los (Ibidem, p. 14).

A Constituição descabe, de certo, descer a particularismos com o uso de regulações excessivamente minuciosas e a perda da indispensável generalidade de suas normas, causando o conseqüente engessamento das opções políticas. Improriedades dessa espécie podem ser identificadas na Constituição de 1988:

- a) a proibição do pluralismo sindical (art. 8º, II);
- b) a estipulação de prazo prescricional trabalhista (art. 7º, inciso XXIX);
- c) a proteção especial do Estado aos garimpeiros (art. 174, § 3º);
- d) o turismo como objeto de promoção e incentivo (art. 180);
- e) a gratuidade do ensino público em todos os graus e indistintamente para qualquer pessoa, sem consideração sobre sua concreta situação econômica (art. 206, inciso IV).

7. O Judiciário e as Crises

As crises do Estado e do Direito apresentam-se como perfeitamente administráveis pela razão jurídica, mesmo porque esta enfrentou, com êxito, problemas muito mais difíceis, erigindo “esse singular e extraordinário

paradigma teórico e normativo que é o Estado de Direito” (Ferrajoli, 1997, p. 92). Como expõe Luigi Ferrajoli:

“A situação do direito própria do *ancien régime* era bastante mais ‘complexa’, irracional e desregulada do que a de hoje. A selva das fontes, o pluralismo e a sobreposição dos ordenamentos, a inflação normativa e a anomia jurídica dos poderes que os clássicos do jusnaturalismo e do Iluminismo, de Hobbes a Montesquieu e a Beccaria, tiveram de enfrentar, formavam um quadro seguramente mais dramático e desesperante do que aquele que surge aos nossos olhos.” (Ibidem, p. 92.)

Para o jurista peninsular, o desafio atual não é mais difícil do que o enfrentado há dois séculos. Hoje, a razão jurídica dispõe de um instrumento decorrente do progresso do constitucionalismo, e que consiste no fato de que o Direito é “construído como um sistema artificial de garantias constitucionalmente pré-ordenado à tutela dos direitos fundamentais” (Ibidem, p. 93).

A Constituição, em nossos dias, não traça apenas preceitos sobre as formas procedimentais de criação das leis, mas inclui normas substanciais vinculantes do Poder Legislativo, que lhe impõem ou vedam determinados conteúdos legais.

Esses vínculos de substância compreendem os direitos fundamentais, tanto as liberdades, os direitos sociais, quanto os direitos coletivos e difusos. Em conseqüência, a validade do Direito não depende, conforme entendia o normativismo formalista, apenas da legitimidade formal. É preciso, além disso, que seja observada a legitimidade material, com a realização da ordem de valores fundamentais encarnada no Texto Maior.

Entre as garantias de sua concretização sobressai a função tutelar dos direitos, que é atribuída ao Poder Judiciário. Destacam-se, então, as técnicas jurídico-processuais que buscam assegurar a máxima efetividade desses valores fundamentais, pela intervenção judicial. Quando se trata dos direitos individuais, elas funcionam para anular os atos do poder que os tenha violado. Para os direitos sociais, compreendem instrumentos de coerção ou sanção contra a omissão de medidas que os concretizem. Aqui, situam-se o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, e, em certos casos, as ações civil

pública e popular. Os outros remédios compreendem o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, a argüição de inconstitucionalidade por via de exceção e a ação direta declaratória de inconstitucionalidade.

Com esses meios, busca-se proteger e fazer realizar uma Constituição que estabelece as amarras de uma democracia substancial, em que se cuida não somente das regras formais do jogo, mas também dos preceitos materiais que devem presidir a vida em coletividade. Ressalta que a tarefa de verificar a conformidade dos atos normativos aos preceitos constitucionais, bem ainda a regularidade da atuação administrativa frente aos direitos fundamentais, cabe à jurisdição, pelo que esta recebe considerável reforço na relevância de seu papel na distribuição das funções estatais, cumprindo-lhe fiscalizar os demais poderes. Torna-se mais forte a legitimação do Poder Judiciário, indispensável para efetivar o plano da Lei Magna, e reafirma-se a necessidade de sua independência, para bem cumprir com suas atribuições.

O Poder Judiciário exerce o papel de guardião dos direitos fundamentais e da própria Constituição, ainda mais porque cabe-lhe dizer da constitucionalidade dos atos normativos. Toca-lhe, por isso, controlar os outros poderes, para mantê-los dentro dos limites traçados pelas normas constitucionais. Desse modo, se o Judiciário não se legitima por meio do voto popular, o faz pelo seu desempenho, porquanto sua legitimação provém da própria Lei Fundamental, que atribui direitos a todos e a cada um em particular, mesmo contra a maioria. Como é assim, a proteção desses direitos exige, consoante assinala Luigi Ferrajoli, a presença de um juiz imparcial e independente, “subtraído de qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes” (Ibidem, p. 101). A legitimidade e a independência judiciais são democráticas porque decorrem, conforme exposto, da função de garantia dos direitos fundamentais, sobre os quais se baseia a democracia substancial da Constituição.

Na atividade de verificação da compatibilidade das leis e dos atos com os preceitos da Carta Magna, o Judiciário como intérprete

desta deverá promover o desenvolvimento da Constituição, realizando o diálogo entre suas normas e a realidade social em constante mudança. O Texto Maior compõe um sistema aberto de valores, princípios e normas, permitindo que a definição do sentido de tais elementos possa ser efetuado em consonância com as idéias e expectativas sociais ocorrentes em determinado momento histórico.

Ressai, também por esse motivo, a importância da função judicial, encarnando o juiz, como intérprete da Lei Magna, a razão jurídica que ideou a democracia constitucional. Cabe-lhe evidente papel de relevo para atenuar, em boa parte, a crise da Constituição e do Estado Social. É necessária uma atuação consciente da importância do papel desempenhado pela instituição judiciária, em face das tremendas ameaças à ordem jurídica. Para tanto, haverá que arrostar a má vontade dos outros poderes estatais e de setores dos poderes sociais, que buscam, a todo o custo, alcançar resultados favoráveis em sua atuação, ainda que para isso tenham de pisotear a lei e os direitos. Compreendem-se, assim, os constantes ataques à independência judicial, orquestrados por intermédio dos meios de comunicação social, buscando destruí-la, a fim de transformar a Justiça em mero instrumento dos detentores de poder. A luta democrática, de momento, é preservar essa autonomia do Poder Judiciário, por sua ligação com a garantia dos direitos e, por isso mesmo, com a defesa da dignidade do homem e da Constituição.

Bibliografia

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, p. 7-17, Ab./Jun. 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. Tradução de Eduardo Maia Costa. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). *O novo em Direito e política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.
- PARDO, David Wilson de Abreu. *Caminhos do constitucionalismo no Ocidente*. Florianópolis : UFSC, 1996. Policopiado.
- WARAT, Luiz Alberto. *Por quien cantan las sirenas*. Joaçaba : UNOESC, 1996.

A interpretação da linguagem do Regime Jurídico Administrativo

JETE JANE FIORATI
WILSON FIORATI JUNIOR

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A linguagem do Direito e sua interpretação. 3. A interpretação do Direito e a moderna lingüística. 4. O Regime Jurídico Administrativo. 5. A linguagem do Regime Jurídico Administrativo e a interpretação dos conceitos indeterminados. 6. Conclusões.

1. Introdução

O trabalho do legislador, o do juiz, o do administrador, o do intérprete e o do jurista em geral têm como instrumento comum a palavra. Saber o significado e o sentido das palavras da lei é parte integrante do mundo do jurista: sem o descobrimento do alcance das palavras e das expressões presentes no mundo jurídico inexistirá a possibilidade de sua aplicação.

Com o advento em nosso País da redemocratização, a aplicação do Direito Público, especialmente as normas que compõem o Regime Jurídico-Administrativo, passou a ter vital importância para a sobrevivência da ordem jurídica, que possui na relação da administração com os administrados um de seus alicerces, uma vez que num Estado de Direito o administrador está adstrito à lei e não poderá desviar-se dela para garantia de interesses e fins que não sejam aqueles prescritos pelas normas.

Durante o regime militar que se instaurou no Brasil por mais de vinte anos, cristalizou-se a prática de que cabe ao administrador exercer competência discricionária para determinar o significado de expressões vagas presentes no Regime Jurídico Administrativo. Se assim era, impossível ao Judiciário questionar a interpretação: tratava-se de uma escolha de significado feita pelo administrador. Com a

Jete Jane Fiorati é Professora de Direito Internacional da UNESP, Mestre e Doutora em Direito.

Wilson Fiorati Junior é Bacharel em Direito e Pesquisador Autônomo.

volta ao Estado de Direito, necessário se faz o abandono desta prática, que se entrecacha com o regime democrático, uma vez que não é por meio do exercício da competência discricionária que se determina a significação de uma expressão vaga. Essa determinação é possível por meio da interpretação, que não se cinge à competência discricionária, mas configura-se numa atividade vinculada à lei e, portanto, passível de exame judicial, tal como ocorre nos diversos Estados democráticos de direito instalados no Ocidente.

É necessário, portanto, dotar o Brasil de um sistema jurídico administrativo cujas normas sejam aplicadas pelo administrador segundo sua significação objetiva e atual e não segundo significado subjetivo que lhe é dado pelo administrador, cuja impossibilidade de reexame judicial poderia levar a abusos contra a própria ordem jurídica.

2. A linguagem do Direito e sua interpretação

Durante o processo de evolução das espécies, um fator essencial diferenciou o homem de todas as outras espécies: a comunicação por intermédio de palavras. Só os homens utilizam a palavra como meio de comunicação: por meio da expressão do pensamento e do raciocínio, foi possível a elaboração de uma forma socializada de designação dos objetos e das idéias expressa por intermédio dos signos (símbolos e significados).

O uso da palavra pelos homens fez com que estes abandonassem a convivência instintiva assentada na idéia de sobrevivência e perpetuidade da espécie para que constituída fosse uma sociedade humana organizada, de caráter nitidamente finalístico, visando à realização de projetos, objetivos e idéias comuns.

Surgida a comunicação por palavras, a sociedade também se disciplinou por meio delas. A linguagem tornou-se o instrumento da lei e da concretização da norma como padrão de conduta exigível de todos os membros da sociedade indistintamente. Na vida cotidiana, os homens utilizam as palavras para diversos fins e o Direito, como norteador de condutas, deve procurar fazer uso de uma linguagem coerente com os fins que disciplina.

Nestes muitos milênios de existência, a sociedade humana tornou-se complexa, estratificada e especializada em diversos

campos: o Direito como disciplinador das relações sociais sofreu idêntico processo de especialização e estratificação, mas nunca perdeu seu caráter genérico norteador das condutas humanas. Se assim é, para ser compreendido e respeitado, o Direito sempre fez uso de palavras de todos conhecidas, ou seja, a linguagem do Direito é expressa por meio comum a todos os membros de uma dada sociedade.

Imprescindível também a observação de que as normas possuem uma função prescritiva, impondo padrões mínimos de conduta para que seja possível à sociedade humana organizada a concretização de seus fins. Como nem todas as normas são observadas por todos os membros da sociedade, é necessário a existência de um poder, que represente abstratamente a organização da sociedade, encarregado de adequar as normas, genéricas e abstratas, aos casos concretos e específicos, e de verificar seu efetivo cumprimento. É o poder quem cria e concretiza a norma.

Os diversos acontecimentos muitas vezes não estão em conformidade com as prescrições contidas nas normas. As normas, por sua vez, também descrevem fatos, tidos por conformes ou contrários à ordem jurídica. Os fatos da vida social e as normas que os regulamentam como condutas institucionalizadas não são categorias separadas. Unem-nas o valor. Sobre os fatos, incidem valores diversos, mas apenas alguns deles, por serem valores aceitos na sociedade como representativos de seu caráter, serão normatizados e constituirão regras obrigatórias de conduta.

Fruto de longa evolução histórica, o processo atual de elaboração, interpretação, execução e aplicação das leis começou a possuir a feição atual no século XVIII, quando as Revoluções Americana e Francesa firmaram o princípio da separação dos poderes de fazer, executar e aplicar as leis em detrimento do poder absoluto do rei, anteriormente representante exclusivo do Estado, forma de organização social e de exercício do poder. Com a separação dos poderes e das funções do Estado e a institucionalização do princípio da legalidade, também o Estado, especialmente os órgãos que têm a função de geri-lo, executando as leis, ou seja, a Administração Pública, tornaram-se submissos à lei, feita pelo Legislativo, que representa a sociedade organizada.

Com o advento do *Welfare State*, no qual o Estado, além de provedor da segurança e justiça

públicas, tornou-se também o responsável pela melhoria das condições de vida das pessoas, por meio da oferta de bens e serviços públicos, as suas funções tornaram-se mais complexas, especialmente no que se refere à administração da *res publica*. Se assim é, houve necessidade da elaboração de um corpo orgânico de princípios e leis que tivessem por objetivo a disciplina jurídica, a fixação de direitos, deveres objetivos, atividades, meios e limites do exercício da Administração Pública. Deste corpo orgânico de normas constitui-se o Regime Jurídico Administrativo.

Se o Estado representa a forma moderna de organização da sociedade, detendo o exercício do monopólio da violência, e cabe à Administração Pública gerenciá-lo, segundo os critérios estabelecidos em lei, é possível afirmar que também a linguagem utilizada na confecção do regime jurídico administrativo é uma linguagem natural, que possibilita aos cidadãos o exercício da fiscalização das atividades da Administração Pública no cumprimento de suas funções e das determinações legais.

Assim, se a linguagem do Direito como um todo, disciplinador das condutas dos súditos e da Administração Pública, é a linguagem natural dos homens, cumpre aprofundá-la por meio de estudos que problematizem a “passagem” e a mutação do caráter da norma: de genérica e abstrata – quando descrita ou prescrita em lei, ela torna-se concreta e específica – quando executada pelo administrador ou aplicada a um caso concreto. Neste processo a interpretação das palavras, no qual são expressas as normas, desempenha um papel crucial: elas serão o ponto de partida e balizamento para aplicação da norma ao caso concreto.

Se a linguagem é o instrumento de expressão do Direito, que, por sua vez, constitui-se na disciplina de condutas humanas na sociedade organizada, fundamental é compreender o significado das palavras da lei e sua interpretação, seja individualmente (interpretação gramatical ou literal), seja em conjunto com outras palavras formando um texto ou comando (interpretação lógica), seja avaliando a inter-relação deste conjunto de palavras com outros textos presentes no ordenamento jurídico (interpretação sistemática), seja cotejando este texto com a vida social no presente e no passado (interpretação histórica), ou seja, enfim, examinando as finalidades deste texto legal (interpretação teológica).

Signos e significados foram definidos pelo arbítrio dos homens, uma vez que as palavras são signos que representam a realidade e não possuem uma relação de causa e efeito com o objeto representado. Para iniciarmos o processo de interpretação da lei é essencial verificarmos que estas palavras podem simbolizar realidades diversas, especialmente quando são analisados o seu conteúdo semântico, ou seja, a sua função dentro do processo de comunicação, e sua referência a objetos, o seu uso e o sujeito que delas faz uso.

Estabelecer uma diretriz para a interpretação afirmando que as palavras possuem o mesmo significado pode fazer sentido no que se refere à linguagem técnica da matemática ou das ciências da natureza (Química, Física e Biologia) onde impera a univocidade própria do convencionalismo científico. Assim, quando determinado elemento químico é individualizado na natureza ele recebe um nome científico, pelo qual será conhecido em toda a comunidade científica. O convencionalismo científico é expresso e unívoco, sendo que as palavras possuem cada qual um único significado.

Já a linguagem do Direito, uma vez constituir-se o Direito na “conduta humana objetivada”¹, é uma linguagem natural com todas as imperfeições e múltiplos significados dela decorrentes. Sua função é dar expressão às normas que direcionam condutas e comportamentos; e há necessidade de que suas prescrições sejam compreendidas para serem obedecidas. As palavras da qual se compõem a linguagem natural são fundadas num convencionalismo tácito e na arbitrariedade de significados, que variam conforme sua posição dentro do processo de elaboração da lei, conforme seu uso e o agente que dela faz utilização.

Na linguagem natural as palavras possuem significados equívocos, que se modificam conforme o uso que delas se faz. A palavra direito, por exemplo, possui diversos significados e pode ser utilizada como substantivo ou adjetivo. Se utilizada como substantivo poderá significar:

a) Direito é o justo ou o correto (Direito igual à Justiça);

b) Direito é o conjunto de normas jurídicas vigentes num país (Ordenamento Jurídico);

¹ RECASÉNS SICHES, L. *La nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2. ed. México, Porrúa, 1973. p. 33.

c) Direito é faculdade que a lei concede a alguém para praticar ou não um determinado ato ou prerrogativa concedida por lei (Direito Subjetivo);

d) Direito é uma ciência das normas obrigatórias que disciplinam a vida do homem em sociedade, utilizando-se de métodos próprios e possuindo princípios próprios (a Ciência do Direito);

e) Direito é o complexo de normas de caráter obrigatório impostas pelo Estado e que compreende as normas do Direito Costumeiro e do Direito Escrito (Direito Positivo);

f) O Direito pode ainda ser definido como uma grande árvore que possui diversos ramos: direito processual, direito civil, direito administrativo, direito internacional, entre outros;

g) Direito é prerrogativa, privilégio ou regalia.

Quando usado como adjetivo *direito* poderá significar, ao conferir uma qualidade a algo ou a alguém:

a) destro;

b) que segue a mesma direção, reto;

c) que não é curvo;

d) que é apumado ou ereto;

e) honesto, probo, honrado, justo;

f) leal, franco, sincero.

Vê-se, portanto, que a linguagem natural é uma linguagem de textura aberta, ou seja, as palavras e expressões nela contidas possuem significados vagos e ambíguos. O Direito serve-se dessa linguagem natural para atingir suas finalidades de nortear e disciplinar condutas sociais. As leis devem ser adequadas à realidade dos homens, e esta nem sempre é única e igual: ao contrário, há a necessidade de defini-la a todo momento. Assim também o direito tem a necessidade de redefinição a todo momento de seus conceitos e significados, haja vista que a lei expressa-se na mesma linguagem da realidade cotidiana, e esta linguagem compõe-se de palavras que carecem de um significado unívoco.

Segundo Genaro Carrió, as palavras têm dupla função: “denotam o conjunto de objetos e conotam as características e propriedades destes mesmos objetos”². Para o mesmo autor as palavras são conotadas porque seu significado é aferido em função do contexto lingüístico e da situação humana a que se aplicam, já que as palavras muitas vezes

possuem usos emotivos ou metafóricos. E são denotadas quando se tem dúvida por imprecisão de uso da mesma, uma vez que ela pode designar genericamente fenômenos qualitativos e continuativos. Nesse sentido, acentua ainda Carrió “todas as palavras da lei são potencialmente vagas”³.

Para Christiano José de Andrade “A vagueza é pertinente à extensão e a ambigüidade à intensão”⁴. Neste sentido sempre haverá necessidade de redefinição do seu conteúdo, e tendo em vista a potencial vaguidade das palavras da lei, conclui-se que todas as palavras da lei carecem de interpretação.

Compreende-se o Direito como um produto derivado do pensar e do fazer do homem em sociedade. Fato, valor e norma integram-se e completam-se constituindo o Direito como sistema de regulamentação da vida social. Surgido da sociedade o direito a ela retorna para disciplinar suas inter-relações. Esta compreensão da função do Direito é fruto do desenvolvimento da Ciência do Direito nestes últimos dois séculos.

Durante a Idade Média, o Direito era identificado com a vontade de Deus e tanto a vida religiosa quanto a vida cotidiana estavam submetidas às mesmas normas religiosas. Com o advento do absolutismo monárquico, o Direito passou a ser elaborado pelos reis, governantes por direito divino, e por eles mesmos aplicado. No século XVIII os filósofos do Iluminismo, especialmente Rousseau e Montesquieu, afirmavam que o Direito tinha por objeto a disciplina da vida do homem em sociedade, e este mesmo Direito passou a constituir-se objeto da razão humana: os homens fazem as leis por intermédio de seus representantes eleitos, cabendo aos administradores realizá-las integralmente e aos juízes a função de aplicá-las aos casos em litígio.

Igualmente defensores da tese de que cabia ao administrador e ao juiz serem escravos da lei, fazendo um silogismo ao enquadrar o caso concreto à lei, foram os juristas franceses filiados à Escola da Exegese, à Escola Analítica Inglesa e à Pandectas da Alemanha. Pandectistas, analíticos e exegéticos acreditavam “ser possível estabelecer clareza e segurança absolutas por meio de normas rigorosamente

³ Ibidem, p. 36.

⁴ ANDRADE, C. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 158.

² CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y language*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1979. p. 27.

elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões administrativas e judiciais”⁵. Estas concepções deram origem no final do século XIX ao Positivismo Jurídico.

Para o Positivismo Jurídico, que teve como seu maior sistematizador Hans Kelsen, jurista austríaco que viveu neste século, o ordenamento jurídico configura-se num sistema fechado, tendo sua validade fundada numa hierarquia de normas jurídicas que se assemelha a uma pirâmide jurídica. Desta forma, as normas que se situam na base da pirâmide retiram sua validade daquelas que estão em patamar superior e assim sucessivamente, concluindo-se que todas as leis tiram sua validade da Constituição e esta da norma hipotética fundamental, que possui caráter metanormativo e que num sistema democrático poderia ser expressa pelo poder constituinte.

Não cabe ao juiz ou ao administrador perquirir o processo de elaboração das normas e sua veiculação por intermédio de leis, mas sim executarem-nas sem deixar que nesta execução interfiram valores ou concepções extrajurídicas. Neste sentido o modelo normativo preconizado por Kelsen e pelos positivistas assemelha-se a um modelo matemático onde cada fato tem seu correspondente numa norma, sendo que o conjunto de normas, que se configura no ordenamento jurídico abarca a todos os fatos, atos e condutas humanos. Como um sistema fechado, o Direito possuiria uma linguagem com termos próprios, suficientemente claros para esclarecer eventuais dúvidas do administrador na execução de normas e do juiz na sua aplicação aos casos concretos.

Com o passar dos tempos, essas concepções sofreram modificações: a ascensão de Rudolf von Ihering e sua doutrina de interesses e fins, a Escola da Livre Pesquisa de François Geny, a Escola do Direito Livre de Stammler e Kantarovikz, a Escola Sociológica Francesa, o Realismo Jurídico Norte-Americano de Marshall e Pound, o realismo Escandinavo com Alf Ross à frente, a Escola Ecológica de Carlos Cossio, a Escola Culturalista de Miguel Reale e a Lógica do Razoável de Rawls e Recaséns Siches, bem como a Tópica de Viehweg, Engisch, Carrió e Tércio Sampaio Ferraz. Essas

⁵ ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 272.

Escolas do pensamento jurídico passaram à defesa de uma maior liberdade do juiz e do administrador em relação à lei, seja porque nem sempre a lei é precisa e suficiente para ser executada cotidianamente ou aplicada aos casos concretos, nem é possível que abarque todos os casos novos e as rápidas modificações da realidade, seja porque se entende que o sentido das normas deva evoluir segundo a realidade social e esta muda.

Daí nos tempos atuais falarmos em interpretação da lei e não escravidão à lei num processo rígido de subsunção silogística que atrelava administrador e juiz à norma. Assim, cabe ao administrador na execução do regime jurídico administrativo e ao juiz durante a sua aplicação aos casos concretos interpretarem-no segundo um prisma de valores atualizados.

3. A Interpretação do Direito e a moderna lingüística

Na clássica definição de Carlos Maxiliano a interpretação “é um sistema de princípios utilizados pelos juristas para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”⁶. Já nos tempos do Direito Romano a interpretação era muito utilizada e muito contribuiu para a evolução do Direito, seja a hermenêutica dos jurisconsultos, seja a aplicação dos pretores. A decadência ocorrida no período do Baixo Império fez com que os poderosos do tempo restringissem as atividades dos juristas à busca do sentido e alcance da lei cujas palavras que não fossem claras. Cunhou-se o brocardo *in claris cessat interpretatio*. Em nossos dias esta posição doutrinária é isolada, visto que a linguagem possui aspectos que, embora claros, dificultam a interpretação e o entendimento da lei.

Segundo Karl Larenz: “Objeto da Interpretação é o texto legal”. Por interpretação de um texto entendemos a exposição, o esclarecimento do sentido nele encerrado. Daí não se segue que só num texto particularmente obscuro, difícil de entender ou impreciso, haja carência de interpretação. Pelo contrário, a necessidade de interpretação de todos os textos deriva, como vimos antes, de a maioria das representações gerais e dos conceitos da linguagem corrente terem ‘contornos imprecisos’. Acresce que o uso lingüístico muitas

⁶ MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 12. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p. 01.

vezes oscila e que o significado de uma palavra pode variar segundo a posição na frase, a acentuação ou o contexto do discurso. Mesmo onde o legislador definiu para seu uso um conceito, delimitou-o portanto em pormenor, eis que a definição quase sempre contém de novo elementos que precisam de uma avaliação mais pormenorizada. Quando o Código Civil alemão faz saber, por exemplo, que a expressão *imediatamente* significa o mesmo que *sem demora culposa*, é agora preciso a interpretação para saber quando é culposa a demora. Uma exatidão completa da delimitação só se pode alcançar quando, como é o caso das marcações de prazos, se pode trabalhar com números exatos ou quando se trata de um conceito individual como *República Federal Alemã*⁷.

Definir e determinar o alcance da lei e seu sentido no tempo atual é interpretar. Interpretar é, portanto, definir novamente, é conceituar atualmente. Para Luís Alberto Warat “interpretar a lei implica sempre a produção de definições eticamente comprometidas e, por isso, persuasivas”⁸, visando convencer o receptor a compartilhar o juízo de valor postulado pelo intérprete. Interpretar é produzir definições persuasivas que implicam a prévia realização de um processo redefinitório, alterando as características de relevância de um termo, permitindo ou provocando uma mudança em sua denotação, utilizando-se para isto de critérios axiológicos ou valorativos.

Casos de redefinição são as imprecisões expressas na vagueza e ambigüidade dos termos. Nos casos de vagueza e definição é aclaratória produzindo na realidade uma redefinição de termos. Nos casos de ambigüidade as palavras têm múltiplos significados, cabe ao juiz redefinir, confrontando os significados ao caso concreto, qual deles tem maior relação de significância com a situação concreta. Para Genaro Carrió “formular uma definição persuasiva é recomendar um ideal, modificando o significado descritivo de uma palavra, uma vez que os juízos valorativos estão encobertos por definições empíricas, objetivas e neutras, pois se consubstanciam de palavras que possuem forte conteúdo emotivo”⁹. Estes

⁷ LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 355-356.

⁸ WARAT, L. A. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre : Síntese, 1979. p. 93.

⁹ CARRIÓ, op. cit., p. 104. nota 2.

juízos de valor encobertos não se ocultam somente sobre a aparência de prescrições, mas também de descrições de fatos.

A lingüística ao estudar os signos estabeleceu três dimensões ligadas ao grau de liberdade de uso: a dimensão sintática, onde os signos são avaliados em sua relação com outros signos; a dimensão semântica, onde se avalia os signos em relação a objetos e a dimensão pragmática, onde os signos são avaliados em relação ao usuário, intérprete ou destinatário. A linguagem do Direito é uma linguagem natural imprecisa ou dúbia e esta dubiedade ou imprecisão manifestam-se nos diversos usos da língua.

A ambigüidade reflete uma imprecisão semântica: a mesma palavra pode ter vários significados diferentes, conotando as propriedades do objeto de forma diversa. São exemplos de ambigüidade: manga, trabalho, ciência, repouso noturno, adultério. Estas imprecisões fazem com que o intérprete redefina o conceito a cada aplicação que dele faça no caso prático, utilizando como referencial o caso concreto ao qual aplicará o conceito, buscando entre eles uma relação de significância.

Também pode surgir ambigüidade na sintaxe, embora sua manifestação ocorra em menor grau e sempre ligada ao uso de conectivos como *e/ou* e às palavras *poder* e *dever*. Na lição de Alípio Silveira, interpreta-se a palavra *poder* como *dever* se a conduta estiver ligada a procedimento da Administração Pública: “O Estado pode oferecer universidades” deve ser interpretado como o “Estado deve oferecer universidades”, segundo a interpretação usualmente observada em nossos Tribunais, conforme enfatiza o mesmo autor¹⁰.

Já a vagueza está ligada à imprecisão de significados no que tange à sua extensão: a palavra é fluída e incerta em sua denotação como calvo, culpa, mulher honesta, interesse público, local adequado, motivo justo, motivo relevante e urgente. A vagueza está ligada ao que se chamaria de conceitos indeterminados, sejam eles naturalísticos ou jurídicos. Philipp Heck distingue nos conceitos jurídicos um “núcleo conceitual” e um “halo conceitual”. Para o mesmo Heck nos conceitos naturalísticos tem se sempre a noção clara da extensão do conceito quando se está no núcleo, iniciando-se as dúvidas quando se está no halo. Cita como

¹⁰ SILVEIRA, A. *Hermenêutica no Direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968. p. 103.

exemplo a palavra noite: é noite às vinte e quatro horas, quando domina a escuridão, mas surgem dúvidas quando se afirma que é noite às dezoito horas, no momento do crepúsculo¹¹. Igual exemplo pode ser dado quando se trata de conceitos normativos cujo sentido se encontre preenchido por uma valoração interpretativa, como é o caso de expressões como ato vil, interesse público, mulher honesta.

A “teoria do halo” de Phillip Heck é tratada também por Genaro Carrió com o nome de “teoria da penumbra”. Segundo Carrió “todas as palavras são potencialmente vagas”¹². Para este jurista argentino “há um foco de intensidade luminosa onde se agrupam exemplos típicos, aqueles frente aos quais não se duvida que a palavra é aplicada; há uma mediata zona de obscuridade circundante onde se sabe que a palavra não se aplica e entre as duas há uma zona de penumbra sem limites precisos onde se tem dúvidas sobre o emprego da palavra”¹³. Na “zona de penumbra” situam-se os conceitos como o de mulher honesta, interesse público, pequeno prejuízo ou pequeno valor.

Cabe ao intérprete descobrir o significado das palavras tendo como ponto de partida a expressão como um todo, porque o que se visa é determinar o significado da expressão. Portanto a interpretação semântica não é silogística, mas uma redefinição do conceito que é por natureza vago ou ambíguo. No mundo do direito onde impera a linguagem natural, as expressões jurídicas, até mesmo as tecno-jurídicas, são relativas e incertas porque referem-se ao que é genérico na sociedade humana, referência esta decorrente da própria lei, que tem natureza genérica e abstrata. E o genérico e o abstrato nunca têm o mesmo significado para todas as pessoas em todos os contextos. Por isso são grandes as divergências jurisprudenciais no que tange à interpretação das palavras da lei.

Além das dimensões sintática e semântica da interpretação, há necessidade de se levar em conta a sua dimensão pragmática, ou seja, a compreensão da relação entre o intérprete, o destinatário e o usuário. Trata-se do “estudo do ato de falar enquanto uma relação entre emissor e receptor na medida em que é mediada por signos lingüísticos”¹⁴. Conclui-se portanto

que a dimensão pragmática do símbolo se compõe do estudo da interação entre o receptor e o emissor, tendo por objeto um discurso dogmático, onde prevalecerá a opinião escolhida pelo emissor entre todas as opiniões possíveis, num processo de metacomunicação (a comunicação do intérprete sobre a comunicação da lei) que, por sua vez, será imposta ao receptor. Dessa forma, todo discurso normativo “revela uma violência simbólica, enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um tipo de relação comunicativa que impõe o significado do relato”¹⁵. Por isso se vê que o aspecto pragmático da interpretação está ligado a uma interação de valores pressupostos.

Como as palavras são vagas e ambíguas e veiculam valores, observa-se que a uniformização de seu sentido liga-se à normatização pelo poder, à violência simbólica, “o poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força”¹⁶. É um arbítrio que reforça o significado socialmente aceito, uma vez que “a variedade e diversidade dos sentidos decorrem também da multiplicidade dos pontos de vista dos atores sociais: várias opiniões, vários sentidos; é preciso, pois, produzir consenso... A organização dos símbolos apóia-se num processo de neutralização de outros agentes, os terceiros, sociais que são, assim, uniformizados e, como tais, tomados como ponto de referência. A uniformização dos sentidos pela neutralização de opiniões dos outros é obtida por regras pragmáticas de controle social e, isto requer, de novo, uma forma de poder de violência simbólica: o poder liderança... Por fim a variedade e diversidade dos sentidos decorrem também da multiplicidade dos símbolos e sua conseqüente vaguidade e ambigüidade. Faz mister neutralizar o próprio símbolo conferindo denotação e conotação razoavelmente precisas aos seus conteúdos. A uniformização, neste caso, requer também uma forma de poder de violência simbólica: o poder reputação, enquanto controle do repertório simbólico”¹⁷.

Neste sentido tanto Warat quanto Carrió enfatizam que interpretar significa produzir definições persuasivas que decorrem de argumentos valorativos, escondendo juízos de valor sob a aparência de definições pretensamente

¹¹ HECK, apud ENGISCH, op. cit., p. 173. nota 5.

¹² CARRIÓ, op. cit., p. 33, nota 2.

¹³ Idem, p. 35.

¹⁴ FERRAZ JR., T.S. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo : Atlas, 1991. p. 04.

¹⁵ Idem, p. 175.

¹⁶ Ibidem, p. 251.

¹⁷ Ibidem, p. 225.

empíricas, objetivas ou neutras¹⁸. Não se pode, no entanto, afirmar que: pelo fato de os signos lingüísticos serem convencionais, aceitos e compreendidos por emissores e receptores num processo intermediado pela violência simbólica, o intérprete tinha total liberdade para estabelecer o nexo entre o significante e o significado. Esta negativa se dá porque a língua é uma convenção recebida e transmitida por herança, e o intérprete não pode fazer o que quiser com o signo porque a sua significação tem um caráter institucional, social e ideológico. No dizer de Christiano de Andrade:

“Após a convenção a língua entra num processo de institucionalização, que escapa ao nosso controle. Essa institucionalização limita o intérprete, que não pode trocar os significados das palavras à vontade. Também essa institucionalização regula as relações sintagmáticas e associativas que, por sua vez, limitam o intérprete. Todavia, este do seu lado, tem certa liberdade que depende de seu grau de capacidade ou habilidade de manipular, no seu nível institucional, as associações possíveis”¹⁹.

Desenvolve-se a interpretação literal como uma paráfrase da linguagem normativa, onde há uma explicação e uma reformulação do texto com a eliminação dos defeitos e inconveniências, obtendo-se um substitutivo expressivamente mais claro e formulado em termos mais convenientes e o parafraseado é o sentido mesmo da expressão, objeto da interpretação. “A paráfrase permite alterar o contexto verbal do discurso sem modificar seu significado; é uma técnica retórica capaz de aumentar a eficácia comunicativa da linguagem, funcionando como um aperfeiçoamento em relação ao texto parafraseado”²⁰. A função da paráfrase é criar uma motivação para a linguagem normativa num claro exemplo de violência simbólica.

Já se afirmou que a interpretação resulta no arbitrário socialmente aceito, que é obtido por intermédio de decisões, legislativas ou judiciais, que exigem critérios interpretativos próprios na sua elaboração. Estes critérios quando confrontados com a ambigüidade e vagueza resultam na impossibilidade de subsunção através de silogismo e evidenciam a

existência de elementos valorativos que permitem a aplicação das normas aos casos concretos. Estes critérios são igualmente vagos: o bem comum, o interesse geral, o interesse público, a paz social e outros. Ao decidir, o juiz necessita da cooperação das partes e, portanto, deverá revelar esta decisão por meio de um discurso que implica comunicação e esta se dá durante todo o processo, com a possibilidade de argumentação entre as partes. Assim o pensamento jurídico opõe-se ao pensamento demonstrativo e universal, constituindo-se num raciocínio persuasivo e axiológico válido para determinadas pessoas e situações. É um raciocínio dialético que parte de um caso concreto e não de uma norma a interpretar.

Theodor Viehweg compreende o raciocínio jurídico como raciocínio argumentativo ou dialético, porque parte de opiniões geralmente aceitas, sendo que estas opiniões podem ser definidas como aquelas admitidas por todos²¹. Segundo Tércio Ferraz Júnior, “os conceitos e proposições básicos dos procedimentos dialéticos constituem-se não axiomas nem postulados de demonstração, mas sim fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto de opiniões”²², configurando-se pois numa prática (ou práxis) de argumentação aplicável ao exercício retórico.

Como estilo ou modo de pensar, a tópica parte de um caso particular procurando acoplá-lo a princípios e conceitos sem se ater a procedimentos rigorosamente verificáveis, mas sim utilizando-se de argumentos dialéticos, que têm como ponto de partida valores do senso comum como Estado de direito, direitos humanos, legitimidade, justiça, buscando obter de alguém um consenso para uma tese proposta. É um pensamento indutivo que tem como premissas opiniões, possíveis e factíveis.

Tópica foi a jurisprudência romana na argumentação dos juriconsultos, homens notáveis, cujos pensamentos e opiniões tornaram-se argumentos de autoridade. Neste sentido a jurisprudência configura-se numa técnica que é colocada a serviço da solução de um problema e corresponde à tópica, que é uma técnica do pensamento problemático. Para Karl Engisch a tópica seria a “teoria da arte da descoberta e da utilização de pontos de vista e de argumentos no tratamento de problemas que

¹⁸ WARAT, op. cit., p. 93, nota 8.

CARRIÓ, op. cit., p. 104, nota 2.

¹⁹ ANDRADE, op. cit., p. 197, nota 4.

²⁰ Idem, p. 173.

²¹ VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio S. Ferraz Jr. Brasília : Imprensa Nacional, 1979. p. 36.

²² FERRAR JR, op. cit., p. 298, nota 14.

se recusam a uma solução rigorosamente dedutiva²³. Como a tópica constitui-se num pensamento que trabalha com juízos de valor, utiliza-se de uma lógica e teleológica.

Para finalizar é possível verificar que José de Oliveira Ascensão enfatiza que a tópica e a retórica são importantes no nosso mundo porque este é pragmático e opera por meio da funcionalidade, que valoriza o argumento, os elementos formais e a opinião em detrimento da verdade²⁴. Se assim é, impossível pensar o Direito como um sistema fechado, com linguagem própria, sem lacunas e sem obscuridades, como queriam os positivistas.

4. O Regime Jurídico Administrativo

O Direito Administrativo Brasileiro como ramo do Direito Público possui em seu conteúdo um conjunto de normas e princípios cogentes de aplicabilidade imediata que regulam e controlam a atividade administrativa do Estado no que se refere aos atos praticados pelo Poder Público por meio de seus agentes. Regime Jurídico Administrativo é a denominação dada a este conjunto de princípios que compõem uma unidade lógica que confere identidade ao Direito Administrativo e constitui o alicerce para toda sistematização posterior das normas que o compõem. Segundo Vedel “entende-se por regime jurídico administrativo as regras essenciais que dominam a atividade administrativa, isto é, os princípios fundamentais do Direito Administrativo”²⁵.

O Regime Jurídico Administrativo tem como princípios fundamentais a supremacia do interesse público sobre os interesses privados e a indisponibilidade pela administração pública dos interesses públicos. São estes dois princípios que lhe conferem o caráter de direito público e as suas especificidades, bem como sua natureza jurídica. Determinar a natureza jurídica significa qualificar determinadas relações existentes na vida social fazendo incidir sobre elas o Direito. Segundo Jacob Dolinger,

“A qualificação ou natureza jurídica é um processo tecno-jurídico sempre presente no direito, pelo qual se classifica ordenadamente os fatos da vida relativa-

mente às instituições criadas pela Lei ou pelo Costume, a fim de bem enquadrar as primeiras nas segundas, encontrando-se assim a solução mais adequada e apropriada para os diversos conflitos que ocorrem nas relações humanas”²⁶.

Se assim é a realidade com a qual se defronta o Direito Administrativo refere-se à regulamentação das atividades e da essência ou caráter da administração pública que se exteriorizam em seus poderes e deveres para a realização dos interesses públicos, que, por serem públicos, estão em patamar de superioridade em relação a interesses privados e à impossibilidade da administração pública de desviar-se dos interesses públicos. Nesse sentido podemos dizer que o Direito Administrativo assenta-se sobre as prerrogativas e potestades da administração pública, cuja essência e caráter ligam-se à titularidade exclusiva da dicção do interesse público, e o interesse e os direitos do administrado frente às prerrogativas desta mesma administração pública.

Para que o Regime Jurídico Administrativo esteja configurado é necessário um exame pormenorizado de seus princípios, que lhe conferem caráter orgânico e sistematizado. São princípios do Direito Administrativo, além dos dois princípios básicos que lhe definem a natureza jurídica, que se manifestam pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público pela administração, princípio da legalidade, princípio da finalidade, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da motivação, princípio da impessoalidade, princípio da publicidade, princípio da moralidade administrativa, princípio do controle judicial dos atos administrativos e princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos.

Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Na moderna sociedade democrática constitui-se dogma a afirmação de que o interesse da coletividade prevalece sobre o interesse do particular. Nesse sentido é possível a afirmação de que os órgãos públicos gozam de supremacia frente aos particulares em virtude de terem como obrigação a persecução do interesse público, possuindo alguns privilégios, como a

²⁶ DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. p. 307.

²³ ENGISCH, op. cit., cap. 8, nota 5.

²⁴ ASCENSÃO, apud ANDRADE, op. cit., p. 206, nota 4.

²⁵ VEDEL, apud MELLO, C.A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 19.

presunção de legitimidade dos atos administrativos, a inversão do ônus da prova nas demandas em que a administração estiver na condição de ré, bem como prazos maiores na prática de atos processuais.

Por outro lado, como a administração está em situação de supremacia, de comando frente aos particulares, pode impor por meio da prática de atos administrativos, unilateralmente aos particulares, a prática de atos independentemente do acordo dos mesmos e exigir deles o seu cumprimento, configurando o requisito da exigibilidade dos atos administrativos. Como a administração encontra-se em posição de supremacia frente aos particulares, poderá retirar o ato a qualquer tempo por motivos de conveniência ou oportunidade (revogação do ato) ou decretar a sua nulidade quando contrários ao ordenamento jurídico (anulação do ato administrativo). Todas estas prerrogativas são concedidas à Administração, tendo em vista o fato de constituir-se ela na guardiã do interesse público. Aos poderes que lhe são concedidos correspondem deveres de atendimento ao interesse público.

Princípio da indisponibilidade do interesse público

O interesse público é indisponível, o que equivale dizer que a persecução do interesse público constitui uma obrigação, um dever para a Administração e não faculdade que se inscreve no domínio da vontade. Rui Cirne Lima afirma que “Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio da propriedade individual a vontade”. Se assim é “a Administração é atividade do que não é senhor absoluto”²⁷ e deve estar adstrita às finalidades legais.

Princípio da legalidade

O princípio constitucional da legalidade, presente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, tem como pressuposto fundamental a idéia de que somente é possível a prática de um ato administrativo quando houver previsão legal anterior.

O princípio da legalidade decorre diretamente da noção de que o interesse público é indisponível para o administrador, motivo pelo qual a atividade administrativa é balizada pela lei. O princípio da legalidade é o princípio que

norteia o Estado de Direito, sujeitando toda a atividade administrativa aos ditames da lei, e impondo ao administrador o dever de não se afastar dela sob pena de responsabilidade disciplinar, civil, penal, dentre outras. Hely Lopes Meirelles enfatiza que “Na administração pública não há liberdade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”²⁸. Seabra Fagundes diz que “a legalidade na administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição para sua ação. Administrar é aplicar a lei de ofício”²⁹.

Princípio da finalidade

A administração pública no exercício de suas funções sempre tem em vista um objetivo ou finalidade específicos. O princípio da finalidade está contido no princípio da legalidade, pois cabe à lei o dever de fixar a finalidade dos atos. Dar cumprimento ao princípio da legalidade, pois cabe à lei o dever de fixar a finalidade dos atos. Dar cumprimento ao princípio da finalidade, significa igualmente cumprir o princípio da legalidade, uma vez que a finalidade legal é sempre vinculada e se configura na persecução do interesse público. Caso o administrador deixe de cumprir o fim legal do ato, enquadrar-se-á no desvio de poder, que se configura na antítese do princípio da finalidade.

Princípio da razoabilidade

Durante a execução da lei pelo administrador ele se depara muitas vezes com a necessidade de utilizar-se de critérios interpretativos para determinar a finalidade legal, definindo assim o interesse público a ser perseguido. Estes critérios deverão ser razoáveis, fundados na razão e na práxis cotidiana da administração. Assim poderiam ser consideradas condutas inválidas, tanto pela administração quanto pelo Judiciário, porque contrárias ao interesse público aquelas ações ou omissões adotadas pelos agentes públicos que se configurassem incongruentes com as finalidades pré-determinadas pela lei. Como se observa, o princípio da finalidade encontra-se em harmonia com o princípio da legalidade.

²⁸ MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1964. p. 66.

²⁹ FAGUNDES, A. Seabra. *Controle jurisdicional dos atos administrativos*. Rio de Janeiro : Forense, 1979. p. 4.

²⁷ LIMA, Rui C. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1954. p. 63.

Muitas vezes a lei faculta ao administrador uma certa margem de liberdade no que se refere ao procedimento administrativo, cabendo a este determinar por meio de sua vontade, com fundamento em critérios de conveniência e oportunidade, qual a conduta a adotar dentro de uma série de condutas possíveis e igualmente previstas. Trata-se da discricionariedade administrativa, e esta margem de escolha transbordará para ilegalidade, quando a conduta escolhida for desarrazoada ou não estiver comportada na lei que estabelece a possibilidade de que seja levada a cabo uma escolha dentro de uma série possível e prevista de opções.

Princípio de proporcionalidade

Este princípio transmite uma idéia de proporção, de medida, para que, quando da aplicação da lei no campo do Direito Administrativo, as conseqüências e os resultados dela decorrentes não estejam imbuídos de exagero. Segundo este princípio entende-se que o administrador, no uso de suas funções administrativas de dar cumprimento às leis, deverá ater-se à justa medida para que os atos alcancem seus objetivos validamente previstos e na proporção em que seja demandada pela situação jurídica. Assim, o ato do administrador não deverá ultrapassar, seja em intensidade ou extensidade, o necessário para atingir o interesse público. Caso contrário, este ato será considerado inválido por incongruência à finalidade legal, cabendo a sua anulação pelo Poder Judiciário. Assim, o princípio da proporcionalidade decorre do princípio da razoabilidade.

Princípio da motivação

O princípio da motivação tem como corolário o princípio da legalidade, que impõe à administração o dever de fundamentar o ato praticado, expondo as razões de fato e de direito que determinaram a sua expedição. Ausente a motivação, o ato é nulo, especialmente se for ato advindo do exercício de competência discricionária, onde se reputará razoável, conforme a lei, ou obediente à finalidade, ou não, a escolha feita pelo administrador dentro de uma série de opções que a lei lhe possibilita se este explicar as razões que o levaram a adotar aquela conduta e não outra. Nos casos em que o ato for praticado no exercício de competência vinculada, a motivação já está embutida no ato,

porque se trata de ato praticado de forma automática em estrito cumprimento da lei.

Princípio da impessoalidade

A prática dos atos administrativos deve obedecer aos critérios de imparcialidade e impessoalidade, proibida a utilização de critérios que levem ao favorecimento de determinadas pessoas ou ao direcionamento da prática de atos para beneficiar indiretamente determinadas pessoas, procurando sim uma equiparação entre os administrados. Na sua atuação o administrador deverá pautar-se pela isonomia dos administrados perante a administração, considerando-se nulos os atos que estabeleçam desigualdades ilegais entre os administrados. Um dos atos administrativos que se regem pelo princípio da impessoalidade é a instituição de concurso público para provimento dos cargos e funções administrativas.

Princípio da publicidade

Todos os atos praticados pelos agentes públicos no exercício da função administrativa devem ser dotados de transparência, permitindo aos administrados cientificarem-se de que a administração pauta-se pela persecução do interesse público. Em garantia ao princípio da publicidade a Constituição Federal prevê o recurso judicial do *habeas data* cuja titularidade é concedida ao administrado para cientificar-se sobre informações de seu interesse de caráter público que lhe forem negadas. A publicidade dos atos administrativos somente será suspensa quando o silêncio for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, se autorizado pela lei.

Princípio da moralidade administrativa

Funda-se tal princípio nos denominados princípios de lealdade e de boa-fé, que prescrevem aos agentes públicos atuarem de acordo com princípios éticos, permeando seus atos de sinceridade e veracidade, proibindo-se qualquer comportamento de má-fé visando confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. Para invalidar tal ato o cidadão tem o remédio judicial da ação popular.

O princípio do controle judicial dos atos administrativos

É possível comparar a expressão *controle*, aqui mencionada, com a expressão *monopólio*,

uma vez que, como é princípio constitucional da unidade de jurisdição que se consubstancia na possibilidade de submissão de qualquer questão de direito ao controle judicial – inclusive os litígios entre a administração pública e os administrados – assim detém o Poder Judiciário a universalidade de jurisdição, podendo anular ou tornar nulo quaisquer atos da administração que afrontem a ordem jurídica.

O princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos

Prescreve o texto constitucional em seu art. 37, § 6º:

“As pessoas jurídicas de Direito Público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Nesse sentido é possível a afirmação de que o Estado no exercício da atividade administrativa é objetivamente responsável por todos os atos que venham a ser praticados pelos agentes públicos que tragam prejuízos a terceiros, assegurado o direito de regresso do Estado contra o funcionário que tenha agido com dolo ou culpa. As concessionárias ou permissionárias, empresas privadas que prestam serviços públicos, obrigam-se do mesmo modo que o Estado, ou seja, também a empresa responsabiliza-se objetivamente pela ação do seu funcionário que cause dano ou prejuízo a terceiros.

Enfatizar-se-á que a responsabilização objetiva do Estado em virtude de danos causados a terceiros, relacionados à realização da atividade pública, somente ocorre em casos comissivos, ou seja, quando o agente público estava obrigado a executar uma atividade e na execução prejudicou o particular. Nos casos de conduta omissiva, quando o agente estava obrigado a atuar para evitar o dano e, podendo fazê-lo, não o fez, ou o fez de forma deficiente, a responsabilidade é subjetiva, porque está configurada a culpa de serviço.

O Regime Jurídico Administrativo, que se configura num sistema integrado de normas oriundas do direito público, compreende uma vasta quantidade de normas que tem por função disciplinar a constituição da administração pública, seus poderes e principalmente a sua relação com os administrados. Ocorre que a

linguagem na qual se expressam as normas do Regime Jurídico Administrativo não é uma linguagem inteiramente formalizada, composta de palavras de sentido unívoco, mas uma linguagem natural, de textura aberta, dominada pela indeterminação dos conceitos que motivam um renovar permanente da ordem jurídica, por meio da permanente redefinição de expressões legais. Estas palavras vagas são conhecidas em Direito Administrativo como conceitos indeterminados. Vaguezas e ambigüidades surgem durante todo o processo de aplicação e interpretação do Direito.

O Direito Administrativo é pródigo em conceitos jurídicos compostos por palavras vagas, situadas na “zona de penumbra”: interesse público, notável saber, reputação ilibada, finalidade pública, bem comum, motivo justo, motivo relevante e urgente e inúmeros outros cuja definição se faz após processo interpretativo removedor da indeterminação. Como se vê, a própria razão de ser do Regime Jurídico Administrativo expressa-se por intermédio de uma expressão vaga: a prossecução do interesse público. Como definir o interesse público? Nesse processo de definição do interesse público é necessária apenas a interpretação do conceito vago ou incide também a discricionariedade do administrador? Segundo Queiró, entende-se a discricionariedade como “uma outorga de liberdade, feita pelo legislador à administração, numa intencional concessão de poder de escolha, ante o qual se legitimam, como igualmente legais, igualmente correta de *lege lata*, todas as decisões que couberem dentro da série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade da ação administrativa foi pelo legislador confinada”³⁰.

5. A linguagem no Regime Jurídico Administrativo e a interpretação dos conceitos indeterminados

Como já observado, o Regime Jurídico Administrativo apresenta-se eivado de expressões de conteúdo indeterminado que necessitam de determinação no momento de sua aplicação.

Os chamados conceitos indeterminados estão enquadrados na categoria das expressões atípicas, situadas nos limites da “zona de penumbra”³¹ de que fala Carrió ou no “halo

³⁰ QUEIRÓ, A. Rodrigues. *Estudos de Direito Administrativo*. Coimbra : Atlântida, 1968. p. 09.

³¹ CARRIÓ, op. cit., p. 35, nota 2.

conceitual” de Philipp Heck³². Dessa forma, os casos atípicos derivam dos equívocos causados pela ignorância do real significado da regra em relação aos fatos. Para solucionar estes casos, cabe ao juiz conhecer critérios valorativos da comunidade no seu estágio atual, que fundamentarão a redefinição da norma, num processo de reconhecimento e de interpretação da regra e não de criação do Direito.

Cabe ao administrador, intérprete e destinatário da norma, defini-la no momento de sua aplicação. Os conceitos indeterminados ou normativos somente são perceptíveis ao raciocínio quando conectados aos valores humanos, que os tornam compreensíveis a seus fins. Somente a finalidade poderá dar significação às realizações e comportamentos humanos. Segundo conclui de Recaséns Siches, o fim é criador de todo o Direito, não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito³³. Partindo deste pressuposto, a moderna doutrina alienígena, citando-se Karl Engisch, Karl Larens, Genaró Carrió, Afonso Queiró, André Gonçalves Pereira, Eduardo Garcia de Enterría, Theodor Vieweg e entre nós, com algumas restrições Celso A. Bandeira de Mello, afirmam que a vagueza exigirá do administrador-intérprete a denotação do conceito para que seja fixada a sua extensão e assim satisfeito o interesse público. Para estes doutrinadores não há discricionariedade, ou possibilidade de escolha, na definição dos conceitos vagos, mas sim interpretação da expressão no momento de sua aplicação. O conceito é indeterminado abstratamente, mas passível de determinação quando confrontado com uma situação da vida prática ao qual deverá ser aplicado.

Interpretar é descobrir o alcance e o sentido da lei; é denotar e definir o conceito à luz de critérios valorativos objetivos e atuais vigentes na comunidade; exercer competência discricionária é escolher, motivando o ato, entre duas ou mais opções, que lhe são dadas por lei, a que melhor se adapta ao caso concreto.

Nesse sentido, imprescindível a citação das palavras de Afonso Queiró:

“O poder discricionário, consiste, por sua vez, numa outorga de liberdade feita pelo legislador à administração, numa intencional concessão do poder de escolha, ante o qual se legitimam, como igualmente legais, igualmente correta de

lege lata todas as decisões que couberem dentro de uma série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade de ação administrativa foi pelo legislador confinada. *Não se trata, portanto, de uma simples, mais ou menos ineliminável ou mais ou menos intencional, deficiência de formulação da linguagem legislativa, corrigível ao fim do trabalho interpretativo; não se trata de acrescentar a um pensamento mal transmitido, mal expresso, aquela margem de clareza que lhe falta, ante o fato de o legislador não ter levado, ou não ter podido levar até o fim, onde seria, tudo somado, possível o seu empenho de comunicar aos órgãos da administração um pensamento de conteúdo possível.* Trata-se, sim, de transferir à administração o encargo de eleger a medida ou o procedimento mais idôneo à prossecução de uma finalidade pública cuja realização é reputada necessária pelo legislador. Este não se reputa, freqüentemente, na melhor posição para comandar em todos os aspectos e pormenores a atividade administrativa. A sua planificação desta atividade não é, em geral – nem convém que seja –, completa”³⁴ (grifos nossos).

Portanto, a discricionariedade surge quando o legislador defere ao administrador o poder de, com sua vontade, determinar entre duas possibilidades diversas qual a ideal para dar a execução do ato, ou seja, o administrador utilizará, entre as diversas possibilidades, uma que atenda com exclusividade e perfeição a finalidade da lei. Expõe Celso A. Bandeira de Mello:

“o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição a finalidade da lei”³⁵.

Eduardo García de Enterría diz ser o ato de interpretar diverso do exercício de competência discricionária pelo administrador, uma vez que a discricionariedade implica opção outorgada ao administrador em lei, permitindo-lhe a escolha de dois critérios distintos e claramente diferenciados para resolver a questão de fato,

³² HECK, apud ENGISCH, op. cit., p. 173, nota 5.

³³ RECASÉNS SICHES, op. cit., p. 223, nota 01.

³⁴ QUEIRÓ, op. cit., p. 9-10, nota 30.

³⁵ MELLO, C. A. Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 33.

numa complementação à lei. Assim, a denotação do conceito é um ato redefinitório, portanto, de caráter interpretativo, e não visa a complementar a lei, apenas aclará-la, uma vez que os conceitos fluidos somente se apresentam vagos quando abstratamente considerados, ganhando determinação quando confrontados com os casos concretos³⁶.

No Brasil, os Tribunais e os administradores públicos em geral consideram que os conceitos fluidos estão sujeitos ao exercício de competência discricionária na sua definição, ou seja, caberia ao agente “escolher” o significado do conceito vago. Além de um engano, esta posição revela uma ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que, ao “escolher” o significado para o conceito indeterminado, o agente poderia invadir o campo das leis que garantem direitos e liberdades dos cidadãos, bem assim lhes impõem direitos e obrigações, dando-lhes uma interpretação subjetiva imprópria.

Trata-se de questão relevante, tendo em vista o fato de que se fizemos como a Moderna Linguística e Filosofia do Direito, que compreendem a determinação dos conceitos indeterminados como resultado decorrente do processo de interpretação, concluiremos que o administrador age em exercício de competência vinculada, suscetível de avaliação posterior pelo Judiciário; enquanto que se considerarmos que a definição do significado deste conceito indeterminado configura-se exercício de competência discricionária, estaremos diante da impossibilidade de avaliação posterior pelo Judiciário.

Um exemplo bastante controvertido pode demonstrar as diferenças entre a interpretação e a discricionariedade. Trata-se do art. 62 da Constituição Federal, estabelecendo que em casos de *relevância* e *urgência* poderá o Presidente da República propor medida provisória ao Congresso. Urgência e relevância são conceitos vagos, sujeitos a interpretação tão-somente ou ao exercício de competência discricionária?

A relevância da expedição da medida provisória se justifica perante a gravidade e a importância da questão a ser submetida à disciplina da medida provisória, notadamente ligada ao perecimento de algum interesse público, como por exemplo a tranquilidade pública, a confiança no sistema monetário e a propriedade dos cidadãos, garantida pelo art.

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo*. 4. ed. Madrid : Civitas, 1983. p. 420 e segs.

5º, *caput*, da Constituição. Já a urgência implica a impossibilidade de retardamento sob pena de que, quando a normatização for elaborada já haver perecido o interesse público. Assim, não será urgente a disciplina jurídica de uma dada situação de fato que puder aguardar o procedimento legislativo do Congresso Nacional, sem afrontar o interesse público.

Segundo Celso A. Bandeira de Melo, cabe ao Judiciário, no caso o Supremo Tribunal Federal, verificar se houve urgência e relevância na edição de medidas provisórias, porque afirmar que relevância e urgência são conceitos discricionários equivale deixar ao arbítrio do administrador a decisão e este poder utilizar-se de medidas provisórias para qualquer assunto que, ao seu talento, for urgente e relevante, mesmo que contrário à própria significação das palavras³⁷.

Conclui-se pois que os conceitos indeterminados são passíveis de interpretação e podem ter seus significados aferidos, objetiva e atualisticamente, segundo as situações fáticas nas quais são defrontados e não passíveis de uma valoração subjetiva, tal qual têm considerado nossos tribunais ao se recusarem a julgar demandas contra a administração que envolvam a interpretação de conceitos indeterminados, alegando que se trataria de invasão à competência discricionária do administrador.

6. Conclusões

A sociedade moderna organiza-se por intermédio de normas, que são sistematizadas e se exteriorizam por intermédio de palavras, frases e textos. Visando disciplinar as condutas humanas em sociedade, o Direito utiliza palavras e expressões oriundas da linguagem comum, que possuem ambigüidades e vagezas, não empregando uma linguagem técnica, que contém palavras unívocas.

Inegável a necessidade da interpretação, uma vez que a norma jurídica é constituída por palavras características da linguagem natural e esta nem sempre é clara, derrubando assim o mito do legislador racional e conseqüentemente a possibilidade de exclusividade de interpretação literal.

A interpretação literal difere da interpretação lingüística, uma vez que a primeira visa esclarecer o sentido das palavras da lei, enquanto que a segunda visa problematizar o seu significado conforme o contexto cultural e

³⁷ MELLO, C. A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 62-67.

valorativo em que se inserem as normas, mostrando a plurivocidade da linguagem natural.

Por configurar-se o sistema jurídico num sistema aberto que apresenta indeterminações que se manifestam na ambigüidade, na vagueza das palavras e no uso delas feito no processo de comunicação por sujeitos diferentes, segundo uma escala de valores ditada pela argumentação retórica e pelo juízo equitativo, é necessário que o juiz ou o administrador, dentro de um processo de redefinição da lei feito no momento de sua aplicação aos casos concretos, determinem, perante a situação fática em questão, o alcance e o significado das normas.

Nesse sentido a interpretação funciona como paráfrase, visando eliminar os inconvenientes da linguagem para torná-la clara e comunicativa, onde o intérprete, juiz ou administrador, se coloca entre o emissor-legislador e o receptor-súdito, esclarecendo e decodificando a mensagem por meio da descrição-redefinição dos possíveis conteúdos normativos enunciados.

O Regime Jurídico Administrativo que se baliza por princípios e normas próprios como os princípios da supremacia da Administração sobre os particulares, da indisponibilidade do interesse público e da legalidade, por constituir-se em parte desta grande árvore que é o Direito, também se exterioriza por meio de palavras oriundas da linguagem natural, possuindo uma série muito grande de conceitos indeterminados.

Cabe ao administrador interpretar os conceitos indeterminados da lei, procurando redefinir seu conteúdo à luz de critérios objetivos e valores atuais vigentes na vida social. Ao executar a interpretação dos conceitos indeterminados, o administrador atua em exercício de competência vinculada, passível de verificação posterior pelo Judiciário.

Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo*. Milão : Giuffré, 1960.
- ANDRADE, Christiano J. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- BARROS, Adil J. P., LEHFELD, Neide A. S. *Fundamentos de metodologia*. São Paulo : Macgraw Hil, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y language*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1979.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento*

- jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- FAGUNDES, A. Seabra. *Controle jurisdicional dos atos administrativos*. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- FERRAZ JR., Tércio S. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo : Atlas, 1991.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo : Forense, 1978.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Madri : Civitas, 1983.
- GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Macchi, 1975.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos : um diálogo com Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1991.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Sousa Brito e José Antônio Veloso. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- LIMA, Rui Cirne. *Princípios do Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1954.
- MARCONI, Marina Andrade, LAKATOS, Eva. *Metodologia científica*. São Paulo : Atlas, 1982.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- MEIRELLES, H. Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1964.
- MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1993.
- _____. *Discrecionalidade administrativa e controle jurisdicional*. São Paulo : Malheiros, 1992.
- DI PIETRO, Maria S. Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição Federal de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991.
- QUEIRO, Antônio R. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo*. Coimbra : Coimbra Ed., 1940.
- _____. *Estudos de Direito Administrativo*. Coimbra : Atlântida Ed., 1968.
- RECASÈNS SICHES, Luiz. *La nueva filosofia de la interpretación del Derecho*. México : Porrúa, 1973.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo : Brasiliense, 1985.
- TÁCITO, Caio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1975.
- _____. O abuso do poder administrativo no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 56, p. 1 e segs.
- _____. A administração e o controle da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 37, p. 5 e segs.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília : Imprensa Nacional, 1979.
- WARAT, Luís Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre : Síntese, 1979.
- _____. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre : Fabris, 1984.

A Recepção da Lei Complementar nº 64, de 1990 (Lei de Inelegibilidade), pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997

PAULO HENRIQUE SOARES

É o objetivo deste trabalho examinar a aplicabilidade da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que “estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências”, diante da celeuma que foi criada no meio político com a promulgação da Emenda Constitucional nº 16, de 1997, que introduziu o princípio da reeleição para os chefes do Poder Executivo no Brasil.

A polêmica que se instalou na vida político-eleitoral desde então refere-se à aplicação da regra de desincompatibilização da Lei de Inelegibilidade aos Governadores e Prefeitos.

Com o intuito de participar desse debate, elaborei estas breves anotações, deixando de lado as considerações teóricas sobre o instituto da reelegibilidade, para centrar a minha análise no conteúdo da Lei nº 64, de 1990, diante da nova ordem constitucional estabelecida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1997.

Inicialmente, torna-se necessária a observação de que essa questão só poderá ser definitivamente deslindada após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, mediante provocação em um eventual julgamento de ação direta de inconstitucionalidade da Lei de Inelegibilidade ou de suas partes que estejam, porventura, em conflito com o texto constitucional emendado, pois cabe ao Supremo a última palavra sobre interpretação constitucional. Desse modo, qualquer previsão sobre a posição a ser firmada pela Corte Suprema seria mera especulação.

Todavia, em que pese a doutrina consultada sobre a matéria para elaborar este estudo seja, a meu ver, consistente e racional, não se pode descartar a possibilidade de que aquela Corte possa ter outro entendimento a respeito da

matéria. No nosso sistema jurídico-constitucional não está o STF vinculado nem mesmo às suas decisões. Ademais, a Constituição é um estatuto político de natureza aberta e polisêmica, que permite diversas “leituras” que podem variar ao longo do tempo, adaptando-se às mudanças que ocorrem na sociedade política nacional, não estando o Supremo imune a tais fatores.

Não obstante tais considerações, entendo que a modificação político-eleitoral introduzida pela Emenda Constitucional nº 16/97 *revoga dispositivos da Lei Complementar nº 64/90 que conflitam com o texto constitucional recém-modificado.*

É o caso de seu art. 1º, III, a, e IV, a, que permite uma interpretação literal para impor a desincompatibilização de Governadores e Prefeitos de seus cargos, seis meses antes do pleito eleitoral, para concorrerem ao mesmo cargo. No texto constitucional revogado pela EC nº 16/97 a inelegibilidade dessas autoridades para os mesmos cargos era absoluta, não havendo, por conseguinte, como admitir agora, diante da nova regra constitucional, que o citado dispositivo possa ser invocado para obrigar o afastamento das referidas autoridades de seus cargos na hipótese de disputarem um segundo mandato.

É evidente que essa interpretação da LC nº 64/90 é equivocada, pois pretende utilizar regra de dispositivo legal que foi aprovada pelo Congresso Nacional em 1990, justamente para disciplinar a Constituição Federal quanto às condições de inelegibilidade, inclusive reproduzindo suas normas para proibir que os detentores de cargos de Chefe do Executivo pudessem disputar o mesmo cargo no período subsequente.

Por conseguinte, é insustentável a interpretação de que a EC nº 16/97 recepcionou a suposta previsão de desincompatibilização dos Governadores e Prefeitos da LC nº 64/90, com a finalidade de ficarem desimpedidos para disputarem a renovação do mandato para o período imediatamente seguinte, em razão de nunca ter existido essa possibilidade em face da proibição constitucional contida no § 5º do art. 14, que prevalecia antes da promulgação da referida Emenda.

A Lei Complementar nº 64/90 adota uma técnica complexa de remissões que traz dificuldade de leitura e, às vezes, superposição de normas, que torna sem sentido prático determinados dispositivos. Em apenas um

artigo – art. 1º – dispõe longamente sobre todos os casos de inelegibilidade, tomando como referência principal a inelegibilidade relativa para Presidente da República, disposta numa exaustiva lista composta de 16 itens, que também é remetida, em cadeia, para a inelegibilidade de Governadores e Prefeitos.

A LC nº 64/90 estabelece, *verbis*:

“Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

.....
II – para Presidente e Vice-Presidente da República:

a) até 6 (seis) meses depois de afastados definitivamente de seus cargos e funções:

10 – os Governadores de Estado, do Distrito Federal e de Territórios;

.....
13 – os Prefeitos Municipais;

.....
III – para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal:

a) os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República especificados na alínea “a” do inciso II deste artigo e, no tocante às demais alíneas, quando se tratar de repartição pública, associação ou empresas que operem no território do Estado ou do Distrito Federal, observados os mesmos prazos;

.....
IV – para Prefeito e Vice-Prefeito

a) no que lhe for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, observado o prazo de 4 (quatro) meses para a desincompatibilização;

.....” (grifos nossos)

A remissão prevista no art. 1º, inciso III, a, ao inciso II, a, item 10, do mesmo artigo supracitado, da LC nº 64/90, que “prevê” o afastamento, seis meses antes do pleito, do Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal para concorrer ao mesmo cargo, é completamente destituída de conteúdo jurídico em razão de, até o advento da EC nº 16/97, a Constituição Federal proibir a candidatura das citadas autoridades ao mesmo cargo para o período subsequente.

Sob a mesma argumentação, não se pode admitir a aplicação da regra de desincompatibilização prevista na LC nº 64/90 para Prefeito e Vice-Prefeito que queiram concorrer ao mesmo cargo para o período subsequente, recorrendo-se à remissão, ainda que não expressa, do art. 1º, inciso IV, *a*, ao inciso II, *a*, item 13, do mesmo artigo da citada lei.

A interpretação que se impõe nesses casos de remissão a uma lista aplicável especificamente ao cargo de Presidente e Vice-Presidente da República é excluir tudo aquilo que é incompatível com a Constituição ou com o sentido lógico objetivado pela norma legal. A própria Constituição traz esse tipo de impropriedade quando permite, em seu art. 22, parágrafo único, que “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”, entre as quais se encontram, por exemplo, nacionalidade, cidadania e naturalização (inciso XIII); emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros (inciso XV); comércio exterior e interestadual (inciso VIII); competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais (inciso XXII); defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional (inciso XXVIII), todas de caráter eminentemente nacional, não podendo ser tratadas por legislação estadual. Portanto, em caso de enumeração deve-se aplicar apenas o que for pertinente e não conflitante com o conteúdo intrínseco e material da lei.

Se a EC nº 16/97 permite a reeleição para os chefes do Poder Executivo nos três níveis da Federação, sem prever expressamente a desincompatibilização dessas autoridades para que possam concorrer aos mesmos cargos para o período subsequente, não poderá a LC nº 64/90 ser invocada para preencher qualquer lacuna do texto constitucional, porque à legislação infraconstitucional é vedado estabelecer restrição de direito político que a própria Constituição não estabelece.

Restrição de direito deve ser expressa, não pode ser presumida, e somente disposição constitucional expressa pode restringi-lo; sequer a lei ordinária poderá fazê-lo. Para Jean Claude Maslet, citado por Mônica Caggiano (*Reeleição*. São Paulo : CEPS, 1997. 9 f. f. 4), “as inelegibilidades não se presumem. Investindo contra direito fundamental, vinculado ao exercício da soberania, elas devem resultar de um texto expresso”.

O supracitado autor põe em destaque “a conotação excepcional que deve manter toda restrição imposta à liberdade pública fundamental, consubstanciada na possibilidade de acessar mandatos eletivos” (op. cit., f. 3).

Também José Afonso da Silva conclui:

“A explicitação do objeto [por parte da Constituição], quanto às inelegibilidades a serem criadas pela lei complementar era necessária, porque, configurando elas restrições a direitos políticos, importa sejam delimitadas aos objetos e fundamentos claros e expressamente indicados. Por serem restritivas de direitos fundamentais (direitos à elegibilidade), é que a técnica sempre recomendou que fossem disciplinadas inteiramente em dispositivos constitucionais”. (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 340) (grifos nossos).

Ainda é José Afonso da Silva que, ao examinar a eficácia das normas sobre inelegibilidades, cita Argemiro de Figueiredo, no debate sobre a matéria na Constituinte de 1946:

“se já estatuímos, em dispositivos já votados, todos os casos de ‘elegibilidade’, com maior razão devemos incluir, expressamente, em nossa Carta Magna os de ‘inelegibilidades’, por que estes são mais importantes, visto como significam restrições ao direito político do cidadão. O mesmo poder que cria o direito é o competente para impor limitações. Seria erro de técnica, e perigoso mesmo, deixarmos matéria de tamanha importância para o legislador ordinário”. (op. cit., p. 340).

É indubitável, portanto, que, ao afastar do texto constitucional a proibição de reeleição, o constituinte derivado nada mais faz que remover a exceção constitucional que estabelece incompatibilidade eleitoral absoluta para os atuais Chefes do Poder Executivo, concedendo-lhes o direito, que é de todos os cidadãos, de candidatarem-se ao mesmo cargo na eleição seguinte, assegurando-lhes, assim, a plenitude do exercício de seus Direitos Políticos, os quais são fundamentais e inerentes ao homem.

É pacífica, portanto, a regra hermenêutica de que a restrição de direito fundamental, como é o caso do direito político, deve estar expressamente prevista no texto constitucional, não sendo admissível ao intérprete recorrer a

quaisquer outros métodos exegéticos que venham a reduzi-los, mas somente para ampliá-los.

Trata-se de um princípio geral do Direito sobre o qual não há divergências doutrinárias ou jurisprudenciais, e que integra o patrimônio jurídico da humanidade, sendo observado em todos os Estados democráticos de direito.

O § 9º do art. 14 da Constituição prevê que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade”. Esta lei, já em vigor, é a Lei Complementar nº 64/90 que, no entanto, deverá conformar-se ao texto constitucional vigente, ficando, assim, revogados todos os seus dispositivos que forem incompatíveis com a EC nº 16/97. Desse modo, não poderá ser aplicada a referida lei para impor a obrigatoriedade de desincompatibilização aos Chefes do Poder Executivo, em qualquer um de seus três níveis federativos, que queiram concorrer à reeleição, a não ser que esta condição esteja expressamente prevista no texto constitucional aprovado.

O supracitado dispositivo, ao determinar que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade”, não está, obviamente, pretendendo tratar dos casos de inelegibilidade do Presidente da República, Governadores e Prefeitos, já expressamente estabelecidos na Constituição. Essa interpretação é inevitável em razão de o art. 14 tratar de casos de inelegibilidade nos parágrafos precedentes, inclusive a relativa às citadas autoridades, não restando dúvida, portanto, que os *outros casos* são aqueles que foram omitidos pelo texto constitucional. Por conseguinte, a expressão *outros casos* compreende o complemento dos casos mencionados.

Em que pese à incoerência lógico-jurídica da EC nº 16/97 contida na fórmula de que, para concorrer a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores e Prefeitos devam renunciar a seus cargos seis meses antes das eleições (o que não é previsto para os mesmos cargos), não se pode extrair daí, no entanto,

uma interpretação que colida com aquilo que o constituinte derivado impôs, em decorrência da retirada da expressão “...seis meses anteriores ao pleito”, deixando de prever, assim, a desincompatibilização.

Há quem discorde dessa interpretação, inclusive juristas renomados, alegando que as inelegibilidades estabelecidas pela Constituição devem ser entendidas sistemicamente, ou seja, como um todo, tendo em vista o princípio da moralidade pública. Entendemos que essa visão não se aplica a um sistema que prevê o instituto da reeleição e altera profundamente as concepções prevalecentes até agora, em razão de serem a reeleição e a desincompatibilização idéias inconciliáveis do ponto de vista do sistema eleitoral. Não é por outra razão que não se conhece experiência que as combinem em outros países.

Por último, como já afirmamos anteriormente, entendemos que, com a vigência da EC nº 16/97, suprimindo do texto do § 5º do art. 14 da Constituição a expressão *Governadores e Prefeitos*, não haverá obstáculo à candidatura de tais autoridades à reeleição, pois somente expressa proibição constitucional poderia fazê-lo.

Não poderia, também, nesse caso, ser aplicada a LC nº 64/90, que determina a desincompatibilização seis meses antes do pleito, sendo exigida apenas em face do disposto no § 6º do referido artigo, que impõe a desincompatibilização dessas pessoas para outros cargos. Portanto, não pode legislação infraconstitucional impor inelegibilidade para Presidente da República, Governador e Prefeito quando não prevista no próprio texto constitucional. Por conseguinte, não pode a lei complementar, prevista no § 9º do art. 14, tratar desses casos, mas apenas de *outros casos*.

Concluimos, portanto, que qualquer restrição de direito, inclusive o político, que é de suma importância para o exercício da democracia, deverá ser expressamente referida no texto constitucional.

Ação monitoria contra a Fazenda Pública

ROGÉRIO MARINHO LEITE CHAVES

SUMÁRIO

1. Introdução 2. Origem 3. Características 4. Ação monitoria contra a Fazenda Pública 5. Óbices ao uso da monitoria nas ações movidas contra a Fazenda Pública. 5.1. Imprescindibilidade de sentença judicial 5.2. Duplo grau de jurisdição 5.3. Precatório. 5.4. Indisponibilidade do Direito – não-incidência dos efeitos da revelia. 6. Conclusão.

1. Introdução

A busca de uma solução para o problema da morosidade da prestação jurisdicional remonta a tempos imemoriais. Todos os sistemas jurídicos contemporâneos, seja de países desenvolvidos ou em desenvolvimento, recebem, num maior ou menor grau, críticas quanto à falta de celeridade no andamento dos processos. O sistema brasileiro não é exceção.

Dentro desse contexto, e partindo-se da premissa de que o processo de conhecimento, nos moldes tradicionais, já não se mostrava adequado a assegurar a tutela jurisdicional dentro dos parâmetros de celeridade exigidos por determinadas situações e ainda imbuído dos ideais de constante aprimoramento da legislação, sob o pálio das novas exigências do Direito Processual Civil moderno, é que o legislador ordinário fez introduzir no ordenamento a ação monitoria.

A finalidade última dessa ação, como preleciona Ada Pellegrini Grinover, é “exatamente acelerar a formação do título executivo judicial sem as complicações e as demoras do processo ordinário de conhecimento”¹.

Essa nova espécie de ação, também denominada de “procedimento monitorio”, foi

¹ Ação monitoria. *Revista Jurídica Consulex*, v. 1, n. 6, p. 24/28, 1997.

introduzida pela Lei nº 9.079/95, que alterou o Código de Processo Civil, estando disciplinada no artigo 1.102, *a, b e c*.

2. Origem

Conquanto a monitória se apresente como uma novidade entre nós, é certo que sua origem é secular. Suas raízes remontam ao período medieval, com o *mandatum de solvendo cum clausula justificativa*, do antigo direito italiano, mandado esse que, como lembra Moacyr Amaral Santos, era expedido *sine cognitione* e sem prévia citação do devedor. Se o réu não se defendesse no prazo estipulado, dava-se execução ao *mandatum*².

Sob a influência do *ius comune* na Península Ibérica, foi introduzido no Direito Português, a partir das *Ordenações Manuelinas*, novo tipo de procedimento denominado “ação de assinatura de dez dias”, que se lastreava em escrituras públicas e alvarás particulares. Com base nele, o réu era citado para pagar, apresentar prova da quitação ou opor embargos, no prazo de 10 dias, findo o qual seria condenado por sentença a pagar ao autor (*Ordenações Manuelinas*, 3.16; *Ordenações Filipinas*, 3.25)³.

Modernamente, a ação monitória é disciplinada no ordenamento de vários países. Na Itália, a ação é denominada de “Procedimenti d’ingiuzone”; na Alemanha, “Mahnverfahren” (sistema puro) e “Urkundenprozess” (sistema documental); na Áustria, “Mandatsverfahren”; na França, “Injonction de payer”⁴.

O uso preferencial da ação monitória em lugar dos meios ordinários justifica-se por três motivos, de acordo com Proto Pisani⁵. Primeiramente, evita-se o custo do processo de cognição plena. Em segundo lugar, efetiva-se a tutela adequada à relação jurídica de direito material subjacente. Por último, evita-se o abuso de direito de defesa do demandado, sem lhe suprimir as garantias constitucionais.

3. Características

Tipo especialíssimo de ação, a monitória reúne a um só tempo características do processo

² *Das ações cominatórias no Direito brasileiro*. 4. ed. Max Limonad, 1969. V.1 p. 147. pag. 147.

³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória*, 2. ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 36.

⁴ SANTOS, op. cit., p. 151; José Eduardo Carneira. ALVIM, *Procedimento monitório*. 2. ed. Juruá, 1997. p. 42.

⁵ TUCCI, op. cit., p. 17.

de conhecimento e execução. Para Chiovenda, a monitória era espécie de processo “com predominante função executiva”⁶.

Cuida-se de ação destinada à rápida formação do título executivo, caracterizada pela inexistência ou, para alguns, pela sumariedade de conhecimento, onde é expedido o mandado *initio litis* para pagamento ou entrega da coisa, cuja eficácia está condicionada à atitude processual do devedor de impugná-lo, ou não.

A doutrina conhece dois tipos distintos de processo monitório: o puro e o documental. No primeiro modelo, não há necessidade de se fazer prova documental da obrigação, enquanto no segundo tal prova é imprescindível.

Por razões de maior segurança processual, o sistema brasileiro assenta-se no modelo documental, exigindo prova escrita da obrigação, consoante se vê do disposto no art. 1.102, *a* do CPC, *in verbis*:

“Art. 1.102, *a*. A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”.

Sua característica marcante é, segundo Carnelutti, a eventualidade de contraditório. Para Calamandrei⁷, o que predomina é a inversão da iniciativa do contraditório, cabendo ao réu instaurá-lo.

O réu é citado para cumprir a obrigação no prazo constante do “mandado de pagamento ou de entrega da coisa” (CPC, art. 1.102, *b*). Poderá fazê-lo voluntariamente ou oferecer impugnação à pretensão do autor, o que é feito por meio de “embargos” (CPC, art. 1.102, *c*). Se não cumprir a obrigação nem oferecer impugnação no prazo, o mandado inicial converte-se, *pleno iure*, em título executivo, independentemente de sentença ou qualquer outra formalidade.

Em análise à natureza do mandado de citação, Sérgio Bermudes assinala com propriedade que “Trata-se a meu sentir de sentença condenatória condicional, proferida em forma de despacho”⁸. Isso porque, essa decisão passa a gozar de eficácia executiva

⁶ apud CHIOVENDA SANTOS, op. cit., p. 144.

⁷ *El procedimiento monitório*. Editorial Bibliográfica Argentina, p. 24.

⁸ *Ação monitória* : primeiras impressões sobre a Lei nº 9.079 de 14.7.95. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 26, p. 64, jan./mar. 1996.

plena e imediata, quando não interpostos os embargos.

Embargada, no entanto, a demanda, há como que uma suspensão da eficácia do mandado inicial⁹. Nesse caso, o processamento da demanda dar-se-á em consonância com o rito ordinário (CPC, art. 1.102, c, § 2º).

4. Ação monitória contra a Fazenda Pública

Ao contrário do que ocorre com o processo executivo, para o qual a legislação dedica capítulo exclusivo (CPC, art. 730), a norma que introduziu a ação monitória entre nós foi absolutamente omissa quanto à possibilidade de ser deduzido este tipo de ação contra a Fazenda Pública; e não são poucos os problemas causados por essa omissão do legislador.

O primeiro e mais importante deles é a falta de sintonia da doutrina quanto à questão. Numa análise dos trabalhos doutrinários que se fizeram acerca do procedimento monitório, o que se vê é uma profunda divergência.

Juristas de renome como Ada Pellegrini Grinover¹⁰, Cândido Rangel Dinamarco¹¹, J. E. Carreira Alvim¹², Sérgio Bermudes¹³, entre outros, advogam a admissibilidade da monitória contra a Fazenda.

Outra corrente, formada por não menos destacados processualistas como Humberto Theodoro Júnior¹⁴, Ernani Fidelis dos Santos¹⁵, José Rogério Cruz e Tucci¹⁶, Vicente Greco Filho¹⁷, além de outros, entendem-na incabível em face da Fazenda Pública.

Por outro lado, tendo em vista a recentidade das inovações processuais que culminaram na introdução em nosso ordenamento da ação monitória, ainda não há jurisprudência firmada a esse respeito.

Embora substanciosos os argumentos de uma e outra corrente, razões há que, a meu

sentir, inviabilizam de forma definitiva o uso da ação monitória, tal como hoje inserida na legislação, contra a Fazenda Pública.

O ponto de partida para a solução do problema colocado, causa da dicotomia de entendimento doutrinário, passa pela hermenêutica legislativa. Sob a ótica do princípio da unidade do ordenamento jurídico, lembrado por Hesse¹⁸, cujas premissas visam evitar antinomias, os dispositivos que tratam da ação monitória não comportam uma leitura isolada.

Ao contrário, como ocorre a todo dispositivo legal, devem ser cotejados não só com outros comandos legais inseridos na mesma norma – no caso as normas do próprio Código de Processo Civil – como também com outros dispositivos legais existentes, especialmente aqueles que tenham assento constitucional.

Nesse sentido é que, cotejados os dispositivos legais que tratam do procedimento monitório com outros inseridos na legislação ordinária e constitucional, atinentes aos privilégios materiais e processuais da Fazenda Pública, exsurtem diversos óbices ao uso da monitória contra os entes públicos, que serão tratados a seguir.

5. Óbices ao uso da monitória nas ações movidas contra a Fazenda Pública

5.1. Imprescindibilidade de sentença judicial

Como se deixou consignado acima, uma vez interpostos embargos, a ação monitória segue o rito ordinário. Ao final, será proferida sentença de mérito, acolhendo ou rejeitando os embargos. Dessa decisão, caberá recurso de Apelação¹⁹, que deverá ser recebido no seu duplo efeito. Essa hipótese não traz maiores dificuldades, uma vez que haverá sentença, sendo facultado ao Tribunal o reexame da matéria.

No entanto, não se pode partir do pressuposto de que, uma vez deduzido o pleito monitório, a Fazenda irá sempre apresentar embargos, como bem acentuou Cruz e Tucci²⁰.

É perfeitamente admissível, até por razões de falta de recursos humanos suficientes, que a Fazenda Pública deixe de apresentar embargos ou os apresente fora do prazo.

¹⁸ *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução espanhola. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 57.

¹⁹ Nesse sentido, ALVIM. op. cit., p. 122.

²⁰ op. cit., p. 76.

⁹ DIAS, Francisco Barros. Ação monitória. *RTJE*, v. 150, p. 22, jul. 1996.

¹⁰ GRINOVER, op. cit.

¹¹ DINAMARCO apud TUCCI, op. cit., p. 75.

¹² ALVIM, op. cit.

¹³ BERMUDES, op. cit.

¹⁴ *As inovações no Código de Processo Civil*. Forense, 1996.

¹⁵ Procedimento monitório. *Revista de Processo*, n. 81, p. 24-31, jan./mar. 1996.

¹⁶ TUCCI, op. cit.

¹⁷ Considerações sobre a ação monitória. *Revista de Processo*, n. 80, p.155-158, out./dez. 1995.

Nesse caso, a lei processual prevê que, não interpostos embargos, “constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo” (CPC, art. 1.102, *c*). O mesmo ocorre quando os embargos forem interpostos fora do prazo²¹. Assim, o mandado de citação se converte, *pleno jure*, sem maiores formalidades, em título executivo, sem que seja proferida sentença de mérito, transformando-se em coisa julgada material, segundo posição de Ada Pellegrini Grinover²².

No entanto, com relação à Fazenda Pública prevalece o princípio da *nulla executio sine titulo*. Isto é, não pode haver execução sem a formação do título judicial pelo meio apropriado, que se dá pela sentença de mérito²³.

A Lei Maior, em seu artigo 100, deixa expresso que os precatórios só serão pagos em virtude de sentença judicial. *In verbis*:

“Art. 100. 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...”

Tendo-se em conta a possibilidade de formação de título executivo, na ação monitória, sem sentença, pela simples conversão de pleno direito do mandado de pagamento ou entrega, apura-se a inadequação desse procedimento nas ações movidas contra a Fazenda.

5.2. Duplo grau de jurisdição

Como já dito, na monitória, quando não interpostos embargos, há conversão do mandado de pagamento em título executivo, independentemente de sentença (CPC, art. 1.102, *c*). A consequência disso é a formação imediata da coisa julgada, sendo irrecorrível a decisão²⁴.

²¹ ALVIM, op. cit., p. 118 e GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*, Milano : A. Giuffrè, 1951, p. 100.

²² GRINOVER, op. cit., p. 26.

²³ Nesse sentido a lição de Humberto Theodoro Júnior, para quem, “a Fazenda não se sujeita a precatório sem prévia sentença”. (op. cit., p. 80). No mesmo sentido, Vicente Grego Filho: “entendemos descaber a ação monitória contra a Fazenda Pública, contra a qual deve haver título sentencial, com duplo grau de jurisdição para pagamento por meio de ofício requisitório” (op. cit., p. 158).

²⁴ Cf. lição de Carreira Alvim, para quem “Inexistindo sentença, não existe, consequentemente, apelação, sendo tal decisão irrecorrível” (op. cit., p. 121).

Assim é que, em face dos dispositivos que tratam da ação monitória, é perfeitamente cabível a formação de título executivo no primeiro grau de jurisdição, e mais, sem sentença. Não poderia ser diferente, pois o procedimento monitório foi instituído justamente para ser usado nos casos em que se requer celeridade processual.

Esse modelo não se amolda aos privilégios processuais da Fazenda, que demandam não só um julgamento de mérito, como também condicionam a eficácia da decisão condenatória ao reexame da matéria pelo tribunal *ad quem*.

Nesse sentido o comando legal inserido no art. 475, II, do CPC, *in verbis*:

“Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal a sentença:

II - proferida contra a União, o Estado e o Município”.

Carreira Alvim e Ada Pellegrini Grinover, que defendem o uso da monitória contra a Fazenda, procuram superar o problema aduzindo que, quando a Fazenda figurar no polo passivo da demanda, poderá haver reapreciação pelo Tribunal²⁵.

Ora, admitindo-se, como faz a renomada professora Ada Pellegrini, a necessidade de se outorgar o prazo privilegiado para embargos (CPC, art. 188) e ainda estando a decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, essas alterações teriam um efeito de tal ordem na ação monitória que esta perderia sua principal característica, sua razão de ser, que é a celeridade.

Seria muitas vezes preferível – até por questão de rapidez – lançar mão do rito sumário, se presentes às hipóteses do art. 275 do CPC, em vez dessa nova “modalidade” de monitória, com prazo em quádruplo para embargar e recurso obrigatório, visto que muito pouco teria de diferente da ação ordinária convencional.

Mesmo dotada de recurso *ex officio*, o cabimento da monitória contra a Fazenda seria pouco provável. Isso porque, quando o Código de Processo Civil fala em “duplo grau de jurisdição”, quis se referir ao reexame de mérito da lide. Ocorre que na monitória o *meritum causae* não é apreciado quando não são interpostos embargos.

²⁵ Ada Pellegrini aduz “Tratar-se-á somente de observar as prerrogativas da Fazenda Pública no procedimento monitório: benefício de prazo para embargar (contestar) e talvez, a garantia do duplo grau de jurisdição quando a sentença condicional se consolidar” op. cit., p. 28 (grifamos).

Na realidade, o que se devolverá ao tribunal será não o mérito da causa, mas apenas o exame das formalidades necessárias à propositura da ação monitória, o que, *permissa venia*, é incompatível com o princípio do reexame necessário a que estão sujeitas as decisões proferidas em detrimento da coisa pública.

5.3. Precatório

Tendo em vista a natureza injuntiva da ação monitória, o juiz, recebendo a inicial, expede ordem provisória, sob condição suspensiva, para que o réu, no prazo de 15 dias, pague o débito ou cumpra a obrigação de fazer, ordem essa que ganha foros de definitividade uma vez não interpostos os embargos.

Ora, se, como lembra Antônio Raphael Silva Salvador²⁶,

“não se pode, nem mesmo em execução por título judicial contra a Fazenda, exigir o pagamento em vinte e quatro horas ou mesmo a penhora de bens, havendo execução especial na forma dos arts. 730 e ss. do Código de Processo Civil, como então, exigir-se o pagamento por mandado ou a entrega de coisa antes de sentença judicial e antes de execução especial a que tem direito a Fazenda?... como poderíamos aceitar que o mandado expedido *initio litis* já determinasse à Fazenda que fizesse um pagamento que não poderia fazer por depender de orçamento e de destinação apropriada da quantia, tudo a exigir precatório?”.

Arremata o autor, aduzindo, com propriedade, que “não pode haver ordem de pagamento contra a Fazenda Pública”, cujos débitos somente serão quitados em obediência ao sistema de precatório previsto no artigo 730 do CPC e no art. 100 da Lei Maior.

Os autores que defendem o uso da ação contra a Fazenda argumentam que, quando movida contra ente público, a monitória serviria apenas como meio de obter-se o título executivo. Obtido o título, a execução dar-se-ia em observância do disposto no art. 730 do CPC²⁷.

A prevalecer esse entendimento, entendo que haveria uma deturpação – não prevista pelo legislador – da ação monitória, que perderia

²⁶ SALVADOR apud TUCCI, op. cit., p. 74.

²⁷ DIAS, op. cit., p. 24 e Novély Vilanova da Silva Reis, em artigo publicado no Suplemento Direito e Justiça do *Correio Braziliense* de 28.8.95, p. 3, apud Dias, op. cit.

por completo sua principal característica, que é a injuntividade, na medida em que já não haveria o “mandado para pagamento” típico do procedimento monitório, porquanto, como se disse, um tal mandado seria inviável contra a Fazenda Pública, porque contra ela é inadmissível uma ordem para pagamento e seus bens não são susceptíveis de penhora.

Cruz e Tucci, analisando essa possibilidade, também mostrou-se contrário a aplicação deturpada da monitória, *in verbis*:

“Mesmo então que se admitisse a ação monitória em face da Fazenda Pública, a decisão preambular, traduzida na injunção de pagamento, jamais gozaria de eficácia executiva plena e imediata, circunstância essa que desnatura, *ex radice*, o procedimento monitório”²⁸.

Sob outro prisma, é preciso que se tenha em conta que, em momento algum, a norma legal prevê essa aplicação descaracterizada da ação monitória, onde o mandado de pagamento nada tem de injuntividade. Daí porque entendo não ser lícito ao intérprete deturpar a norma para “adequá-la” às ações movidas contra a Fazenda Pública.

Nesse sentido é que eventual ação monitória deduzida contra a Fazenda Pública deve ser repelida, devendo ser decretada a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, como acentuou Eduardo Talamini²⁹, por inadequação do instrumento processual utilizado.

5.4. Indisponibilidade do Direito – não incidência dos efeitos da revelia

Outro elemento a indicar a insusceptibilidade do uso da ação monitória contra a Fazenda Pública reside no fato de que, nesse tipo de procedimento, não interpostos embargos no prazo legal, há confissão ficta da obrigação, convertendo-se o mandado inicial de pagamento em título executivo (CPC, art. 1.102, c).

Isto é, não apresentando embargos, o réu confessa a dívida determinando a lei que se lhe apliquem os efeitos da revelia. Nessa linha, o entendimento de Carreira Alvim para quem

“A ausência de embargos não gera apenas a confissão quanto a matéria de fato, mas reconhecimento tácito do próprio direito material do credor”³⁰.

²⁸ TUCCI, op. cit., p. 78.

²⁹ TALAMINI apud TUCCI, op. cit., p. 78.

³⁰ ALVIM, op. cit., p. 128.

Contra a Fazenda Pública, entretanto, não prevalece a regra da confissão, aplicável às lides entre particulares, uma vez que o direito do Estado é indisponível, o que faz incidir a regra do art. 320, II, do CPC, vazada nos seguintes termos:

“Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

(...)

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

Não incidindo sobre a Fazenda os efeitos da revelia, não pode o mandado inicial ser convertido, *pleno jure*, em título executivo. Daí porque, não havendo presunção da veracidade dos fatos, ainda que não contestados, ou, no caso, não embargados, sobre eles o autor deverá fazer prova, cabendo ao juiz a cognição plena dessa prova, pouco importando se já existe prova escrita. Até porque essa prova está, em tese, sujeita a vícios e irregularidades de diversas ordens, não sendo incontestável. Não se pode admitir, com efeito, que toda prova escrita seja sempre imaculada, mormente quando se sabe que se trata aqui de documento sem eficácia de título executivo.

Nesse sentido, conclui-se pela inaplicabilidade da monitoria contra a Fazenda, porque esse tipo de procedimento prevê, para o caso de não serem interpostos embargos, a confissão ficta e a conversão, sem julgamento, do mandado de pagamento em título executivo, o que é inviável em se tratando de direitos indisponíveis, conforme inequívoco preceito contido no art. 320, II, do CPC.

6. Conclusão

O legislador quando quis disciplinar o uso do processo executivo contra a Fazenda instituiu todo um Capítulo para esse fim, dotando-o de particularidades próprias (CPC, art. 730).

Se, ao disciplinar a ação monitoria – cuja característica é mais de natureza executiva do que cognitiva –, omitiu-se em fazer disposições específicas atinentes às ações propostas contra a Fazenda Pública, tudo indica que, intencionalmente, quis limitar o seu uso às lides havidas entre particulares.

Por outro lado, em face das inúmeras peculiaridades do ordenamento jurídico

brasileiro, no que concerne aos privilégios de direito material e processual da Fazenda Pública, como o princípio do reexame necessário, da imperiosidade do precatório, da inexistência de confissão ficta, e da impenhorabilidade dos bens públicos, torna-se inviável a pretensão de se deduzir contra ela a ação monitoria.

Mesmo os autores que defendem o seu uso contra o ente público, de um modo geral concordam que o procedimento monitorio deveria sofrer alterações procedimentais para adequar-se aos privilégios processuais e materiais do Estado.

No entanto, como se deixou claro, essas alterações, além de não previstas nem admitidas pela Lei nº 9.079/95, que introduziu a ação monitoria, seriam de tal ordem que a ação perderia por completo sua característica de injuntividade.

É de todo recomendável, que, nas demandas movidas contra a Fazenda, faça-se o uso da ação de conhecimento, especialmente quando puder ser empregada em seu rito sumário, pois é quase certo que, em razão dos muitos obstáculos processuais, eventual ação monitoria, ainda quando admitida, consumiria mais tempo para ser julgada do que uma ação de conhecimento.

Bibliografia

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento Monitorio*. 2. ed. Juruá, 1997.
- _____. *Código de Processo Civil reformado*, 2. ed. Del Rey, 1995.
- AMARAÍ, José Amir do, Algumas considerações sobre a ação monitoria. *Ajuris*, n. 66, p. 252-257, mar. 1996.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Disponibilidade do rito na ação monitoria. *Revista Síntese Trabalhista*, n. 82, p. 7-10, abr. 1996.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Ação monitoria*. Copola Ed. 1995.
- BERMUDES, Sérgio. Ação monitoria : primeiras impressões sobre a Lei nº 9.079 de 14/07/95. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 26, p. 60-66, jan./mar. 1996.
- CALAMANDREI, Piero. *El procedimiento monitorio*. Buenos Aires : Editorial Bibliografica Argentina, [s.d.].
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Saraiva, 1965.
- COSTA, José Rubens. *Ação monitoria*. Saraiva, 1995.
- DIAS, Francisco Barros. *Ação monitoria*. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 150, p. 17-24, jul. 1996.

- GARBAGNATI, Edoardo. *I procedimenti di ingiunzione e sfratto*. 3. ed. Milão : A. Giuffrè, 1951.
- GRECO FILHO, Vicente. Considerações sobre a ação monitória, *Revista de Processo*, n. 80, p. 155-158, out./dez. 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação monitória. *Revista Jurídica Consulex*, n. 6, p. 24-28, jun. 1997.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MEIRELES, Edilton. *Ação de execução monitória*. LTR, 1997.
- ROCHA, José Taumaturgo da. Ela, a ação monitória, vista por nós, brasileiros. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 146, P. 89-103, mar. 1996.
- SANTOS, Ernane Fidelis dos. Procedimento monitório. *Revista de Processo*, n. 81, p. 24-31, jan./mar. 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. 4. ed. Max Limonad, 1969.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. 6. ed. *As inovações no código de processo civil*, 6. ed. Forense, 1996.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Lineamentos da ação monitória. *Revista do Advogado*, n. 46, p.75-80, ago/1995.

Cidadania e *res publica*: a emergência dos direitos republicanos

LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direito, Estado e os direitos. 3. Cidadão, Direito e direitos. 4. O público e o privado. 5. Os direitos republicanos e os interesses difusos. 6. Direito à coisa pública. 7. Positivização do direito à res publica. 8. Defensores e adversários. 9. Conclusão.

1. Introdução

Podemos pensar a história como um processo civilizatório por meio do qual a humanidade aprende a viver em sociedade, a resolver seus conflitos e a definir os direitos e obrigações de seus membros. Ou então como um processo de desenvolvimento econômico por meio do qual esta mesma humanidade aprende a trabalhar em conjunto, a dividir o trabalho e alocar recursos, a cooperar na produção e competir pelo produto social. No primeiro caso, a resolução dos problemas de ação coletiva passa pela institucionalização do Estado e a criação do Direito; no segundo, pela institucionalização dos mercados. Nos dois casos, por um processo de distribuição de poder, de riqueza e de renda entre participantes que satisfaça minimamente os objetivos políticos maiores de ordem, bem-estar, liberdade e a justiça social. Uma sociedade será tanto mais civilizada quanto mais equilibrada e plenamente se aproximar desses objetivos.

Neste trabalho vou me concentrar no processo civilizatório mais geral, de natureza política, por meio do qual homens e mulheres vêm buscando a ordem, a liberdade e a justiça social. Para isso, partindo da proposta básica de Marshall, examinarei o desenvolvimento da idéia de cidadania a partir da afirmação, primeiro, dos direitos civis, segundo, dos

Luiz Carlos Bresser Pereira é Professor da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, e Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado.

direitos políticos, e terceiro, dos direitos sociais. Na medida, entretanto, em que esses direitos, ainda que não tenham sido efetivamente assegurados, já foram razoavelmente bem definidos e incorporados nas Constituições e nas leis dos países civilizados, argumentarei neste artigo que, no último quartel do século XX, um quarto direito de cidadania – os direitos públicos ou, mais precisamente, os direitos republicanos –, está sendo definido e precisa ser melhor positivado e efetivamente garantido. Definirei os direitos republicanos como os direitos que todo cidadão tem que o patrimônio público – seja ele o patrimônio histórico-cultural, seja o patrimônio ambiental, seja o patrimônio econômico ou *res publica* estrito senso –, seja efetivamente público, ou seja, de todos e para todos. E procurarei, especialmente, entre os direitos republicanos, propor uma definição para o direito à *res publica*, entendida esta, de forma restrita, como o estoque de ativos e principalmente o fluxo de recursos que o Estado e as entidades públicas não-estatais controlam. Em um século em que essa *res publica* tornou-se muito grande, representando entre um terço e a metade de toda a renda das nações, a cobiça de indivíduos e grupos em relação a ela aumentou muito, tornando-se historicamente imperativa sua proteção. Este mesmo século, entretanto, foi também o século da afirmação da democracia em todo o mundo. E a democracia implica um desenvolvimento crescente do conceito de cidadania, que se afirma à medida que a tensão entre o privado e o público, entre os direitos individuais e os coletivos, encontra soluções.

2. Direito, Estado e os direitos

O Direito geralmente é definido como sendo o conjunto de normas dotadas de poder institucionalizado de coerção que regulam a vida social¹. Uma outra forma de entender o Direito, que para os objetivos deste trabalho é mais interessante, é pensá-lo como o conjunto de direitos e obrigações dos cidadãos e das pessoas jurídicas que o Estado reconhece e assegura. Em qualquer das duas hipóteses, podemos pensar o Direito ou como criação do Estado, ou, inversamente, o Estado como

¹ Bobbio (1958, p. 111-113) enfatiza o caráter institucionalizado da garantia da norma jurídica. Para ele o que caracteriza a norma jurídica é o poder de coerção externo, desde que institucionalizado, distinguindo-se, assim, dos poderes de tipo mafioso, que também são dotados de coercibilidade.

criatura do Direito. Por paradoxal que pareça, as duas afirmações estão corretas. Não há Direito sem Estado nas sociedades modernas, já que não haverá norma jurídica se não houver a correspondente possibilidade de sanção pelo Estado. Podem existir normas costumeiras, tradicionais, mas não chegam a se constituir em Direito no sentido estrito do termo. Por isso pode-se afirmar que o Estado – a organização com poder de legislar e tributar a população de um determinado território –, cria o Direito. Mas o inverso também é verdadeiro. Não é possível falar em Estado sem o Direito. O Estado se define a partir da norma constitucional. Surge um Estado quando um conjunto de indivíduos se afirmam como cidadãos ao formularem e darem vigência ao conjunto de normas que constitui o Estado. Nesse sentido o Direito cria o Estado.

Na verdade, conforme observou Celso Lafer (1988: 72), o Estado no mundo contemporâneo é mais um mediador dos conflitos existentes na sociedade do que ente soberano sempre pronto a fazer valer a positividade da lei. Nesse sentido

“a unidade do Estado e do Direito não é um ponto de chegada, à maneira do contratualismo clássico na sua explicação da origem da sociedade, do Estado e do Direito no paradigma do Direito natural; nem um pressuposto não-problemático da dogmática jurídica, na linha do positivismo, mas sim um processo contínuo e aberto”.

O positivismo jurídico tem pouco a oferecer nas explicações das relações entre Estado e Direito, na medida em que unifica as duas instituições². Mais iluminadoras são as teorias de caráter histórico e as de natureza lógico-dedutiva sobre as origens do Estado e do Direito. Na primeira acepção podemos explicar o Estado, segundo a tradição de Aristóteles, Hegel e Marx, como a consequência de um processo histórico por meio do qual os grupos ou classes com maior poder institucionalizaram esse poder, estabeleceram a ordem na sociedade e garantiram para si a apropriação do excedente

² Vale observar que esta posição é muito diferente da de Kelsen (1934, p. 378-385) para quem o Estado é simplesmente um tipo de ordem jurídica, desta forma subordinando o Estado ao Direito. Segundo ele, “aquilo que se concebe como forma de Estado é apenas um caso especial de forma do Direito em geral... o Estado é uma ordem jurídica”. O Estado, para Kelsen, é a personificação da ordem jurídica.

econômico. Na segunda, podemos vê-lo como o resultado de um contrato social entre os cidadãos, ou seja, como um resultado racionalmente necessário para os homens escaparem ao estado de natureza, como o fizeram os jusnaturalistas de Hobbes a Rousseau e Kant³.

No primeiro caso a cidadania só surge historicamente, na medida em que os indivíduos vão se investindo de direitos – mais precisamente direitos e obrigações que vão constituir o Direito. No segundo, o Estado é o resultado de uma escolha ou de um contrato, que, a rigor, já se pressupõe a existência do cidadão: um cidadão detentor de direitos – direitos naturais ou valores morais básicos – que ele cede parcialmente ao Estado para garantir a ordem social. No primeiro caso, a idéia de justiça e os direitos e deveres correspondentes vão surgindo à medida que a sociedade vai se tornando capaz de efetivá-los; no segundo, a justiça das instituições básicas da sociedade e de suas leis é deduzida logicamente a partir da maximização da satisfação que elas proporcionam, como querem os utilitaristas, ou é o resultado de princípios morais básicos a que chegariam consensualmente homens e mulheres hipoteticamente iguais entre si ao estabelecerem o contrato social original entre si, e, em conseqüência, a estrutura básica da sociedade, definida pelas instituições básicas da sociedade que distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens da cooperação social, como quer Rawls (1971: 1-22). Nos dois casos, Estado, Direito e cidadania são termos intrinsecamente interdependentes. Estado e Direito são duas instituições básicas da sociedade por meio das quais esta estabelece a ordem, garante a liberdade para seus membros e manifesta sua aspiração de justiça⁴. A cidadania surge da interação dessas três conquistas sociais. Nesse processo, conforme enfatiza Habermas, a moral não tem precedência sobre o Direito, como querem os jusnaturalistas, nem este é indepen-

³ Ver a respeito Bobbio (1979, p. 49-58), Bresser Pereira e Tadeu Lima (1996). Nas ciências sociais é sempre possível adotar predominantemente um ou outro método, resultando daí teorias aparentemente conflitantes, mas que na verdade são ou podem ser complementares.

⁴ Além do Estado e do Direito, as outras duas instituições básicas da sociedade são o mercado e a sociedade civil. Por meio delas os “arranjos econômicos e sociais”, na terminologia de Rawls (1971, p. 7), se constituem, a ordem econômica e social é definida.

dente da moral, como pretenderia o positivismo: na verdade, são complementares⁵.

Nesse sentido, Estado e Direito não passam de criaturas e instrumentos da sociedade. São instituições sociais cujas características variarão em função das mudanças que estiverem ocorrendo na estrutura da sociedade. Das mudanças que estiverem ocorrendo na distribuição dos quatro atributos que conferem poder aos indivíduos e grupos: a força material ou capacidade de coerção, a riqueza, a hegemonia ideológico-religiosa e o conhecimento técnico e organizacional. Quando esses quatro elementos estiverem muito concentrados em grupos com capacidade de organização, teremos sociedades autoritárias, Estados correspondentemente autoritários e o Direito a serviço dos poderosos. Os direitos estarão limitados a uma minoria. Na medida, entretanto, que o desenvolvimento econômico ocorre, as sociedades tornam-se mais complexas, a educação se generaliza, passa a ocorrer um crescente processo de equalização social e portanto de desconcentração daqueles quatro atributos, e a capacidade de organização política da sociedade como um todo aumenta. Aos poucos os regimes políticos autocráticos vão dando lugar a regimes democráticos, sistemas sociais baseados em estamentos quando não no regime de castas dão lugar a classes sociais e estas a camadas ou estratos sociais.

Este processo ganha um extraordinário impulso com o surgimento do capitalismo e da mais-valia capitalista. Nesse momento a apropriação do excedente econômico deixa de ser o resultado do uso da força por meio do controle direto do Estado e passa a ser o resultado de uma troca de equivalentes no mercado. Abre-se, então, a possibilidade do surgimento das democracias modernas, nas quais a cidadania finalmente se afirmará. Em um primeiro momento a força material cede lugar para a riqueza como fonte de poder, e as

⁵ Nas palavras de Habermas (1992, p. 106): “Uma ordem legal só pode ser legítima se não contraditar princípios morais básicos. Em virtude dos componentes de legitimidade que fundamentam a validade da lei, a lei positiva tem uma referência moral nela inscrita. Mas essa referência moral não nos deve levar à confusão de colocar a moral acima da lei, como se existisse uma hierarquia de normas. A noção de uma lei maior (isto é, de uma hierarquia na ordem legal) pertence ao mundo moderno. Ao invés, a moralidade autônoma e a lei positiva que depende de justificação apresentam-se em uma relação de complementaridade”.

classes sociais substituem as castas como forma de organização social. Em um segundo momento, já neste século, a riqueza começa a ceder espaço para o conhecimento técnico e organizacional, e a estrutura social passa se caracterizar cada vez mais por camadas ou estratos ao invés de classes sociais. Por meio desse processo, força, riqueza e conhecimento técnico e organizacional vão pouco a pouco se desconcentrando, viabilizando o surgimento de sociedades plurais, nas quais o Estado se democratiza, os direitos se afirmam, e o Direito se transforma em instrumento da cidadania⁶.

3. Cidadão, Direito e direitos

Cidadão é o membro do Estado-Nação dotado de direitos e capaz de interferir na produção do Direito. Este, por sua vez, é o conjunto dos direitos dos cidadãos – e das pessoas jurídicas por eles instituídas. A cidadania se expande e se afirma na sociedade à medida que os indivíduos adquirem direitos e ampliam sua participação na criação do próprio Direito. Logo, os direitos estão no centro das idéias de Direito, Estado e cidadania.

Os direitos que constituem a cidadania são sempre conquistados, são sempre o resultado de um processo histórico por meio do qual indivíduos, grupos e nações lutam por adquiri-los e fazê-los valer. Ninguém foi mais enfático e inspirado em afirmar tal fato do que Ihering (1872: 15):

“todo e qualquer direito, seja o direito de um povo, seja o direito de um indivíduo, só se afirma através de uma disposição ininterrupta para a luta”.

Bobbio (1992: XVI) caminha na mesma linha. Para ele, que adota uma posição firme contra a idéia dos direitos naturais, os direitos nascem quando devem e podem nascer. São direitos históricos, que nascem de lutas que se travam através do tempo, gradualmente. Que nascem em circunstâncias determinadas, relacionadas com a defesa de novas liberdades. Desta forma:

“Certas demandas nascem quando surgem determinadas necessidades. Novas necessidades nascem em correspondência às mudanças das condições sociais, quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-las. Falar de

⁶ Examinei estes temas em *Estado e Subdesenvolvimento Industrializado* (1977), *A Sociedade Estatal e a Tecnoburocracia* (1981) e *Estado, Sociedade Civil e Legitimidade Democrática* (1995).

direitos naturais, ou fundamentais, ou inalienáveis, ou invioláveis é usar fórmulas de linguagem persuasiva que podem ter uma função prática em um documento político para dar mais força à demanda, mas não têm qualquer valor teórico, e portanto são completamente irrelevantes em uma discussão sobre a teoria do direito”.

A luta pelo direito e pela afirmação da cidadania é, em um primeiro momento, uma luta da burguesia ou da classe média. No século XX, entretanto, tornou-se uma luta muito mais ampla, em que os pobres tornavam-se não apenas cidadãos formais, com direito a voto, mas cidadãos de fato⁷. Para isso, dois fatores assumiram um papel relevante de caráter informativo: a educação e uma imprensa livre. Por outro lado, a cidadania é uma prática. Por isso, sociólogos e antropólogos salientaram a importância crescente dos movimentos sociais para a construção da cidadania por meio da afirmação de direitos sociais⁸. Essa prática, entretanto, pode se realizar mediante defesa de direitos civis, particularmente da afirmação do direito do consumidor. Por meio da sua defesa o consumidor assume o caráter de cidadão⁹.

Os direitos historicamente afirmados são assegurados pelo Estado a favor do cidadão e contra algo ou alguém: primeiro temos os direitos civis e políticos: são direitos contra um Estado autoritário e oligárquico; em seguida, temos os direitos sociais: são os direitos contra

⁷ Chamei de “contradição da cidadania” o problema político resultante da existência no Brasil de um número muito grande de cidadãos com direito a voto, mas sem consciência de seus direitos e deveres políticos e sociais. Ver Bresser Pereira (1996a).

⁸ Conforme observa Ruth Cardoso (1994, p. 90): “A cidadania não apareceu do nada, ela tem uma história, está referida a um conceito preciso. É esse conceito que não está mais dando conta do que acontece agora porque está baseado na idéia de que existem direitos individuais e, hoje, através da luta dos movimentos sociais, há um reconhecimento pleno de que existem direitos coletivos”. Ver a respeito também Durham (1984), Dagnino (1994) e Silva Telles (1994).

⁹ Segundo observa Letícia Schwarz (1997, p. 14), a oposição entre cidadão e consumidor é falsa. Por meio da defesa dos seus direitos enquanto consumidor a pessoa vai se transformando em cidadão: “o tiro de largada é dado pelo conhecimento dos direitos do consumidor, muitas vezes de forma totalmente equivocada, os conflitos e negociações são o percurso e, se a faixa de chegada é rompida, muitos sentem a sua dignidade civil resgatada”.

os ricos ou poderosos; e finalmente, conforme procuraremos enfatizar neste trabalho, temos os direitos republicanos: são os direitos contra os aproveitadores ou privatizadores da *res publica*¹⁰.

Nos termos da análise clássica de Marshall (1950) sobre a afirmação histórica da cidadania, primeiro foram definidos os direitos civis, depois os direitos políticos e finalmente os direitos sociais. Os primeiros dois direitos conquistados pelos cidadãos e assegurados pelo Estado foram direitos contra o Estado, ou, mais precisamente, contra um Estado capturado ou privatizado por oligarquias ou aristocracias que o tornavam despótico¹¹. No século XVIII os contratualistas e as cortes inglesas definiram os *direitos civis*, que serviriam de base para o liberalismo; no século XIX os democratas definiram os *direitos políticos*. Esses dois direitos estabeleceram as bases das democracias liberais do século XX. Por meio dos direitos civis os cidadãos conquistaram o direito à liberdade e à propriedade, em relação a um Estado *antes* opressor ou despótico; por meio dos direitos políticos os cidadãos conquistaram o direito de votar e ser votado, de participar, portanto, do poder político do Estado, contra um Estado *antes* oligárquico. Finalmente, na segunda metade do século XIX os socialistas definiram os direitos sociais, que, no século seguinte, foram inscritos nas Constituições e nas leis dos países¹².

¹⁰ Está claro para mim o risco de utilizar a idéia de direitos “contra” o Estado, ou contra os criminosos, ou contra os ricos e poderosos. Na perspectiva jurídica clássica, os direitos são postulados “perante” o Estado-Administração ou Estado-Juiz. Assim os direitos civis, os direitos sociais e os direitos republicanos. O sujeito passivo da obrigação/condenação é que pode variar: outros cidadãos e o próprio poder público, ou apenas um e não o outro. Quando, entretanto, usamos essa idéia de direitos “contra”, queremos destacar o sujeito passivo da obrigação, sujeito, aliás, que de “passivo” pouco tem se abandonarmos a terminologia jurídica.

¹¹ A rigor, os direitos civis não são apenas direitos contra o Estado. São também de cada cidadão contra outros cidadãos que o roubam ou o agridem. O Direito Penal, enquanto direito público, está voltado para garantir os direitos civis dos cidadãos contra os criminosos. Ou, mais amplamente, para garantir os direitos de cidadãos, empresas e do próprio Estado contra a ação criminosa.

¹² Esta notável análise de Marshall tem sido objeto de críticas dos mais variados tipos. Talvez a mais significativa seja aquela que, seguindo a linha de Klaus Offe, vê na afirmação dos direitos sociais

O fato de os direitos civis terem sido estabelecidos contra o Estado não deixa de ser paradoxal: como o Estado pode assegurar direitos contra ele próprio? O paradoxo, porém, se resolve se observarmos que: quando novos direitos são definidos, mudam as relações de poder dentro do Estado e da sociedade, já que novos direitos são novas pautas de comportamento entre os indivíduos que definem o próprio Estado. Segundo o paradoxo de Rousseau, o cidadão, ao alienar sua liberdade ao Estado mediante um contrato social, vê garantida pela lei do Estado, que exprime a vontade geral soberana, sua liberdade¹³. O Estado contra quem se afirmam esses novos direitos, é um Estado no qual o Governo – a elite dirigente do Estado – era “antes” despótico ou oligárquico; depois que os direitos são afirmados, os governantes perdem poder relativo em relação aos cidadãos, o Estado deixa de ser despótico e oligárquico: a cidadania começa a se constituir¹⁴.

Esta perspectiva, entretanto, é uma perspectiva lógico-dedutiva, própria do pensamento

e “no *welfare state* o caráter de *necessidade funcional* do próprio capitalismo... as práticas relativas à política social, ao invés de representarem algo como um colorido adicional e de alguma forma acidental adquirido pelo Estado num processo de desenvolvimento capitalista cuja lógica de mercado lhes seria alheia, na verdade constituem um contraponto ‘não-mercantil’ inerente a essa lógica mesma”, (Wanderley Reis, 1990, p. 7 – *sublinhado* do autor). Não há, entretanto, na análise de Marshall caráter “acidental”, e o fato de os direitos sociais serem funcionais para o capitalismo, como Offe (1984) muito bem assinalou, não lhes tira o caráter de conquista nem a qualidade de representarem um avanço no processo democrático. Uma outra discussão é a da relativa perda de funcionalidade desses direitos desde o momento em que o Estado do Bem-Estar entrou em crise.

¹³ Por meio do contrato social, que estabelece as bases para o poder soberano ou para o Estado, segundo Rousseau (17–, p. 244), “cada um dando-se a todos não se dá a ninguém; e como cada associado adquire o mesmo direito que ele cede, ganha-se o equivalente a tudo quanto se perde, e mais força para se conservar o que já se tem”.

¹⁴ Conforme observou Ferreira Filho (1972, p. 74): “Traduz o Estado de Direito a experiência imemorial de que o poder tende ao abuso, e que este só é evitado, ou, ao menos, dificultado, quando o próprio Estado obedece à lei e está enquadrado em um estatuto jurídico a ele superior”. Os direitos civis estabeleceram as bases para os regimes liberais, os direitos políticos, para o regime democrático, os direitos sociais, para os regimes social-democráticos.

contratualista e hegeliano, segundo o qual o Estado é o ponto culminante da história. O contratualismo nasceu com Hobbes, que era um conservador preocupado com a ordem, passou por Locke, que fundou o liberalismo, passou por Rousseau, que fundou no contrato uma teoria radical de democracia, e terminou com Hegel, que fez a transição de uma abordagem lógico-dedutiva para uma abordagem histórica do Estado. Apesar do conservadorismo de seu fundador, Hobbes, o contratualismo terminou por servir de base revolucionária para o liberalismo e a democracia ao basear a legitimidade do príncipe em um contrato livremente pactado por cidadãos e não na tradição. No momento, entretanto, em que essa concepção de Estado se torna vitoriosa com as revoluções burguesas e o predomínio do modo de produção capitalista e da ideologia liberal, renasce com Saint Simon e Marx a abordagem histórica, agora com uma conotação revolucionária de crítica do Estado enquanto instrumento de dominação. E de fato o caráter racional do Estado, definido pelos contratualistas e que Hegel levou ao paroxismo, é uma notável construção teórica que não impede que os governos, em nome do Estado, continuem a praticar atos autoritários e no interesse de uma minoria¹⁵. Por isso a afirmação dos direitos do cidadão é um problema permanente. E, como viram os liberais e em seguida os democratas modernos, que têm sua origem no contratualismo, a defesa da cidadania depende da permanente luta pela garantia dos direitos civis e políticos.

Assegurados – pelo menos em tese –, os direitos dos cidadãos contra o Estado, entretanto, surge o problema adicional de assegurar os também contra os outros cidadãos: os ricos e/ou os poderosos. Os direitos sociais têm essa natureza. Os direitos sociais podem ser entendidos, de forma estrita, como direitos contra outros cidadãos, se pensarmos nos direitos dos trabalhadores em relação a seus empregadores. Quando, entretanto, pensamos nos direitos sociais, como o direito à sobrevivência digna, à educação, à cultura, à saúde, esses são direitos dos cidadãos contra a

¹⁵ Em seu comentário à versão preliminar deste trabalho, Rosenfield, que escreveu sua tese de doutorado sobre Hegel, (1982) fez uma observação que merece ser aqui reproduzida: “Hegel jamais identificou o Estado empiricamente existente com a racionalidade... O Estado é, para ele, a expressão política da racionalidade sob a condição de ser a concretização efetiva da idéia da liberdade”.

sociedade civil – na medida em que esta é a sociedade organizada, em que os pesos dos diversos poderes econômicos e sociais se fazem sentir –, e o respectivo Estado que a representa¹⁶. Se a sociedade dispõe de recursos materiais para garantir estas necessidades, elas se transformam em direitos – direitos que não podem ser assegurados na medida em que os recursos sociais estejam excessivamente concentrados nas mãos de um grupo reduzido de capitalistas e de altos burocratas públicos e privados.

No último quartel do século XX, entretanto, um quarto tipo de direitos está surgindo: os direitos dos cidadãos de que o patrimônio público seja efetivamente de todos e para todos. Este trabalho concentrar-se-á na análise desses novos direitos, que estamos propondo chamar de direitos públicos ou de “direitos republicanos” – direitos dos cidadãos contra aqueles que buscam capturar privadamente os bens que são ou devem ser de todos –, e particularmente a uma categoria desses direitos: o direito à *res publica* ou ao patrimônio econômico público¹⁷. Poderíamos dizer, a partir de uma perspectiva a-histórica, que esses direitos sempre existiram. No plano da história, entretanto, esses são direitos que só recentemente começaram a ganhar contorno definido entre os interesses difusos. São direitos que cada vez mais deverão merecer a atenção de filósofos políticos e juristas.

Antes de examinarmos mais detidamente o direito à coisa pública, é necessário, porém, situar os direitos republicanos entre os demais direitos não apenas do ponto de vista histórico, mas também lógico.

4. O Público e o Privado

Habermas (1992: 78) observa que a análise do conceito de cidadania realizado por

¹⁶ Geralmente pensamos na sociedade civil em oposição ao Estado. Essa oposição, entretanto, só faz sentido quando o governo que ocupa a liderança do Estado perde legitimidade. Normalmente sociedade civil e Estado caminham juntos: o governo representa a sociedade civil no Estado.

¹⁷ Devo a Guillermo O’Donnell a sugestão de denominar estes direitos de “republicanos” ao invés de públicos. Inicialmente pensei usar a expressão “direitos públicos”, a qual se distinguiria da expressão “direito público” (em oposição a direito privado) na medida em que seria sempre usada no plural. Esta expressão, entretanto, pode levar a confusões, enquanto que a expressão “direitos republicanos” é nova, permitindo identificar direitos que também são novos.

Marshall, definindo sucessivamente três direitos (aos quais estamos aqui acrescentando um quarto, os direitos republicanos) “faz parte da ampla tendência que os sociólogos chamam de ‘inclusão’. Em uma sociedade cada vez mais diferenciada, um número cada vez maior de pessoas adquire direitos cada vez mais inclusivos de acesso a, e de participação em, um número crescente de subsistemas...” Mas adverte, fiel a sua teoria da ação comunicativa em que a democracia desempenha um papel crucial, que se trata de uma análise linear, que não acentua o papel crucial dos direitos políticos na cidadania, colocando-os no mesmo nível dos demais:

“De fato, apenas os direitos de participação política servem de base para o posicionamento legal auto-referenciado do cidadão reflexivo. Liberdades negativas e direitos sociais podem, em contraste, ser garantidos por uma autoridade paternalista. Em princípio, o Estado constitucional e o Estado do Bem-Estar são possíveis sem democracia” (1992: 504).

Na segunda metade do século XX, direitos civis, direitos políticos e direitos sociais foram unidos sob o nome direitos do homem ou *direitos humanos*. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, declarou a validade universal desses direitos, que, assim, foram positivados em nível internacional. Pensados em termos abstratos, direitos humanos e direitos do homem são sinônimos: abrangem todos os direitos. Entretanto, se pensarmos em termos históricos, veremos que a idéia dos “direitos humanos” aparece com força nos anos 70, identificada principalmente com os direitos civis, como uma reação contra os regimes autoritários que se tornam dominantes nos países em desenvolvimento. Desde os anos 30 a grande ênfase fora transferida para os direitos sociais, na medida em que se imaginava que os direitos civis e políticos estavam assegurados, ou então que eram direitos “formais”, produto de uma “democracia formal” que só se tornaria real ou substantiva quando os direitos sociais estivessem também defendidos. Esta era a posição clássica da esquerda até os anos 60. Entretanto, quando, nos anos 60 e 70, regimes autoritários de direita assumem o poder em um grande número de países, principalmente na América Latina, e passam a violentar os direitos civis e políticos, a esquerda é obrigada a rever sua posição. Diante da violência estatal e privada contra os políticos de esquerda, muitos dos quais

pertencentes à classe média, diante da tortura e do assassinato, tornou-se essencial revalorizar os direitos políticos, expressos na democracia, e os direitos civis, agora ampliados para as camadas mais pobres da população¹⁸.

Tornou-se em seguida claro para os setores democráticos da sociedade que não eram apenas os direitos humanos dos contestadores políticos que estavam em jogo. Era também preciso defender os direitos civis dos fracos e oprimidos: adolescentes infratores assassinados barbaramente por esquadrões-da-morte, dos bandidos torturados e assassinados pela polícia, dos índios, dos posseiros sem-terra, das jovens mulheres pobres levadas à prostituição, dos negros que sofrem discriminação, dos homossexuais vítimas de todos os abusos¹⁹. Para a defesa dos direitos civis ou mais amplamente dos direitos humanos, tanto dos contestadores políticos quanto dos fracos e oprimidos, a Igreja Católica desempenhou na América Latina um papel decisivo nos anos 70 e 80²⁰. Ao mesmo tempo a sociedade civil organizada, sob a forma de instituições públicas não-estatais, passou a ter um papel cada vez mais importante na defesa dos direitos humanos²¹, enquanto a imprensa assumia um papel cada vez mais estratégico nessa matéria²². Nesses termos,

¹⁸ Segundo Jelin e Hershberg (1996, p. 3): “Enquanto era um lugar comum distinguir os direitos civis dos políticos e dos sociais, e definir cidadania principalmente em termos de direitos sociais, nos anos 80 direitos humanos e civis básicos não podiam mais ser relegados a segundo plano ou assumidos como garantidos. De fato, tornaram-se o centro do ativismo político e da preocupação intelectual”.

¹⁹ Segundo, por exemplo, o ouvidor da polícia de São Paulo, Benedito Domingos Mariano, “a vítima da tortura em geral é homem, negro, pobre e mora na periferia” (*Folha de S. Paulo*, 1.1.1997).

²⁰ Para o Brasil o documento fundamental a respeito é o da Arquidiocese de São Paulo (1985) *Brasil : nunca mais*. Ver também Paulo Sérgio Pinheiro e Eric Braun (1986).

²¹ As instituições públicas não-estatais são impropriamente chamadas de ONGs (organizações não-governamentais) uma tradução da denominação americana, NGOs (*non-governmental organizations*). Impropriamente porque na tradição anglo-saxônica, Estado e Governo são confundidos, e porque além de afirmar que é não-estatal, é preciso dizer que a instituição é pública – pertence a todos, não tem proprietários individuais ou coletivos.

²² Neste plano os trabalhos de Gilberto Dimenstein, a partir de *A Guerra dos Meninos* (1990), são essenciais. Estes trabalhos foram reunidos e sintetizados em Dimenstein (1996). O prefácio deste livro, escrito por Paulo Sérgio Pinheiro, tem um título significativo: “O Passado não Está Morto: nem Passado é Ainda”.

embora continuasse a existir um fundamento autoritário em parte considerável da população dos países, principalmente dos países em que as democracias são recentes e as estruturas sociais gravemente heterogêneas²³, os direitos humanos, enquanto essencialmente direitos civis dos fracos e oprimidos, enquanto direito em primeiro lugar à vida, foram novamente valorizados, ao mesmo tempo que os valores democráticos eram reafirmados. Os direitos sociais continuaram importantes, mas deixava de se justificar a quase exclusiva ênfase neles, que se originava ou no pressuposto equivocado de que os direitos civis já eram uma conquista de todos – quando o eram apenas para as elites –, ou na visão enviesada segundo a qual os direitos civis só estariam garantidos quando os sociais também o estivessem²⁴.

No conceito de direitos humanos existe uma espécie de unificação de todos os direitos. Entretanto, embora os direitos possam ser considerados consistentes entre si e portanto complementares, eles também são contraditórios. Os direitos sociais são consistentes com os civis na medida em que, conforme observa Reis (1996: 121),

“se a desigualdade social é manifesta, o poder será distribuído desigualmente, o que inevitavelmente minará as perspectivas do pleno gozo dos direitos civis e políticos por todos”.

Em muitos casos os direitos civis, políticos e sociais são contraditórios, impondo-se compensações (*trade-offs*) entre eles. Isto será especialmente verdade, se salientarmos o caráter individualista e egoísta dos direitos civis, na medida em que eles foram historicamente implantados nos quadros do indivi-

²³ Este fundamento autoritário expressa-se na falta de indignação em relação aos atos de violência contra os direitos humanos dos setores excluídos ou mesmo no apoio a estes atos por setores consideráveis da sociedade. Nancy Cardia (1994), a partir de uma pesquisa sobre a falta de rejeição contra as violências da polícia e forças parapolíciais contra os excluídos, vê o problema como um caso de “exclusão moral de grupos considerados à margem da sociedade”, em um contexto de ausência de poder dos governados sobre os governantes, de alienação do processo de produção de leis, de desconhecimento do significado dos direitos civis e políticos, e de falta de canais de acesso dos grupos excluídos à proteção da lei.

²⁴ O debate entre os direitos individuais e os sociais, entretanto, continua vivo, por meio da discussão dos ideais de justiça e de solidariedade. Ver a respeito Cardoso de Oliveira (1996).

dualismo utilitarista do século XVIII. Por isso Reis (1995), apoiando-se na distinção feita por Kelly (1979), enfatiza a diferença entre direitos civis e direitos cívicos. Nos direitos civis o elemento dominante é o do direito à liberdade e à propriedade. O cidadão é cidadão, segundo essa concepção clássica ou liberal de cidadania, na medida em que tem esses direitos garantidos. Já os direitos cívicos envolvem a idéia de deveres do cidadão para com a sociedade. O cidadão é cidadão na medida em que, além de ter seus direitos egoístas garantidos, assume responsabilidades, em relação ao interesse público, que podem estar em contradição com seus interesses particulares. Segundo Reis (1995: 128):

“A tensão entre as duas dimensões, e entre os valores afirmados em cada uma delas, é tão severo que freqüentemente elas aparecem contraditórias. Se a esfera privada, de mercado, civil é a esfera da autonomia, é também do egoísmo e do particularismo; e se a esfera cívica é onde a solidariedade ocorre, é simultaneamente a esfera da dependência”.

Não existe solução simples para essa tensão²⁵. A convivência social nas democracias modernas é o resultado dos compromissos necessários entre essas duas esferas – a do privado ou civil e a do público ou cívico –, e entre os quatro direitos básicos: civis, políticos, sociais e republicanos²⁶. Enquanto os direitos civis são direitos freqüentemente considerados “negativos”, no sentido de que o que se quer,

²⁵ Enquanto os social-democratas procuram ampliar a esfera pública, os liberais assinalam os riscos envolvidos. Conforme observa Giannetti da Fonseca (1993, p. 126), “a tensão entre moralidade cívica e pessoal – entre as normas sociais de convivência pacífica e os desejos de valores de cada indivíduo – é um traço permanente da existência humana... Existem sérios limites e riscos associados ao predomínio excessivo da autoridade política e da moralidade cívica em detrimento da moralidade pessoal”.

²⁶ A expressão *direitos cívicos* poderia ser pensada como uma denominação alternativa a direitos republicanos, embora Kelly e Reis a usem em um contexto diferente, para salientar a importância, para o conceito de cidadania, da preocupação de cada cidadão com o interesse público – preocupação que não está clara – quando não é negada – quando o pensador liberal se refere aos direitos civis. Nos direitos republicanos, como nos cívicos, ainda que o cidadão esteja defendendo o seu direito, ele tem necessariamente que estar preocupado com o interesse público.

principalmente em relação aos direitos civis, é que a liberdade e a propriedade do cidadão não seja ferida, no caso dos direitos políticos e dos direitos sociais é necessária uma ação “positiva” do Estado. O conceito negativo de liberdade está associado aos direitos civis e ao liberalismo, enquanto que o conceito de liberdade positiva, associada à democracia no caso dos direitos políticos, ao socialismo, no caso dos direitos sociais, e à cidadania plena, no caso dos direitos republicanos. A liberdade negativa é uma liberdade “de”, enquanto a positiva é uma liberdade “para”. O cidadão tem a liberdade negativa de não sofrer restrições ou interferências em relação a seus desejos legítimos; tem a liberdade positiva para participar do governo, partilhar a riqueza social, e garantir que o que foi decidido ser público de fato o seja.

Essa distinção que na sua formulação contemporânea se deve a Isaiah Berlin (1958), embora atrativa, é, na verdade, relativa²⁷. Para se garantir os direitos civis é também necessária uma ação positiva do Estado, implicando inclusive custos administrativos: afinal, todo o aparato clássico do Estado – Poder Legislativo, Poder Judiciário, polícia, forças armadas – existe para garantir positivamente os direitos civis, da mesma forma que o aparato social do Estado, expresso nos ministérios da educação, da saúde, da cultura etc., além do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, existem para garantir os direitos sociais²⁸. Talvez mais significativo seja o fato de que enquanto os direitos civis são direitos individuais, no sentido que protegem cada indivíduo que se pode supor egoísta, voltado para a defesa exclusiva dos seus interesses, os direitos republicanos são direitos coletivos, no sentido que protegem a coletividade, que seria também capaz de agir coletiva e solidariamente em função do interesse comum ou público. Se pensarmos em uma escala que vai do privado para o público, do interesse individual para o coletivo, teríamos os direitos

²⁷ Berlin escreveu seu ensaio sobre os dois conceitos de liberdade em 1958, no auge do conflito ideológico entre liberais e marxistas. Embora sabendo que os *trade offs* entre os dois tipos de liberdade são necessários, como representante do liberalismo, fez o elogio da liberdade negativa e enfatizou radicalmente os riscos da liberdade positiva, que, “em certos momentos não é outra coisa senão um hábil disfarce para mais brutal tirania” (1958, p. 131).

²⁸ Para uma crítica da teoria classificando os direitos segundo envolvam prestações positivas ou negativas, ver Lindgren Alves (1994).

políticos e os direitos sociais entre os direitos civis e os republicanos. Todos são fundamentais, não existe uma hierarquia entre eles, mas a tensão entre o civil e o cívico, entre o cidadão que protege seus interesses e o cidadão que protege os interesses gerais, é permanente.

Essa distinção entre direitos individuais e coletivos é naturalmente relativa, já que os interesses individuais só podem ser garantidos dentro de uma sociedade em que a ação coletiva de fato ocorre, cria o Estado e as instituições liberais e democráticas, e assim garante esses direitos, enquanto que os direitos coletivos, cuja defesa exige diretamente, a ação coletiva e em última análise solidária dos prejudicados, são também direitos de cada cidadão individualmente.

É difícil senão impossível pensar em cidadania a partir apenas de direitos civis e do conceito de liberdade negativa, como querem os liberais radicais modernos, neoliberais. Nossa premissa é a de que a democracia é um regime político historicamente em construção, que vai sendo aperfeiçoado na medida em que os quatro direitos de cidadania vão sendo afirmados, ao mesmo tempo que os políticos são responsabilizados perante os eleitores. A democracia não é apenas um ideal, um conceito abstrato. É uma realidade política histórica. Os filósofos gregos preferiam a monarquia e a aristocracia à democracia, embora soubessem que a corrupção da primeira era a tirania e a da segunda, a oligarquia, porque viam a democracia como eminentemente instável. A democracia só se tornou historicamente dominante a partir do momento em que o desenvolvimento econômico e social tornou esse tipo de regime mais estável do que os regimes autoritários de caráter monárquico ou aristocrático.

Na idéia de democracia, desde que ela foi concebida na Grécia, existe sempre a idéia de interesse público. Conforme observa Abranches (1985: 7):

“Na política clássica grega, tanto o *demos* como a *Polis* tinham um significado coletivo e eram organizados politicamente. O governo e o Estado repousavam no fato mais abrangente da cidadania. A *politeia* representava a unidade dos cidadãos, não apenas a soma dos indivíduos – que é a noção (liberal) de sociedade civil –, mas uma comunidade viva”.

Para o cidadão grego a política entendida como interesse público era o bem maior.

Cidadão era aquele que participava da *Polis*. Era esta participação plena, era esta prioridade do público sobre o privado, do coletivo sobre o individual, que definia concepção de cidadania entre os gregos. A idéia de cidadania desenvolvida na Grécia antiga só iria ressurgir, embora parcialmente, no século XVIII, com a afirmação dos direitos civis e do liberalismo. O modelo liberal de sociedade, entretanto, distanciar-se-á do modelo grego. Está baseado em três postulados: um filosófico – a concepção abstrata e absoluta do indivíduo racional, voltado para seus interesses, como centro de tudo; um político – a legitimação do Estado e do seu poder a partir de um contrato social livremente aceito pelos indivíduos-cidadãos, estabelecendo-se, em consequência, uma rígida separação entre a esfera pública e a privada; e um econômico – no plano da produção e distribuição de renda, desde que o Estado garanta o funcionamento dos mercados, se cada um defender seu próprio interesse, o interesse geral será automaticamente garantido.

Este modelo, que permitiu a afirmação dos direitos civis de liberdade e propriedade para a classe burguesa então emergente, embora pudesse ser visto como um retrocesso em relação ao ideal grego, representou um grande avanço em relação aos sistemas aristocráticos e autoritários. A partir do século XIX, entretanto, passou a ser sistematicamente desafiado, primeiro pelos democratas, por meio da afirmação dos direitos políticos, e, em seguida, pelos socialistas, por intermédio da luta pelos direitos sociais. Da mesma forma, porém, que o liberalismo identificou-se inicialmente com a burguesia, a ideologia socialista, embora pretendesse exprimir os interesses do “proletariado”, afinal traduziu os interesses e a visão de mundo da classe burocrática emergente a partir da segunda metade do século XIX²⁹. E, a partir desse fato, pretendeu, em um certo momento, negar todos os valores liberais, estabelecendo uma oposição radical entre o socialismo e o liberalismo.

O socialismo radical, não apenas de caráter marxista, mas principalmente de natureza burocrática e autoritária, só foi absolutamente dominante nos países em que os partidos comunistas tomaram o poder político. Uma

²⁹ Examinei extensamente o problema da emergência da classe burocrática (ou da tecnoburocracia, ou da nova classe média, ou da classe média assalariada – expressões sinônimas) em Bresser Pereira (1981).

versão moderada, social-democrática, entretanto, do socialismo, foi dominante entre os anos 30 e os anos 60 no mundo capitalista, nos quadros do Estado do Bem-Estar ou Estado Social, permitindo o avanço dos direitos sociais em combinação com os direitos civis e os direitos políticos.

Os liberais, que permaneceram na defensiva nesta última fase, retomam a iniciativa nos anos 70, quando o Estado Social – nas suas três versões, o Estado do Bem-Estar, o Estado Desenvolvimentista e o Estado Comunista – afinal entrou em crise³⁰. O novo liberalismo – o neoliberalismo – terá uma inspiração antes econômica do que política, partirá do individualismo metodológico e de uma radical descrença na possibilidade de ação coletiva (Olson, 1965). Nos termos da teoria da escolha racional, que então passa a prosperar, o indivíduo racional será um ser estritamente egoísta, voltado apenas para seus interesses pessoais. No campo da teoria política, por exemplo, toda a literatura está baseada no pressuposto de que o político se motivará apenas pela busca de rendas ou pela vontade de ser reeleito, fazendo *trade offs* entre esses dois objetivos. A idéia de que este seja o mau político, e que existe um segundo tipo de político que se motiva pela vontade de ser reeleito e pelo interesse público, fazendo *trade offs* entre eles, é alheia ao novo conservadorismo neoliberal que então se afirma³¹.

Contraditória e significativamente, porém, é nos quadros desse neoconservadorismo,

³⁰ O liberalismo moderado e democrático, que dialogava e criticava a perspectiva social-democrática de Bobbio e Habermas, será representado, entre outros, por Ralf Dahrendorf e Raymond Aron. Embora conflitantes, estes autores conduzem a uma perspectiva social-liberal. Já o neoliberalismo terá como expoentes Hayek, Friedman, Olson, Buchanan, Lucas. No Brasil José Guilherme Merquior foi talvez o mais representativo expoente do liberalismo moderado, social-liberal. Para uma ampla e atualizada resenha do pensamento liberal ver Merquior (1991).

³¹ Não estou, com estas afirmações, diminuindo a importância da escola da escolha racional nem a reduzindo a uma perspectiva liberal ou neoliberal. Existem cientistas políticos social-democratas, como Adam Przeworski, que têm utilizado o instrumental da escolha racional de forma criativa e politicamente progressista. Por outro lado, conforme deixarei claro em seguida, a contribuição dos intelectuais conservadores ligados à escola da escolha racional para a emergência dos direitos republicanos é fundamental.

apesar dele e, em parte, graças a ele, que a idéia dos direitos republicanos e particularmente o direito à *res publica* vão se firmar. A visão negativa da natureza humana levará à convicção na inevitabilidade do *rent-seeking*. O Estado será sempre objeto da apropriação privada. Por outro lado, à descrença correlata na possibilidade de ação coletiva para grandes grupos conduzirá à certeza de que o Estado não terá capacidade de se opor ao *rent-seeking*, e à proposta do Estado mínimo. Entretanto, a tese do Estado mínimo é apenas uma visão irrealista, meramente lógico-dedutiva, de como deve ser a política. Não corresponde à realidade do capitalismo contemporâneo, não responde às necessidades efetivas da sociedade, sejam elas deduzidas logicamente, sejam avaliadas empiricamente. No Reino Unido, por exemplo, dezoito anos de um governo conservador, que adotou explicitamente o ideário neoliberal, resultaram em reformas importantes, mas não permitiram a redução do Estado em sentido estrito: a carga tributária em relação ao produto interno bruto é praticamente a mesma dezoito anos depois³². Mas, ao mesmo tempo que se tornava clara a inviabilidade da redução do Estado ao mínimo, ficava claro também o quanto esse Estado estava sendo ameaçado, o quanto as atividades de *rent-seeking* distorciam a ação estatal, eram ineficientes e injustas. Para isso a crítica dos neoliberais foi extremamente importante, somando-se à crítica da nova esquerda, que, desvinculando-se crescentemente da burocracia, fazia a crítica da privatização do Estado não apenas pelos capitalistas, mas também pela classe média e particularmente pela burocracia estatal.

Com a definição dos direitos republicanos neste último quartel do século XX, a visão de cidadania ligada à idéia de interesse público e de valores cívicos, que foi ameaçada pela visão neoliberal, afinal ganhou novas forças. Foi se tornando claro que a cidadania só se completa quando os cidadãos têm a consciência do interesse público. Quando o cidadão luta por seus direitos civis, políticos e sociais, ele o faz como membro de uma sociedade cujos interesses coletivos ele sabe que estão acima dos

³² Houve uma diminuição do tamanho do Estado se consideramos o Estado em sentido amplo como envolvendo as empresas estatais. Estas foram privatizadas. A rigor, porém, não constituem o Estado, cujo tamanho deve ser medido principalmente pela carga tributária ou pela despesa pública em relação ao produto.

seus interesses particulares. No individualismo clássico, liberal, cada um está voltado para seu auto-interesse, mas não de uma forma egoísta e cega como pretende o neoconservadorismo contemporâneo. O individualismo liberal de um Locke, de um Tocqueville ou de um Mill é um individualismo iluminado, que, sem dúvida, conta com o mercado e a concorrência para assegurar o interesse geral, mas que conta também com o espírito público de cada cidadão.

A idéia de uma cidadania plena se completa quando acrescentamos aos direitos civis, políticos e sociais os direitos republicanos. Nesse momento o cidadão é obrigado a pensar no interesse público explícita e diretamente. Só assim terá condições de defender o patrimônio público em geral – cultural, ambiental, e econômico. Nesse momento surge a indignação cívica contra as violências que sofre a *res publica*. Indignação que Denis Rosenfield (1992: 13) expressou no Brasil, quando, diante da onda de corrupção que assolava o País no governo Collor, afirmou:

“O público é colocado em questão.

Trata-se de um processo de cartelização da política, reduzida a um mero jogo de forças, onde os vencedores são aqueles que se apropriam, às expensas dos outros, da maior parte do ‘butim’, figura esta a que se viu reduzida a ‘coisa pública’. Sua expressão é a luta corporativa entre os que são detentores de força... Assim, as demandas corporativas, provenientes tantos dos setores mais ricos da sociedade quanto dos sindicatos de funcionários ou de operários, terminam por prevalecer sobre o interesse coletivo”³³.

Direita e esquerda, liberais e social-democratas têm se esgrimido ao longo dos tempos em torno do conceito de cidadania e da ênfase que direitos civis ou direitos sociais devem ter. Na verdade esse debate faz pouco sentido quando fica claro que os direitos civis são também direitos humanos fundamentais dos mais pobres, e que sem os direitos sociais não há possibilidade de um sistema capitalista eficiente e de um governo legítimo. Por outro lado, que sem os direitos políticos não há a

³³ Em termos mais gerais, Rosenfield (1996, p. 40) entende que o Estado só se realiza plenamente “por intermédio da discussão, que é realizada no espaço público”. O problema democrático fundamental é assim “resgatar a função do Estado em seu caráter público, isto é, que não se torne refém de suas próprias corporações, e responda pela coletividade”.

garantia democrática de que esses direitos serão assegurados estavelmente, e que sem os direitos republicanos garantidos não há segurança de que o Estado possa realizar as tarefas que lhe são inerentes. Na verdade, os inimigos dos direitos de cidadania não são os liberais nem os socialistas, mas os autoritários, os patrimonialistas, os corporativistas, e os simplesmente corruptos³⁴.

5. Os Direitos republicanos e os Interesses Difusos

A emergência dos direitos republicanos está relacionada com o processo de democratização que se tornou dominante em todo o mundo. A democracia transformou-se “em um valor universal” (Coutinho, 1980), exigindo do cidadão uma crescente preocupação pelos temas públicos. Assim, ao mesmo tempo que a luta pelos direitos humanos ganhava nova dimensão, nesta segunda metade do século XX surgia uma profusão de novos direitos. As Nações Unidas, que patrocinaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, passou a falar em “direitos de terceira geração”, que incluiriam direitos à solidariedade, à paz, ao desenvolvimento econômico³⁵. Entretanto, conforme observou Bobbio, (1992: XIV) esses direitos “constituem uma categoria ainda demasiado heterogênea e vaga”. São mais aspirações do que direitos.

Entre os interesses de terceira geração, alguns novos direitos vão ganhando especificidade na medida em que apresentam a possibilidade de serem positivados, transformados em lei. São os interesses difusos ou, mais especificamente, o que chamaremos de direitos republicanos. Entendemos como direitos republicanos os direitos que cada cidadão tem de que os bens públicos – os bens que são de todos e para todos – permaneçam públicos, não

³⁴ Nestes termos a proposta de distinguir uma abordagem liberal de uma abordagem histórica no conceito de cidadania faz pouco sentido (Wiener, 1992). Metodologicamente podemos usar preferencialmente o método lógico-dedutivo ou o método histórico-indutivo, mas daí não se segue que um conceito ideológico de cidadania seja de grande ajuda.

³⁵ Os direitos de primeira geração seriam os civis e os políticos, e os de segunda, os direitos sociais. Ferreira Filho (1995), em seu estudo sobre os direitos humanos fundamentais, prefere chamar os direitos de terceira geração de direitos de solidariedade.

sejam capturados por indivíduos ou grupos de interesse. Da mesma forma que o cidadão tem o direito à liberdade e à propriedade (direitos civis), a votar e a ser votado (direitos políticos), à educação, à saúde e à cultura (direitos sociais), ele tem o direito de que o patrimônio do Estado – seja ele constituído pelo patrimônio ambiental, seja pelo patrimônio cultural, seja pela *res publica* – continue a ser um patrimônio a serviço de todos ao invés de ser apropriado por grupos patrimonialistas ou corporativistas que agem dentro da sociedade como livre-atiradores.

A ameaça aos direitos republicanos origina-se na perspectiva patrimonialista do Estado – que confunde o patrimônio público com o do indivíduo ou de sua família – ou na perspectiva corporativista, que confunde o patrimônio do Estado com o dos grupos de interesse corporativamente organizados. Patrimonialistas e corporativistas são livre-atiradores, indivíduos que, contando que a maioria não faça o mesmo, não hesitam – individualmente no caso do patrimonialismo, coletivamente, no caso do corporativismo – em privatizar o Estado, em capturá-lo. O criminoso, o violentador de direitos é sempre um livre-atirador. Ele conhece as leis que organizam a vida social, sabe que se todos as transgredirem elas perdem eficácia e a ordem se generaliza. Como, entretanto, a maioria obedece às leis, ele sabe que existe espaço para sua ação danosa ou criminosa.

Podemos pensar em três direitos republicanos fundamentais: o direito ao patrimônio ambiental, o direito ao patrimônio histórico-cultural e o direito ao patrimônio econômico público, ou seja, à *res publica* estrito senso ou “coisa pública”. O patrimônio econômico público é principalmente patrimônio estatal, embora a cada dia cresça a importância da *res publica* não-estatal. Nos três casos falamos de bens públicos, porque são ou devem ser de todos e para todos. Na medida em que são bens de todos e para todos, tendem a ser mal defendidos e por isso estão permanentemente ameaçados.

A ameaça ao patrimônio ambiental e ao patrimônio cultural é principalmente a da violência contra eles. No caso da *res publica*, que é constituída principalmente pela receita do Estado obtida por meio de impostos, o problema é o da sua apropriação privada. A diferença entre a ameaça aos bens privados e aos bens públicos está no fato de que o detentor do bem privado é um indivíduo permanentemente atento, pronto para defender sua propriedade, enquanto que o detentor do bem

público é a sociedade, é a nação, é o conjunto dos cidadãos organizados coletivamente no próprio Estado. Ora, sabemos como são limitadas as possibilidades da ação coletiva.

Os direitos republicanos são geralmente direitos coletivos ou pluriindividuais, na medida em que seus titulares são principalmente grupos de pessoas, mas fazem parte do direito de cada cidadão. Seu surgimento constitui um sinal do avanço da cidadania. Na teoria do Direito não se fala, geralmente, em direitos republicanos, mas em interesses difusos. Conforme observa Antunes (1989: 21-22) a emergência dos interesses difusos é uma consequência inevitável do amadurecimento cívico do cidadão em um momento histórico em que o Estado ainda não deu cobertura normativa adequada a uma vasta área de interesses. Nesse sentido, afirma Antunes, os “interesses difusos são *interesses públicos latentes*, eventualmente fragmentados”. Não é fácil defini-los: “de modo geral, a figura do interesse difuso pode aplicar-se a muitos direitos sociais e culturais e a muitas normas programáticas de nossa Constituição”. Dessa forma, os interesses difusos ou os direitos republicanos assumem um caráter tão amplo que acabam se esvaziando de conteúdo.

Os direitos republicanos são mal definidos e pior defendidos. Por isso os juristas, prudentemente, falam em interesses e não em direitos, e os qualificam como “difusos”. Falam também em interesses ou “direitos coletivos”. São direitos coletivos quando sua titularidade se expressa coletivamente, como direito de uma classe ou categoria de sujeitos³⁶. Mas os direitos republicanos são um direito subjetivo individual na medida em que os cidadãos são deles detentores. Os juristas também falam em “direitos republicanos subjetivos” para designar de forma ampla todos os direitos dos indivíduos em face ao Estado: direitos que obrigam o Estado a não fazer (não atentar contra a liberdade, principalmente) ou fazer (particularmente os direitos sociais a serem garan-

³⁶ Antunes inclui entre os interesses difusos os direitos do consumidor. Este é um direito que pode ser coletivo, na medida em que seu titular freqüentemente é um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si. Mas não é um direito republicano. É um direito civil, é um direito subordinado ao direito de propriedade. O direito do consumidor, embora possa ser visto como coletivo, é no fundo um direito privado: expressa o direito do comprador de bens de consumo de não ser enganado na sua compra.

tidos pelo Estado). Os direitos republicanos poderiam ser incluídos nessa categoria, mas ao definir assim direitos republicanos estaríamos ampliando excessivamente o conceito e, afinal, invertendo o seu significado. Quando nos referimos a direitos republicanos não nos interessam os direitos dos cidadãos contra o Estado – esses são os direitos civis –, mas os direitos dos cidadãos reunidos no Estado contra os indivíduos e grupos que querem capturar o patrimônio público.

Embora baseados em princípios morais gerais senão universais, os direitos surgem para dar resposta a problemas concretos de uma determinada sociedade quando esta sociedade se convence de que tem condições mínimas de resolvê-los. A defesa sistemática do patrimônio histórico-cultural das nações é uma conquista da primeira metade deste século. A consciência da existência dos direitos sobre o patrimônio histórico-cultural vem ganhando força paulatinamente, mas em nenhum momento assumiu caráter dramático ou emergencial. Já os direitos ao patrimônio ambiental emergiram em consequência da grande ameaça que a industrialização estava impondo ao meio ambiente. Tornaram-se universalmente reconhecidos depois da grande reunião sobre o meio ambiente organizada pelas Nações Unidas em Estocolmo, em 1972. A partir daí a defesa do meio ambiente, que era o objeto da luta de grupos “verdes” radicais, de esquerda, passou a ser uma preocupação geral.

A defesa da *res publica* já está presente, de muitas maneiras, em todo o direito público, especialmente no direito penal quando este prevê penas para quem se apodera do patrimônio público de forma corrupta ou ilegal, e no direito administrativo quando este afirma a prioridade do interesse público e procura proteger o Estado contra sua subordinação a interesses privados³⁷. Os direitos republicanos em geral e o direito à *res publica*, em particular, entretanto, só ganharam amplitude que os torna um direito à parte, distinto dos demais, neste último quartel do século XX. A causa mais geral dessa preocupação nova com a coisa

³⁷ A rigor é possível, no direito administrativo, distinguir o interesse público do interesse do Estado. É o que faz Bandeira de Mello (1995), quando distingue o interesse público primário do Estado, que se identifica com o interesse público propriamente dito, do interesse secundário, que pode ser um mero interesse da instituição estatal em conflito com o interesse público. No plano do ser (não no do dever ser) essa distinção faz todo sentido.

pública está no enorme crescimento do Estado neste século, com a proteção ao patrimônio ambiental, os efeitos danosos da industrialização contra ele.

Estou entendendo, aqui, a *res publica* não como regime político, nem como espaço público, nem como bem comum, muito menos como espaço estatal, mas como patrimônio econômico público, de todos e para todos³⁸. Enquanto regime político a república é o sistema de poder político legitimado pelo povo e no seu interesse exercido³⁹. O conceito dos direitos republicanos deriva antes do conceito de *res publica* do que do de república, embora ambos estejam intimamente relacionados. Hoje república confunde-se com democracia; no passado, quando ainda não haviam surgido as monarquias parlamentares, opunha-se à monarquia ou aos principados, podendo, segundo Maquiavel, assumir a forma tanto de uma república democrática quanto aristocrática. A rigor, conforme observou Vico, a república originalmente não tem nada de democrática, nasce aristocrática: foi a primeira forma civil de governo, originando-se da reação das famílias aristocráticas contra a revolta dos servos⁴⁰.

Enquanto conceito mais geral de espaço público, a *res publica* ou “o público” inclui tudo o que é público, que é do povo, que é de todos e para todos, que é manifesto e portanto dotado de publicidade, e que é garantido ou afirmado por meio do Direito Público⁴¹. Enquanto consubstanciação do bem comum ou do interesse público a *res publica* assume um caráter valorativo. Os cidadãos serão tanto mais cidadãos quanto menos forem meros espec-

³⁸ Conforme observa Canotilho (1991, p. 492), “num velho e amplo sentido, a República significava ‘coisa pública’ (é este o sentido que lhe dão, por exemplo, Bodin e Kant)”. Nesse sentido república ou coisa pública identifica-se com “o público”, o espaço público, que inclui o regime republicano e patrimônio público.

³⁹ Segundo a definição de Geraldo Ataliba (1985:IX), “república é o regime político em que os exercentes das funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente, mediante mandatos renováveis periodicamente”. Para uma resenha do conceito de república na filosofia política clássica e no pensamento jurídico brasileiro, ver Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997).

⁴⁰ Esta observação sobre o pensamento de Vico encontra-se em Bobbio (1976, p. 124).

⁴¹ Ver a análise de Smend (1934) sobre o problema do público e da coisa pública.

tadores e maior for seu compromisso com o bem comum ou com interesse público⁴². Essas três acepções de coisa pública são fundamentais. Na verdade, é impossível defender a coisa pública se não existir a república e se os cidadãos não tiverem claros para eles a noção de espaço público e de bem comum ou de interesse público.

Inaceitável porque limitadora e, em última instância, enganadora, é a identificação da *res publica* com o Estado, ou do público com o estatal. Existe um patrimônio e um espaço que é público, mas não-estatal. E tudo que é estatal só é público em termos de dever ser. Em termos de ser, conforme enfatizaremos neste trabalho, a propriedade estatal é frequentemente apropriada privadamente.

Enquanto patrimônio econômico público, a *res publica* ou a coisa pública é constituída pelo estoque de ativos públicos e principalmente do fluxo de recursos públicos que o Estado e as organizações públicas não-estatais realizam periodicamente. Este fluxo de recursos tem uma importância fundamental porque é muito grande e porque é muito vulnerável, muito mais sujeito à apropriação privada do que o estoque de ativos públicos. À medida que, neste século, cresciam de forma extraordinária o Estado e as instituições públicas não-estatais, à medida que aumentavam a carga tributária do Estado e as receitas e contribuições voluntárias das entidades públicas sem fins lucrativos, ou seja, à medida que crescia o patrimônio público, crescia a cobiça dos grupos de interesse por ele, e tornava-se imperativa sua proteção⁴³.

⁴² Segundo Janine Ribeiro (1994, p. 34), “quanto mais os cidadãos forem reduzidos a público, a espectadores das decisões políticas, menor será o caráter público das políticas adotadas, menor o seu compromisso com o bem comum, com a *res publica* que deu nome ao regime republicano”.

⁴³ Não existe uma estimativa deste fluxo de recursos se incluirmos as receitas das entidades públicas não-estatais. Se tomarmos, entretanto, apenas a carga tributária, sabemos que esta, nos países desenvolvidos, aumentou de cerca de 5 a 10 por cento, no início do século XX, para 30 a 50 do produto interno bruto atualmente. A rigor, dever-se-ia incluir no conceito de *res publica* o conjunto de renúncias fiscais do Estado em benefício de determinados grupos. Trata-se de uma coisa pública potencial, cuja inclusão na *res publica* se justifica na medida em que a receita que o Estado deixa de realizar não beneficia toda a sociedade, não corresponde a uma redução geral de impostos, mas um benefício a determinados grupos.

A preocupação de proteger a *res publica* só passou a ser dominante na segunda metade do século XX. Não por acaso, nos anos 70, um cientista político progressista no Brasil (Martins, 1978) pela primeira vez escreveu sobre o fenômeno da “privatização do Estado”, do uso do Estado para atender a interesses de grupos, enquanto uma economista conservadora nos Estados Unidos (Krueger, 1974), em um texto que abriu novos caminhos para a teoria econômica, definiu o processo de *rent-seeking* – de busca de rendas extramercado por meio do controle do Estado. Ambos se referiam ao mesmo problema: percebiam que era necessário proteger a *res publica* contra a ganância de indivíduos e grupos poderosos.

A medida que a proteção aos *direitos republicanos* passava a ser um tema dominante em todo o mundo, foi-se tornando cada vez mais claro que era preciso “refundar a república”; que a crise do Estado tornara sua reforma uma nova prioridade; que a democracia e a administração pública burocrática – as duas instituições criadas para proteger o patrimônio público – tinham de mudar: a democracia devia ser aprimorada para se tornar mais participativa ou mais direta; e a administração pública burocrática devia ser substituída por uma administração pública gerencial. Neste processo refundacional uma coisa parece certa: a proteção dos direitos republicanos e, particularmente, do direito à coisa pública, é uma tarefa essencial. Para protegê-los, especialmente o direito à *res publica*, no qual vamos nos concentrar a seguir, entretanto, é preciso alcançarmos uma conceituação mais clara do que seja esse novo direito que está surgindo na história.

6. Direito à coisa pública

Só é possível definir com clareza o direito à *res publica* se tivermos uma noção clara do interesse público. Isto não é essencial quando estamos diante de ofensas óbvias à coisa pública como a corrupção e o nepotismo. Poderíamos chamar de direitos “clássicos” à *res publica* os direitos do cidadão contra a corrupção nas compras públicas, contra a sonegação de impostos e contra o nepotismo. O direito contra a corrupção nas compras públicas está previsto no direito penal. Procura-se evitar o nepotismo por meio de instituições do direito administrativo, principalmente o concurso público para admissão de servidores.

Existem, entretanto, outras violências tão ou mais graves contra o direito à *res publica*, que não são tão óbvias ou clássicas. Todas são relacionadas a políticas de Estado que pretendem ser políticas públicas, mas que na verdade atendem a interesses particulares e indefensáveis.

Neste caso temos, em primeiro lugar, as políticas econômicas ou “políticas industriais”, que, sem uma justificativa econômica baseada no interesse geral, protegem indevida e excessivamente determinadas empresas ou indivíduos, beneficiando-os com subsídios, renúncias fiscais e proteção contra a concorrência. Embora seja difícil distinguir as transferências legítimas das ilegítimas, no Brasil tivemos abusos evidentes, casos-limite, como os empréstimos sem correção monetária ou com correção monetária limitada em época de alta inflação, os subsídios recorrentes a usineiros de açúcar no Nordeste quando esta atividade é claramente antieconômica na região etc.

Em segundo lugar temos as políticas pretensamente sociais, mas que protegem indevidamente indivíduos e grupos, principalmente membros da classe média, que detêm maior poder eleitoral. Novamente casos-limite desse tipo de violência foram as vantagens concedidas aos mutuários do sistema financeiro de habitação no final dos anos 80 e as vantagens que gozam os pensionistas dos fundos fechados das empresas estatais; nos dois casos os prejuízos do Tesouro do Estado foram enormes.

Em terceiro lugar temos as políticas administrativas que protegem indevida e desequilibradamente ou todos os funcionários públicos, ou determinados grupos de servidores públicos, inviabilizando que se cobre deles trabalho e remunerando-os de forma desproporcional à sua contribuição ao Estado. A estabilidade rígida garantida aos servidores pela Constituição de 1988 e os profundos desequilíbrios existentes nas suas remunerações são exemplos desse tipo de violência contra o direito à *res publica*. Políticas previdenciárias para servidores públicos, que lhes garantem privilégios de uma aposentadoria integral e precoce, totalmente desvinculada das contribuições previdenciárias que realizaram, são outra forma de violência aos direitos republicanos.

Esse tipo de violência contra a *res publica* apresenta, entretanto, uma grande dificuldade. Afinal o que é o interesse público? Como dizer se determinada política do Estado consulta o

interesse público, defende a *res publica*, ou, ao contrário, privilegia grupos especiais de interesse? Evidentemente não é possível identificar o Estado e as políticas do Estado com a racionalidade absoluta, com o interesse público em abstrato, como sugeriu Hegel, da mesma forma que não é possível cair no erro oposto de transformar o Estado em agente exclusivo das classes dominantes, como fizeram Marx e principalmente Engels. Neste ponto, análises lógico-dedutivas do tipo adotado por Hegel são de pouca utilidade. A visão histórica de Marx e Engels, por sua vez, tem valor limitado na medida em que o avanço, nestes últimos cento e cinquenta anos, da democracia e dos direitos de cidadania vão aos poucos se encarregando de refutá-la.

Na verdade, nas democracias social-liberais contemporâneas, marcadas pela representação política dos mais variados grupos de interesses, por coalizões de classe de todos os tipos, ninguém tem o monopólio da definição do interesse público. Cada grupo, cada classe pretende representar corporativamente o interesse público, de forma que nos deparamos com uma heterogeneidade de “interesses públicos” conflitantes. Isto, entretanto, não significa que o interesse público não exista, que a defesa da *res publica* em nome do interesse público não possa ser realizada. Não significa também que o interesse público só possa ser defendido indiretamente por meio da defesa do auto-interesse, dos interesses egoístas, coordenados pelo mercado, como pretende o liberalismo radical, neoliberal. Significa apenas que o interesse público não existe de forma absoluta e portanto autoritária. Existe, sim, de forma relativa, por meio do consenso que aos poucos as sociedades civilizadas vão formando sobre o que o constitui, e, mais amplamente, sobre o que constitui uma moral comum.

Esse consenso parte de uma distinção entre o auto-interesse e os valores civis, como fatores determinantes da motivação humana. Se aceitarmos, como se tornou corrente entre os economistas e cientistas políticos neoliberais da escolha racional e das expectativas racionais neste final de século, que os indivíduos só se motivam pelo auto-interesse, a idéia de um consenso em torno do interesse público torna-se contraditória, como se torna contraditória a idéia de cidadania⁴⁴. Conforme observa Souza

⁴⁴ Observe-se que, da mesma forma que o cidadão dos filósofos políticos é uma construção social e histórica, o indivíduo dos economistas

Santos (1995: 255), “o regresso ao princípio do mercado nos últimos vinte anos representa a revalidação social e política do ideário liberal em detrimento da cidadania”. Entretanto, se incluímos na motivação humana, ao lado dos interesses egoístas de cada indivíduo ou grupo os valores cívicos – os valores que permitam a *paidea* dos gregos, podemos pensar na formação de um consenso sobre o interesse público ou sobre os valores cívicos por meio, principalmente, da educação como uma característica fundamental das sociedades civilizadas. Conforme nos dizem Davidson e Davidson, criticando o pensamento conservador moderno, que supõe como única motivação humana o auto-interesse (1996: 1-20):

“As nações são construídas sobre duas forças motivadoras: o auto-interesse e os valores cívicos... A sociedade civilizada requer a cooperação pública com base nos ideais de equidade e justiça na busca do auto-interesse e da eficiência”.

A sociedade civilizada e a constituição de um consenso sobre o interesse público são fruto da racionalidade substantiva, orientada para fins. Mesmo, porém, quando a racionalidade instrumental se torna dominante, tornando a busca da eficiência ou do desenvolvimento econômico um valor fundamental do mundo moderno, os valores cívicos que constituem o interesse público e permitem a cooperação ou a ação coletiva são essenciais. Por meio deles se forma um consenso civilizado sobre o interesse público, que, em seguida, se transforma em direito de cada cidadão: transforma-se nos direitos republicanos que merecem tanta proteção quanto mereceram no passado e continuam a merecer hoje os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais.

Existe naturalmente o conceito positivista de interesse público (interesse resguardado na lei aprovada pelos representantes do povo). Para ir além dele esse consenso social é importante. A partir dele será possível identificar a violação do interesse público toda vez que, exposta a matéria à publicidade, ela provoca escândalo ou reação coletiva de desprezo ou revolta. A transparência efetiva da coisa pública e de sua

liberais operando livremente no mercado, apesar da abstração radical envolvida no conceito, é também uma construção histórica, estando ambos referidos ao Estado que abriga o indivíduo econômico e o cidadão político. Sobre o caráter socialmente construído do indivíduo ver Paulani (1996).

gestão é a garantia mais concreta da democracia participativa contra a violação dos direitos republicanos e a privatização da *res publica*.

A caracterização da violência à coisa pública depende da clareza existente na sociedade em relação ao que ela entende por interesse público. Podemos identificar três tipos de violência, classificados pela facilidade de sua identificação. Em primeiro lugar temos as formas clássicas e bem definidas de violência à coisa pública: a corrupção, o nepotismo e a sonegação fiscal. Em segundo lugar, o ganho de causa em ações judiciais injustas ou infundadas contra o Estado⁴⁵. Finalmente, temos as formas “modernas” e mal definidas de exercício de violência contra a coisa pública: as transferências indevidas a capitalistas, à classe média e aos funcionários em nome de políticas pretendidamente públicas.

Além da corrupção, a sonegação fiscal é uma violência que em países civilizados já foi incluída no direito penal⁴⁶. O nepotismo ou, mais amplamente, o uso do cargo público no interesse pessoal não é geralmente considerado crime, mas, por meio dos concursos públicos para admissão de funcionários e de outros princípios de direito administrativo, procura-se evitá-lo⁴⁷. Em situação semelhante encontra-se o uso de bens públicos de forma privada.

As vitórias em ações judiciais injustas ou indevidas contra o Estado, movidas por indivíduos privados e por funcionários, aqueles pedindo indenizações absurdas em função principalmente de desapropriações, ou livrando-se da cobrança de impostos, estes solicitando vantagens indevidas que acabam desequilibrando todo o sistema remuneratório público, violentam a *res publica*. Nesses episódios, que envolvem freqüentemente enormes prejuízos para o Tesouro, revela-se com freqüência o fato

⁴⁵ Obviamente não é fácil distinguir o que sejam “ações injustas contra o Estado”. Em muitos casos elas são fruto da má-fé do autor e só logram êxito se houver corrupção do juiz ou de membros do poder judiciário. Para uma ação ser injusta, entretanto, não são necessárias estas duas condições-limite.

⁴⁶ O Brasil, por meio da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, que definia o crime de sonegação fiscal, incluiu-se entre esses países. Essa lei, posteriormente, foi derogada pela Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

⁴⁷ Embora não considerado crime, o nepotismo é geralmente definido como “ato de improbidade”, podendo gerar responsabilidade civil se provado.

de que o sistema jurídico ainda não logrou se livrar de seu viés liberal anti-estatal. O Poder Judiciário comporta-se, nessas ocasiões, como se ainda estivéssemos diante do problema liberal de defender o cidadão contra um Estado todo-poderoso e oligárquico. Todo o avanço da democracia, nestes dois últimos séculos, teve o sentido de garantir os direitos individuais. Uma vez, entretanto, alcançada uma razoável garantia desses direitos, o problema da defesa da *res publica* assumiu uma importância fundamental que os sistemas jurídicos contemporâneos não foram ainda capazes de dar conta, que não estão preparados para enfrentar o problema, não dispondo muitas vezes dos critérios para distinguir as transferências devidas das indevidas e as ações judiciais abusivas das legítimas, nem está suficientemente alertado da violência para com a cidadania envolvida. A derrota judicial do Estado em ações dessa natureza, em certos casos, deriva simplesmente da corrupção, mas na maioria deles, é consequência do fato de que o direito administrativo, ainda que preocupado com o interesse público, não tem cuidado de perceber a gravidade desses novos modos de dano à coisa pública. Por outro lado, só recentemente vem ficando claro para os administrativistas que a preocupação primeira do direito administrativo deve ser a defesa da coisa pública, não apenas contra o administrador corrupto, mas também senão principalmente contra o usurpador de fundos públicos⁴⁸.

Finalmente temos as formas “modernas” de captura privada da coisa pública: as transferências e renúncias fiscais em nome de políticas públicas distributivistas, ou de promoção do desenvolvimento econômico. Esta é uma área cinzenta, mal definida por natureza. É a área onde no passado atuavam as forças patrimonialistas e hoje atua o corporativismo. O patrimonialismo era mais direto: confundia o patrimônio público com o privado abertamente – enquanto o corporativismo é mais sutil: defende

⁴⁸ Na verdade, o direito administrativo vive hoje uma crise derivada de sua origem estritamente burocrática, baseada na lei napoleônica de 1800. Enquanto o mundo passava por uma revolução tecnológica e gerencial, o corpo comum do direito administrativo continuava intocado. Uma crise desencadeia-se então, a partir dos anos 60, que Medauar (1992, p. 226) analisa, para concluir que “ante as transformações da sociedade e do Estado, torna-se necessário fazer uma espécie de controle de validade das concepções tradicionais”.

os interesses grupais sempre em nome do interesse público. É o problema está no fato de que, ao contrário do que pretende o pensamento neoliberal, uma parte dessas transferências é necessária, principalmente em nome da solidariedade social. Distinguir as transferências devidas das indevidas é um desafio fundamental das democracias modernas. O corporativismo é parte da democracia contemporânea. O interesse público se define por meio de um complexo processo de negociações entre grupos corporativos intermediados pelo Estado. Em muitos casos, entretanto, o resultado não é a afirmação do interesse público, mas o dos interesses privados. Nesse momento o Estado contemporâneo e o seu respectivo regime político, a democracia, entram em crise: o Estado em crise fiscal e de governança, a democracia em crise de governabilidade⁴⁹.

7. Positivação do Direito à *res publica*

O grande problema com os direitos republicanos e particularmente com o direito à *res publica* está no fato de que não é fácil identificar as violências “modernas” e mesmo as “violências intermediárias” aos direitos republicanos. Todas elas implicam apropriação privada do Estado ou sua captura por particulares. Todas elas envolvem um enorme prejuízo para a sociedade não apenas em função das transferências indevidas que envolvem, mas também porque implica uso de uma enorme quantidade de trabalho improdutivo: a busca de rendas extramercado com apoio no Estado (*rent-seeking*).

O Direito fez pouco, até agora, na definição e positivação dos novos direitos republicanos. Estão positivados os direitos republicanos clássicos: fundamentalmente o direito à coisa pública contra as diversas formas de corrupção. Na lei brasileira, por exemplo, o Código Penal de 1941 não apenas tipifica como crime a

corrupção passiva, como o crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas, concussão (exigir vantagem indevida) e a advocacia administrativa. Adicionalmente, a Lei da Improbidade, de 1992, ampliou o conceito de improbidade administrativa, incluindo entre eles: (a) os atos lesivos ao erário; (b) os atos que importam em enriquecimento ilícito do agente público, acarretem ou não danos ao erário; (c) os atos que atentem contra os princípios da administração, acarretem ou não lesão ao erário ou enriquecimento ilícito. Nesses casos o problema é o da efetiva defesa dos direitos republicanos correspondentes.

Por outro lado, entre os novos direitos republicanos, o direito ao patrimônio ambiental e o direito ao patrimônio cultural vêm também sendo afirmados pela lei. Na própria Constituição brasileira o direito ao meio ambiente (art. 225) e o direito ao patrimônio histórico-cultural (art. 216) são explicitamente afirmados. Além disso, a Lei de Ação Civil Pública de 1985 deu, de forma pioneira, instrumentos aos cidadãos para cobrar responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Finalmente, no art. 5º da Constituição brasileira, um rol de direitos republicanos é elencado e a ação popular é assegurada a qualquer cidadão para anular ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Se esses direitos não estão adequadamente garantidos é porque falta operacionalizar a fiscalização, a ordenação de provas dos fatos violadores dos direitos republicanos e o aparelhamento adequado dos órgãos incumbidos de fiscalizar e cobrar responsabilidades pela violação dos direitos republicanos. O Judiciário, por definição, é poder inerte e, quando acionado, exige provas das acusações e não meras narrativas de que violações ocorreram.

Já em relação ao direito à *res publica* estrito senso, ao patrimônio econômico público, pouco foi feito para sua positivação. Esses são direitos novos, sobre os quais a própria sociedade não foi ainda capaz de tomar consciência clara. Ora, a positivação dos direitos pelos legisladores, e sua conceituação e interpretação pelos juristas, só ocorre historicamente quando essa tomada de consciência já ocorreu por parte da sociedade. Definir melhor esses direitos, caracterizar melhor as formas e modos de sua transgressão, transformá-los em normas

⁴⁹ Devo esta observação a Denis Rosenfield, que em seus comentários à versão preliminar deste artigo, escreveu: “Há formas de ação particularmente danosas para a *res publica* que são não apenas legais mas correspondem ao modo de funcionamento de um tipo de sociedade democrática. Na minha perspectiva, tenderia a dizer que não se trata de um disfuncionamento da democracia, mas talvez de sua crise, pois a atuação política e jurídica do corporativismo, de apropriação privada do público, é reveladora de uma determinada forma de exercício contemporâneo da política”.

eficazes é, portanto, o grande desafio do Direito, principalmente do direito administrativo do século XXI.

Sob muitos aspectos, entretanto, o direito administrativo ainda está preso às suas origens: ao século XIX. Neste século o direito administrativo surgiu como disciplina jurídica e preocupou-se com três problemas fundamentais, que, a rigor, estão na base dos direitos republicanos: a afirmação do poder ou da soberania do Estado e da supremacia do interesse público sobre o privado⁵⁰; a defesa do Estado contra a corrupção e o nepotismo e a regulamentação da administração pública e da sua burocracia. Ao mesmo tempo, entretanto, e fiel ao liberalismo que lhe deu origem, preocupava-se, no plano dos direitos, com a garantia dos direitos civis contra o Estado despótico; no século XX, com a emergência do Estado Social, acrescentou à sua agenda os direitos sociais.

Nesse processo o direito administrativo se viu imerso em uma contradição básica. Afirmava a supremacia do interesse público, mas acabou descurando-se dos novos direitos republicanos, decorrentes do aumento da *res publica* em fluxo representada pela carga tributária. Ao invés, concentrou-se em defender os direitos civis e os direitos sociais em face ao Estado. Ora, esses direitos, se entendidos de forma desmedida, podem facilmente entrar em conflito com o direito à *res publica*. Enquanto a democracia liberal não estava definida e assegurada, a prioridade para os direitos civis e políticos era inevitável. Da mesma forma, enquanto a desigualdade e a injustiça marcavam as relações sociais, a importância dos direitos sociais era essencial. Nos países desenvolvidos, o primeiro problema foi adequadamente resolvido, nos países civilizados, o segundo também⁵¹. Por isso, para sociedades que somam desenvolvimento e

civilização, o problema dos direitos republicanos tornou-se essencial.

Nos países em desenvolvimento, entretanto, o problema dos direitos republicanos é também fundamental. Esses países, apenas neste último quartel do século XX, parecem ter alcançado a democracia de forma razoavelmente estável, e estão ainda muito longe de um sistema social eqüitativo. Entretanto, sabemos que o subdesenvolvimento é caracterizado pela sobreposição de fases históricas. Esta é uma fonte de confusão conceitual para os analistas, mas é também uma oportunidade que as sociedades em desenvolvimento mais criativas podem aproveitar.

No século XXI, o grande desafio para o direito administrativo será proteger o Estado, ou mais precisamente, a *res publica*, para, dessa forma, proteger o cidadão. Cidadão-contribuinte, que paga impostos e tem direito que os serviços prestados pelo Estado sejam eficientes, custem o mínimo necessário. Cidadão-usuário, que recebe serviços e tem direito que eles sejam de boa qualidade. Cidadãos-cidadãos, que têm direito à *res publica*. Nos séculos anteriores, o Direito, por meio dos direitos civis e políticos, afirmou a liberdade e protegeu os cidadãos diretamente contra a opressão, e por meio dos direitos sociais, afirmou a igualdade e protegeu os cidadãos em grupo contra a desigualdade, no século XXI, afirmará a prioridade do interesse público e, por meio dos direitos republicanos, protegerá adicionalmente os cidadãos contra a captura do Estado pelos interesses privados.

Na Constituição brasileira, existe uma instituição que assinala a problemática da positivação e da defesa dos direitos republicanos: a ação popular. Por meio dela cada cidadão pode exigir que a coisa pública não seja violentada. Além disso, nesse mesmo estatuto, há a previsão, entre as funções institucionais do Ministério Público, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Nesse sentido, houve um avanço no sentido da defesa da *res publica*. Os tribunais, entretanto, têm uma grande dificuldade em julgar as ações populares na medida em que os direitos republicanos estão muitas vezes mal definidos, ou então porque, no Direito brasileiro, o sistema processual de tal forma protege o réu que, da mesma forma que ocorre nos crimes comuns, se o ofensor contar com um bom advogado, torna-se quase impossível condená-lo. Por outro lado, quando a Consti-

⁵⁰ Conforme Bandeira de Mello (1995, p. 17), “todo o sistema do Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração”.

⁵¹ Um país desenvolvido não é necessariamente civilizado, dependendo do conceito de civilização que adotemos. Um país civilizado não é apenas um país rico, mas também justo. Przeworski (1995) definiu um país civilizado como aquele em que menos de 10 por cento da população está abaixo da linha de pobreza. De acordo com essa definição os Estados Unidos não são civilizados.

tuição de 1988 retirou a advocacia do Estado do Ministério Público, que passou a ser exclusivamente um defensor da cidadania contra as ações criminosas, a idéia foi distinguir termos dois órgãos defendendo a *res publica*, sendo um independente do Executivo. E, de fato, as atribuições do Ministério Público cresceram na parte cível e de defesa da cidadania e da coisa pública. O Ministério Público foi fortalecido, transformando-se praticamente em um quarto poder, e conservou seu papel de combater os crimes contra os cidadãos e o Estado. Mas, na medida em que as violências contra a *res publica* não se positavam ainda como crimes, ou não foram ainda plenamente identificadas com as figuras típicas existentes, não está suficientemente claro que seu papel fundamental, como defensor do interesse público, é defender a *res publica* no sentido que estamos utilizando aqui, no sentido de patrimônio econômico público, contra as violências contra ela. As violências civis contra o Estado passaram a ser objeto da Advocacia Geral da União, enquanto o Ministério Público acentuava seu papel de defensor da cidadania clássica e do patrimônio ambiental e cultural, deixando, em segundo plano, a defesa do patrimônio econômico público. Ora, na defesa da cidadania clássica, o Estado aparece mais freqüentemente como agente violentador do que como violentado.

Para a defesa da *res publica*, uma instituição interessante, no Estado francês, é o *Conseil d'Etat*. Seu papel é claramente o de defensor da *res publica* na medida em que, além de conselheiro do governo, este órgão se constitui em tribunal de última instância, embora de caráter administrativo, em relação às ações patrimoniais contra o Estado. No julgamento das ações contra o Estado, o *Conseil d'Etat* adota uma perspectiva de proteção do interesse público que, nos países em que não existe uma instituição desse tipo, se torna mais difícil, já que, na tradição liberal dos direitos civis, os interesses dos cidadãos são vistos como opostos aos do Estado, embora, contraditoriamente, se assumam que o Estado represente o interesse público. A contradição de certo modo se dissolve com a distinção entre o público que o Estado representa e os interesses momentâneos do Governo ou da Burocracia. Quando os direitos civis defendidos são legítimos, sua satisfação atende o interesse público, embora possa não estar atendendo o interesse do aparelho estatal ou do governo que o dirige.

8. Defensores e Adversários

A conscientização, positivação e garantia do direito à *res publica*, ocorrerá lentamente, à medida que a sociedade se aperceba da sua existência. Precisamos, entretanto, ter claro quem são seus principais defensores ou propugnadores, e quem são seus principais inimigos. A definição dos principais defensores é sempre arbitrária. Para cada direito temos um número enorme de defensores, que tende a se ampliar à medida que o direito se afirma. Podemos, entretanto, distinguir historicamente alguns defensores especiais para cada um dos direitos.

Os direitos de cidadania anteriores tiveram cada um um defensor principal diferente. Os direitos civis tiveram como campeões no século XVIII as cortes inglesas e os filósofos iluministas, em busca de um mundo mais livre; os direitos políticos se afirmaram no século XIX a partir da superação do liberalismo econômico pelos políticos democráticos comprometidos com as causas populares⁵²; os direitos sociais foram fruto direto da luta dos socialistas. Os direitos republicanos terão defensores dependendo da natureza dos mesmos: os direitos ao patrimônio cultural têm como principais defensores os artistas; os defensores do patrimônio ambiental são protegidos principalmente pelos biólogos e ambientalistas; e o direito à *res publica*, finalmente, tem nos economistas seus patronos mais diretos, embora deva caber sempre aos juristas e filósofos a definição desses direitos, e aos juristas a sua implementação. Na definição dos limites entre as políticas econômicas e sociais legítimas e ilegítimas os economistas teóricos, com seu instrumental baseado nos conceitos de bens públicos, poder monopolista, externalidades e de custos de transação, já vêm dando uma contribuição importante. Por outro lado, os economistas e os gestores públicos localizados nos ministérios das finanças dos diversos países são os profissionais mais diretamente responsáveis pelo equilíbrio das contas fiscais e, portanto, pelo veto ao mau uso de recursos públicos. Entretanto, o papel decisivo de definição e implementação do direito republicano à *res publica* caberá sempre aos juristas situados fora e dentro do Estado. Fora do Estado, será a partir do debate filosófico e jurídico que poderão ser melhor definidos os direitos republicanos. Dentro do Estado, são

⁵² Ver a respeito Thereborn (1977) e Bobbio (1988).

defensores por excelência da *res publica*, por uma questão profissional, os advogados do Estado, o Ministério Público, e, mais genericamente, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Os advogados protegem juridicamente o Estado nas questões civis tradicionais em que o Estado é réu ou autor: questões tributárias, desapropriações, questões trabalhistas. Ao Ministério Público cabe especificamente a defesa dos direitos republicanos; na prática, as ações provocadas por entidades ligadas ao meio-ambiente quase sempre acabam iniciadas pelo Ministério Público; provavelmente as ações, protegendo o patrimônio econômico público tenderão a ser no futuro próximo cada vez mais freqüentes. Ao Poder Judiciário caberá julgar as ações a partir dos critérios que o Poder Legislativo procurará definir em lei, mas que dependerão em grande parte da própria jurisprudência que aos poucos for sendo definida. Na medida, porém, em que não há direito positivo definido para as violências à *res publica* relacionadas com as políticas econômicas e sociais do Estado, nem critérios para julgar o que é abusivo e o que é legítimo nessa área, o trabalho de definição desta área do Direito será necessariamente o resultado do trabalho conjunto de economistas, filósofos políticos e sociais, e juristas.

Constituindo-se principalmente de um fluxo de receitas tributárias, a *res publica* é um bem econômico comum fundamental. Os economistas, apesar de todo o seu individualismo, que os leva freqüentemente a desacreditar da possibilidade de ação coletiva, estão profissionalmente voltados para a utilização ótima de recursos escassos. Sua permanente tentação está em acreditar que os mercados sejam capazes de realizar autonomamente essa tarefa. Entretanto, quando a intervenção do Estado se mostra inevitável, os economistas – e não apenas os que trabalham para o Estado – dispõem do instrumental para desenvolver métodos razoavelmente rigorosos de avaliação das políticas públicas por meio dos quais protegem o patrimônio econômico público. Logram assim critérios para distinguir qual é a intervenção do Estado no econômico e no social, que é legítima, e qual não é⁵³. Os critérios econômicos que adotam para justificar a intervenção do Estado – externalidades

⁵³ A literatura a respeito é imensa. Ver particularmente Lane (1985), Santos (1988, cap. 2), Stiglitz (1989, 1994), Przeworski (1990, 1995), Rapaczynski (1996).

positivas e negativas, ganhos de escala, poder de monopólio, assimetria de informações, mercados incompletos – são, naturalmente, de difícil aplicação nos casos concretos. Como, entretanto, as violências contra a coisa pública são geralmente grosseiras, estes critérios, se não são suficientes, ajudam muito na avaliação do problema.

Aos critérios econômicos é necessário, porém, acrescentar os critérios morais relacionados com os direitos sociais ou, mais amplamente, com os direitos humanos. Quando o Estado garante saúde de forma universal, ou educação de primeiro grau, ou um sistema de previdência básico, seus gastos podem ter uma justificativa econômica, mas estão respondendo essencialmente a imperativos de ordem moral. Da mesma forma, entretanto, que pode haver abuso, apropriação privada da coisa pública com justificativas de ordem econômica, mais facilmente podem ser apresentadas justificativas de ordem social e moral. Saber criticar essas justificativas é uma tarefa fundamental a que economistas, filósofos e juristas terão crescentemente que se dedicar.

Os critérios econômicos e os morais que distinguem a intervenção estatal legítima da apropriação privada da coisa pública são sempre fortemente influenciados por fatores de ordem ideológica. Neste momento, a visão de esquerda e de direita volta a entrar em conflito e a tornar irracional o debate. Apesar, de um lado, do colapso do comunismo ter eliminado a alternativa utópica da esquerda de uma economia coordenada pelo Estado ao invés do mercado, e, de outro, dos recorrentes fracassos neoliberais em implantar a utopia oposta do Estado mínimo, existe ainda um grande número de pessoas que afirma a legitimidade da intervenção estatal a partir das suas preferências pessoais pela esquerda ou pela direita⁵⁴. Na verdade, haverá sempre indivíduos e grupos mais de direita ou mais de esquerda, na medida em que priorizem respectivamente a ordem ou a justiça social, mas não terão, para isto, que adotar uma posição mais ou menos intervencionista. A história registra posições de direita altamente intervencionistas, favoráveis

⁵⁴ Para uma crítica do uso do critério intervenção do Estado para distinguir esquerda de direita, ver Bresser Pereira (1996b). Nesse trabalho proponho como critérios universais para distinguir esquerda de direita a ordem e a justiça social. Embora valorizando estes dois objetivos políticos fundamentais, a direita prioriza a ordem, a esquerda, a justiça.

a políticas industriais agressivas, enquanto hoje tornam-se freqüentes postulações de esquerda limitativas da intervenção do Estado no plano das políticas de promoção do desenvolvimento econômico.

Quando é adotada uma posição conservadora e liberal-radical (neoliberal), como é o caso dos economistas da escolha racional, imagina-se que a melhor alternativa para defender a coisa pública é diminuí-la ao mínimo. Na medida, entretanto, que falta a esta alternativa qualquer viabilidade prática, já que as sociedades contemporâneas continuam a exigir do Estado um papel ativo na promoção dos direitos sociais e dos direitos republicanos, não resta outra possibilidade senão defender a *res publica*.

Dado seu equipamento teórico de que dispõem e sua missão específica, quando ocupam funções no Estado, de defesa do Tesouro, os economistas são candidatos naturais à proteção da *res publica*. Entretanto, esta é uma tarefa muito maior do que aquela que podem eles realizar. Precisam da contribuição crítica e atuante de cientistas sociais, de juristas, de filósofos sociais, de administradores públicos e de políticos. A tarefa não é apenas a de definir critérios. É principalmente a de denunciar os violentadores da coisa pública.

Quem são eles? Sob certos aspectos, somos todos nós. Afinal Hobbes postulava para os homens a “cobiça natural”. Podemos, entretanto, ser mais específicos. Historicamente a apropriação da coisa pública ocorreu por meio do mecanismo patrimonialista, embora, a rigor, enquanto não havia a clara separação entre o patrimônio público e o privado, não se pudesse falar em *res publica*, nem em sua apropriação privada. A partir do século XVIII, porém, com a afirmação do capitalismo, e, em seguida, no século XIX, com a progressiva introdução dos regimes democráticos, o patrimonialismo e suas formas contemporâneas – o clientelismo e o fisiologismo – passaram a se constituir no inimigo a ser combatido. A democracia, com uma imprensa livre e uma oposição política atuante, e a introdução da administração pública burocrática foram os dois instrumentos fundamentais de combate ao nepotismo e à corrupção patrimonialista.

No século XX, entretanto, surgiu uma nova forma institucionalizada de apropriação privada da coisa pública: o corporativismo. Enquanto no patrimonialismo se confunde o patrimônio público com o da família, no corporativismo o

patrimônio público é confundido com o patrimônio do grupo de interesses ou corporação. Estou entendendo aqui corporativismo não como uma forma de regulação social associado ao Estado do Bem-Estar, mas como uma forma de representação de interesses que é, ao mesmo tempo, legítima e perversa⁵⁵. É legítima porque faz parte da lógica política do capitalismo contemporâneo que os grupos sociais se façam representar politicamente e defendam seus interesses. É perversa porque esses grupos, ao invés de admitir que estão defendendo interesses particulares, tendem a identificar seus interesses particulares com o interesse público. Quando alguém ou algum grupo defende explicitamente seus interesses junto ao Estado, esta ação é absolutamente legítima. Deixa de sê-lo, entretanto, quando a argumentação usada esconde ou minimiza os interesses particulares representados, pretendendo afirmar os interesses gerais. Neste caso a probabilidade de que esteja havendo um processo de privatização da coisa pública é muito grande.

9. Conclusão

A esfera econômica é definida por um processo de produção e distribuição de riqueza e renda, a política, pela produção e distribuição de poder. Estas duas esferas são interdependentes. Da mesma forma que quando as empresas exercem poder de monopólio, elas estão incluindo no mercado um elemento de poder, quando o Estado assume o papel de distribuidor de renda por meio das transferências que realiza, a distribuição de renda passa a ter um caráter eminentemente político. Neste momento a *res publica* entra em jogo, e evitar que ela seja apropriada de forma privada torna-se um problema político fundamental das sociedades civilizadas.

O avanço da cidadania e da civilização no mundo tem ocorrido historicamente por meio da afirmação de direitos. A definição e introdução nas leis dos países dos direitos civis marcou o início do regimes políticos liberais; a afirmação dos direitos políticos permitiu o surgimento das democracias liberais; a definição dos direitos sociais, a emergência das social-democracias. A afirmação dos direitos republicanos completará esse ciclo histórico de afirmação da cidadania.

⁵⁵ Para uma conceituação de corporativismo como modo de regulação social ver Schmitter (1974), Cawson (1985).

Cada um desses direitos constrói-se sobre o anterior. Os dois primeiros afirmaram direitos individuais; os dois últimos, direitos coletivos. Mas os direitos individuais só são viáveis no plano de uma *polis* em que o público tem precedência sobre o privado. Da mesma forma que o interesse público só é atendido quando os direitos individuais estão assegurados.

Todos esses direitos são direitos do homem, são direitos humanos. Direitos que os homens vêm afirmando e procurando positivar nestes últimos três séculos. Sua definição e sua introdução nas leis dos países foi uma grande conquista civilizatória, mas é apenas uma etapa de sua afirmação mais geral. Esta depende da sua efetiva proteção, da garantia de que ela se estenda a toda a sociedade. Embora não acredite no desenvolvimento linear das sociedades, acredito que a tendência ao progresso e à civilização é dominante. Quando os direitos civis e políticos se transformaram, nesta segunda metade do século XX, em “direitos humanos”, o que estava acontecendo era a busca sistemática de estendê-los às camadas mais pobres da população. Quando os direitos republicanos começam a ser definidos neste final de século, o que vemos é a busca de um nível mais alto de democracia e de integração do público e do privado.

Definir os direitos republicanos – o direito ao patrimônio histórico-cultural, ao patrimônio ambiental e ao patrimônio econômico comuns – não é fácil. A dificuldade é especialmente grande em relação ao patrimônio econômico, que neste trabalho identificamos com a *res publica*. Esta coisa pública é representada principalmente pelo fluxo de impostos que o Estado coleta todos os anos. Dependendo da forma segundo a qual esses recursos estiverem sendo gastos, estará havendo um uso público ou uma apropriação privada da *res publica*.

Muitos são os privatizadores da coisa pública. No passado, eram representados pelo patrimonialismo, no presente pelo corporativismo. Por outro lado, muitos são os candidatos a defensores da *res publica*. Tudo indica, entretanto, que cabe aos economistas um papel estratégico nesse processo, na medida em que sejam capazes de definir os critérios que permitam distinguir a despesa pública legítima da ilegítima. Não há dúvida, entretanto, que esta é uma tarefa que supera de muito a capacidade dos economistas. É um desafio de toda a sociedade que além de democrática se quer civilizada.

Bibliografia

- ABRANCHES, Sérgio Henrique. Nem cidadãos, nem seres-livres : o dilema político do indivíduo na ordem liberal democrática. *Revista dados*, v. 28, nº 1, 1985.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo : Perspectiva, 1994.
- ANTUNES, Luís Felipe Colaço. A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo : para uma legitimação procedimental. Coimbra : Almedina, 1989.
- ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- BERLIN, Isaiah. *Four essays on liberty*. Oxford : Oxford University Press, 1958: Two concepts of liberty.
- BRASIL: nunca mais. Petrópolis : Vozes, 1985. livro escrito sob a orientação de Dom Paulo Evaristo Arns.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria General del Derecho*. Bogotá : Temis, 1958: Teoria della norma giuridica.
- _____. Il Modello Giusnaturalistico. In: BOBBIO, N., BOVERO, M. *Società e stato nella filosofia politica moderna*. Milan : Il Saggiatore, 1979.
- _____. *Liberalismo e democrazia*. São Paulo : Brasiliense, 1988.
- _____. *L'età dei Diritti*. Turim : Einaudi, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1991.
- CARDIA, Nancy. *Percepção dos direitos humanos : Ausência de cidadania e a exclusão moral*. Mary Jane Paris Spink, org. 1994.
- CARDOSO, Ruth. *A trajetória dos movimentos sociais*. Evelina Dagnino, org. 1994.
- CAWSON, Alan. *Corporatism and political theory*. Oxford : Basil Blackwell, 1986.
- COUTINHO, Carlos Nelson. *A democracia como valor universal*. São Paulo : Edi. Ciências Humanas, 1980.
- DAGNINO, Evelina (org). Anos 90 : política e sociedade no Brasil. São Paulo : Brasiliense, 1994.
- _____. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova cidadania. 1994.
- DAVIDSON, Greg, DAVIDSON, Paul. *Economics for a civilized society*. 2. ed. Londres : Macmillan. 1996.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *A guerra dos meninos*. São Paulo : Brasiliense, 1990.
- _____. *Democracia em pedaços : direitos humanos no Brasil*. São Paulo : Companhia das Letras, 1996.
- DURHAM, Eunice. Movimentos sociais : A construção da cidadania. *Novos Estudos Cebrap*, n. 10, out. 1984.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo : Saraiva, 1972.

- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- FONSECA, Eduardo Giannetti da. *Vícios públicos, benefícios privados?* São Paulo : Companhia das Letras, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: The MIT Press. Edição original alemã, 1992.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1987. Primeira edição alemã, 1872.
- JELIN, Elisabeth, HERSHBERG, Eric (orgs.). *Introduction to constructing democracy*. 1996.
- _____. *Constructing democracy*. Boulder : Westview Press, 1996.
- KELLY, George Armstrong. Who needs a theory of citizenship? *Daedalus*, v. 108, n. 4, p. 37-54, outono 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra : A. Amado. Publicado originalmente em alemão, 1934.
- KRUEGER, Anne. The political economy of the rent-seeking society. *American Economic Review*, v. 64, n. 3, jun. 1974.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo : Companhia das Letras, 1998.
- LANE, Jan-Erik (org.). *Public-policy or market?* The demarcation problem. 1985.
- _____. *State and market*. Londres : Sage Publications, 1985.
- MARSHALL, T. H., BOTOMORE, Tom. *Citizenship and social class*. Londres : Pluto Press, 1992. Originalmente publicado em 1950.
- MARTINS, Luciano. Estatização da economia ou privatização do Estado. *Ensaio de Opinião*, v. 2, n. 7, 1978.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1985.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1991.
- OFFE, Claus. *Contradictions of the welfare State*. Edited by John Keane. Cambridge : The MIT Press, 1984.
- OLIVEIRA, Luís Cardoso de. Entre o justo e o solidário : os dilemas dos direitos de cidadania no Brasil e nos EUA. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 31, n.11 jun. 1996.
- OLSON, Mancur. *The logic of collective action*. Cambridge : Harvard University Press, 1965.
- PAULANI, Leda Maria. Hayek e o individualismo no discurso econômico. *Lua Nova*, n. 38, 1996.
- PEREIRA, Luiz Carlos, LIMA, Gilberto Tadeu. The irreducibility of macro to microeconomics : a methodological approach. *Revista de Economia Política*, v. 16, n. 2, abr. 1996.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estado e subdesenvolvimento industrializado*. São Paulo : Brasiliense, 1977.
- _____. *A sociedade estatal e a tecnoburocracia*. São Paulo : Brasiliense, 1981.
- _____. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*. São Paulo : Editora 34, 1996.
- _____. Estado, sociedade civil e legitimidade democrática. *Lua Nova, Revista de Cultura e Política*, n. 36, 1995.
- _____. Social-democracia e esquerda no fim de século. Intituto Theotônio Vilela, 1996. Idéias e Debates, n.1, Brasília : A ser publicado em *Lua Nova, Revista de Cultura e Política*, 1997.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. O passado não está morto: nem passado é ainda. Prefácio de Gilberto Dimenstein.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio, BRAUN, Eric. (Orgs.). *Democracia x violência*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986.
- PRZEWORSKI, Adam. *The State and the economy under capitalism*. Chur : Harwood Academic Publishers, 1990.
- _____. O que os países civilizados têm em comum. *Folha de São Paulo*. 2 abr. 1995.
- _____. Reforma do Estado: responsabilidade política e intervenção econômica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 32, n. 11, out. 1996.
- RAPACZYNSKI, Andrzej. The roles of the State and the market in establishing property rights. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n. 2, primavera 1996.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge : Harvard University Press, 1971.
- REIS, Fábio Wanderley. *The State, the market, and democratic citizenship*. Jelin e Hershberg, orgs. 1996.
- RIBEIRO, Renato Janice. *A política como espetáculo*. Evelina Dagnino, org. 1994.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.
- ROSENFELD, Denis. *Política e liberdade em Hegel*. 2. ed. São Paulo : Ática, 1995. Tese de doutorado defendida em 1982.
- _____. *A ética na política*. São Paulo : Brasiliense, 1992.
- _____. *Lições de filosofia política: o estatal, o público e o privado*. Porto Alegre : L&PM Editores, 1996.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris : Garnier Frères, 1775. Publicado originalmente em 1762.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice : o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo : Cortez, 1995.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Paradoxos do liberalismo*. São Paulo : Vértice, 1988.
- SCHMITTER, Philippe C. Still a Century of Corporatism? *Review of Politics*, v. 36, n. 1, 1974.

- SCHWARZ, Leticia. *Cidadania e consumo*. Campinas : Universidade de Campinas, 1997. Mimeo.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madri : Centro de Estudios Constitucionales. Sobre el problema de lo público y la cosa publica, 1985. Ensaio publicado originalmente em alemão em 1934.
- SPINK, Mary Jane Paris. (Org.) *Cidadania em construção*. São Paulo : Cortez, 1994.
- STIGLITZ, Joseph E. *The economic role of the State*. Arnold Heertje, org. Oxford : Basil Blackwell, 1989.
- _____. *Wither socialism?* Cambridge : The MIT Press, 1994.
- TELLES, Vera da Silva. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, Evelina. 1994.
- THERBORN, Goran. The rule of capital and the rise of democracy. *New Left Review*, n. 103, May/June, 1977.
- VIOLÊNCIA policial no Brasil : execuções sumárias e tortura em São Paulo e Rio de Janeiro. São Paulo : OAB-SP, 1987. 71 p. Relatório Americas Watch
- WIENER, Antje. Citizenship : new dynamics of an old concept : a comparative perspective. Ottawa : Carleton University, 1992. Mimeo. Trabalho apresentado ao XVII Congresso da Latin American Studies Association, Los Angeles, setembro 1992.

Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil

As dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais

PAULO MODESTO

SUMÁRIO

1. Reforma administrativa e reforma na mentalidade administrativa – o papel dos juristas. 2. As dúvidas dos juristas sobre as organizações sociais. 2.1.1. Organizações sociais e entidades privadas de utilidade pública. 2.1.2. Serviços privados de interesse público e serviços públicos. 2.1.3. Organizações sociais e terceirização: o caso do Sistema Único de Saúde (SUS). 3. Conclusão.

1. Reforma administrativa e reforma na mentalidade administrativa – o papel dos juristas

A reforma administrativa do aparelho do Estado no Brasil tem na introdução e alteração de normas no âmbito da Constituição da República e das leis do País uma de suas etapas necessárias. Porém, a *eficácia* da reforma administrativa está condicionada ainda a uma concomitante *reforma na mentalidade* dos agentes públicos. É indispensável para a efetiva implementação da reforma pretendida que os agentes administrativos superem o tradicional *vezo burocrático* que vem convertendo a Administração, nas palavras de Dromi, numa cara “máquina de impedir”, fiel ao que o mesmo autor batizou como o “código do fracasso”, que dispõe: “*artigo primeiro*: não pode; *artigo segundo*: em caso de dúvida, abstenha-se; *artigo terceiro*, se é urgente, espere; *artigo quarto*, sempre é mais prudente não fazer nada” (1995:35).

A reforma administrativa iniciada no Brasil guarda semelhança com outras reformas do Estado ocorridas em várias partes do mundo, conforme se pode observar nas experiências relatadas por Palazzo, Sésin e Lembeye no livro *La Transformación del Estado* (1992).

Paulo Modesto é Assessor Especial do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil, Professor de Direito da Universidade Federal da Bahia, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, do Ministério Público e do Instituto de Advogados do Estado da Bahia.

Texto apresentado no II Congresso Interamericano sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública promovido pelo CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, realizado na Ilha de Margarita, Venezuela, em outubro de 1997. Um esboço preliminar do texto foi preparado para uma reunião de trabalho com a Assessoria Jurídica da Casa Civil da Presidência da República em 1.2.1996.

De fato, são aspectos comuns às diversas reformas contemporâneas do Estado:

a) aplicação de novas técnicas de coordenação de serviços e atividades entre esferas políticas diversas (consórcios intergovernamentais, acordos-programas, convênios de delegação ou descentralização);

b) estímulo à privatização de serviços econômicos competitivos sustentáveis em regime de mercado;

c) transferência de funções do poder central para entes intermediários e locais;

d) ampliação dos controles de produtividade e de economicidade, vale dizer, do resultado do trabalho administrativo (controles de eficiência);

e) fortalecimento da autonomia das entidades personalizadas da administração indireta;

f) incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, fora do aparato burocrático do Estado, porém com apoio direto dele e com sua assistência permanente (organizações não-governamentais, associações de utilidade pública, escolas comunitárias);

g) estímulo ao pessoal administrativo no desenvolvimento de atividades-fins, com a concomitante diminuição ou terceirização de atividades-meio, acompanhada de valorização das carreiras exclusivas de Estado, inclusive mediante adequação do padrão remuneratório ao mercado de trabalho;

h) capacitação de pessoal dirigente e criação de carreiras específicas para altos gestores;

i) elaboração do conceito de planejamento estratégico e fortalecimento dos setores administrativos responsáveis pela formulação de políticas públicas;

j) consolidação e simplificação de procedimentos e processos no interior da administração;

l) estímulo ao desenvolvimento de habilitações gerenciais flexíveis do pessoal administrativo, fator a ser considerado no próprio recrutamento, mediante a ampliação do grau de generalidade das atribuições contempladas nos cargos públicos;

m) definição de novas formas de responsabilização dos agentes públicos pela gestão administrativa;

n) adoção de programas de desregulamentação ou de simplificação da legislação (consolidação e codificação legislativa);

o) ampliação dos mecanismos de participação popular na atividade administrativa e de controle social da administração pública.

Essas tarefas, apenas mencionadas para formação de um *quadro simplificado de referência*, permitem também inferir os *objetivos práticos* que servem de *base finalista* aos projetos mais conhecidos de Reforma do Estado:

a) *objetivo econômico*: diminuir o “déficit” público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta;

b) *objetivo social*: aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo o melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso aos mais carentes;

c) *objetivo político*: ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; estimular a ação social comunitária; desenvolver esforços para a coordenação efetiva das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada;

d) *objetivo gerencial*: aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los, gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados.

É manifesto que este amplo quadro de tarefas e objetivos somente é alcançável com a *ação cooperativa* dos envolvidos no processo de implementação das reformas, em especial com a colaboração dos *juristas*, responsáveis imediatos pela *interpretação do direito reformado*.

Nesse sentido, recorde-se Pontes de Miranda:

“Fez-se cânon da Crítica moderna ser-lhe indispensável a *simpatia*.

Interpretar a lei não é só criticá-la: é inserir-se nela, e fazê-la viver. A exigência, portanto, cresce de ponto, em se tratando de Constituição. *Com a antipatia não se interpreta, – ataca-se; porque interpretar é pôr-se do lado que se interpreta, numa intimidade maior do que permite qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático, que seja, do intérprete e do texto.* Portanto, a própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esponta nas regras jurídicas escritas; e, penetrando-se nelas, dar-lhes a expansão doutrinária

e prática, que é o comentário jurídico. Só assim se executa o programa do jurista, ainda que, de quando em vez, se lhe juntem conceitos e correções *de lege ferenda*" (1987: 5)(Grifo nosso).

Com efeito, parece possível interpretar e refletir sobre o que representa o programa das organizações sociais para a redefinição do modo de intervenção do Estado no âmbito social apenas se adotarmos uma *atitude de abertura*, de *ânimo desarmado*, negação da mentalidade burocrática antes referida, que desconfia do novo e o renega de plano, adulterando o seu sentido próprio a partir de antigos esquemas conceituais.

Na verdade, a atitude aposta à de abertura, a *atitude de bloqueio a priori*, é impensável e inaceitável entre juristas, que são *profissionais do diálogo*, acostumados a tratar cotidianamente com *novas demandas político-sociais*.

O saber dos juristas é um *saber de protagonistas*, pois mediante o discurso dos juristas são estabelecidas *decisões* ou *condições para a tomada de decisões jurídicas*. Enquanto a maior parte das ciências opera com um objeto dado, que o cientista pressupõe como uma unidade estável, o objeto do jurista é um objeto lingüístico, socialmente condicionado, que se elabora e apresenta ao domínio público mediante a *decisão interpretativa*, amplamente influenciada pelo instrumental elaborado pela ciência do direito. Esta é a razão de se dizer, não sem algum exagero, que o objeto do saber do jurista não é algo *dado* ao seu conhecimento, mas o *resultado* do seu labor.

Essa interferência da doutrina jurídica na definição e avaliação do direito vigente aumenta a *responsabilidade social* da dogmática jurídica e dos próprios juristas individualmente. Da dogmática jurídica, pois cabe-lhe estabelecer os limites do conhecimento jurídico válido (as condições de validação científica do labor dos juristas), restringindo o arbitrário interpretativo, estabelecendo métodos de trabalho que neutralizem ao máximo as puras inclinações subjetivas ou pessoais. Dos juristas, pois como agentes sociais que monopolizam o discurso técnico sobre as normas da coletividade, têm condições de antecipar as conseqüências negativas e positivas da aplicação das normas jurídicas aprovadas, propor novas pautas de solução de conflitos, bem como capacidade de enquadrar de forma argumentativa os novos conflitos no interior do direito já existente, enfraquecendo ou eliminando temporariamente

conflitos. Sobre tema da *função social da dogmática jurídica*, v. Ferraz Jr. (1994, p. 280-1; 1980, p. 149 e ss.).

O desafio de pensar juridicamente as organizações sociais faz crescer em importância a vocação de protagonista dos juristas, pois estes são convidados a co-participar da constituição desta nova "figura jurídica", sem reservas e sem temor de pensar o novo.

2. As dúvidas dos juristas sobre as organizações sociais

São basicamente *duas* as dúvidas levantadas pelos juristas durante o processo de discussão do modelo de organizações sociais apresentado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. A primeira, de caráter geral, diz respeito à própria identificação do que sejam as organizações sociais e ao papel que cumpririam perante a administração pública. Em termos técnicos, ao fim e ao cabo, esta primeira indagação diz também sobre a *possibilidade e a natureza jurídica* das organizações sociais. Discute-se aqui se as organizações sociais desenvolveriam atividades de *serviço público* ou *atividades privadas*, se constituiriam formas de *privatização de entes públicos*, bem como quais os traços diferenciais que as apartariam das tradicionais *entidades privadas de utilidade pública*. Na segunda questão, de caráter especial, indaga-se se será cabível a exigência de realização de *processo licitatório* para a cessão de bens e recursos públicos às entidades reconhecidas como organizações sociais, o *regime jurídico* do apoio que lhes emprestará o Poder Público, bem como o que as distinguirá das entidades privadas que prestam serviços à Administração Pública mediante contratos de *terceirização*.

2.1. Organizações sociais e entidades privadas de utilidade pública

Não existe ainda uma definição legal das organizações sociais no plano federal no Brasil. O projeto elaborado pelo Poder Executivo Federal, em vias de ser enviado ao Congresso Nacional, conquanto não tenha ainda sido formalmente apresentado, foi copiado e tornado lei em diversos Estados da Federação (v.g. Pará, Lei nº 5.980/96; Bahia, Lei nº 7.027/97). É importante saber que o projeto federal ao longo do tempo sofreu reformulações, de conteúdo e forma, que lhe alteraram profundamente a

compostura, sem embargo de uma continuidade firme nos propósitos básicos. A última versão do projeto, apresentado em anexo a este trabalho, servirá de fundamento para as definições e afirmações adiante expostas.

Uma definição operacional das organizações sociais pode ser formulada nos termos seguintes. As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.

Em sentido abrangente, as organizações sociais representam uma *forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos* (perspectiva *ex parte principe*) ou, sob outro ângulo, uma *forma de participação popular na gestão administrativa* (perspectiva *ex parte populi*).

No aspecto da parceria, as organizações sociais definem-se como *instituições do terceiro setor* (pessoas privadas de fins públicos, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividades de relevante interesse coletivo), pois possuem o mesmo *substrato material e formal* das tradicionais pessoas jurídicas privadas de utilidade pública. Não são um novo tipo de pessoa jurídica privada nem entidades criadas por lei e encartadas na estrutura da administração pública. São pessoas jurídicas estruturadas sob a forma de *fundação privada* ou *associação sem fins lucrativos*. Ser organização social, por isso, não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um *título jurídico especial*, conferido pelo Poder Público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei. Esses requisitos são de *adesão voluntária* por parte das entidades privadas e estão dirigidos a assegurar a persecução efetiva e as garantias necessárias a uma *relação de confiança e parceria* entre o ente privado e o Poder Público.

A denominação *organização social* é um *enunciado elíptico*. Denominam-se sinteticamente organizações sociais as entidades privadas, fundações ou associações sem fins lucrativos, que usufruem do *título de organização social*.

Essa *qualidade jurídica* conferida pelo Poder Público faz incidir sobre as instituições

reconhecidas um plexo de disposições jurídicas especiais, que asseguram vantagens e sujeições incomuns para as tradicionais pessoas jurídicas qualificadas pelo *título de utilidade pública*. Em qualquer dos dois títulos referidos, porém, dá-se um *plus* à personalidade jurídica das entidades privadas, que passam a gozar de benefícios especiais não extensíveis às demais pessoas jurídicas privadas (benefícios tributários e vantagens administrativas diversas). A todo rigor, portanto, nenhuma entidade é constituída como organização social. Ser organização social não se pode traduzir em uma *qualidade inata*, mas em uma *qualidade adquirida*, resultado de um *ato formal de reconhecimento* do Poder Público, *facultativo e eventual*, semelhante em muitos aspectos à *qualificação* deferida às instituições privadas sem fins lucrativos quando recebem o *título de utilidade pública*.

De fato, as organizações sociais são juridicamente entidades bastante semelhantes às tradicionais entidades privadas declaradas de utilidade pública, mas com elas não se identificam de modo completo. São *traços comuns* às duas entidades:

a) a iniciativa privada voluntária na sua criação e na sua constituição;

b) a existência de *limites* gerais à livre constituição e funcionamento dos órgãos de direção ou gerência como requisito para o exercício de ato posterior de reconhecimento ou qualificação;

c) a afetação a uma finalidade de interesse público ou socialmente relevante;

d) o recebimento de favores especiais, subsídios, isenções e contribuições do Estado;

e) a submissão a uma vigilância especial e a limitações de ordem administrativa que vão além do simples poder de polícia exercido sobre as demais pessoas privadas;

f) sujeição ao controle do Tribunal de Contas;

g) a necessidade de reconhecimento formal por parte do Estado, segundo um procedimento especial regulado em lei;

h) a destinação legal do patrimônio social a outra entidade de mesma natureza, em caso de extinção da entidade, não sendo permitido seja o patrimônio repartido entre os membros da instituição;

i) a submissão ao regime jurídico das pessoas de direito privado, com derrogações de direito público.

As organizações sociais, no entanto, apresentam também características especiais que as distinguem de modo parcial das tradicionais entidades privadas declaradas de utilidade pública. Em resumo, os *traços diferenciais* básicos são os seguintes:

a) os seus estatutos devem prever e adotar determinado *modelo de composição* para os seus órgãos de deliberação superior, inclusive prevendo a *participação necessária de representantes do Estado*, como *requisito* para permitir o ato posterior de qualificação pelo Poder Público;

b) o trespasse de bens e recursos públicos nelas está *condicionado* à assinatura de contratos de gestão com os órgãos competentes da administração pública federal;

c) o estatuto deve prever, também como um requisito da qualificação, *sujeição* da entidade à publicação anual no Diário Oficial da União do *relatório de execução* do acordo ou contrato de gestão (relatório gerencial das atividades desenvolvidas, apoiadas pelo Poder Público, e não apenas do relatório formal da contabilidade da entidade);

d) o estatuto deve prever, como requisito de qualificação, regras rígidas de reforma das finalidades sociais, bem como regras para a definição impessoal das regras a serem adotadas para a remuneração do pessoal da entidade e para o sistema de compras;

e) o estatuto ainda deve prever que a entidade estará sujeita a controle externo de resultados, periódico e *a posteriori*, realizado por comissão de avaliação composta por especialistas de notória qualificação, especialmente destinado à verificação do cumprimento do contrato ou acordo de gestão firmado com o Poder Público;

f) as entidades poderão utilizar bens materiais e recursos humanos de entidades extintas do Estado, desde que a extinção tenha sido realizada por lei específica;

g) as entidades poderão também absorver atividades e contratos de entidade extintas, também quando autorizados por lei, bem como os seus símbolos designativos, desde que estes sejam seguidos obrigatoriamente do símbolo OS.

As diferenças e semelhanças entre as duas entidades são manifestas, mas indicam também ser possível identificá-las como *entidades da mesma espécie*, ainda que inconfundíveis. As organizações sociais são entidades de utilidade pública *qualificadas por maiores restrições e maior vigilância do Estado*, no mesmo passo

em que podem receber deste *maiores benefícios e vantagens incomuns* – embora não vedados às atuais entidades privadas de utilidade pública.

Algumas vantagens têm surpreendido os juristas, em especial a possibilidade prevista de haver absorção, pelas entidades qualificadas, de atividade e recursos de entidades estatais *extintas por lei específica* (ex vi art. 37, XIX, da Constituição Federal e do princípio da “paridade das formas”). Os bens de entidade extinta de ordinário reverterem ao patrimônio da União, mas poderá haver *permissão de uso* para as organizações sociais que recebam autorização legal especial para assumirem atividades e compromissos do ente extinto. Ainda que a vantagem dependa de fato duplamente eventual (a extinção do ente público e a falta de definição na lei específica de outro destino para o patrimônio ou os bens da entidade encerrada, por exemplo, doação a Estados e Municípios), alguns juristas têm retirado da hipótese *duas conclusões contrapostas ou contraditórias*. Para alguns, trata-se de benefício revelador de que as organizações sociais não passarão de *entidades estatais de administração indireta*, encobertas sob a forma de pessoas privadas, mas na verdade *veículos expressivos do Poder do Estado*. Para outros, trata-se de demonstração de que as organizações sociais nada mais são do que uma nova *forma de privatização*, de dissolução do patrimônio público, em detrimento do interesse coletivo. O equívoco é duplo.

As organizações sociais, no modelo proposto, *não* serão autarquias veladas, nem titularizarão qualquer espécie de *prerrogativa de direito público*. Não gozarão de *prerrogativas processuais especiais* ou *prerrogativas de autoridade*. Não estarão sujeitas à *supervisão* ou *tutela* da administração pública direta ou indireta, respondendo apenas pela execução e regular aplicação dos recursos e bens públicos vinculados ao *acordo ou contrato de gestão* que firmarem com o Poder Público. Não serão instituídas por lei nem custeadas na sua integridade, de modo necessário, pelo Poder Público. Serão entidades privadas *reconhecidas pelo Estado*, à semelhança das atuais entidades de utilidade pública, devendo sua constituição jurídica à *iniciativa voluntária* de indivíduos. *Não* serão *criaturas do Estado*, nem *sucessoras necessárias* de entidades públicas extintas. Podem ser reconhecidas ou qualificadas como tais *independentemente da extinção de*

qualquer ente público existente. Quando forem autorizadas a assumirem, porém, atividades e prédios anteriormente ocupados por entidades extintas – benefício incomum hoje, mas não inconcebível para as próprias instituições tradicionais de utilidade pública –, mediante autorização legal específica, nem por isso deixarão de ser ou agir como pessoas privadas para transformarem-se em entes do Estado. Exemplo: suponha-se que uma Santa Casa de Misericórdia, instituição tradicionalíssima no Brasil de prestação de serviços de saúde e assistência social, aceite adaptar os seus estatutos ao modelo de constituição e demais obrigações previstas na lei, recebendo posteriormente o título de organização social, bem como a permissão de uso de prédio público ocioso anteriormente utilizado por hospital público, recursos públicos de apoio ou fomento etc., desde que assumisse metas e compromissos de realizar atividades especificadas num *acordo de gestão* com o Poder Público. Essa entidade estaria, por isso, transformada em mais uma autarquia, uma fundação pública, uma repartição burocrática? Não, é certo. Do mesmo modo que permaneceria com a mesma personalidade jurídica uma universidade privada que, mesmo sem receber benefício algum de qualquer ente público extinto, atendesse aos requisitos da lei das organizações sociais, recebesse o título, assumindo compromissos de atuação com o Poder Público com objetivo de obter uma inversão mais intensa ou regular de recursos públicos de fomento para atividades comunitárias que pretenda ampliar. O Poder Público teria novos instrumentos para afiançar a boa utilização dos recursos investidos na atividade social ampliada e a entidade privada, novos meios de planejamento a longo prazo das atividades que realiza.

As organizações sociais tampouco serão forma de privatização de entes públicos. Privatização pressupõe uma *transferência de domínio*, isto é, o trespasso de um ente do domínio estatal para o domínio particular empresarial, uma *transação de natureza econômica e uma retração do Poder Público em termos de inversão de recursos e em termos quantitativos de pessoal*. No modelo das organizações sociais esses pressupostos não comparecem. Primeiro, porque o ato de qualificação de uma entidade como organização social independe de qualquer extinção prévia ou posterior de ente público. Segundo, porque quando as entidades qualificadas recebem prédios ou bens públicos como forma de apoio

ou fomento por parte do Estado não há transferência de domínio, mas simples permissão de uso, continuando os bens a integrar o patrimônio da União. Terceiro, porque os contratos ou acordos de gestão que o Estado firmar com as entidades qualificadas não terão nem poderão ter finalidade ou natureza econômica, convergindo para uma finalidade de natureza social e de interesse público, cuja realização obrigatoriamente não pode objetivar o lucro ou qualquer outro proveito de natureza empresarial. A relação entre as organizações sociais e o Poder Público deve ter fundamento numa ética da solidariedade e numa ética do serviço. Quarto, porque o Estado não apresentará qualquer retração financeira, patrimonial ou de pessoal quando vier a qualificar ou permitir o uso de bens públicos por organizações sociais. A instituição qualificada, pelo contrário, demandará do Poder Público apoios e subvenções, tendo em vista o objetivo comum de persecução do interesse público. O modelo das organizações sociais, assim, realiza-se como estratégia em tudo oposta à de privatização, assumindo claramente uma opção de recusa à aplicação da lógica do mercado nas atividades de natureza social.

Tanto as organizações sociais quanto as atuais entidades de utilidade pública podem ser descritas como entes privados que *colaboram com a Administração*, mas que com ela não se identificam. Fala-se então em “descentralização por colaboração” (Ferreira, 1972, p. 62) e em “descentralização social da administração” (Moreira Neto, 1989, p. 98). Com estas expressões, enfatizam os autores que essas entidades, conquanto privadas, possuem atuação “pública”, “pública não estatal”, “paraestatal”, “de interesse coletivo”, “de realização do bem comum”, que as aproximam, como parceiras privilegiadas, da administração pública.

Moreira Neto (1989, p. 98), já ao lume da Constituição Brasileira de outubro de 1988, averbava:

“A descentralização social consiste em retirar do Estado a execução direta ou indireta de atividades de relevância coletiva que possam ser cometidas a *unidades sociais* já existentes, personalizadas ou não, como a família, o bairro, as agremiações desportivas, as associações profissionais, as igrejas, os clubes de serviço, as *organizações comunitárias* etc., mediante simples

incremento de autoridade e institucionalização jurídica adequada, de modo a que possam promover, elas próprias, sua execução.

Essas unidades, também denominadas de *entidades de cooperação*, receberiam tais atribuições a partir de *leis específicas e de atos administrativos concretos de reconhecimento*, modalidade assemelhada à autorização e à permissão. *Tratam-se de institutos ainda em desenvolvimento, mas que têm seu lugar garantido numa sociedade dinâmica e participativa*” (Grifo nosso).

As organizações sociais, em verdade, podem ser percebidas pela Administração Pública como *entidades privadas de cooperação*, mas divergimos, com respeito e temor, de qualificá-las como forma de “descentralização”. Nisto modificamos entendimento que também sustentamos no passado. A rigor, tecnicamente, fala-se em *descentralização* ou, mais precisamente, *descentralização por colaboração* quando o particular atua em *atividades reservadas ou exclusivas do Poder Público*, sob o regime jurídico público. No domínio destas atividades, algumas podem ter sua execução *delegada* ao particular, sob as formas de *concessão, permissão ou autorização de serviço* (art. 175 da Constituição da República). No entanto, nas áreas ou atividades em que a atuação do Poder Público é expressa pelo simples “poder de polícia”, uma vez que a Constituição da República reconhece a *ação autônoma e em nome próprio* dos particulares (ensino, saúde, pesquisa, desporto, pesquisa etc.), parece descabido falar em *delegação, descentralização* ou *transferência de execução de atividade*. Não faz sentido falar-se em *transferência de funções*, doutrina Cassagne, nas atividades exercidas por particulares de *iure proprio* (1994, p. 24).

As organizações sociais, por todo o exposto, são organizações especialmente vocacionadas a travar parcerias com o Poder Público para atividades de interesse coletivo. A idéia de parceria, como se sabe, é uma *idéia-força* deste final de século. Fala-se em parceria atualmente em quase todos os ramos do direito. No direito internacional, as nações fortalecem laços estratégicos, econômicos e políticos, firmando *parcerias regionais* (Mercosul, Nafta, União Européia); no direito do trabalho, mecanismos de participação dos empregados nos lucros da empresa dão os primeiros passos no que se tem

denominado *parceria entre empregadores e empregados*; no direito administrativo, renascem as concessões e permissões de serviço público como formas de parceria dos particulares com o Estado em áreas estratégicas de *natureza econômica*. Fora da esfera da *ordem econômica*, inclusive no âmbito dos direitos sociais, a parceria entre particulares e o Estado até o momento ressentem-se de melhor institucionalização e aperfeiçoamento.

A insuficiente institucionalização da matéria tem como um dos seus principais fundamentos o caráter excessivamente lacônico da legislação básica sobre declaração de utilidade pública no Brasil. A legislação vigente no plano federal, por exemplo, trata indiferentemente todos os diversos tipos de associações e fundações sem fins lucrativos. Não diferencia o que denominados *entidades de fins mútuos* (dirigidas a proporcionar benefícios a um círculo restrito ou limitado de sócios, inclusive mediante a cobrança de contribuições em dinheiro, facultativas ou compulsórias) e as *entidades de fins comunitários* (dirigidas a oferecer utilidades concretas ou benefícios especiais à comunidade de um modo geral, sem considerar vínculos jurídicos especiais, quase sempre de forma gratuita). A ambas, confere o título, autorizando um tratamento mais benéfico por parte da Administração (renúncia fiscal, previsão de subvenções sociais, contratação direta etc.), deixando ainda de prever qualquer forma mais efetiva de controle de resultados. (Pereira Júnior, 1973, p. 90; Oliveira, 1996, p. 64-8). Esse caráter indiferenciado da referência às entidades e a debilidade do sistema de controle tem estimulado abusos importantes e fomentado a desconfiança em atividades e relações de parceria em que este é um valor fundamental (exemplo: escândalo do orçamento). Consideramos, porém, que o *modelo das organizações sociais é uma das respostas possíveis a este impasse*, pois apenas estimula a criação de *entidades de fins comunitários*, auto e hetero-limitadas para a *persecução objetiva de fins coletivos* (exigência de regras impessoais para compras e plano de salários; existência de colegiado superior composto por fundadores, personalidades da comunidade e representantes do poder público; previsão de auditorias gerenciais e controle de resultados; fomento público condicionado à assinatura de contrato ou acordo de gestão com o Poder Público, definidor de metas e tarefas a cumprir;

responsabilização direta dos dirigentes pela regular utilização dos recursos públicos vinculados ao acordo de gestão, entre outras garantias atualmente não exigidas para o deferimento do título de utilidade pública para as entidades privadas sem fins lucrativos).

De outra parte, vale insistir que essas formas de cooperação privada e parceria com o Poder Público, de importância crescente na sociedade complexa dos nossos dias, estão diretamente vinculadas à idéia de *participação popular na esfera pública*. São “fórmulas cooperativas de participação”, na expressão sintética de Enterría e Fernandes (1989, p. 78 e seg.). Estes autores, dissertando sobre o tema, afirmam ser este modo de atuação participativa *mais intenso* do que os demais conhecidos, uma vez que “no se refiere a actuaciones aisladas sino a conductas permanentes institucionalizadas”, realizadas “mediante la creación por los ciudadanos de organizaciones especiales”, vocacionadas a “fines de interés general” (1989, p. 86). Trata-se de modalidade de participação popular consentânea com o princípio fundamental da *cidadania* (art. 1º, II, da Constituição da República), fundamento do *Estado democrático de direito*. Entre os dispositivos constitucionais que a contemplam *diretamente* podemos indicar os seguintes:

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º *As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.*

“Art. 204. *As ações governamentais na área da assistência social* serão realizadas com *recursos do orçamento da seguridade social*, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a *execução* dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, *bem como a entidades beneficentes e de assistência social*;

“Art. 205. A *educação*, direito de todos e dever do Estado e da família, será *promovida e incentivada com a colaboração da sociedade*, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo

para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

“Art. 213. Os *recursos públicos* serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a *escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei*, que:

I – *comproven finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação*;

II – *assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades.*

“Art. 216 (...)

§ 1º O poder público, *com a colaboração da comunidade*, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (...)

“Art. 227. É dever da família, *da sociedade* e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a *participação de entidades não-governamentais* e obedecendo aos seguintes preceitos: (...)” (grifos nossos).

Outras *disposições constitucionais* referem de forma *reflexa* esta mesma forma de colaboração de entidades particulares com a administração pública, a saber: (1) *igrejas* (arts. 19, I – colaboração, de interesse público, com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; art. 226, § 2º, celebração do casamento religioso com efeito civil; art. 213, escolas confessionais); (2) *instituições privadas de educação* (art. 150, VI, *c* – imunidade tributária, desde que sem fins lucrativos); (3) *instituições de assistência social beneficentes ou filantrópicas* (art. 150, VI, *c* – imunidade tributária, desde que sem fins lucrativos; art. 195, § 7º – isenção de contribuição para a

seguridade social); (4) *terceiros e pessoas físicas e jurídicas de direito privado na área da saúde* (arts. 197 – declaração de relevância pública das ações e serviços de saúde pelos mesmos executados); (5) *organizações representativas da população* (art. 30, X – cooperação no planejamento municipal; art. 58, II – participação de audiências públicas de comissões do Poder Legislativo); (6) *serviços notariais e de registros* (arts. 236, e §§ – serviços privados mas por delegação do poder público); (7) *entidades privadas em geral* (art. 74, II – cabe ao sistema de controle interno integrado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a comprovação da *legalidade* e avaliação dos resultados, também quanto à *eficácia e eficiência, da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado*).

Essas disposições revelam a extensão que tomou a cidadania participativa e a parceria público-privado na Constituição de 1988, assinalando ainda algumas das diversas modalidades de estímulo utilizadas pelo Estado para atrair e premiar a colaboração de entidades privadas em atividades de acentuada relevância social: (a) *imunidade tributária* (art. 150, VI, c, art. 195, § 7º e art. 240); (b) *trespasse de recursos públicos* (art. 204, I; art. 213; art. 216, § 3º, art. 61, ADCT); (c) *preferência na contratação e recebimento de recursos* (art. 199, § 1º, *in fine*).

A mesma orientação foi seguida pela *legislação ordinária*. A Lei nº 8.666, de 21.6.93, por exemplo, reza no seu art. 24, *verbis*:

“Art. 24. É dispensável a licitação:
(...)

XIII – na contratação de *instituição nacional sem fins lucrativos*, incumbida regimental ou estatutariamente da *pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico*, desde que a pretensa contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional;

(...)

XX – na contratação de *associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade*, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado” (grifo nosso).

A Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº 8.742, de 7.12.1993, dispõe sobre amplo mecanismo de cooperação dos particulares nos projetos prioritários de assistência social, reconhecendo expressamente no art. 26 três categorias participantes do sistema de cooperação: organismos governamentais, não-governamentais e da sociedade civil, *verbis*:

“Art. 26. O incentivo a projetos de enfrentamento da pobreza assentar-se-á em mecanismos de articulação e de participação de diferentes áreas governamentais e em sistema de cooperação entre organismos governamentais, não-governamentais e da sociedade civil”.

Nesta nova ordem de idéias, tem-se que o Estado não deve nem tem condições de *monopolizar* a prestação direta, executiva, dos serviços públicos e dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, inclusive *públicos não-estatais*, como associações ou consórcios de usuários, fundações e organizações não-governamentais sem fins lucrativos, sempre sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Poderão ainda ser operados em regime de co-gestão, mediante a formação de consórcios intergovernamentais ou entre o poder público e pessoas jurídicas privadas. O Estado deve permanecer prestando-os diretamente quando não encontre na comunidade interessados que os efetivem de modo mais eficiente ou econômico ou quando razões ponderáveis de justiça social ou segurança pública determinem sua intervenção. Não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo o mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado. Nesse contexto, crescem em importância os

denominados entes “públicos não-estatais”. (Bresser Pereira, 1996, p. 285-87; 1997, p. 25-31; Cunil Grau, 1996, p. 126-137).

A palavra *público* vem utilizada nesta expressão no sentido *teleológico* como toda atividade que alcança, afeta ou interessa a todos ou à maioria, e não no sentido de um determinado *regime jurídico*. É público, ainda nesse sentido material, a atividade ou o produto da atividade que é tornada acessível à maioria. Por oposição, *privado* é o que é destinado a poucos ou a um só, reservado a poucos, inacessível à maioria. (Bobbio, 1987, p. 13-31).

Na doutrina internacional do direito administrativo vem se acentuando o emprego da palavra público nesta acepção – sem embargo de sua utilização técnica para referir o regime jurídico próprio do Estado e de seus delegados. Exemplo disto vemos em Dromi (1991, p. 6):

“La administración es pública. No es solamente ejecutiva ni únicamente estatal, sino que es más que estatal. La Administración Pública es el género y la estatal una de las especies. Lo público no está solamente en manos del Estado. El Estado no es el único dueño y soberano de lo público, pues en la ‘administración de lo público’ deben participar, también, los cuerpos intermedios que comprenden a las corporaciones profesionales, los sindicatos, los consorcios públicos, las cooperativas públicas, los concesionarios de servicios públicos, las universidades privadas y otros modelos organizativos que crea la sociedad, en función del pluralismo social, para que detenten la defensa del interés de algunos que, junto al de los demás, es el interés de todos”.

Para este autor, a atuação de particulares em atividades de fins públicos deve ser estimulada intensamente na denominada “democracia participativa”, uma vez ultrapassada a fase da democracia meramente representativa:

“No se puede pretender que el Estado monopolice la atención de todas las necesidades colectivas. El crecimiento cuantitativo y cualitativo de las mismas, propio de la complejidad vital moderna, requiere una participación más activa de los cuerpos intermedios en el quehacer de la Administración Pública. (...) La democracia, como forma civilizada de vivir, aspira a la realización plena del

hombre en libertad, para ello exige una ‘participación integral’, no sólo política ni política simplemente electoralista, sino también administrativa, económica y social. El hombre debe ser ‘partícipe’ de la gestión pública en sus distintos niveles institucionales”. (1995, p. 82).

Não há, portanto, impedimento constitucional algum à assunção por particulares de tarefas e missões de interesse social em colaboração com a administração pública. Desde que cumpridos requisitos de salvaguarda do interesse público, mais intensos e onerosos quanto mais ampla for a transferência de encargos e recursos, a cooperação é lícita e até mesmo estimulada pela Constituição da República.

Sem embargo do exposto, essa forma de atuação direta dos particulares, ou de entes privados, na gestão direta de serviços ofertados ao público, alguns até prestados concomitantemente pelo Estado, não nos deve levar a confundir duas situações jurídicas completamente distintas, a saber, a dos *serviços privados de interesse público* e a dos *serviços públicos*.

2.1.2. SERVIÇOS PRIVADOS DE INTERESSE PÚBLICO E SERVIÇOS PÚBLICOS

Não basta prestar *serviços ao público*, inclusive sem objetivo de lucro, para ingressar na categoria jurídica de *serviço público*.

Bandeira de Mello (1995, p. 418) ensina com precisão:

“Dentre o *total* de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos em uma sociedade, alguns são públicos e outros privados.

Para separar uns dos outros, identificando aqueles que o Estado pode colocar debaixo do regime de direito público (serviços públicos), temos que nos valer de *duas ordens de indicações* contidas no Texto Constitucional.

A primeira delas é a de que certas atividades a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: *alguns deles em todo e qualquer caso* e outros *deles apenas quando prestados pelo Estado*; pois ou (a) entregou-os expressamente à responsabilidade *privativa* do Estado, ora devendo ser prestados *exclusivamente* por ele ou por empresa sob controle acionário estatal, caso dos

arrolados no art. 21, X e XI, ora cabendo sua prestação quer ao Estado, quer a terceiro, mediante autorização, concessão ou permissão, caso dos previstos no inciso XII do mesmo art. 21; ou então (b) previu-os como serviços incluíveis na categoria de serviços públicos, *quando prestados pelo Estado*. É o caso dos serviços: (I) de saúde, conforme previsão do art. 196 (“dever do Estado”), os quais, entretanto, também estão entregues à livre iniciativa, como estabelece o art. 199 (“A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”), sendo de todo modo qualificados como “serviços de relevância pública” (art. 197, primeira parte), e (II) educação, *ex vi* do art. 205 (“dever do Estado”), inobstante também eles estejam entregues à livre iniciativa, a teor do art. 209 (“O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”).

Estes últimos, de conseqüente, *não serão serviços públicos quando desempenhados por particulares*, uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Segue-se que o Estado jamais poderia pretender outorgá-los em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preencham os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações”. (Grifos do Autor).

Segue-se que não podem ser nomeadas como *serviço público* atividades desempenhadas por particulares ou por pessoas de direito privado, ainda quando afetem relevantes interesses coletivos, se não foram reservadas pela Constituição da República ou por leis ordinárias ao Estado ou aos seus delegados.

Como referido, algumas atividades são exercidas sob o regime próprio do *serviço público* apenas quando “prestadas pelo Estado” (exemplo: saúde, educação, pesquisa científica, defesa do patrimônio ambiental). Exercidas por particulares, com ou sem fins lucrativos, não se sujeitam ao regime do *serviço público*, mas ao regime típico das pessoas privadas, o que muitas vezes lhes confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais.

2.1.3. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E TERCEIRIZAÇÃO: O CASO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

As organizações sociais também não se confundirão com entidades que prestam serviços para a administração segundo o regime que se convencionou denominar *terceirização*. A disciplina constitucional e legal do Sistema Único de Saúde (SUS) permite uma demonstração dessa afirmação.

Como se sabe, a Constituição brasileira assegura que a saúde é um *direito de todos* e um *dever do Estado* (art. 196). Ao prever tratar-se de um *dever do Estado* obriga o estatuto maior a que o Estado *garanta o direito à saúde* e não que ofereça diretamente e de forma exclusiva o atendimento a todos os brasileiros. Por isso, logo adiante, a lei fundamental enuncia que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (art. 197). A assistência à saúde é declarada expressamente atividade *livre à iniciativa privada* (art. 199, *caput*).

As *ações e serviços públicos de saúde*, integrados em termos nacionais, recebem a denominação de *Sistema Único de Saúde* (SUS), (art.198). No entanto, mesmo o Sistema Único de Saúde não repele a ação privada na execução de ações e serviços, prevendo, expressamente, a participação da iniciativa privada, em caráter complementar, com *preferência para as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos* (art. 199, § 1º, da Constituição; art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990).

A *participação da comunidade* é também princípio expresso do Sistema Único de Saúde (art. 198 da Constituição; art. 7º, VIII, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990). Essa participação privada, porém, não pode dizer respeito a formas de parceria exercidas mediante concessão ou permissão de serviço público por duas razões já mencionadas. Em primeiro lugar, porque as ações e serviços de assistência à saúde são livres à iniciativa privada (art. 199, *caput*, da Constituição da República), não constituindo atividade exclusiva de Estado, passível de delegação executiva em sentido próprio. Em segundo lugar, porque a concessão e permissão de serviço incidem sobre atividades econômicas, onerosas, financiadas pelos próprios particulares-usuários

mediante tarifas (art. 175 da Constituição). No Sistema Único de Saúde as ações e serviços não apresentam natureza econômica e são oferecidos de forma universal e gratuita.

Ora, a Constituição Federal prevê que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante *contrato de direito público* ou *convênio*, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos” (grifo nosso). *Contrato* e *convênio* são ambos acordos de vontade, distinguindo-se basicamente pela natureza dos interesses de ambas as partes. No contrato, os interesses são de regra antagônicos ou contraditórios; no convênio, os interesses são comuns ou convergentes. É evidente que a Constituição da República, na norma referida, pretendeu distinguir entre dois modos de prestação de serviços de saúde por particulares. No primeiro, mediante a referência ao instrumento do contrato, admite a *terceirização*, vale dizer, a contratação de particular-empresário, com vistas ao desempenho de atividades-meio na área de saúde financiada pelo Estado. Esta prestação de serviço revestida de caráter empresarial e lucrativo, exige prévia licitação. No segundo modo, mediante a referência ao instrumento do convênio, admite a Lei Maior a colaboração de entidades sem fins lucrativos, com interesses coincidentes com a administração pública, não sendo cogitada remuneração pela gerência do serviço nem reciprocidade de obrigações e, portanto, de licitação (Di Pietro, 1996, p. 109 e 117). Na hipótese de contrato, pelo caráter próprio da terceirização, não há prestação global do serviço de saúde, mas sim atuação em simples *atividades operacionais* ou *ancilares* (serviços de vigilância, manutenção, limpeza, transporte, seguro etc.). Na hipótese de convênio, o que se pode estender também para a figura de acordo impropriamente denominada “contrato de gestão”, não há impedimento à execução global do serviço pelo particular, pois trata-se de atividade livre à ação privada, fomentada ou financiada pelo Estado, mas não titularizada por ele. Pode-se, portanto, a partir da própria Constituição, apartar as duas figuras referidas, evitando mais uma espécie de incompreensão.

3. Conclusão

As organizações sociais representam uma nova estratégia de estimular parcerias de entidades privadas sem fins lucrativos com o

Poder Público em serviços sociais livres à ação privada, fomentando a participação cidadã voluntária na esfera pública. Não podem ser superestimadas nem subestimadas como respostas conseqüentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado com elas não se despede da responsabilidade de assegurar e garantir os direitos sociais básicos. O Estado continuará regulador e promotor de serviços sociais, contando porém com mecanismos de parceria renovados, ampliando a sua capacidade de, direta ou indiretamente, assegurar a fruição dos direitos sociais fundamentais.

As organizações sociais não consistirão em um novo tipo de pessoa jurídica, pois serão constituídas segundo as mesmas formas de constituição formal das tradicionais fundações ou associações sem fins lucrativos. Mas representarão uma “inovação institucional”, porquanto desencadearão um marco legal amplamente inovador quanto ao modo de relacionamento entre o Estado e as instituições sem fins lucrativos de relevância social. Este marco legal, referido em detalhe no corpo do trabalho, vincula as organizações sociais a normas que, por um lado, estabelecem um regime de maiores restrições e maior vigilância do Estado se comparado ao atual regime jurídico aplicável às tradicionais entidades privadas de utilidade pública e, por outro, assegura-lhes também maiores benefícios e vantagens. Esse fato revela que a denominação organização social é um enunciado elíptico. Denominam-se sinteticamente organizações sociais as entidades privadas, fundações ou associações sem fins lucrativos, que usufruem do título de organização social. Este título é conferido por um ato formal de reconhecimento do Poder Público, semelhante em muitos aspectos à qualificação deferida às instituições privadas sem fins lucrativos quando recebem o título de utilidade pública.

As organizações sociais contribuirão ainda para o preenchimento de uma grave lacuna da legislação referente à concessão de títulos de utilidade pública, pois permitirão pela primeira vez uma diferenciação nítida entre entidades sem fins lucrativos dirigidas ao atendimento de demandas sociais de forma comunitária e impessoal e entidades de favorecimento mútuo (clubes, agremiações), sem fins lucrativos também, mas orientadas ao oferecimento de vantagens ou benefícios exclusivos a grupos delimitados de sócios ou clientes.

A polêmica suscitada com o modelo das organizações sociais produziu uma série de conceitos equívocos e mal fundamentados sobre a própria natureza jurídica das entidades qualificadas. Esta identificação equívoca das organizações sociais pode produzir danos irreversíveis ao modelo, pois dela depende o reconhecimento do próprio regime jurídico a que se submeterão essas entidades. O texto tenta demonstrar o erro de confundir, por um lado, as organizações sociais com os entes da administração indireta do Estado e, por outro, com mecanismos de privatização ou terceirização de serviços públicos. Nesse esforço de clarificação, foram tratados temas diversos, como a distinção entre serviços privados de interesse público e serviços públicos, bem como referidas diversas normas constitucionais brasileiras relacionadas ao tema da parceria do Estado com as entidades sem fins lucrativos. Em todos esses temas, porém, os juristas são convocados a interferir como protagonistas, participando da tarefa de construção de uma nova mentalidade administrativa. Espera-se que doravante com alguma maior simpatia, pois como enuncia Pontes de Miranda, em trecho citado neste trabalho, “com a antipatia não se interpreta, – ataca-se”.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade* : para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 4. ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1994.
- CUNILL GRAU, Nuria. A rearticulação das relações Estado-sociedade : em busca de novos significados. *Revista do Serviço Público*, ano 47, vol. 120, n. 1, jan-abr., 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo : Atlas, 1996.
- DROMI, Roberto. *Reforma del Estado y privatizaciones*. t. 1. Buenos Aires : Astrea, 1991.
- _____. *Derecho Administrativo*. 4. ed., Buenos Aires : Ciudad Argentina, 1995.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDES, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 2. ed., Madrid : Civitas, 1989. t. 2.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. *Introdução ao estudo do Direito* : técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1994.

- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Lições de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1972.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. Rio de Janeiro : Forense, 1987. t. 1.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- OLIVEIRA, Anna Cyntia. *Construindo um marco regulatório para a consolidação do setor privado não lucrativo e de fins públicos no Brasil*. Brasília, 1996. Estudo elaborado a pedido do Conselho Comunidade Solidária. Mimeo.
- PALAZZO, José Luis, SESÍN, Domingo Juan, ROLÓN LEMBEYE, Víctor Armando. *La transformación del Estado*. Buenos Aires : Depalma, 1992.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil* : para uma nova interpretação da América Latina. Tradução de Ricardo Ribeiro e Martha Jalkauska. São Paulo : Ed. 34, 1996.
- _____. A reforma do Estado nos anos 90 : lógica e mecanismos de controle. *Cadernos MARE de Reforma do Estado*, Brasília, n. 1, 1997.
- PEREIRA JR., Jessé Torres. A utilidade pública de associações privadas e das fundações de menores. *Arquivos do Ministério da Justiça*. v. 30, n. 126. abr/jun. 1973.

ANEXO

MINUTA DE ANTEPROJETO DE LEI

PROJETO DE LEI Nº , DE DE DE 1997.

Dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

SEÇÃO I DA QUALIFICAÇÃO

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta Lei.

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa da entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um Conselho de Administração e uma Diretoria, definida nos termos do Estatuto, assegurado àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da Diretoria da entidade;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) em caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação da entidade, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II - ter a entidade recebido aprovação em parecer favorável, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou Titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado.

SEÇÃO II

DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Art. 3º O Conselho de Administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos de composição e funcionamento:

I - ser composto por:

a) vinte a quarenta por cento de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;

b) vinte a trinta por cento de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;

c) até dez por cento, no caso de associação civil, de membros eleitos entre os membros ou os associados;

d) dez a trinta por cento de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho, entre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até dez por cento de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

II - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" deverão compor mais de cinquenta por cento do Conselho;

IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do Conselho, sem direito a voto;

VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano, e extraordinariamente, a qualquer tempo;

VII - os conselheiros não receberão remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participe o conselheiro;

VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a Diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem as correspondentes funções executivas.

Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem estar inclusas entre as atribuições privativas do Conselho de Administração:

I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV - designar e dispensar os membros da Diretoria;

V - fixar a remuneração dos membros da Diretoria;

VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, o gerenciamento, os cargos e as competências;

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras e serviços, bem como para compras e alienações, e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela Diretoria;

X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

SEÇÃO III

DO CONTRATO DE GESTÃO

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas a formação de uma parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Art. 6º O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão supervisor e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social no desempenho das ações a cargo desta.

Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora ou reguladora da área correspondente à atividade fomentada.

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - constar a especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras, observadas as peculiaridades de suas áreas de atuação, devem definir as demais cláusulas necessárias dos contratos de gestão de que sejam signatários.

SEÇÃO IV

DA EXECUÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE GESTÃO

Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo Ministério da área correspondente, permitida a delegação ao órgão da Administração diretamente vinculado à atividade desenvolvida.

§ 1º O contrato de gestão deve permitir ao Poder Público requerer a apresentação pela entidade qualificada, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, de relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico

das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão serão analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pelo Ministro de Estado ou pelo titular mencionados no *caput* deste artigo, composta por especialistas de notória qualificação, que emitirão relatório conclusivo, a ser encaminhado ao instituidor da comissão, ao órgão de governo responsável pela supervisão ou regulação da atividade e aos órgãos de controle interno e externo da União.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que alude o artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público ou à Procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

SEÇÃO V

DO FOMENTO ÀS ATIVIDADES SOCIAIS

Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais, inclusive tributários.

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º Ficam assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de

gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º-Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser substituídos por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

Parágrafo único. A permuta de que trata o *caput* deste artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

Art. 14. Fica facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º-Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

Art. 15. A Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional ficam dispensadas de processos licitatórios para celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito da União, para atividades contempladas no objeto do contrato de gestão.

Art. 16. São extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11, 12, § 3º e 15, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal.

SEÇÃO VI DA DESQUALIFICAÇÃO

Art. 17. O Poder Executivo poderá proceder a desqualificação da entidade como organização social quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

§ 1º-A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º-A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

CAPÍTULO II DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 18. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contados da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Art. 19. A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único da Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização – PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observado os seguintes princípios:

- I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;
- II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;
- III - controle social das ações de forma transparente.

Art. 21. A extinção de órgãos públicos federais e a absorção de suas atividades e serviços por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observarão os seguintes preceitos:

- I - os servidores integrantes dos quadros da entidade e dos órgãos públicos cujas atividades forem absorvidas pelas organizações sociais terão garantidos todos os direitos decorrentes do respectivo regime jurídico e integrarão quadro em extinção do Ministério correspondente ou do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, quando não existir vinculação direta a Ministério, sendo facultada à Administração a cessão do servidor para a organização social, em caráter irrecusável para aquele, com ônus para a origem;

II - a desativação da entidade e dos órgãos será realizada mediante inventário simplificado de seus bens imóveis e de seu acervo físico, documental e material, bem como dos contratos e convênios; com a adoção de providências dirigidas à manutenção e ao prosseguimento das atividades sociais a cargo do órgão ou entidade em extinção, com sub-rogação na organização social, nos termos da legislação aplicável em cada caso;

III - os recursos e as receitas orçamentárias de qualquer natureza, destinados aos órgãos e à entidade a que se refere o artigo anterior, serão utilizados no processo de extinção e para a manutenção e o financiamento das atividades sociais durante o inventário simplificado, devendo parcela deste ser

reprogramada, mediante crédito especial a ser enviado ao Congresso Nacional no prazo de 15 dias, para os órgãos ou entidades supervisoras dos contratos de gestão a serem firmados com as organizações sociais que houverem absorvido as atividades, para o fomento destas, assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro em seu favor, nos termos dos contratos de gestão;

IV - encerrados os processos de inventário simplificado, os cargos efetivos vagos e os em comissão serão considerados extintos;

V - a organização social que tiver absorvido as atribuições da entidade ou órgão extinto poderá adotar os símbolos designativos destes, seguidos da identificação "OS".

§ 1º Serão instaurados, com a supervisão do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, processos de inventário simplificado, a cargo dos Ministérios ou do órgão a que estavam vinculados os órgãos e a entidade extinta.

§ 2º A absorção pelas organizações sociais das atividades dos órgãos ou entidade extintos efetivar-se-á mediante a celebração de contrato de gestão, na forma dos arts. 6º e 7º desta Lei.

§ 3º Poderá ser adicionada às dotações orçamentárias referidas no III deste artigo, parcela dos recursos decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e funções comissionados existentes na entidade ou nos órgãos extintos.

Art. 22. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, de _____ de 1997; 175º da Independência e 108º da República.

Abstract

O modelo brasileiro das organizações sociais representa uma das respostas possíveis à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. Essas entidades são percebidas como uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos (perspectiva *ex parte principe*) ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa (perspectiva *ex parte populi*). No texto são tematizadas as diferenças e semelhanças entre o marco legal das organizações sociais e das entidades de utilidade pública no Brasil, as notas distintivas entre a disciplina dos serviços privados de interesse público e dos serviços públicos, bem como o que distingue juridicamente o modelo das organizações sociais de processos de privatização e terceirização. Em todos esses temas os juristas aparecem como protagonistas na determinação dos limites do modelo das organizações sociais, evidenciando que processos de reforma normativa exigem, para serem eficazes, uma concomitante reforma na mentalidade dos agentes públicos.

O princípio da capacidade contributiva

JOSÉ RICARDO MEIRELLES

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Capacidade contributiva – origem e evolução.* 3. *Conceito.* 4. *Capacidade contributiva no direito comparado e brasileiro.* 4.1. *A expressão sempre que possível.* 4.2. *Capacidade contributiva e impostos indiretos.* 4.3. *Capacidade contributiva e isenções.* 5. *Conclusão.*

1. Introdução

Dentro do estudo dos princípios da tributação podemos destacar o princípio da capacidade contributiva como aquele que mais se aproxima do conceito de *justiça tributária* entendida sob o ponto de vista econômico-jurídico.

A distribuição da carga tributária de acordo com a capacidade contributiva dos indivíduos nos traz a idéia de que os tributos, tendo como escopo final o bem comum, devem amoldar-se às situações individuais, de modo a propiciar uma posição isonômica dos contribuintes no que se refere ao seu sacrifício individual em prol do interesse coletivo. A máxima de Rui Barbosa no que se refere à isonomia, qual seja, *tratar desigualmente os desiguais à medida que se desigalam* acaba por se concretizar neste princípio quando efetivamente posto em prática.

Dessa forma, neste estudo traremos à baila algumas considerações que reputamos relevantes sobre o princípio da capacidade contributiva, tecendo, ao final, algumas considerações sobre sua estrutura tal como se encontra em nossa Carta Magna.

José Ricardo Meirelles é Procurador da República em São Paulo, Mestrando em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo e Professor de Direito Internacional Público e Processo Penal em curso preparatório para concursos.

2. Capacidade contributiva – origem e evolução

A expressão *capacidade contributiva* é tão

antiga quanto a ciência das finanças, tendo com esta uma relação direta e imediata.

Os ideais de *justiça distributiva* formulados por filósofos gregos já continham em seus fundamentos as bases do princípio de que os indivíduos deveriam concorrer para as necessidades da coletividade na medida de suas forças econômicas. Existem registros, em Atenas, de uma contribuição para o custeio da marinha nacional, devida por todo cidadão cuja fortuna atingia dez “talentos”; escrevendo-se num registro a importância com que cada cidadão era obrigado a contribuir, observando-se as facultades de cada um¹.

Na Idade Média Santo Tomás de Aquino aduzia que cada indivíduo deveria pagar os tributos *secundum facultatem* ou *secundum equalitem proportionis*, acentuando a existência de impostos justos e impostos injustos, conforme a obediência a esse critério. Outrossim, a locução *capacidade contributiva* foi usada em diversas leis tributárias, tais como na Inglaterra, na *Elizabethan poor law*². Nas obras de Niccolò Machiavelli, podemos encontrar referências ao princípio da capacidade contributiva, quando este trata da repartição das despesas públicas entre os cidadãos e tece considerações acerca dos valores e defeitos do acúmulo de bens móveis e imóveis³.

Como bem destaca Conti, outra referência ao princípio da capacidade contributiva vem inserida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que em seu art. 13 estabelece:

“Para a manutenção da força pública e para as despesas da administração é indispensável uma contribuição comum; esta deve ser repartida por igual entre todos os cidadãos, tendo em conta as suas possibilidades”.

Já naquela época, o princípio da capacidade contributiva disseminou-se em várias Constituições (v.g. República Romana – 1798; Piemonte – 1820, Francesa – 1848 etc.) e mais modernamente tornou-se um corolário neces-

¹ CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo : Dialética, 1996. p. 37.

² CANNAN. *The history of local rates in England in relation to the proper distribution of the burden of taxation*. 2nd ed. London, 1912. p. 22.

³ GARINO CANINA. *Problemi de finanza facista*. Bologna, 1937. p. 161 e ss: Il pensiero finanziario di Niccolò Machiavelli.

sário à maioria, senão à totalidade, dos ordenamentos jurídicos estatais.

Na realidade, a expressão *capacidade contributiva* em sua origem foi genericamente considerada como sinônimo de riqueza ou de patrimônio, indicando as forças econômicas individuais que propiciavam o pagamento diferenciado dos tributos. A carga tributária seria então proporcional à riqueza ou ao patrimônio acumulado.

Sobre esta relação, Emilio Giardina⁴ coloca:

“Il canone della contribuzione in ragione delle forze economiche esprimeva l'esigenza comunemente avvertita di una trasformazione in senso reale degli ordinamenti tributari allora vigenti. Le franchigie e i privilegi che caratterizzavano le imposte personali del tempo costituivano una patente violazione del principio della generalità dei tributi e della giustizia distributiva. Concependosi la capacità *contributiva* in senso oggettivo, si veniva a porre l'accento sui beni e sulle sostanze economiche dei singoli, e si faceva astrazione dalle qualità personali e dalle posizioni sociali di ciascuno...”

Não obstante o sentido objetivo do princípio tal como colocado inicialmente, a evolução da doutrina trouxe algumas modificações. Com o aprofundamento do estudo das categorias elementares da riqueza, o elemento basilar da capacidade contributiva passou a ser entendido pela noção de *produto e renda*, em contraposição aos conceitos genéricos de *patrimônio e bens*.

Ao mesmo tempo em que se entendia que um sistema tributário justo seria aquele fundado na taxação proporcional à *renda*, entendeu-se por bem impor uma limitação, baseada no conceito do *mínimo para a existência*. Assim, os bens necessários à satisfação das necessidades elementares da vida deveriam ser excluídos da imposição tributária, considerando-se que aquela parte destinada às necessidades elementares do indivíduo eram consideradas como *despesas de produção*, não sujeitas à tributação.

Na realidade não se tratava de um conceito novo, eis que já aplicado na Idade Média no que concerne aos tributos incidentes sobre o consumo. Não obstante, sua retomada apresentou-se necessária sob o ponto de vista da

⁴ *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*. Milano : Giuffrè, 1961. p. 12-13.

justiça tributária, sintetizada na definição de Rau acerca da capacidade contributiva, como:

“La possibilità, fondata sulle condizioni patrimoniali di una persona, di pagare le imposte senza pregiudizio della soddisfazione dei bisogni più urgenti”⁵.

Essa nova noção de tributação justa fundada sobre a renda encontrou respaldo no pensamento de Adam Smith⁶, que sustentou que

“os súditos de cada estado deveriam contribuir para a manutenção do governo tanto quanto possível em proporção às suas capacidades, ou seja, em proporção à renda a qual respectivamente usufruem sobre a proteção do Estado...”.

Outros autores, sob o prisma do direito público, passaram a entender a capacidade contributiva como *expressão da influência dos benefícios públicos* gozados pelos contribuintes.

Lindahl, um dos expoentes desta corrente, sustentava que o princípio geral da tributação era do benefício. A tributação estaria diretamente correlacionada com a *utilidade das despesas estatais aos indivíduos* e a valoração dessa utilidade emergiria dos fatores que determinariam a estimação das vantagens públicas, vantagens essas de dois gêneros – objetivo e subjetivo.

As vantagens objetivas consistiriam no aumento da *renda e do patrimônio* do indivíduo decorrentes daquela atividade estatal. As vantagens subjetivas consistiriam no interesse àquele serviço público e na capacidade contributiva.

A medida da capacidade contributiva seria determinada pela utilidade e vantagens decorrentes das despesas públicas.

Outrossim, após o desenvolvimento do novo conceito de finança pública, o qual negava a natureza comutativa da relação intercorrente entre o contribuinte e o fisco, ressaltando a característica obrigacional da prestação tributária, o princípio da capacidade contributiva passou a ser intimamente relacionado ao conceito de *sacrifício*.

Contudo, em razão de sua insuscetibilidade de determinação objetiva, o conceito de sacrifício acabou sendo considerado inadequado para constituir o fundamento do *imposto justo*.

Muito embora as nuances verificadas, o conceito de que a capacidade contributiva

estaria intimamente ligado ao conceito de *renda* acabou por ressurgir na doutrina, que também trouxe a discussão para o campo das *necessidades individuais*.

Segundo Pescatore⁷, a renda poderia ser dividida em três partes:

“A *despesa*, com a qual se faz frente às necessidades absolutas e relativas da vida do indivíduo e de sua família; a *poupança*, que serve para aumentar o capital para a melhoria das condições da família e os *meios, a faculdade que cada um tem de contribuir para a sociedade*”.

Assim, a capacidade contributiva seria uma variável dependente da necessidade de poupança e da despesa. O fato de os mais ricos poderem destinar ao consumo uma parte relativamente menor de sua renda seria uma consequência da menor urgência de suas necessidades individuais.

Verificamos, portanto, em breves considerações, que o conceito de capacidade contributiva acabou por sofrer mutações na busca daquilo que mais se aproxima da almejada *justiça tributária*.

3. Conceito

No que se refere a uma definição do que seja “capacidade contributiva”, pelo que podemos depreender, os conceitos de *patrimônio, renda, utilidade, sacrifício e necessidade* são conceitos estreitamente correlacionados, que guardam uma relação de interdependência entre si.

Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência acabaram por convencionar que a conceituação de capacidade contributiva pressupõe a referência a uma *força econômica complessiva*.

Buscando na ciência econômica os *indícios de capacidade contributiva*, procurou-se delimitá-los como sendo os seguintes: *o conjunto de rendimentos; o conjunto patrimonial; o conjunto de despesas; os incrementos patrimoniais e os incrementos de valor do patrimônio*.

Qualquer desses fatos ilumina uma parte da situação econômica do sujeito e todos em conjunto compõem a situação econômica complexa do indivíduo.

A capacidade contributiva seria, portanto, um conjunto de forças econômicas embasado em alguns indícios parciais que, enquanto tais, representam manifestação direta de uma certa

⁵ GIARDINA, op. cit., p.14.

⁶ *Pesquisa sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Lisboa, 1950, p. 753.

⁷ *La logica delle imposte*. Torino, 1867. p. 18.

disponibilidade econômica limitada e manifestação indireta da disponibilidade econômica complexa.

Um outro fator, o qual já mencionamos anteriormente, apresenta-se-nos de extrema valia no que se refere à conceituação proposta.

Com efeito, para que o concurso do indivíduo para com as despesas públicas seja adequado à sua capacidade contributiva, é necessário, além de atingir todos os ganhos decorrentes dos indícios mencionados, ter em conta sua situação pessoal e familiar.

Há, portanto, que se proceder a uma isenção no que se refere à quota necessária ao *mínimo vital pessoal e familiar*, eis que a atitude de concorrer às despesas públicas começa somente após a satisfação das necessidades pessoais e familiares dos contribuintes. Isto, além de corresponder a um evidente critério lógico, harmoniza-se com o caráter solidarístico do dever tributário.

Outrossim, o *mínimo vital* deve corresponder ao mínimo necessário para uma *existência digna e livre*, levando-se em conta a situação familiar do indivíduo.

Verificamos, portanto, que do conceito de capacidade contributiva resulta, de imediato, a *ilegitimidade dos impostos que não têm qualquer ligação com a força econômica do contribuinte*.

Importante assinalar que muito embora a capacidade contributiva pressuponha a capacidade econômica, com esta não coincide totalmente. No conceito de capacidade contributiva está implícito um elemento de juízo, uma valoração sobre a idoneidade para concorrer às despesas públicas.

Moschetti⁸, citado por Hugo de Brito Machado, entendia que:

“a capacidade econômica é apenas uma condição necessária para a existência da capacidade contributiva, posto que esta é a capacidade econômica qualificada por um dever de solidariedade, quer dizer, por um dever orientado e caracterizado por um prevalente interesse coletivo, não podendo considerar a riqueza do indivíduo separadamente das exigências coletivas”.

Ademais, importante assinalarmos que hoje a maioria dos Estados modernos acabam por utilizar o tributo como forma de intervenção

⁸ MOSCHETTI, Francesco. *El principio da capacidad contributiva*. Madrid : Instituto de Estudios Fiscales, 1980. p. 279.

do domínio econômico e social, em pleno exercício de extrafiscalidade. Essa intervenção fiscal com fins sociais pode dar-se de dois modos: favorecendo as situações econômicas que necessitam de proteção ou agravando o peso tributário naquelas situações de particular fortuna.

Sobre a extrafiscalidade já havia se pronunciado Wagner⁹, sustentando que *os tributos, além dos objetivos estreitamente fiscais, deveriam ter também objetivos corretivos da estrutura social*.

Finalizando o presente tópico, importante ainda que se ressalte que a capacidade contributiva pressupõe o alcance tributário de manifestações econômicas reais, efetivas e não meramente fictícias ou hipotéticas, até mesmo como corolário de princípio de lógica impositiva.

Assim, dentro da árdua tarefa de conceituar *capacidade contributiva*, temos que pode ser ela considerada como a *força econômica complexa e materializada do indivíduo, idônea a concorrer com as despesas públicas, à luz de exigências econômicas e sociais fundamentais, respeitando-se o mínimo vital para uma existência pessoal e familiar digna e livre*.

4. A capacidade contributiva no direito comparado e brasileiro

Como já ressaltamos anteriormente, a capacidade contributiva como princípio se encontra presente nas Constituições de um grande número de países, tais como: na Constituição da República Portuguesa – 1967, que sobre ela dispõe no art. 106 – “o sistema fiscal será estruturado por lei, com vistas à repartição igualitária da riqueza e dos rendimentos”; na Constituição da Espanha – 1978, em seu artigo 31, afirmando que

“todos contribuirão para as despesas públicas de harmonia com a sua capacidade econômica, mediante sistema tributário justo, inspirado nos princípios de igualdade e progressividade, que em caso algum terá alcance confiscatório”; na Constituição da República Italiana, no art. 53, que estabelece que

“tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità

⁹ WAGNER, Adolf. *Finanzwissenschaft*. tradução Francesco Moschetti. Berlim, 1880. p. 287-292.

contributiva. Il sistema tributário e informato a criteri di progressività”¹⁰.

Podemos destacar ainda as Constituições do Chile, Argentina, México, Grécia, Venezuela etc.

No Brasil, tem-se que a primeira menção ao princípio da capacidade contributiva estava inserida na Constituição de 1824, no seu art. 175, parágrafo 15, que dispunha “ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção de seus haveres”. Na Constituição de 1946 o princípio da capacidade contributiva veio expresso em seu art. 202, que previa “os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade contributiva do contribuinte”. Não obstante, esse princípio foi revogado pelo art. 25 da Emenda Constitucional nº 18 de 1965, não tendo figurado de forma expressa na Constituição de 1967, e tampouco na Emenda nº 01, de 1969, muito embora muitos juristas entendessem que o princípio continuava a existir, desde que se fizesse um trabalho de hermenêutica constitucional sistemática.

A Constituição de 1988 retomou de forma expressa este princípio em seu art. 145, § 1º, que dispõe “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...”¹¹.

Nota-se que inclusão do princípio da capacidade contributiva em nosso ordenamento jurídico nacional acabou variando de acordo com o momento político histórico, demonstrando de forma insofismável seu *caráter democrático*.

4.1. A expressão *sempre que possível*

Tal como definido em nosso direito pátrio, o princípio da capacidade contributiva vem ensejando algumas interpretações divergentes no que se refere ao seu alcance. A expressão *sempre que possível* diz respeito ao caráter pessoal dos impostos ou à observância do princípio da capacidade contributiva?

Sobre esta questão Ives Gandra¹² sustenta que

“a melhor interpretação do mencionado dispositivo, não obstante sua impro-

priedade redacional, é no sentido de que a ressalva, sempre que possível, só diz respeito ao caráter pessoal dos impostos, não se aplica no que diz respeito à observância do princípio da capacidade contributiva”.

Roque Antonio Carrazza¹³ faz uma análise jurídica do tópico *sempre que possível*, consignando:

“... A nosso ver, ele não está fazendo – como já querem alguns – mera recomendação ou um simples apelo para o legislador ordinário. Em outras palavras, ele não está autorizando o legislador ordinário a, se for de seu agrado, graduar os impostos que criar, de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes.

O sentido desta norma jurídica é muito outro. Ela, segundo pensamos, assim deve ser interpretada: se for da índole constitucional do imposto, ele deverá obrigatoriamente ser graduado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Ou melhor: se a regra matriz do imposto (traçado na CF) permitir, ele deverá obrigatoriamente obedecer ao princípio da capacidade contributiva...”.

O mestre Alberto Xavier¹⁴ leciona no mesmo sentido:

“É certo que o § 1º do art. 145 condiciona à ressalva ‘sempre que possível’ a imperatividade do caráter pessoal dos impostos e a sua graduação segundo a capacidade contributiva. Mas esta ressalva constitucional deve ser interpretada no sentido de que apenas não estão submetidos aos referidos comandos os impostos cuja natureza e estrutura com eles sejam incompatíveis. O IOF e o ICM são exemplos de impostos que não seria possível submeter ao princípio do caráter pessoal. Já porém, no que concerne ao princípio da graduação, segundo a capacidade econômica, não encontramos nenhum caso – entre a lista de tributos previstos na Constituição – cuja natureza e estrutura

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Temas de Direito Tributário*. Revista dos Tribunais, 1993. p. 10.

¹¹ Sobre evolução deste princípio no direito brasileiro ver CONTI, op. cit., p. 38-41.

¹² MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema tributário na Constituição de 1988*. Saraiva, 1989. p. 76-78.

¹³ *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 4. ed. Malheiros, 1993. p. 60-61.

¹⁴ *Inconstitucionalidade dos tributos fixos por ofensa ao princípio da capacidade contributiva*. São Paulo : Separata. RDT, 1991. p. 119. V Congresso Brasileiro de Direito Tributário.

com ele não se acomode, valendo pois a referida ressalva para eventuais impostos criados ao abrigo da competência residual da União, regulada no art. 154”.

Das considerações elencadas depreende-se uma inequívoca obrigatoriedade de aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos cuja índole constitucional permita.

4.2. Capacidade contributiva e impostos indiretos

Outra questão que normalmente surge em se tratando do princípio da capacidade contributiva é a possibilidade de sua aplicação no que se refere aos impostos indiretos. Com efeito, é sabido que os impostos indiretos são aqueles que embora a obrigação de pagar recaia sobre determinado indivíduo, chamado de contribuinte de direito, a carga tributária é repassada a outra pessoa, ou seja, ao contribuinte de fato, devido ao fenômeno da repercussão. Considerando assim que as condições pessoais do sujeito passivo na maioria das vezes não podem ser mensuradas, cria-se a dificuldade de aplicar este princípio.

Pois bem, em se tratando de *impostos indiretos*, temos possível a aplicação do princípio da capacidade contributiva, relembrando as lições de Aliomar Balleiro¹⁵:

“a natureza da mercadoria vale presunção de seu destino a pessoas de hábitos requintados, largas posses ou que dispõem de recursos outros além dos estritamente necessários à satisfação das necessidades fundamentais”.

Com efeito, como já ressaltamos anteriormente, a capacidade contributiva deve ser verificada de acordo com critérios que, analisados conjuntamente, possibilitem sua mensuração, respeitando-se o limite do mínimo vital. Assim, a utilização de critérios de graduação de alíquotas proporcional à *essencialidade* do produto apresenta-se como fator proporcionador da mensuração da capacidade contributiva.

A própria Constituição Federal, ao se referir ao Imposto sobre Produtos Industrializados, determina que seja seletivo em função da essencialidade dos produtos. Tal determinação acaba espelhando o próprio princípio da capacidade contributiva, à medida que ao ser *seletivo em função da essencialidade* o IPI

¹⁵ *Limitações do poder de tributar*. 6. ed. Forense, 1955. p. 301.

acaba gravando de forma mais onerosa aqueles produtos menos essenciais e vice-versa, incidindo no contribuinte na medida de sua capacidade contributiva, dentro de sua real significação conceitual.

Elizabeth Carrazza, em sua obra *IPTU e progressividade*, p. 60, aduz neste sentido:

“Sem dúvida, nos chamados impostos sobre o consumo, o repasse da carga impositiva tributária é um fato econômico presente. Nesta medida, quando a Constituição Federal menciona a seletividade em razão da essencialidade dos produtos, está, de um lado, buscando proteger os menos favorecidos e, de outro, instrumentalizando o princípio genérico da igualdade”.

Henry Tilbery¹⁶ com precisão esclarece:

“Recapitulando o princípio básico, focalizado nas presentes considerações, já definido antes no sentido de que a imposição feita pelo Estado, sobre os recursos financeiros das pessoas, para cobrir as necessidades públicas, deve deixar intactos os recursos dos indivíduos para a satisfação das suas necessidades essenciais e considerando que a observância do critério da capacidade contributiva se concretiza: no imposto direto (sobre rendas) – pela isenção do mínimo de subsistência; no imposto indireto (sobre vendas) – pela aplicação do critério da essencialidade de bens; chegamos à conclusão de que a faixa de dispêndios, a serem atingidos pelos impostos indiretos, é o excedente dos gastos dos consumidores, após satisfeitas as necessidades básicas individuais”.

Portanto, outra conclusão não pode ser que aquela no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da capacidade contributiva no que se refere aos impostos indiretos, face a existência de instrumentos para sua aferição.

4.3. Capacidade contributiva e isenções

Outra questão que suscita dúvidas: a lei que concede isenção fere o princípio da capacidade contributiva consagrado na Constituição?

Entendemos, em breves considerações, que a resposta dependerá da índole do imposto, na esteira do raciocínio do mestre Hugo de Brito.

¹⁶ *Direito Tributário atual*. São Paulo : Resenha Tributária : IBDT, 1990. p. 2.994. v. 10: O conceito de essencialidade como critério de tributação.

Em se tratando de imposto cuja hipótese de incidência não seja necessariamente um indicador de capacidade contributiva do contribuinte, a lei que concede isenção não fere o princípio em estudo, não havendo que se falar em inconstitucionalidade. Não obstante, *em se tratando de imposto cuja hipótese de incidência espelhe a capacidade contributiva* (v.g. imposto sobre patrimônio), a concessão de isenção pode ferir o princípio, dependendo da motivação. É certo que em relação à imunidade o problema não alcança relevância, por se tratar de hipótese prevista na Constituição, como uma exceção àquele princípio.

5. Conclusão

Após as considerações elencadas, verificamos que de fato o princípio da capacidade contributiva apresenta-se não somente como um eficaz instrumento de justiça fiscal, mas também como um corolário lógico do princípio da igualdade, básico em todo e qualquer regime democrático de direito.

O princípio da igualdade pressupõe um tratamento desigual dos indivíduos que se apresentem em situações desiguais, de modo a propiciar uma coincidência de tratamentos. No campo tributário não pode ser diferente. Os contribuintes devem repartir entre si o ônus tributário na medida de suas desigualdades e de suas necessidades individuais particulares.

A igualdade tributária, espelhada no princípio da capacidade contributiva, deve ser uma realidade palpável nos regimes democráticos, em contraposição aos regimes autoritários onde normalmente alguns são mais iguais que outros, e por certo a verdadeira justiça fiscal importa em igualdade de sacrifícios, dentro de uma máxima política. Sua observância, pois, é imperativa, de modo que as palavras de Stuart Mill¹⁷ não se percam no vazio:

“...distribuir a contribuição de cada pessoa para as despesas do governo de tal forma que ela não sinta nem mais nem

menos incômodo com a cota que lhe cabe pagar, do que qualquer outra sente, pagando a dela”.

Bibliografia

- ATALIBA, Geraldo. *Elementos de Direito Tributário*. Revista dos Tribunais, 1978.
- BALLEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 9. Ed. Forense, 1977.
- CANNAN. *The history of local rates in England in relation to the proper distribution of the burden of taxation*. 2nd ed. London, 1912.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 4. ed. Malheiros, 1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6. ed. Saraiva, 1993.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 : sistema tributário*. 5. ed. Forense, 1993.
- CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. Dialética, 1996.
- COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. Malheiros, 1993.
- GARINO CANINA, Attilio. *Problemi de finanza facista*. Bologna, 1937 : Il pensiero finanziario di Niccolò Machiavelli.
- GIARDINA, Emilio. *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*. Milano : Giuffrè, 1961.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 3. Ed. Forense, 1985.
- _____. *Temas de direito tributário*. Revista dos Tribunais, 1993.
- MAFFEZZONI, Federico. *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*. Torino : UTET, 1970.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema tributário na Constituição de 1988*. Saraiva, 1989.
- MOSCHETTI, Francesco. *El principio da capacidad contributiva*. Madrid : Instituto de Estudios Fiscales, 1980.
- SMITH, Adam. *Pesquisa sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1950.

¹⁷ *Princípios da economia política*. Cultural, 1983. p. 290. (Os Economistas).

A justiça agrária na Constituição Federal

VALÉRIA AROEIRA B. D. FERREIRA
A. MARCOS DA S. DE JESUS

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Art. 126 da CF/88. 2.1. Art. 126, caput. 2.2. Parágrafo único. 3. Conclusão.

1. Introdução

Com a Constituinte de 87, os eminentes agraristas, cômicos da necessidade de uma justiça agrária para o país, intensificaram a luta para ver a sua previsão na Constituição Federal. Vários trabalhos e estudos sobre o assunto foram publicados, entre os quais merece destaque o do professor Otávio Mendonça: “A Justiça Agrária na constituinte de 87”¹. Com a finalidade de apresentar propostas aceitáveis pela Constituinte, ele focaliza fatos impulsionadores da implantação da justiça agrária no Brasil, para suscitar o debate das alternativas capazes de obtê-la, o mais rápido e o menos imperfeito possível.

A primeira proposta de criação da justiça agrária em 1969, da Comissão do Ministério da Agricultura presidida pelo ilustre Octavio Mello Alvarenga, previa uma estrutura completa de um órgão autônomo do Judiciário, com 1ª e 2ª instâncias e um Tribunal Superior Agrário. As sucessivas rejeições e arquivamentos contribuíram para que o último projeto, do Deputado José Sarney Filho, em 1985, previsse apenas o Juiz Agrário.

Todos os projetos, porém, localizavam a justiça agrária na esfera federal.

O eminente professor, ante a Constituinte, ressaltava a importância da criação da justiça agrária, ainda que não possuísse uma forma tão técnica². Assim, Otávio Mendonça sugeria

Valéria Aroeira B. D. Ferreira é Professora de Direito da UFV, Mestra em Direito Agrário pela UFG, Coordenadora da pesquisa “Justiça Agrária”, financiada pela FAPEMIG.

A. Marcos da S. de Jesus é Acadêmico de Direito da UFV, bolsista do PIBIC do CNPq/UFV.

¹ *R. Inf. Legisl.*, a. 24, n. 93, p. 229-242, 1987.

² *Ibidem*, p. 235.

que a OAB propusesse: a criação da justiça agrária, como órgão autônomo do Poder Judiciário, com TSA, TRA's e juízes agrários, ou dentro da justiça federal, como um setor especializado, com seções, turmas e varas especializadas e privativas. E, em qualquer caso, com a justiça estadual substituindo-a nos lugares em que ainda não estivesse funcionando.

Nota-se, nessa proposta, que mesmo na alternativa de ser um setor especializado, haveria 1ª e 2ª instâncias e a competência seria federal. E, finalmente, discutindo a alternativa de localização desse ramo na justiça estadual, “embora imperfeita”, o faz com a existência de varas e turmas específicas, em primeira e segunda instâncias.

2. Art. 126 da CF/88

A resposta da Constituinte de 87 veio com um artigo apenas.

“Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.

Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio”.

Um artigo confuso, mal redigido e sem nenhuma alteração significativa no ordenamento jurídico, essa é a definição que pode ser feita do art. 126.

Vitor Barboza Lenza³ atesta que

“havia uma grande esperança dos jusagraristas brasileiros, quanto à efetiva criação de uma justiça agrária no Brasil (...) nos moldes assemelhados à Justiça do Trabalho, com Tribunal Superior Agrário, Tribunais Regionais Agrários e Juízes e Junta de Conciliação e Julgamento Agrário. Contudo, os constituintes adotaram essa solução paliativa, deslocando a competência federal dessa justiça especializada para a justiça estadual, resultando no retumbante insucesso dessa idéia”.

Feliz é a constatação do respeitável professor Paulo Tormin Borges:⁴

³ *Juizados Agrários, JA*. Goiânia : AB, 1995. p. 5.

⁴ *Institutos básicos do Direito Agrário*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 65.

“tal dispositivo é anêmico, não satisfaz à necessidade de uma justiça agrária”.

E prossegue o professor:

“considero, porém, péssimo que a Constituição não tenha instituído a Justiça Agrária. Isto de Varas especializadas ou entrâncias especiais, ‘com competência exclusiva para questões agrárias’ (CF, art. 126), é engodo. Não resolve nem ajuda”.

2.1. Art. 126, *caput*

O constituinte de 87 não resgatou nenhuma das propostas anteriores. O art. 126 – *caput* – tem vários aspectos que podem e devem ser criticados.

a) Estabelece a competência estadual

Das propostas dos agraristas, a Constituição Federal só absorveu o que era imperfeito – admitido pelos próprios proponentes – e deveria ser acessório ou transitório na instituição da justiça agrária.

O último projeto de justiça agrária previa juízes agrários de primeira instância, mas na esfera federal e, apenas transitoriamente, a atuação da justiça estadual nas comarcas onde inexistissem aqueles. Outrossim, o professor Otávio Mendonça⁵, tendo em vista as óbices orçamentárias, chega a admitir em tese a justiça estadual como alternativa válida, embora imperfeita. Ainda assim, com “varas e turmas específicas, em primeira e segunda instâncias”. Porém, mais tarde, o mesmo professor adverte que “existem inconveniências muito mais graves, quanto à justiça comum do que quanto à federal. Antes de tudo a sua extrema fragilidade da estrutura”.

Essa competência é residual. Pois, pela própria Constituição, a competência será dos juízes federais quando os conflitos fundiários tiverem a União, entidade autárquica ou empresa pública federal como autoras, rés, assistentes ou oponentes, além das ações de desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária – arts. 109, I e 184 da CF. José Pedro do Couto⁶ estende a exclusão aos litígios relacionados com o domínio, posse, uso, exploração e conservação das terras situadas nas áreas declaradas de interesse social para fins de desapropriação – art. 8º da Lei nº 7.595/87.

⁵ MENDONÇA, op. cit., p. 238.

⁶ Estruturação do juízo agrário estadual, segundo exegese do art. 126 da Carta Política. *Julgados da Justiça de Rondônia*, Porto Velho, v. 7, n. 8, p. 103, dez. 1992.

“Transferiram-se aos tribunais estaduais a organização e a manutenção de uma justiça que sabemos que é da competência federal”.

A questão agrária no Brasil tem importância relevante. É interesse nacional a sua resolução. Complexa e envolvendo poderosos, deveria ser apreciada por um judiciário de expressividade também federal. Aliás, federal já é a competência para determinadas questões agrárias, não sendo recomendável essa descentralização.

b) Competência restrita

Além de dividir a sua competência com a justiça federal – competência residual –, o texto constitucional determina que a designação dos juízes só será para “dirimir conflitos fundiários”, e não todos os conflitos agrários, gênero daqueles.

O anteprojeto de Foro Agrário do Ministério da Justiça⁷, denominado pela *Revista da ABRA de Projeto Laranjeira*, em homenagem ao professor Raymundo Laranjeira, em seu art. 4º faz uma clara definição de conflitos fundiários.

“Art. 4º Os conflitos fundiários dizem respeito à disputa do solo, seus acessórios naturais e benfeitorias, e constituem espécie de que são gênero as questões agrárias referidas no art. 126 da Constituição Federal”.

Fundiário é um termo surgido de *fundus*, ou seja, bem de raiz, empregado com relação a matéria ou a questões de terrenos ou imóveis⁸.

Inferese que a designação do art. 126 é tão-somente para dirimir conflitos relacionados com o domínio e a posse do solo e seus acessórios. Exclui-se, portanto, as outras questões agrárias, os litígios decorrentes do exercício da atividade agrária e dos negócios com os bens agrários⁹.

c) Juiz agrário

A designação será de *juízes de entrância especial*. Não há referência à criação de Varas Agrárias, como pensam alguns. Significa, no entendimento de José Pedro do Couto¹⁰, “que não haverá juízo agrário, e sim juiz agrário

⁷ O anteprojeto de Foro Agrário tendo em vista a disposição do art. 126 da CF, foi elaborado por uma Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça. Ela era composta por Raymundo Laranjeira, Otávio Mendonça e Octavio Mello Alvarenga. Esse trabalho foi publicado no *DOU* em setembro de 1989.

⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Ed. universitária. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

⁹ São outras questões agrárias previstas no anteprojeto de Foro Agrário do Ministério da Justiça.

¹⁰ COUTO, op. cit., p. 95.

itinerante”. De forma que o juiz agrário se dirigirá até a Comarca que é abrangida por sua jurisdição e na qual ocorre o conflito e utilizará todas as suas instalações, como se fosse um juiz daquela Comarca.

Para o juiz Couto, inexistindo a criação de Varas Agrárias, há um obstáculo também constitucional:

“a garantia constitucional da inamovibilidade (art. 95, II, CF), de que goza o magistrado, caso este não concorde em cumular sua jurisdição preexistente, com a Justiça Agrária, de caráter itinerante, que obviamente lhe afastaria de suas funções nas quais foi legalmente investido”.

Não menos importante é o alerta do magistrado paulista Antonio Jurandir Pinoti¹¹ feita ao art. 126 da Constituição Federal. Pois um juiz pode ser designado para dirimir determinados conflitos fundiários e outros não, numa mesma comarca ou região.

“Vale dizer, as partes ficam sujeitas a critérios exclusivamente subjetivos da cúpula dos Tribunais de Justiça dos Estados, no que concerne à designação dos juízes que irão exercer a jurisdição agrária”.

Assim, esse artigo não se coaduna com o princípio do juiz natural, pois o juiz competente deve preexistir ao conflito, e o texto constitucional não garante que a designação será anterior a este. Ele ainda cita a forma encontrada pela Constituição do Estado de São Paulo – art. 86, § 4º – que, visando a garantir a seriedade e a transparência das nomeações,

“determina que a designação só pode ser revogada a pedido do próprio juiz designado ou por deliberação da maioria absoluta do Órgão Especial do Tribunal de Justiça”.

2.2. Parágrafo único

O parágrafo único do art. 126 da CF está dentro da moderna doutrina de Direito Agrário. Com ele, o princípio da mobilidade foi elevado a nível constitucional.

Fazendo uso desse princípio, o juiz terá um contato direto com os conflitos, conhecerá as verdades que não chegaram aos autos e, de forma menos vacilante, estará apto a decidir com justiça.

¹¹ Proposta de alteração do art. 126 da Constituição Federal. *Decisão*, v. 8, n. 9, p. 48-49, ago. 1993.

Mas não é nenhuma novidade jurídica, trata-se da inspeção judicial prevista no CPC, arts. 440-443. Pela qual o juiz pode, de ofício ou por requerimento, em qualquer fase processual, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse a decisão da causa. O juiz dará ciência às partes da diligência, ficando autorizadas a participar, prestar esclarecimentos e fazer observações. Da diligência, lavrar-se-á auto circunstanciado. É, enfim, um meio direto de prova utilizado pelo juiz para formar a sua convicção.

Virgílio Campos, procurador da Fazenda Nacional, citado por José Pedro do Couto¹², declara:

“...Mais que um juiz, sentado no alto de sua cadeira pretoriana, ele deverá ser técnico voltado para a solução de urgentes problemas sociais e econômicos. Nada de ações divisórias e possessórias apreciadas e julgadas na penumbra dos gabinetes: elas não que ser decididas no local dos fatos, na visualização clara do conflito em concreto, nunca através de um pálido e distorcido retrato trazido às páginas incolores de autos amorfos”.

Para o autor,

“a presença do juiz agrário no local do fato se daria nas fases mais importantes do processo, ou seja, em todas as audiências e na fase executória da sentença”.

Caracterizado o litígio e feita a provocação do judiciário, o juiz agrário se deslocará para o local do fato, obtendo a visualização clara do conflito em concreto, dirimindo-o com celeridade e objetividade¹³.

Entretanto, o disposto nesse parágrafo único é uma faculdade do juiz agrário. Ele não se fará presente no local do litígio em todos os conflitos agrários, ou sempre que for provocado, mas quando ele próprio, o juiz, julgar necessário, quando entender que a sua presença *in loco* é necessária para uma eficiente prestação jurisdicional.

O § 2º, do art. 107, da Constituição do Estado do Paraná, seguindo essa orientação da Constituição Federal, deixando latente a quem pertence o alvedrio, assim dispõe:

“sempre que entender necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz irá ao local do litígio” (grifo nosso).

O juiz é quem irá ao local e é quem toma esta decisão.

¹² COUTO, op. cit., p. 77-78.

¹³ *Ibidem*, p. 107.

Cuida o parágrafo único de uma itinerância discricionária e não compulsória do julgador. Norma copiada do art. 442, I do CPC que de igual modo determina que o juiz assim agirá quando julgar necessário; faculdade reconhecida na jurisprudência¹⁴.

A decisão do juiz de não ir ao local do litígio significará maior celeridade e economia processual, tratando-se de um conflito agrário simples, bem instruído e de fácil decisão. Por outro lado, essa mesma decisão pode trazer prejuízos à parte em se tratando de litígios controvertidos e complexos, cuja presença do julgador *in loco* apontaria outra decisão. Nesse caso, a parte prejudicada, se fez o requerimento da inspeção, poderá atacar essa decisão judicial por meio de agravo – art. 522 do CPC.

3. Conclusão

O art. 126 da Constituição Federal veio pulverizar ainda mais a competência para as questões agrárias. Aumenta-se a confusão das partes na hora de propor uma ação agrária. Agora há a competência da Justiça Federal – arts. 109, I e 184 da CF –, a competência estadual dos juízes agrários de entrância especial, para dirimir os conflitos fundiários – art. 126 da CF – e a competência estadual da Justiça Ordinária, qualquer que seja a entrância – para todas as questões agrárias, ressalvados os casos anteriores.

Assevera o professor Raymundo Laranjeira¹⁵ que:

“nesse caso, seria até preferível falar em foro agrário, mas nunca em Justiça Agrária, como tal, que pressupõe a entidade judicante ímpar, mais abrangente, sem a dispersão de competência e que é, sobretudo, organismo dotado de reconhecimento constitucional”.

A forma estabelecida no art. 126 é vazia e ineficaz. Os estados que desejarem a composição dos litígios agrários por um órgão específico, melhor será fazê-lo por meio da criação de Varas Agrárias, cuja competência de proposta pertence ao Tribunal de Justiça – art. 96, I, *d*. Pois assim, a competência não será restrita e só estará dividida entre a justiça

¹⁴ “A inspeção judicial é outra faculdade conferida ao prudente árbitro do juiz”. *RT*, n. 521, p. 266.

¹⁵ MORAES, Sônia. O “Projeto Laranjeira” para criação de uma justiça agrária. *Revista da ABRA*, v. 19, n. 3, p. 87.

federal e as Varas Agrárias estaduais, que podem ser melhor aparelhadas, além de não ocorrerem os inconvenientes apontados pelos ilustres juízes.

O Estado do Pará, onde militam incansáveis jusagraristas do porte de Otávio Mendonça, Benedicto Monteiro e Alcyr Gursen de Miranda, saiu na frente e já na sua Constituição de 89, art. 167, definiu o perfil de juízo agrário adequado à realidade daquele Estado; ela também exige, para o ingresso como juiz agrário, a aprovação em curso de especialização de Direito Agrário, ministrado aos candidatos.

Já o Estado do Ceará (LOJ – Lei nº 12.342, de 28.7. 94, art. 106, XVI e XVII) criou apenas uma Vara de entrância especial de processos de conflitos fundiários e uma de processo de danos e crimes ecológicos lesivos ao meio ambiente e recursos hídricos.

A peleja pela criação da justiça agrária continua. Pois a realidade do campo é diversa da realidade da cidade; os valores do homem rurícola nem sempre são iguais aos do cidadão. Continua porque não são poucos os problemas da agricultura e as necessidades de reforma agrária. E a violência, toda espécie de conflito agrário, a verificação do cumprimento da função social da terra etc. devem ser apreciados com uma mentalidade agrarista, por meio de procedimentos informais, gratuitos, rápidos e ao mesmo tempo seguros; por um Judiciário forte e sensível à dura realidade dos que trabalham a terra e retiram ou querem retirar dela o seu sustento e o da sociedade.

Os entraves e as rejeições de projetos de Justiça Agrária não devem anuviar a convicção nem esmorecer aqueles que anseiam pela justa distribuição de justiça no campo e a garantia de uma eventual reforma agrária.

Por isso, pugnamos por uma justiça agrária de verdade. Como um órgão autônomo do Judiciário, na esfera federal, com competência centralizada para todas as questões agrárias, em duplo grau de jurisdição e um tribunal superior: Juízes Agrários, TRA's e TSA. Atualmente o projeto do Senador Romero Jucá – PEC 47/95, em tramitação no Congresso Nacional, criando esse órgão especializado, prevê essa estrutura, no que merece nossos aplausos.

Bibliografia

- BORGES, Paulo Tormin. *Institutos básicos do Direito Agrário*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo : Saraiva, 1995.
- COUTO, José Pedro do. Estruturação do juízo agrário estadual, segundo exegese do art. 126 da Carta Política. *Julgados da Justiça de Rondônia*, Porto Velho, v. 7, n. 8, p. 73-111, dez. 1992.
- JUCÁ, Romero. *Discursos* : coleção 6. Brasília : Senado Federal, Centro Gráfico, 1995.
- LENZA, Vitor Barboza. *Juizados Agrários*, JA. Goiânia : AB, 1995.
- MATOS NETO, Antonio José de. A justiça agrária no estado do Pará. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, [S.l.] v.15, n. 57, p. 68-70, jul./set. 1991.
- MENDONÇA, Otávio. A Justiça Agrária na Constituinte de 87. *R. Inf. Legisl. Brasília*, v. 14, n. 93, p. 229-242, jan./mar. 1987.
- MORAES, Sônia. O “Projeto Laranjeira” para criação de uma justiça agrária. *Revista da ABRA*, v. 19, n. 3, p. 86-94, dez.1989/mar. 1990.
- PINOTI, Antonio Jurandir. Proposta de alteração do art. 126 da Constituição Federal. *Decisão*, v. 8, n. 9, p. 47-50, ago. 1993.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Ed. Universitária. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

A inércia jurídica e os avanços tecnocientíficos

PEDRO SÉRGIO DOS SANTOS

É preciso avançar. Quer tenhamos uma posição contrária ou favorável à globalização; a ciência e o crescimento dos canais de informação, tal qual a atmosfera, envolvem todo o planeta, e se ficarmos inertes a essa situação, a história nos reservará o lugar dos omissos.

Por mais que a nossa realidade de Terceiro Mundo nos coloque um pouco distantes de certos avanços tecnológicos, é necessário que pensemos urgentemente sobre eles, se não dominando toda a linguagem desse novo saber, ao menos buscando situá-lo no campo axiológico.

Se admitirmos a teoria da tridimensionalidade do Direito, onde a norma é resultante da interação entre o fato e o valor, observaremos que a ciência está a nos colocar os fatos. E quais respostas axiológicas a ética e a moral apresentam a estes fatos? E quais normas teremos como resposta do Estado a estas situações?

O mundo mal se adaptou à idéia da inseminação artificial (dos *bebês de proveta* e da barriga de aluguel), nem mesmo o Direito normalizou tal situação, já nos deparamos com a questão do estoque de óvulos fecundados em laboratórios. E não paramos aí; o que podemos dizer sobre a clonagem, que ora sabemos tão-somente fora realizada com ratos e ovelhas, mas que, sem dúvida alguma, poderá estar sendo testada em seres humanos? E ainda, o que dizer dos úteros artificiais criados no Japão ou sobre a introdução de genes humanos em animais, como recentemente o mundo científico foi informado da possibilidade de cabras e vacas produzirem leite humanos a partir da alteração genética. Será que tais alterações ficarão apenas neste nível?

Pedro Sérgio dos Santos é Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Professor da Universidade Federal e Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Advogado e membro do Conselho Penitenciário do Estado de Goiás.

Endeusado pela cultura dos bacharéis do século passado, o Direito já não representa com a mesma força de outros tempos a resposta certa aos anseios sociais. Não que outra forma de saber lhe tenha invadido as fronteiras epistemológicas provocando qualquer descaracterização de sua natureza, mas o fardo pesado da burocracia estatal, principalmente dos casuismo, omissões e inoperância do Poder Legislativo, sua principal fonte normativa, estão a colocar um freio na velocidade dos avanços que urgem diante do progresso técnico-científico.

O caso brasileiro é um dos exemplos mais caóticos dessa realidade. Não podemos dizer que um Código Civil de 1916 e um Código Penal de 1940 (em sua parte especial) contemplem as necessidades legais de um país de dimensões continentais e com diversidade cultural e de problemas como a que se tem no Brasil. Até mesmo indagações profundas aparecem a todo o instante sobre a nova parte geral do Código Penal, que sendo de 1984, já demonstra defasagem operacional.

Os fatos não esperam que a norma os antecipe e os valores por sua vez estão arraigados à cultura, estando ou não esta em consonância com as leis. Portanto, o Estado, como fonte de leis, deve estar atento à produção tecnológica e científica, sob pena de ver suas estruturas jurídicas tão obsoletas, ao ponto de serem inoperantes e ineficazes.

Dessa forma, se de um lado nossa legislação deixa a desejar em virtude das inúmeras falhas já apontadas, por outro lado, outros países já buscam alternativas no campo legal, alternativas estas que vão ao encontro dos interesses sociais e do gênero humano enquanto espécie e enquanto ser privilegiado e responsável pela natureza.

Elaborado, com o cuidado de escutar os diversos setores da sociedade, bem como a comunidade científica, o Código Penal da Espanha (Lei Orgânica nº 10/1995, de 23 de novembro) tipifica em seus artigos 159 a 162 as condutas delituosas relativas à manipulação genética. Verificamos que tal postura legal representa já uma resposta positiva do Estado Espanhol às condutas criminosas que possam surgir no meio médico-científico. Nesse sentido, vejamos o que diz a exposição de motivos:

“En la elaboración del proyecto se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del de 1992, el dictamen

del consejo general del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Se ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquéllas que todo el mundo debería poder aceptar”.

O artigo 159 proíbe a alteração do genótipo humano por meio da manipulação genética, impondo pena de prisão de dois a seis anos aos infratores que agirem dolosamente e ainda a impossibilidade de exercerem a profissão por período entre sete a dez anos. Tal artigo prevê ainda punição de multa e impedimento profissional de um a três anos para o caso de ação criminosa dentro da modalidade culposa.

Por sua vez, o artigo 160 pune com pena de prisão de três a sete anos a utilização da engenharia genética para a fabricação de armas biológicas que venham exterminar a espécie humana, impondo também ao agente criminoso a proibição do exercício profissional por um período de sete a dez anos.

A fecundação de óvulos humanos para qualquer outro fim que não seja o da procriação, e ainda prática de *clonagem*, são punidos no artigo 161 com pena de prisão de um a cinco anos, estando também sujeito o infrator à proibição da atividade profissional por tempo que varia de seis a dez anos.

Por fim, a prática de reprodução assistida em uma mulher, sem o seu consentimento, será punida com pena de prisão de dois a seis anos, estando o agente inabilitado para emprego ou cargo público e exercício da profissão por tempo de um e quatro anos.

Por mais que se possa levantar questionamentos e críticas a estes dispositivos, sem dúvida alguma o Poder Legislativo da Espanha deu um passo de significativa importância para o Direito Penal frente às possíveis situações criminosas surgidas no seio da comunidade científico-tecnológica.

A legislação penal espanhola há de nos servir de exemplo para possíveis e necessárias mudanças em nosso diploma penal, que hoje, infelizmente, não atende aos anseios sociais e mergulha o Estado no mar do descrédito diante da impunidade que campeia solta, sem rédea, atingindo tão-somente o pobre e o desvalido.

Colisão de direitos fundamentais a partir da Lei nº 6.075/97: o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas e a liberdade de expressão e de informação

LÉO FERREIRA LEONCY

A recente Lei estadual nº 6.075, de 2 de outubro de 1997, ao dispor sobre normas de proteção à imagem de presos, vítimas e testemunhas, trouxe à ordem do dia uma discussão que ganha relevância para o direito constitucional contemporâneo e que vem sendo muito discutida nos meios acadêmicos. Trata-se do problema da colisão ou conflito de direitos fundamentais, bastante evidenciado pelo diploma legal em análise.

É certo, porém, que, ao largo dessa questão, a referida lei tem provocado um polêmico debate, não menos apaixonante que o tema da colisão de direitos fundamentais, centrado na questão de sua constitucionalidade formal. Nesses termos, a despeito da justificativa constante do projeto de lei levado a debate na Assembléia Legislativa do Estado do Pará, de que a matéria objeto de proposta se inclui no âmbito da competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal por se tratar de direito penitenciário (art. 24, I, CF) – segundo a referida justificativa, portanto, dispor sobre normas de proteção à imagem de presos, vítimas e testemunhas é matéria referente a direito penitenciário! –, suspeita-se que essa Casa legislativa tenha adentrado em matéria de lei federal em face do disposto no art. 220, § 3º, II c/c art. 221, IV, ambos da Constituição Federal^{1 e 2}.

Confirmar tal suspeita, entretanto, cabe precipuamente ao STF, que deverá pronunciar-se no caso de ser provocado acerca do assunto. Justamente por isso, a opção metodológica a ser adotada neste trabalho implicará um corte epistemológico no sentido de deixar de lado a questão da inconstitucionalidade formal da Lei

Notas ao final do texto.

nº 6.075/97 em função de uma possível invasão de reserva de competência legislativa federal. A análise a ser aqui encaminhada terá como objeto, portanto, apenas aquele problema inicialmente mencionado, qual seja, o da colisão de direitos fundamentais.

A questão da colisão de direitos fundamentais suscitada pela referida lei pode ser esboçada do seguinte modo: ocorre colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular conflita com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outro titular. Como fica evidente, ocorre um verdadeiro *choque* de direitos (cf. Canotilho, 1993, p. 643).

No caso em questão, a Lei nº 6.075/97 coloca em evidência a colisão existente entre o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas, de um lado, e a liberdade de expressão e informação, de outro; e o faz ao estabelecer que os presos

“não poderão ser constrangidos a participar, ativa ou passivamente, de atos, entrevistas, ou qualquer outra programação reproduzida por órgãos de comunicação de massa, entendidos como emissoras de rádio e televisão e por jornais, vedada, especialmente, sua exposição compulsória a fotografias e imagens” (art. 1º, *caput*)

e ao dispor que

“a autoridade competente, em cada caso, assegurará, dentro dos parâmetros legais, que as informações sobre a vida, a intimidade e a imagem, de vítimas e testemunhas, dentro dos órgãos pelos quais são responsáveis, sejam preservadas, a partir de solicitação das mesmas” (art. 3º, *caput*).

Noutros termos: ao preservar a inviolabilidade da imagem dessas pessoas (art. 5º, X, CF), *restringiu* a liberdade de expressão e de informação (art. 5º, IV, XIV, CF), esta, aliás, condição do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão relacionados à área de comunicação social (art. 5º, XIII, CF).

Em vista dessa restrição acima delineada, surge a seguinte dúvida: é possível a uma lei, a título de garantir um direito constante do catálogo dos direitos fundamentais (Título II, CF), legitimamente *limitar* o exercício de outro direito fundamental constante desse mesmo catálogo?³ E mais: fazendo parte tais direitos, como realmente fazem, do catálogo de *direitos (fundamentais) individuais* (Capítulo I, Título

II, CF) e, portanto, constituindo verdadeira *cláusula de intangibilidade constitucional* (cláusula pétrea, limite material ao poder de reforma – art. 60, § 4º, IV, CF) (cf. Dantas, 1997, p. 45; Mendes, 1994b, p. 249 e ss.), seriam eles próprios passíveis de restrição? A resposta a tais questões não parece fácil.

A literatura jurídica nacional ainda está a dever uma sistematização do *regime geral dos direitos fundamentais*, que, tomando por base a Constituição, exponha os princípios e regras do disciplinamento constitucional de tais direitos. Existem algumas contribuições de relevo (Dantas, 1997; Mendes, 1994; Piovesan, 1996; Garcia, 1994; Bonavides, 1994; Barroso, 1996), mas que tratam apenas de questões pontuais da matéria. Considerando-se, todavia, a produção doutrinária existente na literatura nacional, e a esta se acrescentando os estudos da teoria constitucional estrangeira (a portuguesa, principalmente: Canotilho, 1993; Canotilho e Moreira, 1991), é possível oferecer alguns subsídios para o desenvolvimento da discussão e, circunstancialmente, para a análise da Lei nº 6.075/97, objeto de comento neste trabalho.

Nesse sentido, cabe observar inicialmente que a Constituição não prevê de modo algum uma cláusula geral que possibilite a restrição ao exercício de direitos fundamentais. Por conta disso, toda e qualquer restrição há de ser prevista de forma expressa ou decorrer diretamente dos princípios e regras adotados pela Constituição. Assim é que, em alguns casos, previu expressamente a *reserva de lei restritiva*, ensejando com isso o estabelecimento de limites legais ao exercício de direitos fundamentais específicos⁴. É o caso por exemplo da restrição à inviolabilidade da intimidade nos casos em que, por ordem judicial, em sede de investigação criminal ou instrução processual penal, se permite a interceptação de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, X, XII, CF). Trata-se aqui de reserva legal prevista *expressamente* pela Constituição⁵.

Em outros casos, embora a Constituição não preveja expressamente a reserva de lei restritiva, a limitação legal de um direito fundamental torna-se possível em função de que, se assim não fosse, o seu exercício pelo titular inviabilizaria o exercício de direito fundamental de outro titular (haveria, pois, colisão, conflito, choque de direitos fundamentais). De outro modo, estar-se-ia a afirmar que a ausência de reserva legal expressa

implicaria ter a Constituição assegurado um direito fundamental de forma ilimitada, o que não se coaduna com um regime democrático (que implica previsão constitucional de responsabilidade dos cidadãos e de deveres fundamentais). Dessa forma, a possibilidade de restrição resta implícita e, de todo modo, fundamentada na própria Constituição.

Em ambos os casos (possibilidade expressa ou implícita de restrição), deve-se proceder à *concordância prática* dos direitos colidentes, viabilizando o sacrifício mínimo de ambos os direitos de modo a eliminar (ou pelo menos amenizar) o estado de tensão mútua existente entre eles. Tal concordância prática, verdadeiro *princípio de interpretação constitucional*, no dizer de Konrad Hesse, consiste em que

“los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstracta ‘ponderación de valores’, realizar el uno a costa del otro” (Hesse, 1992, p. 45).

Pode-se dizer, portanto, que os bens jurídicos constitucionalmente assegurados devem ser coordenados de modo a que todos eles possam conservar sua identidade (cf. Barroso, 1996, p. 186).

No processamento dessa concordância prática dos direitos fundamentais como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas, deve o intérprete valer-se da chamada *ponderação de bens ou valores jurídicos fundamentais* expressos em normas constitucionais. A questão da ponderação desses bens ou valores fundamentais não passou despercebida a Luís Roberto Barroso, que sobre ela se pronunciou nos seguintes termos:

“Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte” (Barroso, 1996, p. 185).

Nesse sentido, o *juízo de ponderação* a ser feito deve necessariamente obedecer os parâmetros constitucionais, que em linhas

gerais sugerem que ao sacrifício de um direito fundamental deve corresponder a salvaguarda de outro direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade. Há que se compreender portanto a *conformação*, a implicação mútua de tais direitos no âmbito interno da própria Constituição⁶.

No caso da liberdade de expressão e informação, viu-se que a sua previsão constitucional (art. 5º, IV, XIV, CF) conta com um *status de constitucionalidade reforçada*, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a aboli-la (art. 60, § 4º, IV, CF). A despeito disso, e conforme já se adiantou, tais direitos podem sofrer restrição legal desde que seja no intuito de salvaguardar outros direitos fundamentais. Assim é que a Lei Fundamental brasileira previu expressamente que

“a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, *observado o disposto nesta Constituição*” (grifos nossos) (art. 220, *caput*, CF).

Fica evidente, portanto, que o exercício de tais direitos há de levar em conta as limitações delineadas no próprio texto constitucional (entre as quais, como se verá, a observância do direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas).

Numa outra cláusula constitucional, a hipótese teórica desenvolvida neste trabalho (qual seja, a possibilidade de restrição de direito fundamental para salvaguardar outro direito fundamental) ganha mesmo respaldo e legitimidade constitucionais. Trata-se da cláusula constante do § 1º, art. 220, do Texto Magno, segundo a qual

“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, *observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII, XIV*” (grifos nossos).

Tem-se aí previsão expressa de reserva de lei restritiva, que muito bem poderá limitar o exercício da liberdade de expressão e de informação (art. 5º, IV, XIV, CF) para salvaguardar outros direitos fundamentais, dentre os quais o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas (art. 5º, X, CF)⁷.

Nesse sentido, pode-se afirmar, em síntese conclusiva, que a Lei nº 6.075/97, ao restringir a liberdade de expressão e informação, o fez

na tentativa de salvaguardar outros direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, no caso o direito à imagem de presos, vítimas e testemunhas. Quanto à sua possível inconstitucionalidade por afronta a reserva de lei federal, – questão da qual se quis afastar aqui desde o início, por demandar outro nível de reflexão – a referida lei por certo será objeto de discussão em foro jurisdicional competente, tendo em vista os setores profissionais por ela afetados. Aguarda-se, desse modo, a provocação do STF pelos interessados, quando então esta Corte poderá pronunciar-se sobre as questões em jogo, inclusive aquelas esboçadas no bojo deste trabalho.

Essas as reflexões que se pretende provocar.

Bibliografia

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição : fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra : Coimbra, 1991.
- DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1997.
- GARCIA, Maria. *Desobediência civil : Direito Fundamental*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalon. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992. 104 p. p. 31-54: La interpretación constitucional.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais : liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *RIL*, Brasília, n. 122, p. 297-301, mai./jul. 1994a.
- _____. Limites da revisão : cláusulas pétreas ou garantias de eternidade : possibilidade jurídica de sua superação. *Ajuris*, n. 60, p. 249-254, mar. 1994b.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad, 1996.

Notas de Rodapé

¹ O § 3º, II, do art. 220, da Constituição Federal, estabelece que “compete à lei federal: (...) estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que *contrariem o disposto no art. 221 (...)*” (grifos

nossos). Já o art. 221, no seu inciso IV, também da Constituição, estipula que “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...) *respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família*” (grifos nossos). Desse modo, se se considerar que a proteção da imagem de presos, vítimas e testemunhas, matéria objeto da Lei nº 6.075/97, é meio legal de garantia dos valores éticos e sociais da pessoa e da família contra a produção e a programação que os violem (art. 221, IV), então está configurada a *inconstitucionalidade formal* da referida lei, por invasão de reserva de competência de lei federal (art. 220, § 3º, II).

² A Lei nº 6.075/97 parece apresentar ainda um outro vício de inconstitucionalidade. Em seu art. 3º, parágrafo único, estipula que: “Art. 3º A autoridade competente, em cada caso, assegurará, dentro dos parâmetros legais, que as informações sobre a vida, a intimidade e a imagem, de vítimas e testemunhas, dentro dos órgãos pelos quais são responsáveis, sejam preservadas, a partir da solicitação das mesmas. Parágrafo único. *O estabelecido neste artigo se aplica também às autoridades judiciais, assegurando-se necessário, em todas as fases da tramitação processual*” (grifos nossos). Como se vê, no parágrafo único, o legislador estadual parece ter tratado de matéria pertinente a direito processual, cujo disciplinamento legal é da competência privativa da União (art. 22, I, CF).

³ Denomina-se *catálogo de direitos e garantias fundamentais* a parte sistemática da Constituição dedicada ao enunciado de direitos e garantias fundamentais (cf. Canotilho e Moreira, 1991, p. 107).

⁴ No dizer do Gomes Canotilho (1993, p. 605), fala-se em direitos sujeitos à *reserva de lei restritiva* quando “nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias através de lei”. Nesse sentido, *normas legais restritivas* são aquelas que “limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais” (Canotilho, 1993, p. 633).

⁵ Regulamentando a interceptação telefônica, a Lei federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

⁶ A tarefa de conformação dos direitos fundamentais é própria da atividade legislativa. Não significa que o legislador possa dispor deles, mas apenas que existe a necessidade de a lei garantir o exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido é que se fala que as *normas legais conformadoras* “completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental” (Canotilho, 1993, p. 633).

⁷ Sobre a problemática aqui abordada e num sentido semelhante, Luís Roberto Barroso já anunciava: “Um lance de olhos sobre a Constituição brasileira revela diversos pontos de tensão normativa, isto é, de proposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete. No

campo dos direitos individuais, a Lei básica consigna a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em geral (art. 5º, IV e X). Tais liberdades públicas, todavia, não de

encontrar justos limites, por exemplo, no direito à honra e à intimidade, que a Constituição também assegura (art. 5º, XI)” (Barroso, 1996, p. 183 e ss.).

A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade

PETER JOHN ARROWSMITH COOK JUNIOR

SUMÁRIO

1. Delimitação do objeto. 2. Evolução do controle de constitucionalidade. 2.1. A Emenda Constitucional nº 16/65: a aferição da constitucionalidade em abstrato e a recusa à aplicação de lei pelo Chefe do Executivo. Antecedentes. 3. A ampliação da legitimação para a Adin na Carta de 1988 e as repercussões sobre o tema. Doutrina. 4. A impossibilidade do Chefe do Executivo recusar a aplicação de lei. O controle de constitucionalidade e os limites de seu exercício pelos Poderes. 5. Conclusão.

1. Delimitação do objeto

Objetiva o presente ensaio, sem pretensões de esgotamento do tema – o que demandaria uma monografia –, analisar a (im)possibilidade do Chefe do Executivo recusar a aplicação de lei, ao argumento de inconstitucionalidade, sob o prisma do direito positivado no Brasil.

Por conseguinte, apenas esporadicamente recorreremos ao direito comparado, sendo certo que o nosso enfoque terá sempre em mira o direito brasileiro, motivo pelo qual necessariamente incursionaremos no papel do Supremo Tribunal Federal e a evolução do controle de constitucionalidade.

Em um momento no qual é evidente a hipertrofia do Poder Executivo, que já exerce inequívoca atividade legiferante¹ mediante leis delegadas, edição e reedição de medidas provisórias, a análise do presente tema parece-nos ainda mais relevante.

¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Independência dos poderes no regime democrático e as exigências da sociedade hodierna. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte*, v. 1, n. 1, p. 58, jul. 1996.

2. Evolução do controle de constitucionalidade

A aferição de constitucionalidade inexistia ao tempo do império no Brasil, embora coubesse ao Poder Legislativo “velar na guarda da Constituição” (art. 15, 9º).

Com o Decreto nº 848, de 11.10.1890, que trazia em seu bojo a Constituição Provisória da República, implicitamente já se atribuía ao Poder Judiciário, de forma incidental, o controle de constitucionalidade² das leis.

Na Constituição de 1934, instituiu-se a Representação de Inconstitucionalidade para fins de intervenção – com legitimação exclusiva ao Procurador-Geral da República, que neste múnus exercia a representação judicial da União –, o princípio da reserva de plenário – pelo qual os Tribunais, somente por maioria absoluta de seus membros, poderiam declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos – e a atribuição do Senado Federal para suspender a aplicação das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a Constituição de 1937, sob a égide do Estado Novo, o controle de constitucionalidade passou por significativa modificação, ao permitir que o Congresso Nacional, por dois terços de seus membros, validasse as normas julgadas inconstitucionais pelo Excelso Pretório, a requerimento do Presidente da República³.

Seguindo a democrática Constituição de 1946, não mais prosperou a faculdade do Congresso Nacional validar norma julgada em afronta à Lei Maior pelo STF, tal qual a votação de uma emenda constitucional *a posteriori*.

Durante este período, sempre fundado na experiência norte-americana, reconheceu-se ao Presidente da República, bem assim aos demais chefes de executivo, a possibilidade de negar a aplicação de lei, sob o argumento de inconstitucionalidade⁴.

² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 131: O controle da constitucionalidade das leis na Constituição Brasileira de 1988.

³ ALVES, José Carlos Moreira. *Garantias do cidadão na justiça*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 3: A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil.

⁴ Registra Mauro Cappelletti a existência, na Itália, de controle político da constitucionalidade das leis pelo Presidente da República que, conquanto tenha o dever de promulgar as leis aprovadas pelo Parlamento, pode, “quando o julgue oportuno

2.1. A Emenda Constitucional nº 16/65: a aferição da constitucionalidade em abstrato e a recusa à aplicação de lei pelo Chefe do Executivo. Antecedentes

Promulgada a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que entre nós criou o controle em abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais⁵, em face da Carta Magna, aquele poder-dever do Chefe do Executivo passou a sofrer objeções, registradas em votos vencidos no v. Supremo Tribunal Federal, tendo prevalecido, então, o entendimento de que permanecia o Executivo autorizado a negar a aplicação de lei por inconstitucionalidade.

Ainda nesse sentido, era a posição firmada no eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se deduz da ementa proferida em sede de mandado de segurança: “Ao executar a lei, cumpre ao Executivo verificar a sua constitucionalidade. Isso porque lei inconstitucional é nula”⁶.

Ultrapassada a Constituição de 1967 e a sua Emenda nº 1, de 1969, sem grandes inovações neste campo⁷, veio a Carta de 1988 a conferir ampla legitimação à provocação do Supremo

suspender esta promulgação, pedindo às Câmaras, com mensagem motivada, que submetam o texto legislativo a uma nova deliberação”. Uma vez novamente aprovada a proposição de lei, ficaria o Presidente obrigado a promulgá-la. Nada obstante, destaca o apontado mestre, valorosa doutrina sustenta “que, se o texto legislativo é julgado inconstitucional pelo Presidente, ele não está obrigado a promulgá-lo, ao contrário, está obrigado a recusar-lhe a promulgação”. (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre : Fabris, 1992. p. 31).

⁵ Não havia a fiscalização da constitucionalidade das leis municipais, em face da CF, senão por via incidental, facultada à lei estabelecer a fiscalização em abstrato para fins de resolução de antinomias com a Constituição Estadual, perante os Tribunais de Justiça.

⁶ RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Civil. MS 156.451. Orlando de Freitas e outros e o Governador do Estado. Relator: Desembargador Martins Ferreira. *Revista dos Tribunais*, n. 384, p. 91.

⁷ “A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, admitiu o controle de constitucionalidade de lei municipal, a ser feito pelos Tribunais de Justiça perante os princípios sensíveis indicados nas Constituições estaduais, para fins de intervenção do Estado no Município”, cf. José Carlos Moreira Alves (op. cit., p. 6).

Tribunal Federal, para fins de controle de constitucionalidade em abstrato, mediante ação direta, Adin⁸.

3. A ampliação da legitimação para a Adin na Carta de 1988 e as repercussões sobre o tema. Doutrina

A despeito da ampla legitimação para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, conferida pela Carta de 1988, valorosa doutrina capitaneada por Ronaldo Poletti continua a reconhecer ao Chefe do Executivo a prerrogativa de negar aplicação a leis, por inconstitucionalidade.

Aduz o eminente Jurista que:

“Todos os Poderes da República são guardas da Constituição. O zelo pela intangibilidade do regime não constitui privilégio ou exclusividade do Poder Judiciário, ele apenas diz a última palavra sobre a constitucionalidade das leis⁹”.

Afirma, com apoio em Miguel Reale, ademais, que o Executivo

“Não somente pode (...) recusar cumprimento à disposição emanada do Legislativo, mas evidentemente inconstitucional, como é de seu dever zelar para que não tenha eficácia na órbita administrativa¹⁰”.

Ainda no sentido de suas palavras, cita escólios dos eminentes Adroaldo Mesquita da Costa, Themístocles Brandão Cavalcanti, Miranda Lima, Vicente Ráo e Frederico Marques.

Clèmerson Merlin Clève¹¹, na mesma linha de pensar de Ronaldo Poletti, e com espeque no art. 23, I, da atual CF, assevera caber a todos os Poderes da República a guarda da Constituição, razão por que se afigura legítima a negativa à aplicação de lei pelo Executivo, ao argumento de inconstitucionalidade, ressalvada

⁸ Com a edição da Emenda Constitucional nº 3, de 17 mar. 1993, foi introduzido no sistema da fiscalização concentrada da constitucionalidade das normas, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com legitimação restrita ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

⁹ *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995. p. 132 e ss.

¹⁰ Op. cit., p. 135.

¹¹ *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 166.

uma possível aferição de constitucionalidade daquela lei pelo v. STF, hipótese em que se sujeitaria o Chefe do Executivo ao *impeachment*.

A firmeza dos argumentos dos apontados mestres, muitos dos quais apoiados em decisões do Supremo Tribunal Federal, sem dúvida, confirmam a autoridade intelectual dos seus defensores. Entretanto, entendo que a razão se encontra com os vencidos na Excelsa Corte, já sob a inovação da Emenda Constitucional nº 16/65.

4. A impossibilidade do Chefe do Executivo negar aplicação à lei. O controle de constitucionalidade e os limites de seu exercício pelos Poderes

O Ministro Victor Nunes, em voto¹² proferido no Excelso Pretório, bem analisou a questão, nos termos seguintes:

“Realmente, a ampla representação de inconstitucionalidade, que o nosso direito constitucional agora abriga, põe a questão sob uma nova luz, que me leva a não insistir nos votos proferidos anteriormente (...).

Teremos, (...), um mecanismo coordenado e harmônico, no que respeita à inconstitucionalidade das leis. O Presidente da República manifestará o seu entendimento através do veto e, se este for rejeitado, poderá reiterá-lo através de representação de inconstitucionalidade, a ser formulada pelo Procurador-Geral, titular de sua imediata confiança¹³. O Congresso, por sua vez, dará o seu pronunciamento, primeiro, quando votar o projeto e, depois, quando tiver de apreciar o veto. Finalmente, o Judiciário, guarda do equilíbrio dos poderes, solucionará a controvérsia, pela voz do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a representação.

Se é conclusiva, nessa matéria, a decisão do Supremo Tribunal, o lógico é que essa decisão seja provocada antes de se descumprir a lei. Anteriormente à Emenda Constitucional nº 16/65, não

¹² DISTRITO FEDERAL. Tribunal Pleno. MS 15.886. RTJ, n. 41, p. 669.

¹³ Nota do autor: a este tempo, a Procuradoria-Geral da República acumulava as funções ministeriais típicas e a representação judicial da União, esta confiada pela Constituição de 1988 à Advocacia-Geral da União (CF, art. 131, LC nº 73/93 e Lei nº 9.028/95).

podíamos chegar a essa conclusão por via interpretativa, porque não havia um meio processual singelo e rápido que ensejasse o julgamento prévio do Supremo Tribunal. Mas esse obstáculo está arredado, porque o meio processual foi agora instituído no próprio texto da Constituição”.

A seguir, o eminente Ministro utiliza-se de novo forte argumento:

“Essa interpretação, aliás, dá novo vigor à presunção de constitucionalidade das leis, que já fora reforçada pelo art. 200¹⁴ da Constituição, que remonta à Constituição de 1934, e pelo qual os Tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade pelo voto da maioria de seus juízes”.

De outra parte, como bem disse o então Ministro Evandro Lins no mesmo julgamento: “o não cumprimento da lei¹⁵ pode constituir crime de responsabilidade, de acordo com a Lei nº 1.079. Ora, não é tarefa do Presidente da República, nem atividade sua, nem atribuição sua julgar da constitucionalidade das leis”¹⁶.

Registre-se, no esteio deste entendimento, que o atual art. 85, da Carta Magna, elenca entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra “o cumprimento das leis e das decisões judiciais”.

A meu pensar, tais argumentos já seriam suficientes para recusar-se ao Chefe do Poder Executivo a prerrogativa de negar aplicação a leis que entendesse inconstitucionais.

Nada obstante, com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu inclusive aos Governadores de Estado – mas não apenas ao Presidente da República¹⁷ – a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, observada a temática da lei impugnada, parece-me incompreensível permitir-se ao Chefe do Executivo¹⁸ lançar mão

¹⁴ Nota do autor: correspondente ao art. 97 da atual Constituição da República, que mantém o princípio da reserva de plenário.

¹⁵ Nota do autor: pelo chefe do Executivo.

¹⁶ Nesse sentido, confira-se o Trabalho “Inconstitucionalidade de lei : Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade”, de Alexandre Camanho de Assis, *RDJ*, n. 91, p. 117.

¹⁷ Entre outros legitimados no art. 103, da CRFB.

¹⁸ No que concerne aos Prefeitos, seria absurdo facultar-lhes a prerrogativa de repúdio a uma lei federal não declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

de verdadeira autotutela do Direito Constitucional.

Demais disso, há muito o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê a possibilidade de concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade¹⁹, o que afasta a adequação-necessidade do simples repúdio pelo Chefe do Executivo ao cumprimento de lei²⁰.

Não se diga ser óbice a tal entendimento a assertiva de que “a todos os Poderes compete a guarda da Constituição”.

Ora, é inequívoco que aos Poderes Públicos compete o dever de zelar pela Constituição, porém dentro de seus limites. Assim, ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, *v.g.*, não será permitido declarar a inconstitucionalidade de lei sem provocação. O Poder Legislativo exercerá o controle preventivo da constitucionalidade em suas comissões e mesmo em deliberação plenária quando da apreciação de projetos de lei. Da mesma forma, poderá o Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”²¹ – o que me afigura singela forma de controle de constitucionalidade dos atos normativos, *a posteriori*, pelo Legislativo. O Poder Executivo, por sua vez, exercerá a fiscalização de constitucionalidade preventiva por meio do veto²².

Assim, não prospera o argumento de que o Presidente da República, o Governador do Estado ou mesmo o Prefeito podem recusar a aplicação de lei por inconstitucionalidade, sob

¹⁹ Adverte Ronaldo Poletti que possibilidade de concessão de medida cautelar em Adin “decorre do próprio exercício” da jurisdição do STF (op. cit., p. 94). Clèmerson Merlin Clève, a seu turno, acrescenta estarem superadas todas as controvérsias acerca da permissibilidade à concessão de liminares em ação direta, desde o advento da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977 (op. cit., p. 159).

²⁰ Gilmar Ferreira Mendes, na excelente *Jurisdição Constitucional* (São Paulo : Saraiva, 1996, p. 133), neste exato sentido, afirma: “Se o Presidente da República – ou, eventualmente, o Governador do Estado – está legitimado a propor a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, inclusive com pedido de medida cautelar, não se afigura legítimo que deixe de utilizar essa faculdade ordinária para valer-se de recurso excepcional, somente concebido e tolerado, à época, pela impossibilidade de um desate imediato e escorreito da controvérsia”.

²¹ CRFB, art. 48, XI.

²² CRFB, art. 84, V.

a justificativa de que esta é nula, ou melhor, inexistente, simplesmente por não lhe tocar a aferição de sua validade após a sanção (ou veto, rejeitado pelo Poder Legislativo)²³.

Todavia, aferida previamente a inconstitucionalidade de lei na via de controle incidental²⁴ pelo Supremo Tribunal Federal²⁵ – ou pelo órgão judiciário competente para a fiscalização em abstrato da mesma norma –, ficam o Presidente, os Governadores e os Prefeitos autorizados a negar aplicação à dita lei, por mera extensão dos efeitos da coisa julgada.

5. Conclusão

Em vista dessas razões, tendo-se em principal conta a evolução dos instrumentos do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, acreditamos deva ficar superado o entendimento até então majoritário no v. Supremo Tribunal Federal, negando-se, por via de consequência, ao Chefe do Executivo a prerrogativa de repúdio à lei, por inconstitucionalidade, ressalvada a existência de anterior decisão nesse sentido, editada pelo Excelso Pretório ou pelo órgão judiciário competente para a sua fiscalização em abstrato.

²³ Acrescente-se, ainda, que a experiência norte-americana em conferir ao Chefe do Executivo prerrogativa desta natureza não se afigura como exemplo a ser seguido, por não contarem os Estados Unidos com os instrumentos aqui existentes.

²⁴ Nos casos em que a inconstitucionalidade é declarada por via direta, os efeitos da decisão, por si, já excluem a possibilidade de aplicação da norma pelo Chefe do Executivo.

²⁵ Dispensada, na hipótese, a suspensão da lei pelo Senado da República.

Do procedimento monitorio

ORLANDO VENÂNCIO DOS SANTOS FILHO

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Conceito.* 3. *Natureza jurídica.* 4. *Objeto e admissibilidade.* 5. *Do mandado inicial.* 6. *Acatamento do mandado monitorio.* 7. *Dos embargos monitorios.* 8. *Da execução provisória.* 9. *Conclusão.*

1. Introdução

Este trabalho se presta a uma abordagem preliminar da ação monitoria, a rigor, procedimento monitorio, que por meio da Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, publicada no *Diário Oficial* do mesmo ano, foi introduzido na nossa legislação, se integrando ao Livro IV, Título I, que trata dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, instrumento processual de larga utilização na Europa, especialmente na Alemanha e Itália.

Conquanto não seja o objetivo deste trabalho examinar com profundidade todos os aspectos e polêmicas que envolvem este novo procedimento, como, por exemplo, a sua natureza jurídica, tentaremos, dentro do possível, demonstrar seus principais posicionamentos doutrinários sem perdermos de vista, talvez, o único consenso acerca da *quaestio*, qual seja, que o objetivo do legislador foi, indubitavelmente, dotar a nossa legislação de mais um meio importante para busca da tão almejada efetividade processual.

Assim, em que pese ser passível de avaliações diversas, se a intenção do legislador, na prática, efetivar-se-á, se este poderia ou não ser mais ousado na recente reforma, não há, a nosso juízo, como deixar de reconhecer, não só em relação ao novel procedimento monitorio – vide a tutela antecipatória, 273 do CPC –, como em relação aos demais institutos, a preocupação

de, atendendo ao clamor social, dotar os cidadãos de instrumentos processuais que possibilitem uma justiça mais célere, sintonizada com uma sociedade em que o cotidiano da vida moderna torna o fator tempo elemento de importância crucial.

Nesse sentido o posicionamento de um dos arquitetos da reforma, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, membro da comissão elaboradora dos diversos anteprojetos de reforma do Código de Processo Civil, posteriormente, convertidos em lei, para quem, somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver.

Destarte, cabe aos operadores do Direito o dever de aperfeiçoamento dos diversos e novos instrumentos disponibilizados pela reforma, entre eles, a ação monitoria, sem jamais olvidar que uma prestação jurisdicional tardia não é justiça, é sim, a mais profunda injustiça que se comete contra a cidadania e o próprio Estado de direito, comprometendo a própria democracia.

2. Conceito

Segundo nosso mais famoso filólogo, Aurélio Buarque de Holanda, a palavra monitoria significa advertência, repreensão, admoestação.

No Direito, o seu significado não é muito diferente, ao que tudo indica, tendo origem na expressão latina, como observa Plácido e Silva: do latim *monitio*, de *monere* (advertir, avisar), na significação jurídica, e em uso antigo, era o aviso ou o convite para vir depor a respeito de fatos contidos na monitoria. A monitoria, assim, era a carta de aviso ou a intimação para depor. Monição, na terminologia do Direito Canônico, é a advertência feita pela autoridade eclesiástica a uma pessoa, para que cumpra certo dever ou não pratique um ato, a fim de evitar a sanção ou a penalidade a que está sujeita, pela omissão ou ação indicadas.

A rigor, a nossa prática processual já contemplou procedimento semelhante, qual seja, a ação de assinatura de dez dias, por força das Ordenações Filipinas, título 25 do livro III e pela Consolidação das Leis do Processo Civil,

arts. 719 e seguintes, e, outrossim, regulamento 737, que continha procedimento monitorio, adotado na maioria dos códigos estaduais (são exemplos os códigos de São Paulo e Bahia), eliminado, entretanto, pelo Código de Processo Civil de 1939. Razão bastante, segundo alguns doutos, para ver na Lei nº 9.079/95, não algo de novo na nossa prática processual, mas, o retorno de instrumento processual outrora utilizado, só que agora, com nova roupagem.

Entretanto, embora não tenha contemplado a ação de assinatura de dez dias, não podemos olvidar que o código de 1939 regulava as ações cominatórias, que como assinala Humberto Theodoro Júnior, se prestavam a exigir obrigações de fazer, adotando um procedimento próximo ao monitorio europeu, porquanto o mandado inicial não era citação para que o réu se defendesse, contendo mandamento para o cumprimento da prestação de fato, no seu art. 303.

De qualquer sorte, a exemplo do procedimento monitorio, as ações cominatórias não foram contempladas no CPC de 1973.

Pois bem, agora com a Lei nº 9.079/95, voltamos a ter um procedimento de natureza injuncional, que se bem utilizado pelos operadores do Direito, será mais um instrumento a colaborar para uma prestação jurisdicional mais célere.

3. Natureza jurídica

Na precisa identificação da natureza jurídica da ação monitoria, residem as maiores polêmicas doutrinárias acerca do instituto.

Segundo Edilton Meireles, três correntes se apresentam:^{1ª}) – com fundamento em classificação de Chiovenda e Doutrina de Carnelutti, propugna ser mista a sua natureza, porquanto, ação de cognição com força executiva; no Brasil, adotam este posicionamento Cândido Dinamarco e Humberto Theodoro Júnior, entre outros; ^{2ª}) – advoga ter pura natureza de processo de cognição a ação monitoria; assim pensam Sérgio Bermudes, Carreira Alvim, Orlando de Assis Corrêa, entre outros; ^{3ª}) – a ação monitoria tem natureza executiva; posição defendida por Vicente Greco Filho, Ernani Fidélis dos Santos e o próprio Edilton Meireles, que o faz, de forma convincente.

Vê-se, pois, que a *quaestio* é bastante polêmica, estando a sua natureza intrinsecamente ligada a sua finalidade; ou seja, para os que entendem ser procedimento misto e de cognição, a sua finalidade é permitir a busca

mais célere de um título executivo, diversamente dos que defendem sua natureza executiva.

Para o insigne processualista Humberto Theodoro Júnior, o juiz exerce no procedimento monitorio uma cognição sumária, transformando-se, só eventualmente, o procedimento injuncional em contencioso acerca da relação obrigacional em juízo deduzida, sendo a sua finalidade dá vida com maior celeridade do que se possa conseguir no procedimento ordinário, a um título executivo.

Conforme se verifica, o mestre mineiro segue a lição de Carnelutti, para quem o procedimento monitorio tem uma estrutura particular em virtude da qual, se aquele contra quem se propõe a pretensão não embarga, o juiz não procede a uma cognição mais que sumária, e em virtude dela, emite provimento que serve de título executivo à pretensão e, desse modo, autoriza, em sua tutela, a execução forçada.

Merece considerações, por ser um posicionamento diametralmente oposto e ousado, a defesa da natureza executiva da ação monitoria.

O Magistrado Edilton Meireles, ao defender a natureza executiva da ação monitoria, observa que, em não havendo embargos, a constituição do mandado injuntivo em título executivo judicial não é aspecto a ser considerado para definição da natureza da ação monitoria. Isso porque a decisão do juiz que ordena a expedição do mandado injuntivo não põe termo ao processo (art. 162, § 2º, CPC), não podendo, assim, ser considerada uma sentença. E se assim fosse, estaríamos diante de uma lei plenamente inconstitucional, pois se estaria em flagrante desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. O devedor, consoante essa tese, seria condenado sem sequer ter sido chamado a juízo.

Observa, ainda, que essa tese seria o bastante para se adotar o posicionamento, segundo o qual, a ação monitoria tem natureza executiva. Rebatendo eventual argumento contrário, sob alegação de que o juiz na monitoria exerce cognição, decidindo conflito de interesse, advoga que, mesmo timidamente, na execução há cognição, trazendo, entre outras, a lição de Liebman, lecionando que vários casos podem ocorrer, que dentro da própria execução surjam os assim chamados incidentes, isto é, questões duvidosas tão importantes que, para resolvê-las, se torne necessário recorrer aos meios e garantias do

processo de cognição: abre-se então, verdadeiro processo de cognição, em que se observam e respeitam regras e princípios próprios dessa espécie de processo.

Advoga o douto magistrado que afora os títulos executivos judiciais, os demais o são, por conveniência política do legislador, exemplificando que um documento particular assinado pelo devedor não é considerado título executivo; entretanto, se confirmado por duas testemunhas, terá força executiva. Igualmente, se for levado para registro público, assinando o devedor o seu termo, o documento adquirirá força executiva. Sustenta, então, que o órgão que produz o documento público, desde que assinado pelo devedor, exerce uma função de accertamento.

Em outras palavras, o notário irá dar ao documento levado a registro público a certeza da obrigação assumida pelo devedor.

Conclui, então, que a prova escrita, submetida ao crivo do juiz, pode converter-se em título executivo, exercendo este, no caso, uma primeira função, meramente administrativa equiparada à do escrivão do cartório de registro de títulos e documentos, e posteriormente, uma segunda função, esta sim, jurisdicional, que consiste em apreciar o pedido de sua execução.

Enfim, o título monitorio, representado na prova escrita fornecida pelo autor, não assumiria caráter executivo por força de lei (*ope legis*), como ocorre com aqueles elencados no art. 585 do CPC, mas, sim, *ope iudicis*, isto é, por força da deliberação do juiz. A este, pois, a lei reservou a atribuição de dar ou não caráter de certeza à obrigação negocial alegada pelo autor. Lembra ainda que essa conclusão não é novidade no nosso ordenamento jurídico. Basta lembrar, para tanto, que os créditos do intérprete, perito ou tradutor, quando aprovados por decisão judicial, constituem-se em títulos executivos extrajudiciais (art. 555, V, do CPC).

Assim, vaticina, ao lado dos títulos executivos já conhecidos e enumerados no art. 584 do CPC, e dos extrajudiciais definidos no art. 585 do mesmo Códex e, em diversas outras leis esparsas, agora temos os títulos executivos monitorios, formados a partir da “prova escrita” referida no art. 1.102a do CPC.

Entretanto, os títulos monitorios só se revestiriam de caráter executivo a partir da deliberação do juiz, quando do exame da petição inicial da ação monitoria.

Em que pese a veemência com que é defendida a tese da natureza executiva da ação

monitória, que, indubitavelmente, merece reflexões, o certo é que a maioria da doutrina, capitaneada por Chiovenda e Carnelutti, adota a tese de que a ação monitória tem natureza de cognição sumária, com força executiva, pois não possui a liquidez, certeza e exigibilidade inerente aos títulos executivos.

Verifica-se, portanto, que a polêmica acerca da natureza da ação monitória está apenas começando entre nós, reservando aos operadores do Direito, grandes debates.

4. Objeto e admissibilidade

O objeto da ação monitória resta contido, na sua essência, no seu art. 1.102a: A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Observa-se, *prima facie*, que o legislador pátrio, por razões perfeitamente compreensíveis, em face da nossa realidade cultural e prática comercial, optou, a exemplo da legislação processual italiana, pelo procedimento monitório documental, ao contrário da Alemanha e Áustria que admitem, também, o procedimento monitório puro, onde simples alegações unilaterais do credor, sem necessidade de quaisquer provas, motivam o mandado judicial de pagamento que, entretanto, cai por terra, em virtude da simples oposição do devedor desnecessitada de motivação, levando à extinção da ação monitória pura, restando ao pretense credor o processo de cognição para buscar a sua pretensão.

Impende esclarecer, ainda, que no processo civil austríaco o procedimento monitório puro se presta, tão-somente, para créditos de pequeno valor, caso em que é afastada a exigência de prova documental.

Na nossa legislação, consoante explicitado, é necessário que o credor de obrigação possua prova escrita de seu crédito, verdadeira condição de admissibilidade do nosso procedimento monitório.

Questão relevantíssima, portanto, mormente, após a nova redação do art. 585 do CPC, que ampliando o elenco dos títulos executivos extrajudiciais, restringe, embora não substancialmente, a ponto de enfraquecer a aplicação do procedimento monitório. José Rogério Cruz e Tucci chega a afirmar que o dispositivo ora em comento acabou esvaziando a eventual

importância da ação monitória, na medida em que se propõe a tutelar obrigações fundadas em prova material diversa do título executivo.

É pois de fundamental importância na impossibilidade de definir o que seja prova escrita, pelo menos, traçar seus limites e parâmetros, pena de, eventualmente, se ingressar, com monitória com prova inapta, embora escrita, ou calcada em título executivo extrajudicial, o que se configuraria, para alguns, em pedido juridicamente impossível.

Assim, como o legislador esquivou-se dessa tarefa árdua de balisar o que seja prova escrita, esse papel caberá ao intérprete da norma.

Parece-nos fora de dúvida que documento do próprio punho do devedor, escrito por terceiro e por si chancelado diretamente, ou mediante procuração, onde este reconhece obrigação de pagar dívida líquida ou entregar coisa fungível ou determinado bem móvel, é título hábil a aparelhar a ação monitória.

Entretanto, quando partimos para os documentos formados unilateralmente e/ou emitidos mediante processos mecânicos e magnéticos ou transmitidos por meios informatizados, a *quaestio* se torna mais complexa.

Carreira Alvim define prova escrita, como todo escrito que, emanado da pessoa contra quem se faz o pedido, ou de quem a represente, o torna verossímil ou suficientemente provável e possível. Se no entanto, essa convicção relativamente ao escrito depende de prova subsidiária ou complementar, que o complete, consistente em prova oral (testemunha, por exemplo) – que o procedimento monitório não admite na primeira fase – deverá o credor buscar a tutela para o seu eventual direito em sede ordinária.

Se o conceito do insigne jurista não é perfeito, inegavelmente, ao afastar a possibilidade do autor de buscar a convicção relativa ao seu documento escrito em prova subsidiária, estabeleceu um parâmetro extremamente valioso a ser observado; indubitável instrumento para que o intérprete, inclusive, atendendo aos avanços tecnológicos, por meio da hermenêutica jurídica, adapte o texto legal às novas realidades que se apresentam.

Assim, por exemplo, quando a sociedade não mais se sentir insegura, quanto à utilização da telemática, e sejam superados aspectos relativos à segurança das comunicações e transações *on-line*, será possível, em breve, ter como documento apto a ensejar ação monitória, *e-mail* do devedor, remetido à caixa postal

eletrônica do credor, comprobatório de relação negocial, no qual reconhece dívida líquida e exigível.

Ainda quanto à admissibilidade da ação monitoria, há que se observar alguns requisitos. Se o credor busca pagamento de soma em dinheiro, o valor deve ser líquido, inexistindo espaço para discussão do *quantus debeat* na via injuncional.

Em se tratando de coisa fungível, art. 50 do Código Civil, qual seja, aquele móvel que pode ser substituído por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, por ser típico direito obrigacional, se adequada, perfeitamente, ao procedimento monitorio.

Quanto à entrega de bem móvel, merece menção a lição de Satta, observando que, no caso, a tutela recai sobre a relação obrigacional, e não sobre a propriedade, não passível de proteção por decreto.

Conforme Sérgio Bermudes, *apud* Edilton Meireles, devem ser incluídos entre os bens móveis, os semoventes, consoante previsto no art. 47 do Código Civil, bem como direitos reais sobre objetos móveis.

Quanto à inicial, observam-se os arts. 282 e seguintes do CPC, no que couber, particularmente o art. 283, determinando que a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à proposição da ação.

No caso, a prova escrita que chancela a pretensão do autor (art. 1.102a do CPC), verdadeiro requisito de admissibilidade que, acaso não observado, ocasiona o indeferimento da petição inicial e extinção do processo, consoante rezam os artigos 284 e 267, I do CPC.

5. Do mandado inicial

A inicial apta e que esteja devidamente instruída com a prova escrita da obrigação, permitirá ao juiz expedir o mandado de pagamento ou entrega da coisa no prazo de 15 dias (art. 1.102b do CPC).

Por óbvio, o comando judicial deve integrar o mandado de citação, situando-se numa faixa intermediária entre o mero despacho e a decisão de uma liminar.

Enfim, com a citação do devedor, angulariza-se a relação processual, dando início ao contraditório no procedimento monitorio.

Quanto à forma de fazer a citação do réu, não há consenso entre os processualistas, entendendo alguns que pode ser feita pelo correio, atualmente regra legal (arts. 221, I e 222), bem como por oficial de justiça. Há,

entretanto, quem defenda a inaplicabilidade do art. 222 no procedimento monitorio, porque a citação por mandado é mais adequada ao comando judicial emanado.

Os que defendem ser a ação monitoria uma ação executiva, por sua vez, advogam a citação pelos mesmos meios previstos no processo de execução, ou seja, por oficial de justiça ou edital.

O posicionamento *supra* é combatido por Ernani Fidélis, para quem o procedimento monitorio não admite citação ficta, edital e hora certa, porque, de alguma forma, para aceitação da formação do título por omissão de defesa, há mister da efetiva manifestação de vontade, que está além dos poderes de atuação do curador... Na impossibilidade, pois, de citação direta ao credor, só resta o processo de conhecimento.

A nosso juízo, pela natureza da ordem judicial emanada, há que se observar a citação pessoal, por oficial de justiça, que melhor atende ao princípio do contraditório, bem como ao próprio cumprimento do comando judicial, porquanto o réu é citado não para integrar a lide, mas, efetivamente, para cumprir mandado de pagamento ou entrega de coisa.

Quanto à contagem do prazo para interposição de embargos pelo devedor, parece lógico que se deverá aplicar analogicamente o inciso I, art. 738 do CPC, ou seja, será de quinze dias o prazo para embargos, contados da junta aos autos do mandado monitorio, devidamente cumprido.

6. Acatamento do mandado monitorio

Cumprindo o devedor o mandado monitorio, ficará isento do pagamento de custas e honorários advocatícios (§ 1º, art. 1102c do CPC).

A nosso ver, o texto legal não deixa dúvidas; a essa isenção, só faz jus o devedor se cumprir a obrigação na fase injuntiva, ou seja, dentro do prazo de quinze dias, contado a partir da juntada aos autos do mandado de citação e pagamento, devidamente, cumprido.

Prima facie, impende observar que o nosso CPC adota o princípio da sucumbência, onde as despesas processuais cabem ao vencido, pelo fato objetivo da derrota, com raras exceções; entretanto, observa-se que esse princípio, no procedimento monitorio, foi no mínimo amainado.

Destarte, questão que já suscita controvérsias doutrinárias é saber quem arcará com o ônus referente às taxas judiciárias, honorários

advocatícios do patrono do autor e demais custas processuais.

No que respeita às taxas judiciárias, despesas de natureza tributária, caso cumpra o mandado, fica o devedor isento de recolhê-las; entretanto, é óbvio, não pode o credor arcar com tal obrigação.

Ora, se o próprio Estado deu isenção tributária a quem cabia quitar a obrigação tributária, não pode imputar ao credor tal ônus, sob pena de cometer uma ilegalidade.

Nesse caso, se o credor realizou alguma despesa tributária, poderá postular a repetição de indébito junto à Fazenda Pública.

Aliás, em se tratando de matéria tributária, não cabe ao legislador federal estabelecer isenção de taxa judiciária instituída pelos Estados (art. 151, III da CF/88), pena de inconstitucionalidade; entretanto, nos feitos envolvendo Justiça Federal e do Trabalho, tal isenção é plenamente constitucional.

Com relação aos honorários advocatícios e demais despesas processuais suportadas pelo credor, conquanto decorra de política legislativa a desobrigação concedida ao devedor, a questão é passível de discussão, inclusive quanto ao seu aspecto constitucional.

Ora, a lei desobriga o devedor de arcar com tais despesas processuais, acarretando ao credor, que teve sua pretensão reconhecida, o ônus do seu pagamento, provocando, indubitavelmente, diminuição no seu patrimônio, tão-somente, por ter ingressado em juízo para defender o seu direito, aliás, reconhecido, previamente, pelo devedor que deu causa à ação.

Analisando *a quaestio*, o processualista Sérgio Bermudes advoga que o credor, ao optar pelo procedimento monitorio, ao invés do ordinário, onde se ressarciria das despesas processuais efetuadas, estará, iniludivelmente, renunciando ao direito de ser ressarcido de tudo quanto despendeu com a propositura dessa ação.

Entretanto, se tais despesas foram objeto de contrato, onde o inadimplente se obrigou a pagá-las, acaso fossem necessárias à satisfação da obrigação, inexistindo vício de vontade no instrumento negocial, não há como o devedor não honrá-las, pena de ferimento ao ato jurídico perfeito – art. 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Impende ressaltar, entretanto, que o mais importante efeito do acatamento da ordem monitoria, resta evidente, é a extinção do feito.

7. Dos embargos monitorios

O Direito de defesa do réu, em quaisquer procedimentos judiciais, é consagrado pelos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV da CF/88).

Destarte, não poderia ser diferente no procedimento monitorio, no qual ao réu que discordar do postulado pelo credor, é dado o direito de oferecer embargos monitorios, conforme art. 1.102c, *caput*, que, aliás, não revoga, mas tão-somente suspende a eficácia do mandado monitorio. Reza o § 2º do art. 1.102c que tais embargos independem de prévia segurança do juízo, sendo processados nos próprios autos, o que contribui à celeridade do procedimento buscada pelo legislador.

Questão polêmica diz respeito à natureza jurídica dos embargos, entendendo parte da doutrina se tratar de ação de conhecimento semelhante aos embargos do devedor; outros, por advogarem ter a ação natureza cognitiva, propugnam serem os embargos monitorios mera contestação.

Tal polêmica, pela sua magnitude, não será objeto de análise deste trabalho; entretanto, a nosso juízo, têm os embargos monitorios natureza de ação constitutiva negativa.

Em tais embargos, o rito a ser seguido é o ordinário (§ 2º do art. 1.102c), podendo a matéria de defesa do devedor ser a mais ampla possível, não havendo, portanto, quaisquer limitações ao processo de cognição. Estreme de dúvidas que a sentença proferida nos embargos, apreciando a pretensão de direito material posta em juízo, é sentença de mérito, alcançando a *res judicata*, na sua carga de eficácia declaratória, tendo, entretanto, carga de eficácia, predominantemente, constitutiva, negativa ou positiva, conforme seja declarada a inexistência ou existência do crédito, nesse caso, portando, outrossim, carga condenatória.

Enfim, seu efeito maior será o de tornar coisa julgada material a pretensão deduzida em juízo, objeto de sentença de mérito.

8. Da execução provisória

Questão de importância crucial para o novo procedimento monitorio é a definição, pela doutrina e jurisprudência, dos efeitos em que deve ser recebida eventual apelação contra sentença de improcedência dos embargos monitorios.

Conquanto o legislador tenha sido omissivo ao inserir o procedimento monitorio no CPC impede observar, entretanto, que o art. 520 do CPC, já preexistia à criação desse procedimento.

Destarte, não parece lógico, tampouco sintonizado com o espírito do novo procedimento que o legislador pretendeu célere, de modo a possibilitar ao credor a rápida satisfação de sua pretensão, conceder à apelação de improcedência dos embargos, o efeito suspensivo.

A nosso juízo, se por esses caminhos trilhar a jurisprudência, estar-se-á ferindo de morte o novel procedimento, tornando-o mais uma peça pouco útil no nosso Processo Civil.

Ora, se o legislador criou um procedimento célere, fundado em título quase executivo, para não obrigar o credor ao périplo do processo de conhecimento puro, com base na verossimilhança do seu direito, consubstanciada em prova escrita, ao ponto de facultar ao juiz expedição de mandado de pagamento ou entrega de coisa, quando devidamente instruída a exordial (art. 1102b), seria ilógico, numa análise sistemática da nossa legislação processual, não restringir ao efeito somente devolutivo eventual apelação do julgamento de improcedência dos embargos monitorios.

Aliás, nunca é demais lembrar que a minuta de projeto para alterar a redação do art. 15 da Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, dispozo sobre a duplicata, que instituiu procedimento monitorio para duplicatas sem aceite (§ 1º, art. 15), estabelecia no seu § 15: Da sentença que julgar os embargos caberá apelação sem efeito suspensivo.

Entretanto, com o advento da Lei nº 6.458, de 1.11.77, outorgando à duplicata sem aceite o caráter de título executivo, restou superado o problema que o legislador de outrora pretendia solucionar com as mudanças no art. 15 da Lei nº 5.474/68.

De qualquer sorte a *quaestio* já foi discutida em nosso Direito, nos parecendo não haver caminho diverso a trilhar, do recebimento, só no efeito devolutivo, de eventual apelação de embargos julgados improcedentes, exceto em prejuízo da utilização e efetividade do novo procedimento monitorio e, quicá, do próprio Processo Civil brasileiro, que se está oxigenando e tomando novos rumos.

Nesse sentido, é imperioso salientar que na segunda etapa da reforma do CPC, passível de extensão, inclusive, à legislação especial,

conforme noticia o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, indo ao encontro da efetividade processual por todos almejada, altera-se a redação do art. 520 do CPC, que passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 520 – Ressalvadas as causas relativas ao estado e capacidade das pessoas, e as sujeitas ao duplo grau de jurisdição (art. 475), a apelação terá somente efeito devolutivo, observado o disposto no parágrafo único do art. 558.

Parágrafo único – Poderá o juiz, em decisão irrecurável, atribuir à apelação também efeito suspensivo, nos casos em que, sendo relevante a fundamentação, possa da demora resultar lesão grave e de difícil reparação”.

Portanto, estaremos na contramão do processo de evolução do nosso Direito Processual Civil, caso não restringimos o recebimento de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos monitorios, ao efeito meramente devolutivo, que, a nosso juízo, deve ser a regra, podendo ser excepcionada pelo disposto art. 558 do CPC, aplicável, subsidiariamente, à apelação, por força do seu parágrafo único, conforme nova redação da Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995.

Ademais, o Código de Processo Civil italiano, no qual se inspirou nosso procedimento monitorio, admite, é verdade, em alguns casos – arts. 642 e 648 –, a execução provisória de sentença fundada no mandado de pagamento, quando o crédito se lastreia em determinados documentos, ou ainda, havendo presunção de dano irreparável, e desde que requerida pela parte, caso em que é concedida em decisão irrecurável.

Destarte, propugnamos pelo recebimento de eventual apelação de embargos julgados improcedentes, como regra, no seu efeito devolutivo e, só excepcionalmente, consoante art. 558 do CPC, aplicável subsidiariamente à apelação, no efeito suspensivo.

9. Conclusão

Este breve trabalho teve, pois, o objetivo de contribuir para a discussão e amadurecimento do novo procedimento monitorio, cujo sucesso depende, inegavelmente, do bom e adequado uso que dele fizerem os operadores do Direito, não se olvidando, que não só a introdução desse procedimento, como toda reforma, teve o objetivo de tornar o processo mais célere e efetivo.

Não é demais lembrar que uma sociedade é tanto mais democrática e civilizada, quanto ágil e célere for a prestação jurisdicional entregue pelo Estado aos seus cidadãos; e mais, que a demora do processo, via de regra, só beneficia aos poderosos, *experts* na sua utilização para protelar seus acertos com a justiça, porquanto dispõem de bons advogados a defender seus interesses, certos dos benefícios que esse retardamento lhes traz.

Assim, pode a ação monitória ser mais um instrumento a serviço da composição da lide, mediante rápida prestação jurisdicional, disponibilizado aos cidadãos, desde que, os operadores do direito tenham claro que justiça tardia, em regra, é injustiça.

Bibliografia

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento monitório*. Curitiba : Juruá, 1995.
- FRIEDE, Roy Reis. *Reforma no Direito Processual Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Inovações do Código de Processo Civil*. 2. Tiragem. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- MEIRELES, Edilton. *Ação de execução monitória*. São Paulo : LTr, 1997.
- PARIZATTO, João Roberto. *Da ação monitória*. 2. ed. São Paulo : Editora Direito, 1997.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990. v. 3/4.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Estatuto da Magistratura e reforma do processo civil*. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- _____. Revista *AJURIS*, n. 68.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. O procedimento monitório e a conveniência de sua introdução no processo civil brasileiro. *RF*, n. 271 p. 71.
- _____. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coordenação de Sálvio Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1996.
- _____. *Direito Processual Civil*. São Paulo : Saraiva, 1978.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo civil, realidade e justiça*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

Uma controvérsia jurídica: a remuneração dos conselheiros tutelares

JOSÉ ROSSINI CAMPOS DO COUTO CORRÊA

“Mas os sonhos sustentam a ousadia de enfrentar a todos os combates e aportar na ilha da utopia”.

Antônio Carlos Osório

SUMÁRIO

1. O precedente. 2. O problema. 3. A solução.

1. O precedente

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, constitui ponderável avanço na disciplina legal do problema do menor e do adolescente no Brasil.

Diploma legal de equilíbrio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em percepção global e integrada, articula o filho à família, e esta, por sua vez e circunstância, à sociedade global, concedendo a todas as partes do processo faculdades e responsabilidades, em seguida evidenciadas.

A Lei nº 8.069/90 concede ao filho o direito de ser criado no ambiente familiar, com liberdade, respeito e dignidade, protegendo, entretando, a família sem condições materiais de cumprir o seu dever geral, na medida em que o Estado admite suplementar a necessidade em evidência, por meio da ação pública de atendimento, que enseja programas de assistência social.

Se o Estatuto da Criança e do Adolescente resguarda os interesses do filho e da família, punindo a violação de direitos, cerca a sociedade e o Estado de graves mecanismos de proteção, que vão desde a internação, que é medida de privação da liberdade da criança e do adolescente, até a perda ou destituição do

José Rossini Campos do Couto Corrêa é Bacharel em Direito, Bacharel em Ciências Sociais, Mestre em Sociologia e Doutor em Ciências Sociais, com Seminários Pós-Doutorais em Política Internacional e Comparada, Consultor sênior e Professor universitário em Brasília.

pátrio poder, podendo ser este o caminho para a colocação do filho em família substituta.

A máxima expectativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, de fato, é a aproximação, com eficácia, do legal com o social, por meio da força de intervenção da Lei no centro dos dramas e dos problemas do cotidiano comunitário. Daí a fixação legal em torno da instalação e do funcionamento dos Conselhos Tutelares.

2. O problema

Os Conselhos Tutelares, segundo a preceituação legal, são órgãos permanentes e autônomos, não-jurisdicionais, aos quais a sociedade encarrega, deles exigindo zelo e vigilância, de garantir o cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

A investidura na condição de Conselheiro Tutelar é por mandato eletivo de um triênio, permitida uma reeleição, havendo a exigência original de requisitos, para que cidadãos locais possam sufragar quaisquer nomes: reconhecida idoneidade moral, idade superior a vinte e um anos e residência no município. É admitida a eventual remuneração dos membros eleitos para os Conselhos Tutelares, uma vez que a função exige dedicação exclusiva. É límpido, nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 134,

“Parágrafo único - Constar na lei orçamentária municipal a previsão dos recursos necessários ao funcionamento do Conselho Tutelar.”

O Conselho DCA/DF remeteu proposta orçamentária para o exercício de 1996 à Secretária de Governo, provendo os recursos indispensáveis à implantação e instalação dos Conselhos Tutelares. Técnicos da Secretaria da Fazenda discordam quanto ao valor da remuneração de cada conselheiro tutelar, fixado em R\$ 574.00 – (quinhentos e setenta e quatro reais), em virtude de diverso entendimento do art. 19 da Lei nº 234/92. Preocupado com a matéria, o Presidente do Conselho DCA/DF oficiou nos seguintes termos ao Secretário de Administração:

“Senhor Secretário,

O Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal encaminhou, através da Secretaria de Governo, a sua proposta orçamentária para o exercício de 1996.

Dita proposta prevê os recursos necessários à implantação dos Conselhos Tutelares (um em cada Região Administrativa).

A Lei nº 234/92, que dispõe sobre os Conselhos Tutelares, determina, em seu art. 19, que a remuneração de seus conselheiros corresponderá a 30% (trinta por cento) do Padrão três da Classe Especial do Cargo de Administração Pública do Distrito Federal.

Com efeito, o entendimento deste Conselho é de que o percentual em referência incide sobre o total da remuneração e não apenas sobre o vencimento como, informalmente, técnicos da Secretaria da Fazenda têm se posicionado.

Cumpra ressaltar que, prevalecendo esse posicionamento, que ao nosso ver contradiz a inteligência do dispositivo em questão, estar-se-á inviabilizando a implantação desses Conselhos, na medida em que o valor que o conselheiro perceberá será muito insuficiente frente às atribuições que o cargo lhe confere, e, sobretudo, diante do fato que lhe será exigida dedicação exclusiva”.

Para dirimir a controvérsia, foi solicitado parecer jurídico à Secretaria de Administração, que não tardou a ser lavrado pela assessora CNRH/SRH/SEA, Rita de Cássia Barbosa, com a anuência e o acordo do subsecretário de Recursos Humanos, Senhor Jacy Braga Rodrigues. Quanto ao mérito, a manifestação é concordante com a exegese legal já manifestada pelos técnicos da Secretaria da Fazenda e sumariada na argumentação jurídica ora transcrita:

“Quanto ao pedido, cabe esclarecer que o pagamento da remuneração dos Conselhos Tutelares foi autorizado de acordo com o que determina o referido art. 19 da Lei nº 234/92, abaixo transcrito:

Art.19 - O Conselheiro perceberá remuneração equivalente a 30% (trinta por cento) do Padrão 03 (três) da Classe Especial do Cargo de Analista de Administração Pública do Distrito Federal, salvo se sob licença”.

Conforme se infere do artigo supra-transcrito, o percentual de 30% (trinta por cento) deverá incidir sobre o valor correspondente ao Padrão 03 (três) da classe especial do

cargo de Analista de Administração Pública do Distrito Federal que equivale a R\$ 491,01 (quatrocentos e noventa e um reais e um centavo); dessa forma, a remuneração dos conselheiros deverá ser de R\$148,20 (cento e quarenta e oito reais e vinte centavos).

Segundo o disposto no art. 41 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, “remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei”.

Ressalte, não se verifica na lei em comento que o pagamento devido aos conselheiros tutelares será sobre a remuneração do analista de administração que se encontra no Padrão III. Mesmo porque, nessa remuneração, estão inseridas vantagens pessoais (de acordo com o art. 41 da Lei nº 8.112/90), as quais são variáveis, impossibilitando um cálculo exato do pagamento devido. Não foi essa intenção do legislador.

Embora seja ínfima a remuneração devida aos conselheiros tutelares, a Administração Pública só pode agir dentro dos limites permitidos em lei, em consonância com os princípios da legalidade e da moralidade no art. 37 da Carta Magna.

Esta é a natureza do problema a ser resolvido.

3. A solução

Como o direito repousa no princípio do contraditório, há legitimidade, *venia concessa*, na discordância jurídica ora expressa, com o entendimento manifestado pelas Secretarias da Fazenda e da Administração, quanto à inteligência do art. 19 da Lei nº 234/92.

Leciona a melhor técnica hermenêutica não haver na lei vontade do legislador a ser apurada. Superada pelo processo dinâmico do Direito, a recorrência à intenção do legislador, que inspirou a parecerista da Secretaria da Administração, foi substituída por compreensão superior, de que à interpretação compete a determinação objetiva (e não subjetiva) da vontade do Estado (e não do legislador). É o princípio do objeto da interpretação, trazido à colação por Francesco Ferrara, no *Tratatto de Diritto Civile Italiano*:

“a) a finalidade da interpretação é determinar o sentido da lei, a *visac potestas legis*. A lei é expressão da vontade do Estado, e tal vontade persiste de modo autônomo, destaca do complexo dos

pensamentos e das tendências que animaram as pessoas que contribuíram para a sua emanção;

b) o intérprete deve apurar o conteúdo da vontade que alcançou expressão em forma constitucional, e não já as volições alhures manifestadas ou que não chegaram a sair do campo intencional. Pois que a lei não é o que o legislador quis ou quis exprimir, mas tão-somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei;

c) o ponto diretivo nesta indagação é, por conseqüência, que o intérprete deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*.”

Enfim: *voluntas legis, non legislatonis*.

Onde está a *mens legis*, a *voluntas legis* do art. 19 da Lei nº 234/92?

A vontade do Estado, fixada na Lei nº 8.069/90, é a de viabilizar (e não inviabilizar) os Conselhos Tutelares. Eis a razão por que revestiu de dignidade a relevante função de conselheiro tutelar.

Obediente à lei federal, a norma distrital para viabilizar os Conselhos Tutelares estatuiu a questão da remuneração, que não está fixada apenas no *caput* do art.19 da Lei nº 234/92. Trata-se da exigência de exegese orgânica, e não atomizada, do dispositivo legal. Orgânico é o todo. Atomizada é a parte.

Eis o todo:

“Art. 19 - O conselheiro perceberá remuneração equivalente a 30% (trinta por cento) do Padrão 3 (três) da Classe Especial do Cargo de Analista de Administração Pública do Distrito Federal, salvo se sob licença.

§ 1º - Quando em substituição, o conselheiro suplente fará jus ao subsídio do titular.

§ 2º - Quando escolhido para o Conselho Tutelar o servidor do Distrito Federal, de suas fundações, autarquias ou empresas deverá optar entre o seu vencimento e a remuneração do conselheiro, ficando vedada a acumulação”.

Será que é *mens legis, voluntas legis*, que, nos termos do art. 19, § 2º, da Lei nº 234/92, servidor em situação apenas mediana – para esquecer o fim de carreira – de fundações, autarquias e empresas, em detrimento dos seus

vencimentos, possam optar pela remuneração de conselheiro tutelar, de exatamente R\$ 148,20 (cento e quarenta e oito reais e vinte centavos)?

A vontade do Estado, expressa em Lei, é exatamente o contrário. No intuito de viabilizar os Conselhos Tutelares, estabeleceu, estranho a todo e qualquer absurdo e em atitude compatível com os princípios constitucionais mais rigorosos, 30% (trinta por cento) do total da remuneração do Padrão 3 (três) da classe especial do cargo de Analista de Administração Pública do Distrito Federal, como a remuneração

devida aos Conselheiros Tutelares, cuja função constitui serviço público relevante.

Percebeu com muita propriedade o Presidente do Conselho DCA/DF, o Senhor Archimedes Machado Cunha, a vontade real do Estado: viabilizar os Conselhos Tutelares e colocá-los em funcionamento com o mínimo eticamente admissível para o efetivo exercício da função de Conselheiro Tutelar – a remuneração fixada em Lei, de R\$ 574,00 (quinhentos e setenta e quatro reais), quando mais não fosse, pelo ensinamento da heurística legal de que, na dúvida, deve prevalecer o efeito mais benéfico, que outro não é senão este.

Do prazo para o ajuizamento da representação eleitoral

(Art. 22, da Lei Complementar nº 64/90)

I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Do termo inicial para o aforamento da representação eleitoral. 3. Do termo final para o ajuizamento da representação eleitoral. 4. Das conclusões.

1. Introdução

Na forma do art. 22, da Lei Complementar nº 64/90,

“Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político (...)”.

Por meio da representação acima aludida, poder-se-á, mediante um procedimento de índole jurisdicional, apurar, no âmbito dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral, conforme o caso, o eventual uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou, ainda, a utilização indevida de veículos ou meio de comunicação social, em benefício de candidato ou agremiação político-partidária.

Convém acrescentar que essa representação eleitoral possui, nos dizeres de Joel José Cândido,

“(…) um duplo efeito: 1) a produção de prova judicial, para eventual uso futuro e que será produzida sob o crivo do

I'talo Fioravanti Sabo Mendes, é Procurador Regional da República, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília e Professor de Direito Processual Civil da Universidade de Brasília – UnB.

contraditório, mais a declaração da inelegibilidade do candidato; e 2) a decretação da cassação do registro de sua candidatura”¹.

A representação eleitoral, portanto, constitui instituto de grande importância para o processo eleitoral, pois poderá servir de base para a produção dos elementos probatórios que irão embasar eventual recurso contra a expedição de diploma (art. 262, incisos I a IV, do Código Eleitoral), ou mesmo a ação de impugnação de mandato eletivo ajuizada nos termos previstos no art. 14, § 10, da Constituição Federal.

Além do mais, a representação eleitoral, julgada procedente pelos Tribunais Regionais Eleitorais ou, eventualmente, pelo Tribunal Superior Eleitoral, se for de sua competência, poderá acarretar a cassação do registro de candidaturas a cargos públicos eletivos.

Impõe-se argumentar, também, que, por força do que dispõe o art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar nº 64/90, a procedência da representação eleitoral acarretará a inelegibilidade da parte representada, e daqueles que, reconhecidamente, hajam contribuído para a prática do ato impugnado.

Deve ser, ainda, considerado que a inelegibilidade acima cogitada abrangerá as eleições que se realizarem nos três anos subsequentes ao pleito eleitoral em que ocorreu o evento apontado como violador da lisura e da legitimidade das eleições.

Por isso, apresenta-se de fundamental importância a delimitação do lapso em que poderá ocorrer o ajuizamento da representação eleitoral.

2. Do termo inicial para o aforamento da representação eleitoral

Acerca do seu termo inicial, é de se admitir a possibilidade de a representação eleitoral ser ajuizada a partir do deferimento do registro de candidatura da parte representada, pois, pelos próprios objetivos que buscam atingir esse instituto do Processo Eleitoral, está ele a pressupor a existência de uma candidatura beneficiária do evento que ensejou a sua propositura.

E nem poderia ser diferente, pois, do contrário, estar-se-ia a pressupor a existência de uso indevido, desvio ou abuso do poder

econômico ou do poder de autoridade, além da utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, sem um beneficiário específico, o que conduziria a um “absurdo jurídico”, mormente quando se verifica o teor do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, que exige que o fato causador da representação ocorra em benefício de candidato ou de partido político.

Poder-se-ia, então, indagar: por que não se admitir o cabimento da representação judicial anteriormente ao registro da candidatura do eventual representado?

Ora, *data venia* de eventual entendimento em contrário, não se pode cogitar na admissibilidade da representação eleitoral em momento anterior ao registro das candidaturas pela circunstância de que somente se pode falar em *candidato* após o deferimento do respectivo registro da candidatura.

Além do mais, deve ser também ressaltado que o benefício ao partido político, de que cogita o art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, encontra-se também diretamente vinculado ao pleito eleitoral, que, no seu aspecto jurídico-formal, somente tem o seu início na fase do registro das candidaturas.

Por isso, pode, efetivamente, a representação eleitoral ser ajuizada a partir do deferimento do registro da candidatura do representado.

3. Do termo final para o ajuizamento da representação eleitoral

Fixado o *dies a quo* para o aforamento da representação eleitoral, é de se examinar, então, o termo final para a sua propositura, o que motiva a seguinte indagação: até que instante do processo eleitoral se apresenta cabível o ajuizamento da mencionada representação eleitoral?

O egrégio Tribunal Superior Eleitoral, ao julgar o Recurso nº 11.524 – Classe 4ª – Agravo – SC, em que foi relator o eminente Ministro Torquato Jardim, prolatou acórdão assim ementado:

“Abuso de poder econômico. Representação do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90.

É intempestivo o ajuizamento da representação após as eleições. Passado o pleito, cabem ou a ação de impugnação (Constituição, art. 14, § 10) ou o recurso contra a expedição de diploma.

Recurso conhecido e provido”.

¹ CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. Bauru : Edipro, 6. ed. 1996. p. 128.

Verifica-se, assim, que o Tribunal Superior Eleitoral posicionou-se, então, no sentido de ser cabível o ajuizamento da representação eleitoral até a data das eleições, sendo, em consequência, intempestiva a sua propositura posteriormente ao pleito eleitoral.

A acima transcrita decisão do Tribunal Superior Eleitoral, todavia, não perquiriu o efetivo alcance do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, mormente quando se constata que em momento algum essa norma estabeleceu qualquer limite de natureza temporal para o ajuizamento da aludida representação.

Ora, é bem verdade que não se pode admitir a inexistência de prazo para a propositura dessa representação, mesmo porque seria conceder privilégio maior a um procedimento de natureza infraconstitucional, como é o caso da representação eleitoral, em detrimento da ação constitucional de impugnação de mandato eletivo, que, prevista no art. 14, § 10, da Constituição Federal, tem o prazo de quinze dias contados da diplomação, para o seu aforamento.

No entanto, a fixação da data das eleições como o limite máximo para o ajuizamento da representação estabelecida no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, não parece ser também o mais acertado na hipótese, *pois dela estariam a salvo todas as modalidades de abuso ocorridas no dia da eleição*, ocasião em que podem ocorrer situações dessa natureza.

Não se diga que tais abusos podem vir a ser apurados e, eventualmente, reprimidos por ocasião do recurso contra a diplomação, ou mesmo na ação de impugnação de mandato eletivo, pois tais providências estariam condicionadas à eleição do beneficiário do abuso que se afirma ter ocorrido. E se não tiver ele sido eleito, ficaria livre da sanção de declaração de inelegibilidade? E aqueles que o auxiliaram, não sendo candidatos, estão também fora do alcance da norma consignada do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90?

A resposta às indagações acima é evidentemente *não*, pois o sentido do acima referido art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 é o de apurar e, eventualmente, sancionar com a inelegibilidade, o uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, não apenas até a véspera do pleito, mas inclusive na própria data das eleições.

Do contrário, ter-se-ia restrição aos abusos durante a campanha eleitoral, mas a sua liberação no dia das eleições, pelo menos em relação àqueles candidatos não eleitos ou a terceiros.

Obviamente, não é esse o sentido do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90.

Por outro lado, não se pode deixar de considerar que há a necessidade de se estabelecer um termo para o ajuizamento da representação prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, pois é despido de lógica jurídica o entendimento no sentido de não existir limite temporal ao aforamento dessa representação e a fixação deste na data das eleições corre o risco de inviabilizar a aplicação do dispositivo legal acima mencionado.

Em consequência, é perfeitamente plausível o posicionamento no sentido de se admitir o ajuizamento da representação do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 até a diplomação dos eleitos, considerando que, após essa data, há a possibilidade da utilização do recurso contra a expedição de diploma e a ação de impugnação de mandato eletivo.

Dessa maneira, o melhor entendimento parece ser aquele que vislumbra não ser intempestiva a representação do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, *se ajuizada até a diplomação dos eleitos*.

E, exatamente dentro dessa ótica, o Tribunal Superior Eleitoral alterou o seu posicionamento anterior – consubstanciado no acórdão proferido ao julgar o Recurso nº 11.524, Classe 4ª – Agravo – SC (ementa anteriormente transcrita) –, para admitir que possa a representação eleitoral prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 ser aforada até a diplomação dos candidatos eleitos.

Assim é que já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral:

“Abuso de poder econômico. Representação do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90. A representação para a apuração de abuso de poder econômico, prevista no artigo 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, pode ser ajuizada até a data da diplomação dos candidatos eleitos no pleito eleitoral.

Recurso conhecido, mas a que se nega provimento”. (Proc. REsp. nº 12.531. Relator: Ministro Ilmar Galvão; Acórdão nº 12.531. DJ, p. 27.524, de 1º set. 1995).

“Representação. Alegação de ofensa ao art. 22 da LC 64/90.

Termo final – Validade do seu oferecimento até a diplomação.

Enquanto não principia a fluência do prazo para o recurso contra a diplomação e a ação constitucional impugnatória, a representação tem cabimento em tese.

Necessidade de proteção de lisura dos pleitos.

Recurso conhecido e provido”. (REsp. nº 12.603. Relator: Ministro Diniz de Andrada. Acórdão nº 12.603. *DJ*, p. 28.474, 8 set. 1995).

“1- Representação por abuso de poder econômico (Lei Complementar nº 64/90, art. 22): pode ser ajuizada até a data da diplomação dos candidatos eleitos. Precedentes: Rec. 12.531, relator Ministro Galvão. *DJU*, 1º set. 1995; Rec. 12.603, relator Ministro Andrada, *DJU*, 8 set. 1995.

2- Recurso Especial conhecido e provido para desconstituir o acórdão tanto no que tange a representação ajuizada após a diplomação, quanto no que decidido nos recurso contra a diplomação (art. 262, I, Cod. EI.) que a tomaram por referência”. (REsp. nº 11.994; Relator Ministro Torquato Jardim. Acórdão nº 11.994; *DJ*, p. 3.045, 16 fev. 1996).

Dessa forma, respaldado nos fundamentos teóricos da representação eleitoral e nos

precedentes mais recentes do Tribunal Superior Eleitoral acerca da matéria (ementas acima transcritas), pode-se afirmar que, efetivamente, o termo final para o ajuizamento da representação eleitoral em análise é a data da diplomação dos candidatos eleitos.

4. Das conclusões

Em síntese, apresenta-se possível extrair do presente estudo sobre a representação eleitoral prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, as seguintes conclusões:

1) é a representação eleitoral instituto do Direito Processual Eleitoral de enorme valia, para a apuração do uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político;

2) para o processamento e julgamento da acima referida representação eleitoral, apresenta-se de fundamental importância a delimitação do lapso de tempo em que poderá ser ela ajuizada;

3) o termo inicial para a propositura da representação eleitoral é a data do deferimento do registro da candidatura do representado; e

4) o termo final para o aforamento da aludida representação eleitoral é a data da diplomação dos candidatos eleitos.

O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social?

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

1. É no meio social, como alude Hermes Lima¹, que “o direito surge e desenvolve-se” para consecução dos objetivos buscados pela sociedade, como, por exemplo, a manutenção da paz, a ordem, a segurança e o bem-estar comum; de modo, a tornar possível a convivência e o progresso social. Assim, o direito é fruto de uma realidade social.

O direito, decorrente da criação humana, é direcionado de acordo com os interesses impostos pela sociedade. Tal fato torna-o dinâmico, exigindo que ele, à cada época, acompanhe os anseios e interesses da sociedade para qual foi criado.

Deste modo, verifica-se, concretamente, constante mutação dos significados dos institutos jurídicos, como manifesta Paulo Nader²:

“As instituições jurídicas são inventos humanos, que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos. Se o direito se envelhecer, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para qual foi criado. Não basta, portanto, o ser do direito na sociedade, é indispensável o ser atuante, o ser atualizado. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o direito será um instru-

Jorge Rubem Folena de Oliveira é Mestrando em Direito na Faculdade de Direito da UFRJ e Advogado no Rio de Janeiro.

¹ *Introdução à Ciência do Direito*. 29. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1989. p. 23.

² *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 23.

mento eficaz na garantia do equilíbrio e harmonia social”³ (nossos grifos).

Portanto, como o direito decorre da criação humana, isto é, da vontade da sociedade em auto-regulamentar-se, ele manifesta-se como controlador do homem social⁴ ou como sistema de controle social.

2. Sob este prisma, o direito é utilizado como instrumento de *dominação*⁵ da sociedade, pois esta submete-se, em grau de obediência, às regras de controle instituídas para organizar a sua convivência.

Nesse processo de dominação, os que detêm o poder político em suas mãos controlam a organização social, porque impõem a sua vontade. Isso pode-se verificar com facilidade nos processos legislativos, como manifesta Eduardo Novoa Monreal⁶, *in verbis*:

“outro aspecto que se deve levar em conta é que a *lei*, a que se torna como uma concreção da vontade geral de um povo que, fazendo uso de seu poder soberano, *impõe*, por meio de seus representantes, *as regras de vida social que devem imperar em uma sociedade, geralmente que se limita a expressar os interesses e aspirações do grupo social que, de fato, exerce o domínio sobre ela...*” (nossos grifos).

Sendo assim, os detentores do *poder político*⁷ valem-se da figura do Estado, como

³ Nesse sentido, ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 16, cita Julius V. Kirchmann que manifesta o seguinte acerca da evolução do direito em relação aos fenômenos naturais: “o sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos; a rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade, passaram pelas mais diversas configurações” (nossos grifos).

⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992. p. 35.

⁵ WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília : Ed. Unb, 1994, v. 1. p. 139, chama “dominação a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas...”

⁶ *O Direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1988. p. 49.

⁷ Cabe realçar que não nos referimos, aqui, aos detentores do *poder político* sob o aspecto

instituição política, para desenvolver seus interesses e manifestar o seu poder de controle social⁸.

A título de exemplificação, nesse sentido pôde-se verificar a ação da burguesia ao longo das várias fases da história: 1. Durante a Idade Moderna, a burguesia valeu-se do poder do rei – o qual era por ela sustentado – para desenvolver seus nascentes negócios comerciais apoiados pela política econômica do mercantilismo, onde era primordial a participação estatal, por meio de suas armas e barreiras alfandegárias, que facilitaram as exportações de produtos, contribuindo para acumulação de metais preciosos e a manutenção de alimentos dentro do território nacional. 2. Na Idade Contemporânea, com a derrubada do poder absolutista dos reis promovida pela burguesia, esta valeu-se do Estado para lhe garantir ampla liberdade comercial, naquilo que ficou instituído como a “mão invisível”, onde o mercado seria regulado naturalmente pelas leis da oferta e da procura, como sustentado por Adam Smith⁹. 3. No final do século XIX e início do século XX, o capitalismo passou por sua primeira crise, após o desenvolvimento da Revolução Industrial, em decorrência da grande concentração econômica, o que levou a burguesia, mais uma vez, a contar com a figura do Estado para manter seus negócios, com a intervenção deste em atividades comerciais e industriais, próprias da iniciativa privada combatida pela crise enfrentada pelo capitalismo.

Então, *é por meio da figura do Estado* que os detentores do poder político exercem seu poder de dominação sobre a sociedade organizada, sendo tal poder de dominação do Estado exercido por meio da violência ou poder de sanção de que ele dispõe, como assevera Max Weber¹⁰, *in verbis*:

meramente formal, que seria “o povo”; mas, sim, aqueles que lideram e controlam a sociedade por meio da força econômica de que dispõe.

⁸ KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro : Luam, 1993. p. 95, manifesta que “é o Estado o centro do exercício do poder político da classe ou classes que exercem dominação sobre as outras e suas funções, naturalmente, vão corresponder aos interesses específicos dessas classes dominantes”.

⁹ SMITH, Adam. *As riquezas das nações, livro IV*. Fundação Calouste, Gulbenkian, 1993. Cap. 7.

¹⁰ *Ciência e política* : duas vocações. Tradução de Leonidas Hegemberg e Octany Silveira Mota. São Paulo : Cultrix, 1993. p. 57.

“Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o procederam, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores” (nossos grifos).

Dessa forma, o Estado é uma forte arma de que se valem os detentores do poder político para exercerem sua força de dominação sobre a sociedade; sendo que o direito, manifestado pela vontade estatal legislativa (isto é, as leis elaboradas nos parlamentos), é utilizado pelos detentores do poder político para pôr em prática este sistema de controle social, seja para beneficiá-los, como manifestado por meio de normas de conteúdo patrimonial/econômica, as quais lhes convêm em suas relações; como também sobre as normas de penalização e afastamento da sociedade dos “homens bons” – *in casu* eles, “os poderosos” – daqueles que são rotulados como “maus”¹¹ e os inconvenientes ao seu meio.

A propósito, são incontáveis tais situações, entre estas podemos citar a referida por Fernando de Moraes¹² quanto ao Decreto-Lei nº 4.737, de 24.9.1942, que regulamentava o reconhecimento de filhos naturais, criado pelo Presidente Getúlio Vargas, para satisfazer os interesses pessoais do Sr. Assis Chateaubriand, e, mais recentemente, a Lei nº 8.985, de 7.2.1995 (DOU, de 8.2.1995), que anistiou os ilícitos eleitorais praticados pelo Senador Humberto Lucena.

Portanto, a figura do Estado, principalmente o Estado-legislador, é fundamental para a execução da dominação praticada pelos detentores do poder político, e, neste contexto, o direito está colocado a serviço dos poderosos.

3. Este poder de dominação, exercido pelos “poderosos”, apresenta-se revestido de formas “legitimadoras” de cunho meramente formal¹³,

¹¹ Aqui, a referência a homens “bons” e “maus” está no sentido manifestado por Louk Hulsman, *Penas perdidas*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro : Luam, p. 56-57: O sistema penal em questão.

¹² *Chatô o rei do Brasil*. Rio de Janeiro : Companhia das Letras, 1994. p. 409.

¹³ ZAFARONI, Eugênio Raúl. Em busca das penas perdidas. Tradução de Vânia Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Revan, 1991. p. 16 e segs.

não decorrente da real vontade da sociedade, que, especificamente no caso do direito, Eduardo Novoa Monreal¹⁴ refere-se como “direito formalmente imposto”; isto é, segundo o autor chileno em questão, “o que a autoridade estatal tenta impor, mediante promulgação de regras obrigatórias de conduta”; contrariamente daquilo que ele chama de “direito socialmente imperante”, cuja aplicação é merecida no meio social por decorrer da vontade legítima da sociedade.

Com efeito, sob este prisma, constata-se verdadeiro confronto entre as normas legais vigentes – impostas pelo poder de dominação – e sua eficácia ou força legitimadora; sendo tais normas despidas, em seu conteúdo e caráter, de legitimidade. A legitimidade ora referida é aquela que decorre da verdadeira vontade da maioria na sociedade politicamente organizada, ou seja, a vontade do povo, das massas, das maiorias.

Ademais, “os poderosos” valem-se de verdadeiros aforismos jurídicos, provenientes da vitória do liberalismo durante as revoluções dos séculos XVII e XVIII, desprovidos de conteúdo legitimador e tomados de forte essência formalista como acima anunciado, para justificar suas práticas. Como exemplos podemos citar os “princípios da legalidade” e da “igualdade de todos perante a lei” – este último verdadeira “fantasia” utilizada para encobrir interesses outros que não o da igualdade; justificando, por vezes, a prática de desigualdades sociais, como manifesta Paulo Bonavides¹⁵, *in verbis*:

“Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, termina a apreçoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome.

(...)

Estes morriam de fome e de opressão, ao passo que os mais respeitáveis tribunais do Ocidente assentavam as bases de toda sua jurisprudência constitucional na inocência e no lirismo

¹⁴ NOVOA MONREAL, op. cit., p. 23.

¹⁵ *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 61.

daqueles formosos postulados de que 'todos os homens são iguais perante a lei...' (nossos grifos).

Portanto, é assim que o direito, em nosso sociedade, está posto – ou melhor, positivado por meio das leis – como sistema de controle social.

4. No entanto, acreditamos que o direito pode ir além disso, sendo utilizado também como instrumento de mudança social, de modo a tentar inverter o quadro de dominação acima citado.

Nota-se que, em nosso meio, o direito não se manifesta apenas por meio das leis – esta é a sua principal fonte –; há outras fontes de caráter secundário, porém de grande relevância, que são a doutrina e, acima de tudo, a *jurisprudência*.

É por meio dessas fontes auxiliares que o direito se manifesta ou se realiza, seja por meio dos pareceres dos juristas, ou dos contratos formulados pelos advogados, ou pelas sentenças proferidas pelos magistrados.

Cumpra realçar que a sentença é a lei concreta¹⁶, é o momento em que o Estado-juiz soluciona, pacífica ou põe a verdade para as partes litigantes, sejam ricos ou sejam pobres.

Desse modo, a magistratura, por meio da formação de sua jurisprudência, ao aplicar e interpretar as leis – dizendo o sentido e o alcance destas, como salienta Carlos Maximiliano¹⁷ – tem o papel relevante de fazer com que o direito seja instrumento de mudança social, na cruzada contra a dominação exercida pelos donos do poder político¹⁸.

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981. p. 123, expõe que “a coisa julgada, como ato autoritativa ditado por um órgão do Estado, reivindica naturalmente, perante todos, seu ofício de formular qual o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado, para um caso determinado...”

¹⁷ *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1947. p. 13.

¹⁸ GENRO, Tarso. *Lições de Direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1991. p. 21: *Os Juízes contra a lei*, comentando acerca do fetiche da legalidade, manifesta que “é evidente que a previsibilidade do sistema é uma necessidade para a garantia dos direitos individuais e coletivos, mas ela não quer dizer estagnação normativa, nem exige que o juiz seja jogado para fora do processo de criação do direito, no qual o Judiciário é ou pode ser uma peça chave”.

Independentemente do salientado por Maria Lúcia Karam¹⁹, acreditamos que no Judiciário poderá residir o ponto de resistência contra a dominação exercida pelos donos do poder político. Assim, o direito poderá ser utilizado como instrumento de mudança social, isto porque cabe aos juízes, no mister de se aplicar as normas jurídicas, estar comprometidos com os pressupostos de uma “verdade real”²⁰ e “não meramente formal”, procurando almejar, de forma incansável, a justiça – tanto para os pobres como para os ricos – que atenda os anseios da maioria da sociedade²¹.

Vale registrar que assim têm se posicionado algumas vozes nos tribunais superiores de nosso país, *in verbis*

*“...a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorosismo na exegese dos textos legais levará injustiças.”*²²

*“...Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”*²³.

“O direito, como fato cultural, é fenômeno social histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos aconte-

Destacamos a citação acima, não com o propósito de os juízes se colocarem contra a lei, mas, sim, para salientar a importância deles na “criação do direito”, como aludido pelo autor referido, ao aplicá-lo concretamente.

¹⁹ De que “a magistratura, na sociedade capitalista, é integrada predominantemente por indivíduos de atitudes conservadoras, imbuídos de uma visão dogmática e acrítica do direito, que encobre aqueles seu papel de mutação e reprodução das relações de dominação em que se baseiam a formação social capitalista”. (KARAM, op. cit., p. 102)

²⁰ a expressão “verdade real” é por nós ora utilizada no sentido de alcançar-se os anseios legítimos da vontade social.

²¹ Os magistrados ao aplicarem as leis deverão empregá-la conforme os fins sociais a que elas se dirigem e as exigências do bem-comum, como, aliás, encontra-se disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

²² Ementa do Recurso Especial nº 299-RJ. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. *RSTJ*, n. 4, p. 1.555.

²³ STF. Ementa de julgamento. Relator: Ministro Marco Aurélio. *RDP*, n. 100, p. 75 e citado por Hugo Brito Machado. *RT*, n. 714, p. 25.

cimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O código de processo penal data do início de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e da dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores...”²⁴.

“...Essa matéria sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária não pode inibir o julgador de, *adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestar a que faz jus o jurisdicionado...*”²⁵ (nossos grifos).

5. Portanto, a magistratura, caso queira assumir o seu verdadeiro papel, poderá, por meio de seu *decisum*, ser uma das forças de resistência contra os detentores do poder político²⁶, que impõem sua vontade sobre a sociedade organizada. Assim sendo, o direito, aplicado concretamente por meio das sentenças judiciais, servirá como base no processo de mudança social, pois por meio delas poderão ser reconhecidos e preservados os interesses da maioria; levando, por conseguinte, a sociedade a conscientizar-se da importância de tais fatores tão distantes dos olhos descrentes dos seus membros.

²⁴ STJ. Ementa do Recurso de *Habeas Corpus* nº 1.453-RJ. Relator: Ministro Vicente Cernicchiaro.

²⁵ Ementa do Recurso Especial nº 7.229-Rs. Relator: Ministro Waldemar Zveiter.

²⁶ A exemplo do manifestado pelos magistrados italianos, na luta contra a corrupção existente nas instituições políticas e contra a máfia.