

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL/JUNHO 2000 • BRASÍLIA • ANO 37 • Nº 146



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

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 146

abril/junho – 2000

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: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINALS: Angelina Almeida Silva e Marcelle Carvalho Dela Bianca

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Valmir Fernando Batista

REVISÃO DE PROVAS: Anderson de Figueiredo Matias, Daniela Pereira Rodrigues, Maria de Jesus Pimentel, Marina Couto Giordano, Teliana Maria L. Bezerra e Valéria B. dos Reis Silva

EDITORÇÃO ELETRÔNICA: João Emílio Caram Rohlfis e Lizandra Nunes M. da Costa

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 37 · nº 146 · abril/junho · 2000

Josaphat Marinho	O Projeto de novo Código Civil 05
Roberto Amaral	Controle das eleições e informação – o papel dos meios de comunicação de massa 15
Gilberto Guerzoni Filho	Análise da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: a contratação de servidores públicos pela CLT 25
Jorge Fontoura	O avanço constitucional argentino e o Brasil 55
Carlos Maria Gambaro	O contrato internacional de <i>joint venture</i> 61
Olavo Nery Corsatto	Imposto sobre grandes fortunas 93
Angela Cristina Pelicoli	A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal 109
Vera Lúcia Viegas	OMC/ONU e a “ordem internacional” – notas para um estudo 119
Silvia Regina Pontes Lopes	Ação declaratória de constitucionalidade e semi-ótica jurídica: uma nova visão da supremacia constitucional 133
Ricardo de Brito A. P. Freitas	Os operadores jurídicos e a negação dos direitos fundamentais no Brasil (uma perspectiva penal) 143
Raul José de Galaad Oliveira	O preceito da soberania nas constituições e na jurisprudência brasileiras 153
Paulo Luiz Netto Lôbo	Responsabilidade civil do advogado 175
Morton Luiz Faria de Medeiros	A clareza da lei e a necessidade de o Juiz interpretá-la 185
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Harmonização tributária no Mercosul: da utopia à realidade 195
Fábio Wellington Ataíde Alves	Os 500 anos da participação popular no Brasil 203
Élcio Cruz de Almeida e Chrystian Drummond Sardagna	O parcelamento do imóvel rural via fração mínima de parcelamento frente à função social da propriedade 209
Dilvanir José da Costa	A sucessão do cônjuge e do companheiro no Direito Civil vigente e no projetado 217
Carlos Octaviano de M. Mangueira	Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente: notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais 229

Arnaldo Moraes Godoy	Aristófanés e As Vespas: o desencanto com o Direito na Literatura Ática 251
Antonio Cezar Lima da Fonseca	A ação de destituição do pátrio poder 261
Alexandre de Moraes	Limitações constitucionais às comissões parlamentares de inquérito 281
Alberto do Amaral Júnior	Mercosul: características e perspectivas 291
Adriano Perácio de Paula	Do <i>jus postulandi</i> e da atuação do Ministério Público no processo civil 309
Nicolau Eládio Bassalo Crispino	A seleção e o aprimoramento de juízes e de promotores de Justiça: alguns aspectos fundamentais 321

O Projeto de novo Código Civil

Josaphat Marinho

Sumário

1. Dever de divulgar o Projeto: breve histórico. 2. Estrutura e conteúdo do Projeto. 3. Parte Geral. 4. Direito das Obrigações. 5. Direito de Empresa. 6. Direito das Coisas. 7. Direito de Família. 8. Direito das Sucessões. 9. Livro Complementar. 10. Conclusão.

1. Dever de divulgar o Projeto: breve histórico

Em sucessivos atos culturais, sobretudo em instituições universitárias e de advogados, temos exposto as tendências gerais e as normas básicas do Projeto de Código Civil, recentemente aprovado pelo Senado Federal.

O objetivo das preleções, à vista dos convites recebidos, tem sido divulgar o conteúdo do Projeto e abrir oportunidade à análise e crítica de suas diretrizes.

A dimensão e a importância do documento legislativo, ainda dependente de nova apreciação da Câmara dos Deputados, justificam larga e metódica discussão, que possa confirmar princípios e institutos incluídos no texto, ou propiciar a revisão de outros, considerados, porventura, inadequados ou imprecisamente conceituados.

O exame, sem ânimo de defesa incondicional nem de condenação preconceituosa ou dogmática, é essencial ao aperfeiçoamento ainda cabível da sistematização elaborada.

Preparado o Anteprojeto por douta Comissão de juristas, sob a coordenação

Josaphat Marinho é advogado e ex-Senador.

do Professor Miguel Reale, foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 1975. Dela saiu, como Projeto aprovado, em 1984. No Senado, a que foi remetido, não teve apreciação imediata, embora logo apresentadas emendas, em número de 360. Em 1995, quando efetivamente começou a ser examinado, recebeu mais 6 emendas.

Designado Relator-Geral na Comissão Especial instituída, primeiro apreciamos o problema da conveniência, ou não, de prosseguir no trabalho de codificação, diante da evidente controvérsia aberta. Situadas as teses opostas e citados seus propugnadores, oferecemos Parecer Preliminar no sentido de que se completasse o esforço iniciado. Para tanto, consideramos fatores diversos. Primeiro tratava-se de texto inovador, elaborado por juristas competentes e especializados, que o submeteram ao contraste de opiniões valiosas. Depois, sendo bicameral o regime brasileiro, e já a Câmara dos Deputados tendo aprovado o Projeto, não seria próprio, sem motivo relevante, que não ocorria, desprezar a matéria e levá-la ao arquivo. Além disso, para suprir falhas e lacunas, seria possível colher novos subsídios da comunidade jurídica, exato como fez a Comissão.

Acresce que durante o preparo do parecer final, a revista *Droits*, n. 24, de 1996, publicou uma série de estudos sobre codificação, não uniformes, porém todos indicativos de que está em renascimento esse processo de legislar – o que confirmou a prudente decisão da Comissão. Já apresentado o Parecer, a mesma revista publicou outro número (26, de 1997) sobre codificação, a revelar que o assunto está presente no espírito dos juristas. A diversidade de opiniões indica que deve cada povo adotar o critério que se afigurar mais compatível com sua cultura e seu sistema legislativo. E, conforme assinalamos no parecer preliminar, o regime brasileiro não desaconselha a codificação.

2. Estrutura e conteúdo do Projeto

Admitido o prosseguimento dos trabalhos, manteve-se a estrutura do Projeto, com os *Livros* previstos – *Parte Geral* e *Parte Especial* constante de *Direito das Obrigações*, *Direito de Empresa*, *Direito das Coisas*, *Direito de Família*, *Direito das Sucessões* e *Livro Complementar*.

Como se vê, o método estabelecido de unificar as obrigações fez com que se incluísse, na divisão das matérias, a relativa ao Direito da Empresa.

Conservou a Comissão, por igual, a diretriz de enunciar, na definição dos institutos, normas gerais, reservando os pormenores para a legislação especial. É forma que corresponde à boa técnica legislativa, na sociedade moderna em transformações constantes. Assim se preserva o arcabouço da lei básica, sem dificultar as modificações convenientes.

Observou-se, também, que, ao lado da técnica seguida, ao Projeto foi incorporado conteúdo ético e social em harmonia com as exigências do direito contemporâneo. Introduziram-se, naturalmente, inovações, umas para maior ajustamento do texto à realidade ou à doutrina dominante, outras para adequá-lo à Constituição superveniente de 1988, de modo amplo na parte do Direito de Família.

No esforço de revisão e atualização, além daquelas emendas individuais dos Senadores, já mencionadas, foram objeto de estudo 127 de autoria do Relator-Geral.

Na consideração do Projeto como dessas emendas, tiveram-se em conta as principais teorias civilistas e o espírito de renovação, atentando-se, porém, que um Código não é sede definidora de controvérsias, nem de recepção de novidades ou aspirações não consagradas pela consciência científica e coletiva. Inovou-se sem exageros incompatíveis com o destino de uma grande lei permanente.

Nesse processo de mudança, salientou-se, com justiça, a excelência do trabalho de Clóvis Beviláqua, refletida na sistemati-

zação e na substância do Código vigente desde 1917. Mas é certo que a obra meritória não poderia resistir, para sempre, à erosão dos fatos novos e à conseqüente configuração de outras normas. Tanto que leis especiais, de diferentes momentos e origens, já lhe deformaram a fisionomia.

Convém, pois, substituí-la, sem que se desprezem, como não foram desprezadas, diretivas, instituições e regras atuais válidas, que o Projeto reproduz.

3. Parte Geral

Na sistemática adotada, foi mantida, apesar da opinião contrária de ilustres juristas, a figura da Parte Geral, com dimensão ampliada, conforme justificação de seu autor na Comissão elaboradora do Anteprojeto, professor José Carlos Moreira Alves¹.

Além de disposições coincidentes nos dois textos, a respeito de pessoas e bens, o Projeto inova em vários aspectos da Parte Geral, a exemplo:

a) na admissão dos direitos da personalidade (arts. 11-21), adotando critério que tende a generalizar-se;

b) na disciplina da ausência, da sucessão provisória e da sucessão definitiva (arts. 27-39), deslocadas de âmbito do Direito de Família, em que hoje se encontram, inadequadamente (C.C., arts. 463-484);

c) na previsão de desconsideração da pessoa jurídica (art. 50), para evitar abusos correntes, sendo de assinalar-se que a forma originária do Projeto foi substituída pela atual, ajustada à melhor doutrina;

d) na preferência da locução *negócio jurídico*, e não *ato jurídico* (arts. 103-113), por superior técnica²;

e) na conceituação genérica da representação (arts. 114-118), esclarecendo que os “requisitos” e os “efeitos” da *representação legal* são os estabelecidos nas normas respectivas”, e “os da *representação voluntária* são os da Parte Especial deste Código” (art. 119);

f) na definição do estado de perigo (art. 155) e da lesão (art. 156), assim caracterizando figuras que impeçam a violação de direitos;

g) na previdente disposição de aplicar “aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos”, e “no que couber”, as prescrições relativas a estas (art. 184);

h) na norma justa de condenar, contra o ato ilícito, “o dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*” (art. 185);

i) no critério de diferenciar a prescrição e a decadência. Regula os casos de prescrição, quanto às causas que a impedem ou suspendem, às que a interrompem, aos distintos prazos (arts. 188-204). A propósito da decadência, a par de outras regras específicas, estabelece: “Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição” (art. 206).

É claro o objetivo de evitar confusão entre as duas formas extintivas de direitos, que tanto proliferou sob o Código atual. Por isso o Professor Miguel Reale acentua que “não haverá dúvida nenhuma: ou figura no artigo que rege as prescrições, ou então se trata de decadência”³.

Cumprе ressaltar duas outras inovações, resultantes de modificação ao Projeto originário da Câmara dos Deputados e sugeridas pelo Relator-Geral:

– uma, a que substituiu, no art. 1º, a palavra *homem*, preferindo a fórmula *ser humano*.

Conforme observado na justificação da emenda (367-R),

“o vocábulo ‘homem’, constante do Projeto, já não é claramente indicativo da espécie humana, vale dizer, também da mulher. Com a qualificação marcante dos dois seres, e dada a evolução, inclusive no direito, da situação da mulher, elevada a independente, evita-se o uso da palavra homem como abrangente da pessoa de um e de outro sexo”;

– a segunda, a que declara, no art. 5º, que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

A justificação da emenda desdobra as razões da alteração proposta. O desenvolvimento da sociedade e de seus meios de comunicação, facilitando o conhecimento dos fatos, já não aconselha manter a maioria aos 21 anos. Demais, a Constituição atribuiu o pleno direito de votar aos 18 anos (art. 14, *e*) e de ser votado para Vereador (art. 14, § 3º, VI, *d*). E a tendência, no mesmo sentido da emenda, é tão grande que o princípio foi incorporado à Constituição espanhola de 1978 (art. 12).

4. Direito das Obrigações

No que concerne ao Direito das Obrigações, há muitas normas preservadas, por encerrarem conteúdo prevalecente. Assim as relativas à caracterização das diferentes classes de obrigações. De outro lado, inovações várias distanciam o Projeto da índole do Código vigente. O caráter social delas o distingue, nitidamente, da natureza individualista da codificação em vigor. Muito do que se vinha obtendo nos fluxos e refluxos da jurisprudência e da doutrina passa a ser direito positivo.

Conforme fixamos no Parecer Final, o novo texto “acolhe conquistas da experiência e da cultura”. Proclama que pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor (art. 390). Estipula que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (art. 421). Prescreve que, nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulam a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 423). Preceitua que é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código (art. 424). Vigorosamente estabelece que, nos contratos de

execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato, retroagindo os efeitos da sentença que a decretar à data da citação (art. 477 e parágrafo único). Em dispositivo justo, esclarece, porém, que a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do negócio (art. 478). Segundo o art. 479, se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Repele o Projeto, pois, a majestade do contrato, da velha cláusula *pacta sunt servanda*, para imprimir às obrigações assumidas caráter compatível com o alcance social do direito. Adota o espírito de justiça, que desenvolveu Duguit já em 1911, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, e se alargou, pelo tempo afora, com Ripert, Savatier e tantos outros mestres. Mas transmitindo flexibilidade as relações jurídicas, o Projeto não as desguarnece de segurança. Tanto que no parágrafo único do art. 896, relegando controvérsia e fixando garantia, veda o aval parcial.

Não devendo ignorar os efeitos do desenvolvimento tecnológico, o Projeto incorporou sugestão do Professor Mauro Rodrigues Penteado, no sentido de que o título de crédito “poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo” (§ 3º do art. 888).

Não é de esquecer, por fim, que o Projeto, espancando definitivamente dúvida, declara:

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (parágrafo único do art. 926).

É a consagração terminante do princípio da responsabilidade objetiva.

5. *Direito de Empresa*

Na tentativa de unificar, mesmo parcialmente, as obrigações civis e comerciais, o Projeto dedica Livro ao Direito de Empresa. Recepcionado no Anteprojeto como Atividade Negocial, a Câmara dos Deputados preferiu a denominação Direito de Empresa. Como a expressão tem amplitude suficiente, e, em verdade, não é o *nomen iuris*, mas a substância que caracteriza a matéria, não se discutiu esse pormenor no Senado. O texto, em normas gerais e flexíveis, encerra conceitos básicos, diretrizes gerais.

Assim, consigna que empresário é “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 965). Para impedir equívoco, elucida que “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (parágrafo único do art. 965). Determina que “o empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro das Empresas, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária” (art. 968). Determina que “a lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes” (art. 969), distinguindo, portanto, com espírito de justiça social.

A par de outras regras, prefigura, genericamente, a sociedade (arts. 980-984)

e traça o perfil das diferentes espécies de sociedade: da sociedade não personificada – compreendendo a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação (arts. 985-995); da sociedade personificada – abrangendo a sociedade simples, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples e a sociedade limitada (arts. 996-1.086); da sociedade anônima (arts. 1.087-1.088); da sociedade em comandita por ações (arts. 1.089-1.091); da sociedade cooperativa (arts. 1.092-1.095); das sociedades ligadas (arts. 1.096-9.100); da sociedade dependente de autorização – circunscrevendo a sociedade nacional e a estrangeira (arts. 1.122-1.140).

Ao mesmo tempo, considera “estabelecimento” “todo complexo de bens organizado, para exercício por empresário, ou por sociedade empresária” (art. 1.141); e ainda dos “institutos complementares”: do registro (arts. 1.149-1.153); do nome (arts. 1.153-1.167); dos propostos (arts. 1.168-1.170); do gerente (arts. 1.171-1.175); do contabilista e outros auxiliares (arts. 1.176-1.177); da escrituração (arts. 1.178-1.194).

Ao Senado chegou o Projeto com exclusão do contrato bancário, julgado demasiado mutável, e das sociedades por ações, por sua vinculação com o mercado de capitais. Desde que leis especiais poderão estabelecer regulação adequada, não se reputou indispensável mudar o procedimento.

Em realidade, como ponderou o Professor Sylvio Marcondes, que elaborou essa parte do Projeto, o texto deve ser analisado “não somente à luz dos grandes focos, na contemplação de idéias. Igualmente grandes, mas vagas e imprecisas: o que cumpre é meditá-lo, na complexidade objetiva com que se procura dar segurança jurídica à totalidade dos fenômenos compreendidos na atividade negocial dos cidadãos”⁴.

Convém acentuado, ainda, que nesse Livro do Direito da Empresa, sobretudo, o estilo é marcadamente de regras gerais – a respeito de sociedade anônima só há dois artigos –, de sorte que as mudanças ou inovações que se tornem necessárias constem de leis especiais, resguardada a estrutura do Código.

6. Direito das Coisas

Como em relação ao Direito das Obrigações, quanto ao Direito das Coisas foram mantidas várias normas, a exemplo as pertinentes ao conceito de possuidor e de posse. Não havia que as substituir, se exprimem a verdade jurídica.

Nem por isso o Projeto mantém o espírito do Código vigente. A partir do conceito do direito de propriedade, a diferença é patente. O Código ainda em prática estabelece, sem imitação: “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” (art. 524). A essa regra acrescenta o Projeto:

“o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (art. 1.227 e § 1º).

E ainda edita o texto em configuração final na Câmara dos Deputados: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem” (§ 2º do art. 1.227). É o reconhecimento pleno da função social de propriedade, obstativa dos abusos do privatismo. E de ver e assinalar é que assim já dispunha o Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, em

1984 (art. 1.229 e § 1º), antes, pois, da Constituição de 1988, que atribuiu relevo à função social da propriedade (art. 5º, incs. XXII e XXIII).

Timbrando nessa técnica saneadora de excessos patrimonialistas, o Projeto aplica sanções ao “uso normal da propriedade” (arts. 1.276-1.280) e protege os direitos de vizinhança. Disciplinando o condomínio, cria regras próprias para o condomínio edilício, notadamente para considerar o que nele é “propriedade exclusiva” e o que representa “propriedade comum” (arts. 1.330-1.345). Harmonizando-se com a Constituição, o Projeto reduz os prazos do usucapião, nas espécies contempladas (arts. 1.239-1.240), sempre com o intuito de propiciar destino útil à propriedade.

Na mesma orientação do Projeto Orlando Gomes, o Projeto atual restaura o direito de superfície (arts. 1.368-1.376), concorrendo mais para o aproveitamento econômico regular da propriedade, matéria que os Professores Ricardo Pereira Lira e José Guilherme Braga Teixeira estudam com proficiência.

Relativamente à enfiteuse, o Projeto revisto não a extinguiu, como reclama a cultura jurídica, porque a Constituição dispõe de modo que não autoriza sua eliminação sumária (art. 49, ABCT). Conservou-a, apenas, no Livro Complementar, reservado às disposições transitórias, e proibiu novas enfiteuses e subenfiteuses (art. 2.052). É o caminho para sua extinção.

7. Direito de Família

O livro sobre o Direito de Família, desde o Anteprojeto de 1975, que a Câmara dos Deputados de modo geral aprovou, representava um avanço em relação ao Código vigente, aceitando “medidas que o tempo aconselhou e que somente depois foram objeto de legislação”. Assim observando no Parecer Final, pormenorizamos, guardando ainda agora a referência ao primi-

tivo número dos artigos: “Antecipando-se à Emenda Constitucional nº 9, de 1977 (art. 1º), e à conseqüente Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, incluiu o divórcio entre as causas terminativas da sociedade conjugal (art. 1.574, IV). Precedendo ainda à Lei nº 6.515 (art. 50, 7), estabeleceu o regime da comunhão parcial de bens como o legal, na inexistência ou nulidade de convenção (art. 1.558). Atribuiu a direção da sociedade conjugal, em colaboração, ao homem e à mulher (art. 1.569), não sendo esta apenas auxiliar do “chefe”. Instituiu o regime de participação final nos aquestos (art. 1.700), assegurando que “cada cônjuge possui patrimônio próprio e dessa forma facilitando que ambos tenham atividades autônomas, como já se verifica. Norma compreensível nesse quadro preceitua que “as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro ou a seus herdeiros” (art. 1.714). Estipulou amplo regime de alimentos entre “parentes” e entre “cônjuges”, como entre “pais e filhos”, considerando o estado de necessidade e as exigências de vida condigna (arts. 1.722 a 1.725), e assim realçando o vínculo de solidariedade na família. E ainda prescreveu que, “para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos” (art. 1.731), aplicado, portanto, o princípio da justiça social.

A Constituição de 1988, contudo, foi além do Projeto, frisamos ainda no Parecer, ao disciplinar “as relações entre os cônjuges e as dos companheiros, bem como as de parentesco, e a situação dos filhos, compreendidos os adotivos”.

Daí ter sido amplamente modificado o texto do Projeto, para o ajustar às proviões constitucionais, sobretudo na determinação de assegurar igualdade entre os cônjuges, tanto quanto em relação aos filhos, abrangidos os adotivos. No cumprimento das cláusulas superlegais, foi indispensável, para exemplificar, a mu-

dança do sistema do Projeto, a fim de suprimir toda menção a filhos de diferentes categorias e a adoção ampla e restrita, desde que só subsiste uma, plena e definitiva. Tornou-se imprescindível, por igual, conceituar a união estável, expressamente prevista na Constituição como “entidade familiar” (art. 226, § 3º). Em procedimento equivalente, porém se atentando nas singularidades da ordem normativa de outros países, estipulou-se que lei especial regulará a adoção por estrangeiro (art. 1.641).

Todas as inovações impostas pela Constituição, ampliando o espírito social do Direito de Família, inclusive prevendo o planejamento familiar, consubstanciam-se entre os atuais artigos 1.510 a 1.795. Repetindo ou desdobrando o Projeto, no particular, cânones maiores, afigura-se dispensável a referência individualada, aqui, aos textos respectivos.

É oportuno esclarecer que o Projeto não cuidou de relações entre pessoas do mesmo sexo porque a Constituição, no plano da família, somente alude a vínculo do homem com a mulher. Assim preceitua ao tratar de “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, § 3º), bem como ao definir que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (art. 226, § 6º).

Certo é que a nova codificação, quer por suas disposições originárias, quer pelas decorrentes da Constituição, imprime novo perfil à instituição da família.

8. Direito das Sucessões

No Livro do Direito das Sucessões, se há regras mantidas do atual regime, como ocorreu noutras partes, notam-se normas inovadoras, na intenção de suprimir poderes e formalidades excessivos, ou de facilitar a declaração de última vontade, em circunstâncias especiais. Nessa esfera, o Projeto atual também modifica o anterior, proveniente da Câmara dos

Deputados, ampliando as restrições ao poder de dispor dos bens.

Entre as normas que merecem realce, apontam-se:

a) a que permite ser o testamento público “escrito manualmente ou *mecanicamente*”, bem como feito “*pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas*, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma” (art. 1876, parágrafo único);

b) a que autoriza ser o testamento cerrado “escrito *mecanicamente*, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas” (art. 1.880, parágrafo único);

c) a que faculta ser o testamento particular escrito também *mediante processo mecânico* (art. 1.888), reduzidas as testemunhas a três (§ 1º), e não podendo a cédula conter “rasuras ou espaços em branco” (§ 2º);

d) a que concede que, “em *circunstâncias excepcionais declaradas na cédula*, o testamento particular de *próprio punho* e assinado pelo testador, *sem testemunhas*, *poderá ser confirmado, a critério do juiz*” (art. 1.891);

e) a que propicia “a quem estiver em viagem, *a bordo de aeronave militar ou comercial*”, poder “testar perante pessoa designada pelo comandante”, feito o registro da cédula no diário de bordo (art. 1.901, com remissão ao art. 1.900).

São relevantes, ainda, outras disposições, como a determinante de que, “mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros” (§ 2º do art. 1.860). De igual ou superior relevância é a regra proibitiva de ser a legítima dos herdeiros necessários incluída em testamento (§ 1º do art. 1.869). Sendo um direito de tais herdeiros, não é justo que a legítima fique exposta a decisão circunstancial em cláusula testamentária.

9. Livro Complementar

Reguladas, em cada domínio próprio, as matérias de índole permanente, no Livro Complementar, são estabelecidas as regras de transição. Por sua natureza, visam a resguardar a segurança das relações jurídicas.

Em princípio, atos e negócios jurídicos celebrados na conformidade da legislação ora vigente são mantidos válidos, “mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução” (art. 2.049). A locação do prédio urbano, que esteja sujeita a lei especial, por esta continua a ser regida (art. 2.050). As disposições de leis “não revogadas por este artigo”, e aplicáveis a empresários e sociedades empresárias, bem como a atividades mercantis, continuam a regular sua situação (art. 2.051). “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916 é o por ele estabelecido” (art. 2.053). Da mesma sorte, estão protegidas as conseqüências da ordem da vocação hereditária na sucessão aberta antes da vigência do novo Código (art. 2.055).

Inovando, porém, em nome do interesse social, o Projeto não havia de manter incondicionalmente todas as situações. Por isso, limita no tempo determinados casos. Assim, as associações, sociedades e fundações, constituídas anteriormente, “terão um prazo de ano” para adaptar-se ao novo regime legal (art. 2.045). Proíbe-se a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, “subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código” ora vigente e leis a este posteriores (art. 2.052).

Demais, prevenindo a hipótese de situações preexistentes absurdas, opostas ao próprio espírito da Constituição de 1988, o parágrafo único do art. 2.049 do Projeto estipula:

“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceito de ordem pública, tais como os estabe-

lecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

E prevê o Projeto que o Código entrará em vigor um ano após sua publicação, revogados, então, o Código Civil atual, a Parte Primeira do Código Comercial de 1850, “e toda a legislação civil e mercantil” por ele “abrangida” ou “com ele incompatível, ressalvado o disposto no presente Livro Complementar” (art. 2.040).

10. Conclusão

Eis a tentativa de expor, sucintamente, as linhas mestras do Projeto, os relevos de seu sistema. O intuito foi mostrar a ossatura principal da codificação, sem larga preocupação doutrinária.

Importante é buscar a demonstração de que o texto, suscetível de aperfeiçoamento, reveste-se de objetividade e contemporaneidade para servir ao corpo social. Como observou Portalis no Discurso

preliminar ao primeiro projeto do Código Civil francês, “a ciência do legislador consiste em encontrar, em cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum”⁵.

O esforço desenvolvido no Senado teve esse objetivo. Se não alcançado, cabe à cultura jurídica oferecer as correções, inclusive com a experiência dos advogados, alicerçada no conhecimento dos fatos.

Notas

¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1986. p. 14-23.

² MOREIRA ALVES, J.C. *Ibidem*, p. 96-99.

³ REALE, Miguel. *O projeto do Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 1986. p. 12.

⁴ MARCONDES, Sylvio. Exposição de Motivos Complementar. In: *Código Civil: anteprojetos*, Senado Federal, v. 5, t. 2, p. 65.

⁵ PORTALIS. *Discours préliminaire au premier projet de Code Civil*. France, Editions Confluences, 1999. p. 23.

Controle das eleições e informação – o papel dos meios de comunicação de massa

Roberto Amaral

Sumário

1. Introdução. 2. A mediatização na sociedade de massas. 3. Os meios de comunicação e o controle da informação. 4. A crise da política.

1. Introdução¹

Um dos expedientes modernos de controle político, decerto o mais eficiente, é aquele exercido sobre as fontes da informação. Quando dizemos controle político, estamos-nos referindo aos meios e instrumentos de conquista e conservação, ruptura e mudança do poder. Quando esse processo se desenvolve em uma sociedade democrática e minimamente representativa, controlar as fontes da informação corresponde a ter em mão os instrumentos construtores, isto é, formadores, da opinião pública, a matéria-prima do processo eleitoral, aquele que conhecemos fundado na soberania popular e no sufrágio. Por outras palavras, controlar as fontes da informação significa construir, cinzelar a opinião pública, transformando a opinião dos indivíduos e a opinião difusa das massas em opinião pública, qualificada politicamente, e, por óbvio, e por essas razões, manipulada, isto é, condicionada, porque em sua definição interferem elementos externos e estranhos ao processo social. É que opinião pública não é a soma das opiniões individuais, mas a opinião que uma coletividade assume sobre determinados temas, em função das informações

Roberto Amaral é advogado, jornalista e escritor, ensaísta e ficcionista, professor da PUC-Rio e vice-presidente nacional do Partido Socialista Brasileiro, PSB.

que lhe são transmitidas, como lhe são transmitidas.

Opinião pública subentende hegemonia ideológica.

De outra parte, a informação com que trabalham os meios de comunicação não constitui puro elemento, puro dado, pura descrição – por força até da inexistência de informação pura, pura narração; informação compreende conotação e denotação, ou seja, toda informação (isto é, todo elemento objetivo) é transformada em opinião para poder formar opinião pública. E opinião pública, na sociedade de massas, é a opinião publicada, a opinião mediatizada pela comunicação de massas. Ao fim e ao cabo: opinião pública é uma versão, ideológica, valorada, da realidade, construída pelos meios de comunicação de massa.

Ora, a opinião pública, essa opinião assim construída, é a matéria-prima do processo eleitoral, sem ela e sem este a democracia de raiz representativa falece de inanição.

Por todos esses motivos, os meios de comunicação passam a desempenhar, nas sociedades de massa, papel relevante, como sujeito ativo da arena política. Esse papel é de ator, de pleiteante, de interveniente. Controlando as nascentes da informação e o processo de sua difusão, e controlando, portanto, a formação da opinião pública – raiz da opinião eleitoral, de que deriva, no processo democrático, a definição do poder –, os meios de comunicação estão, finalmente, definindo a política. Fazendo a história.

Em nosso país, é de se observar que os meios de comunicação de massa, ademais de suas características universais, têm o seu império sobre a opinião pública facilitado pela tradição ágrafa de nossa sociedade, sociedade de iletrados e semiletrados, de analfabetos e analfabetos funcionais, e de alfabetizados que não lêem². Estamos-nos referindo, evidentemente, ao papel que entre nós desempenham os meios eletrô-

nicos, notadamente o rádio e a televisão. Esse poder de mediação entre a sociedade e a realidade – e real não é o fato em si, mas o fato narrado, e segundo a narração – é exercido de forma oligopolística, porque, na sociedade de massa, não há possibilidade de outro contato da sociedade com a realidade a não ser por intermédio desses meios, da versão que esses meios constroem da realidade. Mas os meios, que, em frente à sociedade, exercem o monopólio da fala, do discurso único, unidirecional que esconde o debate, evita o pluralismo, são eles próprios explorados de forma monopolística.

É nesse contexto que se dá o processo eleitoral, que não compreende, simplesmente, a votação, nem só a campanha eleitoral, mas que começa, dentro dos partidos, pela escolha dos candidatos, influenciada pelos meios de comunicação. São diversas as formas de interveniência, ora destacando nomes, ora condicionando a escolha àqueles candidatos que, ainda quando não sendo os melhores quadros partidários, são os que despontam como de melhor desempenho na televisão³.

O processo de construção das candidaturas, ainda no âmbito interno dos partidos, tem início com as pesquisas de opinião, que, manipuladas ou não, manipulam a vontade partidária, induzindo escolhas, pois a escolha recai naquele candidato de bom desempenho nas sondagens de opinião, montadas pelos meios de comunicação e divulgadas pelos meios de comunicação. Essas pesquisas, a seqüência delas, uma verdade em si: porque está bem na pesquisa, o candidato estará supostamente bem no processo eleitoral, e isso passa a ser argumento decisivo nas decisões partidárias; e porque está bem numa pesquisa, influencia a pesquisa seguinte, e porque está bem na pesquisa, é citado no jornal, é convidado para os debates (quando os há) assim por diante. Mas o inverso é igualmente verdadeiro: porque está mal nas pesquisas,

porque esteve mal numa pesquisa, o candidato está ameaçado de continuar mal nas pesquisas seguintes e no desempenho eleitoral: os convites para entrevistas e debates, lembramos, tanto quanto a cobertura na imprensa, gráfica e eletrônica, estão na razão direta do tamanho do partido e da posição do candidato nas pesquisas... Há campanhas que, por essas razões – argüidas pelos meios de comunicação como critério editorial, orientação de pauta e parâmetro para a distribuição de espaço e tempo –, são literalmente ignoradas.

Outra questão, que não é objeto dessas considerações, é o processo de construção das pesquisas.

A boa ou má presença nas pesquisas de opinião é, de outra parte, pré-condicionada pelos meios de comunicação, pois refletem, necessariamente, o espaço antes dedicado ao candidato, ou ao pré-candidato, ou político, seja nos noticiários, seja nas entrevistas. O critério nem sempre é rigorosamente jornalístico, no sentido da necessária vinculação do personagem ao fato. Necessidade dupla: pois, se de um lado justifica a presença no meio, também justifica sua ausência. A televisão trabalha com outros condicionantes, como a imagem e a precisão oral. A primeira exige um mínimo de empatia do entrevistado, e a segunda, a precisão nas respostas, assegurando eficiência expositiva, que se mede pela associação do discurso claro e direto com o mínimo de tempo necessário. O bom entrevistado é aquele que já tem a resposta articulada, podendo expô-la em 15-30 segundos⁴. A televisão faz o candidato à sua imagem e semelhança, isto é, ele deve ter as características exigidas dos atores e dos apresentadores, e todos, atores, apresentadores, políticos, entrevistas e entrevistadores, programas e conteúdos, portanto a política, também, devem servir ao grande deus e senhor da *mídia*: a audiência.

E não há outra explicação para o fato de todos os legislativos brasileiros, das

Câmaras municipais ao Senado, e os postos executivos, Prefeituras e governos estaduais, estarem sendo ocupados por um número crescente de radialistas, publicitários, jornalistas, atores, apresentadores e personagens diversos do mundo da televisão e dos meios de comunicação em geral.

A lado dessa seleção de natureza mais ou menos objetiva, há a seleção subjetiva, de ordem ideológica, que atende a interesses objetivos da empresa proprietária do canal; a seleção política daqueles que podem ser entrevistados e daqueles que podem ser convidados para seus raros programas de debates, e a emissora, quanto mais disponha de boa audiência, mais rigorosa é nessa seleção. E para esse efeito todos os canais são situacionistas, seja em face de seus interesses comerciais, seja em face de sua identificação ideológica com o governo, seja pela pura e simples consciência da fragilidade de sua condição jurídica de titular de uma concessão de serviço público cassável pelo poder concedente, a todo-poderosa União. Mas, quase sempre, trata-se mesmo de convergência de interesses.

De uma forma ou de outra, o objeto da televisão, mesmo nos noticiários, é a audiência, e a audiência exige bom desempenho de seus atores.

Não se afirma, aqui, a absoluta inexistência de opinião livre e, por decorrência, a ilegitimidade do processo eleitoral.

Diz-se que tanto a construção da opinião pública (essência da opinião eleitoral), quanto o processo eleitoral em si, observam essas matizações. Diz-se, mais, que esse processo, que compreende a exclusão, e que alimenta a exclusão, é apenas uma peça, talvez a mais importante, mas sempre uma peça, no sistema autoritário brasileiro, um autoritarismo larvar, que percorre toda a sociedade brasileira, desde a formação colonial aos nossos dias. É, pois, nesse contexto que examinaremos o papel da informação e da formação da opinião pública no processo eleitoral brasileiro.

2. A mediatização na sociedade de massas

Os meios de comunicação de massa guardam rigorosa coerência com essa sociedade. Irmãos siameses do mesmo autoritarismo, têm um objeto comum: a exclusão.

A exclusão econômica, a exclusão de gênero, a exclusão étnica se completam com a exclusão política que danifica o processo eleitoral.

A sociedade de massas, fenômeno da última metade do século findo, ao impor, por necessidade de sua lógica, o império da mediação, revelou à luz do sol a ilegitimidade da democracia semidireta ou representativa. Ela deriva da interferência do poder econômico, desde sempre, e, de último, do poder político dos meios de comunicação de massa, monopolizados ou oligopolizados, apartando o representante da vontade do representado, anulando o poder da vontade autônoma do cidadão, seja a vontade individual, seja a vontade geral (*‘volonté générale’*) de fonte rousseauneana.

Quando falamos da interferência dos meios, estamos referindo-nos ao seu poder de manipular, isto é, alterar a vontade original; também estamos dizendo de sua capacidade de subtrair e fraudar a vontade popular, anulando em sua sede a soberania do voto e da vontade eleitoral.

É esse o novo papel dos meios de comunicação de massa, politizados e partidarizados, construtores do discurso único, do discurso unilateral, do discurso monocórdio do sistema. Esses meios – que tão relevantes serviços prestaram à democracia – há muito abandonaram o clássico papel de intermediação social. São hoje atores. Não reportam: interferem no fato e passam a ser o fato; não narram, invadem o andamento do fato em narração; não informam, constroem a opinião; não noticiam, opinam. O fato, a realidade, o acontecimento, o evento, não é o fato acontecido, a ocorrência em si, mas o fato que logrou ser narrado e, principalmente,

como foi narrado. Mais do que nunca a realidade não é o fato, mas sua versão.

Tal fenômeno, grave em sua descrição, preocupante em qualquer país desenvolvido, assume, no Brasil, contornos de extremo perigo quando, em sociedade ágrafa, semi-alfabetizada e semi-letrada, desafeita à leitura quando letrada, os meios de comunicação de massa, principalmente os audiovisuais, o rádio e a televisão, associados aos meios impressos, estão entregues a um sistema de oligopólio que transita para o monopólio, sob todos os aspectos: monopólio da propriedade, monopólio da audiência ou da circulação, monopólio da informação, monopólio dos conteúdos⁵.

Em suas mãos, a construção da opinião pública⁶.

Pelo que a representação é uma farsa. A ‘democracia’ fundada nessa farsa é uma fraude.

3. Os meios de comunicação e o controle da informação

Como já afirmamos, os meios de comunicação de massa há muito renunciaram ao seu antigo papel de responsáveis, mais ou menos isentos, pela intermediação entre a sociedade e o Estado, entre a política e a cultura. São o novo espaço da *pólis*, com pensamento próprio, com projeto próprio.

Em síntese e em resumo, a comunicação de massa, como a política, é um bem de consumo, matizado pelo neoliberalismo, isto é, pela apropriação desigual dos bens de consumo, de bens simbólicos e de cidadania.

O mercado consome tudo, inclusive bens simbólicos.

Se a informação é um bem de consumo, e assim manufaturada, é também um produto consumido desigualmente, como o sabonete, o pão, a casa própria, o emprego, o salário.

Atividade empresarial – comercial/industrial – que persegue o lucro, o meio de comunicação é uma empresa, como

um supermercado ou uma fábrica de pães: sua função é produzir e vender uma mercadoria, que, como poderia ser pão, ou manteiga ou cigarro, é opinião; o meio tem interesses concretos a representar e defender, e a defesa desses interesses é que preside sua programação, dos *shows* aos noticiários, nos quais revela suas preferências políticas, a serviço de seus interesses políticos e mercantis.

Daí a uniformidade de linhas políticas de todos os canais de televisão.

Esse unilateralismo é servido, de outra parte, pelo monopólio. O sistema nacional de televisão, com mais de trezentos canais, é controlado por duas/três redes, das quais apenas uma tem mais de 70% da audiência nacional. Fora das redes, os demais canais se constituem em suas repetidoras, exercendo nos Estados o mesmo papel de monopólio que se verifica no plano nacional.

O sistema nacional de televisão é fundado na concentração de propriedade, no monopólio da audiência, na superposição do nacional sobre o regional, das redes sobre a produção local, da produção em cruz⁷ sobre a produção independente, do entretenimento sobre a produção cultural, do privado sobre o público. Um sistema monopolístico que incorporou ao seu poder, como se legitima fora, a capacidade de, narrando ou omitindo a revelação do fato, interferir no seu andamento, produzir a realidade, pois real não é o fato em si, mas o fato narrado, mas narrado como decidiu narrar a rede.

O mesmo sistema nacional se reproduz, tal qual, em cada Estado, pois em cada Estado um subsistema, à imagem e semelhança do sistema central, controla, à sua vez, a televisão local, a radiofonia local, a imprensa local, e, por consequência, a política local; quando não, a ela está intimamente ligado, num perfeito sistema de vasos comunicantes. É a nossa realidade fractal, mediante a qual o sistema central monopolístico se reproduz em cada sistema local, cuja soma é o

sistema nacional controlador, que se repete *ad infinitum*, fractalmente⁸, em todo o país, em cada Estado, em cada município, em cada vila.

Essas análises se justificam para pôr de manifesto a importância do horário eleitoral gratuito, o único espaço de que dispõe o partido para se apresentar, sem mediações; o único espaço que se lhe é oferecido para revelar ao eleitorado, e defendê-las, as suas respectivas visões de realidade, suas visões de mundo e sociedade.

Essa questão é tão mais importante quanto, em país ágrafo, nossas eleições são crescentemente eletrônicas, no sentido de que sofrem cada vez mais, e de forma incoercível, a influência da televisão.

Essa influência se observa no período eleitoral, mas igualmente no período pré-eleitoral. Ela se manifesta na cobertura de determinadas candidaturas, mas igualmente se observa na indução das candidaturas. A primeira das influências é a necessidade de escolha de um candidato que, grato ao sistema, tenha fácil diálogo com o meio, domine sua linguagem oral e formal. Essa opção, o próprio meio a faz, antes dos partidos e dos candidatos, escolhendo aqueles aos quais dará espaço em seus programas e em seus noticiários.

Não se encerra aí o papel dos meios de comunicação. Eles atuam fora do período eleitoral (referimo-nos agora aos programas partidários, Lei nº 9.096/95, art. 45), e, durante o período eleitoral, é no rádio e na televisão que se processa, verdadeiramente, a campanha eleitoral. Referimo-nos à propaganda eleitoral gratuita (Lei nº 9.505/97, art. 47).

A campanha sai das ruas, sai dos comícios, para se centrar nos veículos, e o desempenho eleitoral muitas vezes está na razão direta do tempo de rádio e televisão disponível e da qualidade formal do programa.

Por isso mesmo, o tempo de duração do horário eleitoral gratuito vem diminuindo eleição por eleição, como, legislação por

legislação, vem diminuindo o espaço para as redes nacionais e estaduais de rádio e televisão convocadas para a divulgação dos programas partidários. Na última alteração, o tempo desses programas, que era de 1 (uma) hora, caiu para uma média de 10 minutos. Em alguns casos, não passa de 1 (um) minuto.

É vasta a literatura científico-acadêmica brasileira e internacional sobre o papel dos meios de comunicação de massa, a televisão em primeiro plano, intervindo no processo eleitoral e alterando a formação da vontade eleitoral⁹.

As emissoras, no plano nacional e principalmente nos planos locais, atuam como verdadeiros partidos políticos e interferem diretamente no processo eleitoral. Na sua grande maioria, os canais de rádio e os de televisão espalhados Brasil afora, meros repetidores das grandes redes, pertencem a políticos situacionistas e foram distribuídos pura e exclusivamente por critérios partidários, que privilegiam os grandes partidos, reforçando a unilateralidade ideológica e partidária e, em muitos casos, de subgrupos partidários que, nas suas regiões, nos seus Estados, nos seus Municípios, dominam de forma monopolística os meios de comunicação de massa. São hoje inumeráveis os estudos acadêmicos e científicos sobre os critérios clientelistas e fisiológicos de distribuição de concessões como moeda política. Paulino Motter¹⁰ estuda o período Sarney, para afirmar que nenhum outro governo distribuiu tantos canais em tão pouco tempo, nem fez uso político de forma tão explícita. No período da Constituinte (1988), por exemplo, foram beneficiados nada menos de 91 parlamentares. Desses, apenas quatro deixaram de votar nos dois principais projetos de interesse do governo: (a) o que aumentava o mandato do titular da Presidência, de quatro para cinco anos, e (b) o que mantinha a forma presidencialista de governo, defendida pelo Presidente concedente. Os parlamentares beneficiários, por óbvio, pertenciam aos grandes parti-

dos. Jayme Brener e Sylvio Costa¹¹ demonstram que a grande maioria dos canais de TV foi distribuída a políticos em dezembro de 1996. O fato seria corriqueiro se não estivéssemos, então, a um mês da difícil votação em primeiro turno da emenda constitucional permissiva da reeleição, na Câmara dos Deputados. Nesse período, foram outorgadas pelo governo do presidente Fernando Henrique Cardoso aproximadamente 400 repetidoras, sobretudo para empresas e entidades controladas por políticos e para prefeituras. Em todo o período, o governo distribuiu 479 RTVs, beneficiando prefeituras do PMDB (131), PPB (84), PFL (55), PSDB (63), PDT (39), PTB (53) e 55 com outros partidos. Mas a melhor síntese até aqui produzida sobre essa política que visa fortalecer o atrasado, o arcaico, o retrógrado e o mandonismo, num país que perigosamente passou a adotar o princípio da reeleição dos titulares de mandatos executivos, foi oferecida por José Bonifácio Sobrinho, ex-vice-presidente da Rede Globo de Televisão:

“A política de concessões foi orientada para privilegiar as oligarquias e os monopólios. Se o jornal era dócil, o dono ganhava uma rádio. Se o jornal e o rádio eram dóceis, ganhavam uma TV. Se o jornal, o rádio e a TV são dóceis, têm chance de ter uma TV a cabo”¹².

O controle dos meios de comunicação se efetiva por meio da propriedade dos meios e de seus conteúdos.

A intervenção na programação das emissoras de televisão – concessionárias ou permissionárias de serviço público – tem fulcro na natureza do serviço e da concessão, e no princípio constitucional da igualdade de todos, que deve ser assegurada pelo Estado, constituindo-se em corolário do regime jurídico de direito democrático¹³.

A ação da televisão, intervindo no andamento do processo eleitoral, manifesta-se, contemporaneamente, não apenas por meio de seus noticiários (telejornais) – nos quais políticos, partidos e temas são privi-

legiados ou omitidos –, ou dos debates, mesas-redondas e programas similares, com convidados selecionados segundo os interesses políticos da empresa, mas, igualmente, com a mesma eficiência persuasiva, em seus programas de entretenimento, como os humorísticos, as novelas e minis-séries, também usados para ridicularizar adversários ou temas.

A partilha do tempo reservado ao horário eleitoral gratuito, um pouco mais de 49 minutos e 36,6 segundos três vezes ao dia, foge a todo critério de isonomia, que mais ou menos vinha presidindo a redação legal. A regra passa a ser a participação desproporcional dos partidos e candidatos no horário gratuito de televisão, pois eles participarão de acordo com suas respectivas representações na Câmara dos Deputados no início da Legislatura que estiver em curso. No caso das eleições municipais de 2000 e das gerais de 2002, é a composição da Câmara dos Deputados na Legislatura que se instalou em 15 de fevereiro 1995 (art. 57 da CF), que varia de 108 parlamentares (PMDB) a 1 parlamentar (PV, PRP e PRN).

Uma das conseqüências dessa distribuição grosseiramente assimétrica do tempo da propaganda eleitoral gratuita é a distorção do sentido político das coligações partidárias, as quais passam a ser buscadas, não em função de programas, não em face de afinidades políticas e ideológicas, mas para atender à necessidade de construir um banco ou fundo de tempos de rádio e televisão, sem o qual não há possibilidade de participação no pleito. Não se trata, porém, do mais grave dos prejuízos.

Do nosso ponto de vista, o cerne da questão está na violência legal que se abate contra os partidos, isto é, contra a vida partidária e o processo democrático, eivando de vício a campanha eleitoral quando privilegia os grandes partidos no cálculo do tempo no horário eleitoral gratuito – um serviço público –, que deveria ter sua utilização presidida pelos princípios

da equidade e da isonomia. Relembre-se que o horário eleitoral gratuito é o único momento em que a propaganda pode ser feita pelos partidos, porque os governos, em todas as suas instâncias, podem fazê-la, e a fazem, o ano inteiro, divulgando-se, e se promovendo, em campanhas de sustentação de apoio da opinião pública que, desferidas durante a administração, estão voltadas para o período eleitoral, quando ainda podem ir ao ar, com as limitações que a lei passa a prescrever.

A consciência majoritária tem tanta clareza quanto ao papel do rádio e da televisão no processo político-eleitoral que adota o mesmo princípio discriminatório para o cálculo dos programas partidários fora do período eleitoral (Lei nº 9.096/95, arts. 45 a 49) e na distribuição do Fundo Partidário, uma herança do Código Eleitoral de 1965, promulgado pelo regime castrense.

A impossibilidade de um mínimo de concorrência fica evidente com a simples avaliação dos dispositivos da Lei nº 9.504/97 aos pleitos eleitorais, a qualquer deles. Apliquemos a regra para as eleições presidenciais. Foi a seguinte a distribuição do tempo, por partido, nas eleições de 1998, quadro que pouco difere para as eleições de 2002:

Partido	Tempo no horário eleitoral
PMDB	7min.16s
PFL	6min.36s
PSDB	5min.
PPB	6min.42s.
PT	4min.10s.
PTB	3min.11s.
PSB	1min.58s
PL	1min.49s.
PCdoB	1min.38s.
PMN	1min.14s
PSD	1min.11s
PPS	1min.07s
PSC	1min.11s
PV	1min.02s
PRP	1min.02s
PRN	1min.02s.

Foi também esse o tempo dos partidos para as eleições para a Câmara dos Deputados, e assim, de novo, num círculo vicioso, porque têm poucos deputados, os pequenos partidos continuarão com poucos deputados. Acrescente-se a essa distorção a aplicação do art. 13 da Lei nº 9.096/95, que limita o funcionamento parlamentar, em todas as Casas legislativas para as quais tenha elegido representantes, ao

“partido que, em cada eleição para a Câmara dos deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”¹⁴.

4. A crise da política

A política, assim esvaziada, deixa de ser instrumento de realização dos fins sociais; abastardada, passa a ser a arte da mentira, do engodo, da farsa, da fraude, dos subterfúgios, da coisa sempre menor, dos projetos individuais, da traição aos interesses coletivos. A política é reduzida a um inócuo exercício institucional, organizando eleições defraudadas e corrompidas, das quais emergem governos fraudulentos e corruptos, em eleições que não valem nada porque nada mudam. Assim, o povo vai sendo expulso da ágora e cada vez menos se identifica com seu mandatário, ou com as instituições do governo – e como se identificar com a corrupção, com a traição do interesse público, a privatização do público pelos interesses do capital? As administrações controladas pelos interesses do empresariado, o tráfico de informações privilegiadas proporcionado por funcionários públicos em funções estratégicas, que transitam do serviço público para o empresariado privado e vice-versa. O desvio, para fins privados, dos bens, benefícios e serviços públicos. O nepotismo, o favorecimento, o clientelismo e a desmoralização do interesse público e do

interesse nacional anatematizados como arcaísmo, o fim das conquistas republicanas, o fim do serviço público – o fim da igualdade dos direitos, o fim do direito à educação, do direito à saúde, à cultura, à arte, e finalmente, o fim do direito ao trabalho – instalam na população a crise de desconfiança no Estado e na prioridade do bem público. Poucos se dão conta do novo autoritarismo porque estão preservados os marcos da democracia formal.

O povo, o grande desenganado, ainda vota, e os meios de comunicação circulam sem censura estatal, até porque dispensável. Organizando essa fraude, a ação concertada dos meios de comunicação e da intelectualidade, inclusive acadêmica, construindo o discurso único, dogmático, o monopólio da informação abundante e insignificante, desintegrada e desintegradora, dispersa e desestruturada e desestruturante. Uma visão cada vez mais despolitizada, incolor e inodora, desestoricizada e desestoricizante, instantaneísta e descontínua, atomizada e atomizante do mundo, o mundo mediático que, virtual, sobrepõe-se ao mundo real.

Daí a videopolítica e a videodemocracia, a opinião pública é a opinião dos que controlam os grandes meios de comunicação, verdadeiros partidos ou o partido único, portador do discurso ideológico dominante, homogeneizado ou homogeneizador: a inevitabilidade da globalização, o fim do estado-nação, o fim da história, a privatização e a desnacionalização – como imperativos – donde o fim do debate e do contraditório. Há uma unanimidade planetária dos grandes meios de comunicação – impressos e tecnológicos –, em torno dos primados ideológicos da nova ordem internacional. A mesmice da imprensa brasileira é a reprodução colonizada das matrizes do pensamento internacional, de onde copiamos idéias, hábitos, costumes, visão de mundo, política, regime, amor e ódio. A política, assim, é o simulacro da política. A democracia – sem diálogo e sem

representação – nega a democracia. A comunicação não informa: a ampla liberdade de imprensa é o manto que encobre a ausência de debates, o contraditório e o confronto das idéias. A cidadania é um puro engodo, quando os cidadãos poderiam aspirar a mais direitos.

Nesse *videoshow*, a política é excedente; um espetáculo pouco excitante para atrair a audiência. Pede reflexão, quando a telinha quer oferecer sentimento, paixão, compaixão. Por isso, conflito de lógicas antípodas, a televisão limpa a política de seu conteúdo e trata de transformá-la em espetáculo.

Daí a ideologia única, o discurso único, a economia única, o mercado globalizado como religião, o monopólio da ortodoxia tecnocrática exercido pelos novos evangelistas do novo mundo, a tecnoburocracia, os altos funcionários das grandes empresas, os executivos dos organismos internacionais, empunhando as bíblias e os alcorões do fundamentalismo neoliberal. A globalização apresenta-se como uma fatalidade, o fim do estado-nação diz-se inevitável, a dependência parece de necessidade. Tudo isso, apesar do fracasso do modelo neoliberal.

É, uma vez mais, a vitória do discurso sobre a realidade, é a servidão voluntária.

Notas

¹ O processo eleitoral é predefinido pela concorrência de dois fatores, de presença quase sempre simultânea, o poder econômico e a intervenção dos meios de comunicação. Se esses dois elementos definem o processo eleitoral, decidem antes a nominata dos candidatos, porque o pré-requisito não é a vida partidária mas as boas relações com o poder econômico (que também pode ser alcançado pela via corporativa) e os meios de comunicação. Quem, não tendo acesso direto aos meios de comunicação de massa, tem acesso a recursos econômicos consegue acesso a estes. Neste texto, nosso objeto é a presença dos meios de comunicação de massa no processo eleitoral. O leitor interessado em estudar a interferência do poder econômico no processo eleitoral brasileiro poderá consultar, entre outros estudos,

TAFNER, Paulo Sérgio Braga. *Proporcionalidade e exclusão no sistema eleitoral brasileiro*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997. Dissertação de Mestrado, versão xerográfica.

² Enquanto as camadas majoritárias da população não têm acesso à imprensa escrita, seu único meio de contato com a realidade, com o mundo, é por meio da tevê aberta (delas também estão distantes a *Internet* e a televisão por assinatura), que não lhes oferece um contato com o mundo, mas uma visão de mundo, de um mundo reconstruído à sua imagem (da tevê) e segundo seus interesses.

³ A esse propósito, um excelente estudo é oferecido por PAOLOZZI, Vitor. *Murro na cara: o jeito americano de vencer eleições*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

⁴ O leitor que desejar aprofundar o tema encontrará subsídios em obras recentes de BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Barcelona: Editorial Anagrama S.A., 1997, e *Contrafuegos*. Barcelona: Editorial Anagrama S.A., 1999.

⁵ Cf. AMARAL, Roberto, GUIMARÃES, César. *Brazilian television: a rapid conversion*. Apud FOX, Elizabeth (Editor). *Media and politics in Latin America*. London: SAGE Publications, 1988.

⁶ Discutimos os mecanismos de construção da opinião pública em O poder da mídia e o controle da opinião pública. *Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1997.

⁷ Como tal estamos designando o processo mediante o qual o mesmo sistema de televisão, verticalizando toda a produção por ele veiculada, atua ainda em todos os demais meios de comunicação de massa, rádio, imprensa gráfica, discografia, na mesma cidade, no mesmo Estado e nacionalmente. Exemplo paradigmático é oferecido pelo Sistema Globo.

⁸ Como tal designamos o modelo de controle dos meios mediante o qual o sistema central-nacional se reproduz em cada sistema regional, local. Cf. AMARAL, Roberto. A (des)ordem constitucional-administrativa e a disciplina da radiodifusão: análise e (alguma) prospectiva. In: *Comunicação & política*. [S.l.: s.n.], v.1, n. 1, ago./set. 1994. p. 125-146.

⁹ A revista *Comunicação & política*, do Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos-CEBELA, vem há anos se dedicando a esse estudo. Relativamente às eleições de 1998, cf. VENTURI, Gustavo. Imagem pública, propaganda eleitoral e reeleição na disputa presidencial de 1998. *Comunicação & política*. [S.l.: s.n.], v.5, n.3, set./dez. 1998. p. 30 e ss.

¹⁰ O uso político das concessões das emissoras de rádio e televisão no governo Sarney. In: *Comunicação & política*. [S.l.: s.n.], v. 1, 1994. p. 89-116. Nova série.

¹¹ Coronelismo eletrônico: o governo Fernando Henrique e o novo capítulo de uma velha história. In: *Comunicação & política*. [s.l.: s.n.], v.4, n. 2, p. 29-53. Nova série.

¹² *Veja*. 3 de dezembro de 1997. p.9-11.

¹³ Um resumo da malha legal reguladora do sistema brasileiro de rádio e televisão se encontra em AMARAL, Roberto. O ordenamento constitucional-administrativo brasileiro e a disciplina dos meios de

comunicação de massa. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Perspectivas do Direito Público*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 465 e ss.

¹⁴ Ver a Disposição transitória constante do art. 57 da Lei nº 9.096/95.

Análise da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: a contratação de servidores públicos pela CLT

Gilberto Guerzoni Filho

Sumário

1. A Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. 2. A contratação de servidores pela CLT no regime constitucional anterior. 3. A implantação do Regime Jurídico Único sob a Constituição de 1988. 4. As críticas ao Regime Jurídico Único e a Emenda Constitucional nº 19, de 1998. 5. A impossibilidade da contratação de servidores públicos pela CLT sob a vigente Constituição. 6. A inconveniência administrativa e o custo da implantação do regime celetista para os servidores públicos. 7. A implantação do regime celetista na Administração Pública e a questão previdenciária. 8. Problemas pontuais na Lei nº 9.962, de 2000. 9. Conclusão.

1. A Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000

Foi promulgada a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que “disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração Federal direta, autárquica e fundacional”.

O citado diploma legal determina que o pessoal admitido para emprego público na administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário e que leis específicas disporão sobre a criação dos empregos no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos.

Gilberto Guerzoni Filho é Consultor Legislativo do Senado Federal.

Veda a lei que sejam submetidos ao regime por ela regulamentada os cargos públicos de provimento em comissão e os servidores atualmente regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estabelece o vigente regime jurídico dos servidores públicos federais da Administração direta, autárquica e fundacional.

Prevê, ainda, que a contratação de pessoal para emprego público deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos e que a dispensa de empregado público somente será admitida, mediante processo administrativo, nas hipóteses de prática de falta grave, entre as elencadas no art. 482 da CLT, de acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, de necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa e de desempenho insatisfatório, não se aplicando, entretanto, essas normas para dispensa do empregado às contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal.

Finalmente, estabelece a norma que é vedada a adoção de medida provisória para a criação de empregos públicos ou para a transformação de atuais cargos em empregos públicos.

Vale observar que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República sancionou a proposição que deu origem à Lei nº 9.962, de 2000, com o veto de dois de seus dispositivos, a alínea “a” do inciso I do § 2º, que vedava fossem submetidos ao regime de emprego público os servidores que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolvam atividades exclusivas de Estado, nos termos das leis mencionadas no art. 247 da Constituição Federal, e o § 4º do art. 1º que determinava que, a critério da administração, os atuais contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público cujo tempo de exercício supere o inicialmente previsto poderão ser transformados em empregados públicos permanentes, desde que a contratação tenha ocorrido

mediante processo seletivo externo realizado por meio de provas ou de provas e títulos.

Na mensagem nº 247, de 22 de fevereiro de 2000, o Chefe do Poder Executivo, citando a manifestação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, assim justificou o veto:

“Impõe-se o veto aos dispositivos supracitados por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público.

A alínea ‘a’ do inciso I do § 2º do art. 1º deve ser vetada por contrariar o interesse público, uma vez que veda o regime de emprego público aos servidores que desenvolvam atividades exclusivas de Estado, nos termos definidos pelas leis que venham a regulamentar o art. 247 da Constituição Federal. Tais atividades, no momento, estão em processo de regulamentação por intermédio do Projeto de Lei Complementar nº 43, de 1999. Esta matéria, que tramita no Senado Federal, inclui um grande número de cargos, carreiras e atividades, o que na prática tiraria da Administração Pública a necessária flexibilização para o seu bom funcionamento, uma das principais justificativas para a criação do regime de emprego público, objeto do Projeto de Lei nº 57, de 1999.

Embora o PL nº 57, de 1999, trate da criação de um novo regime de emprego, a referida alínea poderá vir a criar dificuldades de natureza jurídica para a implementação deste novo regime, o que visivelmente contraria o interesse público.

O disposto no § 4º do art. 1º deve ser vetado por inconstitucionalidade, uma vez que fere o inciso II, do art. 37, da Carta Magna, que condiciona a investidura em cargo ou emprego público à ‘aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego,

na forma prevista em lei...'. Não há equivalência possível entre as expressões 'concurso público' e 'processo seletivo simplificado', sem ferir os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, insertos no *caput* do mencionado art. 37, da Constituição.

Não há como aproveitar, por intermédio de transformação, os empregos temporários originados de contratos regidos pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, ou os decorrentes dos revogados arts. 232 a 235 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que se referem à contratação temporária de excepcional interesse público, como empregos permanentes, sem violar a Constituição Federal.”

De acordo com a Exposição de Motivos dos Senhores Ministros de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República e da Administração Federal e Reforma do Estado, que acompanhou a proposição que deu origem à Lei em debate, em face da supressão feita pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, do dispositivo que prescrevia a instituição de regime jurídico único para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional de cada ente federado,

“(...) o presente projeto de lei tem por escopo adotar o modelo 'celetista' para a grande maioria dos empregos efetivos no serviço público. O regime comum passa a ser o da legislação trabalhista.

Essa fórmula confere maior flexibilidade à relação de emprego no âmbito do Estado, a par de transferir ao regime previdenciário comum os servidores regidos pela legislação trabalhista. Tais vantagens representam considerável economia para as finanças públicas, em momento crucial de ajuste de contas, dado o déficit elevado da previdência do setor público, incapaz de se auto-sustentar, por falta estrutural de concepção.”

Efetivamente, a principal diferença entre os dois regimes está em seus pressupostos. O regime estatutário é um regime unilateral, no qual o servidor adere a determinadas condições impostas por lei e que podem ser alteradas somente pela Administração. As pendências são decididas pela Justiça Federal. Já o regime celetista é contratual e, como contrato, não pode ser alterado unilateralmente. As respectivas pendências são decididas pela Justiça do Trabalho.

2. A contratação de servidores pela CLT no regime constitucional anterior

Na verdade, a contratação de servidores públicos na Administração direta, autárquica e fundacional não é novidade.

A partir dos Governos Militares, surgidos como consequência do Movimento de 1964, iniciou-se uma tentativa de modernização da Administração Pública brasileira, que tinha como objetivo tornar a máquina administrava mais ágil, mais próxima dos critérios existentes para a iniciativa privada, o que possibilitaria aumentar a sua eficiência e eficácia. Acreditava-se, na época, que um dos fatores que dificultavam o desempenho do serviço público prendia-se à pouca flexibilidade permitida pelo então vigente Estatuto dos Funcionários Públicos da União, aprovado pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952.

Assim, a partir de 1967, facultou-se à Administração Federal admitir servidores pela Consolidação das Leis do Trabalho, ao lado daqueles estatutários. Essa duplicidade de regimes teve origem na Constituição de 24 de janeiro de 1967, que previa, em seu art. 104, *verbis*:

“Art. 104. Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada.”

Nesse sentido, já dispunha o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, no

campo da Administração Pública, sistematizou as diretrizes de Governo sobre a matéria, em seus arts. 96 e 97:

“Art. 96. Nos termos da legislação trabalhista, poderão ser contratados especialistas para atender às exigências de trabalho técnico, em institutos, órgãos de pesquisa e outras entidades especializadas da Administração Direta ou autarquia, segundo critérios que, para esse fim, serão estabelecidos em regulamento.

Art. 97. Os Ministros de Estado, mediante prévia e específica autorização do Presidente da República, poderão contratar os serviços de consultores técnicos e especialistas por determinado período, nos termos da legislação trabalhista.”

Posteriormente, o que era exceção tornou-se regra e o que era regra, exceção. O art. 106 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, em seu art. 106, dispôs:

“Art. 106. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

Regulamentando a matéria e, de fato, estendendo ainda mais o dispositivo constitucional, estabeleceu a Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974:

“Art. 1º Os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica reger-se-ão por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista em vigor.

Art. 2º Para as atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no Setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e contribuições previdenciárias, e no Ministério Público, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e vantagens sejam os defini-

dos em Estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal.

Art. 3º Para as atividades não compreendidas no artigo precedente só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

.....
Art. 4º A juízo do Poder Executivo, nos casos e condições que especificar, inclusive quanto à fonte de custeio, os funcionários públicos estatutários poderão optar pelo regime do artigo 3º.”

A utilização do regime celetista, celebrado como o moderno, em contraposição ao estatutário, arcaico, teve tal sucesso que, no momento da implantação do regime jurídico único pela Lei nº 8.112, de 1990, dos cerca de 700.000 servidores civis ativos da União, não mais de 150.000 ainda eram regidos pela Lei nº 1.711, de 1952.

O que ocorreu, na prática, foi que grande parte dos servidores admitidos pelo regime celetista o foram sem concurso público e sem direito à estabilidade. De fato, praticamente a totalidade dos servidores admitidos pelas fundações, forma jurídica em que se constituíram grande parte das entidades criadas na época, entrou no serviço público, na melhor das hipóteses, por um processo seletivo simplificado, em que não esteve presente o pressuposto da impessoalidade, nem qualquer mecanismo institucional de avaliação de mérito. Esses servidores foram, muitas vezes, admitidos para prestar serviços na Administração direta. De fato, algumas fundações não passavam de verdadeiras intermediárias de mão-de-obra, aproveitando-se do fato de que não precisavam admitir por concurso e tinham ampla liberdade de fixação da remuneração de seus servidores. Ainda hoje, é possível observar, nos quadros de algumas fundações, um número desproporcional de servidores cedidos à Administração direta, alguns que, durante longo tem-

po, inclusive, somente tinham comparecido à sua entidade de origem, quando muito, para assinar o contrato de trabalho. Esse processo ocorreu, igualmente, na Administração direta e nas autarquias, com as chamadas tabelas especiais.

3. A implantação do Regime Jurídico Único sob a Constituição de 1988

A partir do processo de redemocratização, com o Governo *Tancredo Neves/José Sarney*, colocou-se a discussão da necessidade de unificação dos regimes jurídicos dos servidores públicos. Inicialmente, a Secretaria de Administração Pública da Presidência da República – SEDAP propôs a criação de um novo regime jurídico, denominado “civilista”.

Na Constituinte de 1987/88, caminhou-se no sentido da aprovação da unificação dos regimes jurídicos dos servidores públicos, erigida em norma constitucional no art. 39 da Lei Maior. O art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previa prazo de dezoito meses da promulgação da Carta para a edição de lei regulamentando aquele dispositivo.

Com vistas a atender a exigência constitucional, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional, em 25 de outubro de 1989, projeto de lei que “dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”, que, na Câmara dos Deputados, recebeu o nº 4.058, de 1989. Tratava-se de uma extensa proposição, com 266 artigos, bastante similar ao diploma legal que dela resultou, a Lei nº 8.112, de 1990. Assim como esse diploma legal, como será comentado adiante, a proposição não se limitava a instituir o novo regime jurídico. Ela determinava, em seu art. 257, a transferência dos servidores celetistas para o regime estatutário, efetivando-os de forma automática. Essa providência era assim justificada na Exposição de Motivos que acompanhava o projeto, assinada pelo Ministro de Estado do Planejamento, o doutor João Batista De Abreu:

“A mudança de regime, para os antigos Celetistas, acarretará para o Tesouro Nacional o ônus de suas aposentadorias em valor integral, ressarcido, todavia, pela Previdência Social da parcela correspondente ao período de contribuição do servidor.

Em contrapartida, essa transformação implicará redução das despesas do Tesouro com os encargos sociais pagos ao IAPAS e ao FGTS, estimadas em 23,5% da Folha de pagamento dos atuais Celetistas. Adicionalmente, o Tesouro terá ingressos por conta da contribuição previdenciária de 5% dos funcionários incluídos no novo Regime.”

O novo Governo, empossado em 15 de março de 1990, no entanto, julgou conveniente rever essa decisão e, em 22 de junho de 1990, solicitou à Câmara dos Deputados a retirada daquela proposição e encaminhou uma nova. Essa era bem mais singela, resumindo-se a apenas oito artigos, nos quais se determinava a aplicação do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos da União, a Lei nº 1.711, de 1952, aos servidores celetistas da Administração direta, autárquica e fundacional que tivessem ingressado no serviço público mediante concurso público e àqueles que tivessem sido estabilizados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ressaltando-se que, nesse último caso, a efetivação somente teria lugar após aprovação em concurso. Essa proposição recebeu, na Câmara dos Deputados, o nº 5.504, de 1990.

A Câmara dos Deputados, entretanto, considerando que o PL nº 4.058, de 1989, já tinha recebido parecer de duas das três comissões para as quais tinha sido despachada, submeteu o pedido de retirada do projeto ao Plenário. Efetivamente, a proposição já tinha sido examinada, no que diz respeito à sua admissibilidade, pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Redação e de Finanças e Tributação. O exame de mérito, na Comissão de Trabalho e de Administra-

ção e Serviço Público, estava em curso e concluiu-se em 28 de junho de 1990. Assim, em 21 de agosto de 1990, o Plenário rejeitou o pedido de retirada da proposta, continuando sua tramitação, que se concluiu naquela Casa em 24 de agosto de 1990, quando foi remetida à revisão do Senado Federal.

Lida a proposição na Câmara Alta, em que recebeu o nº 69, de 1990, novamente, o Poder Executivo solicitou a sua retirada, em 30 de agosto de 1990, o que foi indeferido pelo Senhor Presidente do Senado Federal, acolhendo questão de ordem dos Senhores Senadores Mauro Benevides e Chagas Rodrigues. Tramitando a matéria em regime de urgência nessa Casa, foi ela aprovada, na forma de substitutivo, e encaminhada à Câmara dos Deputados em 19 de setembro de 1990.

Nesse ínterim, aquela Casa decidiu pela prejudicialidade e conseqüente arquivamento do PL nº 5.504, de 1990, em razão da aprovação do PL nº 4.058, de 1989. Entretanto, com o retorno ao Senado Federal desta proposição, aquela foi desarquivada e continuou a sua tramitação. A matéria foi submetida a urgência urgentíssima e aprovada, na forma de substitutivo que, na prática, dava ao PL nº 5.504, de 1990, o conteúdo do PL nº 4.058, de 1989, em 14 de novembro de 1990. Recebido, no Senado Federal, o substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL nº 5.504, de 1990 (PLC nº 93, de 1990, nessa Casa), entrou ele em regime de urgência, sendo aprovado, sem alterações, e encaminhado à sanção em 20 de novembro de 1990. A proposição foi sancionada, com vetos, convertendo-se na Lei nº 8.112, de 1990. Boa parte desses vetos foi derrubada na sessão do Congresso Nacional realizada em 10 de abril de 1991 e promulgada pelo Senhor Presidente do Senado Federal.

Com a promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, foi arquivado, definitivamente, o PL nº 4.058, de 1989 (PLC nº 69, de 1990, no Senado Federal). No entanto, o que ocorreu, na prática, foi que, do ponto de vista material, a proposição aprovada foi essa, o projeto enviado originalmente pelo Gover-

no José Sarney, cuja retirada foi tentada duas vezes pelo Governo Fernando Collor. A proposição enviada por este último Governo, o PL nº 5.504, de 1990 (PLC nº 93, de 1990, no Senado Federal), ainda que tenha sido, formalmente, a que deu origem à Lei nº 8.112, de 1990, com essa não tem similaridade, uma vez que foi aprovada na forma de substitutivo inteiramente baseado no projeto enviado pelo Governo anterior.

Refletindo o clima que então imperava no País, a Lei nº 8.112, de 1990, representou, talvez, o estatuto mais generoso editado no Brasil, estendendo aos servidores públicos diversos direitos.

Inclusive, como se referiu anteriormente, a Lei nº 8.112, de 1990, repete, em seu art. 243, a redação do art. 257 do PL nº 4.058, de 1989, determinando a transferência dos servidores celetistas para o regime estatutário, efetivando-os de forma automática. A efetivação automática, feita pela União e seguida pelo Distrito Federal e pela grande maioria dos Estados e Municípios, foi, talvez, a grande responsável pelo desmesurado crescimento das despesas de pessoal dos entes públicos após a Constituição de 1988, porém, não foi conseqüência dela, mas, pelo contrário, foi feita ao arrepio das expressas normas constitucionais.

Essa transferência possibilitou a efetivação de todos os servidores celetistas e trouxe para eles o direito à aposentadoria estatutária. Como se viu na Exposição de Motivos que acompanhou o PL nº 4.058, de 1989, em muitos casos, essa decisão foi tomada porque isso permitia uma redução imediata das despesas com pessoal, uma vez que eliminava a contribuição para a Previdência Social e para o FGTS, mas não foram aquilataados adequadamente os seus efeitos futuros.

Assim, na União, determinou-se a efetivação de todos os servidores públicos federais da Administração direta, autárquica e fundacional ocupantes de cargo efetivo ou emprego permanente na data de sua vigência, independentemente de sua forma de acesso no serviço público ou tempo de exer-

cício na função pública. Vale observar que essa foi uma decisão clara do Congresso Nacional, uma vez que, como foi acima descrito, o Poder Legislativo rejeitou o tratamento diverso dado à matéria pelo PL nº 5.504, de 1990.

O art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990, tem merecido tratamento implacável da doutrina. Sobre o assunto, afirma, por exemplo, o professor Celso Antônio Bandeira De Mello (1999, p. 210-211):

“Aliás, a sobredita lei [8.112/90] não apenas instituiu tal regime [estatutário] como geral, aplicável a quaisquer servidores públicos civis da União, mas também, [...] inconstitucionalmente, colocou sob sua égide servidores não concursados que haviam sido admitidos pela legislação trabalhista e transformou seus empregos em cargos públicos, independentemente do tempo de serviço que tivessem (art. 243 e § 1º). Nisto afrontou, à generala, tanto o art. 37, II, da Constituição, que exige concurso público de provas ou de provas e títulos para acesso a cargos públicos, quanto ofendeu ostensivamente o art. 19 e § 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Este último conferiu estabilidade aos servidores não concursados que contassem 5 anos de exercício contínuos à data da promulgação da Constituição, mas não autorizou mudanças em seu regime jurídico e muito menos permitiu sua posição em cargos públicos, pois – pelo contrário – estabeleceu que sua efetivação dependeria de concurso. É que dita efetivação seria o natural consectário da integração em cargo público, pois, já estando estabilizados em decorrência do *caput* do artigo, ao ingressarem em cargo ficariam *ipso facto* efetivados. Daí a previsão do concurso, feita no parágrafo, precisamente para impedir que o aludido efeito sobreviesse pela mera decisão legislativa de atribuir-lhes cargos públicos.”

Ivan Barbosa Rigolin (1992, p. 364), em seus “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, chega mesmo a se revoltar:

“O art. 243, ponto mais baixo de qualidade técnica a que desceu o legislador nesta L. 8.112 [Lei nº 8.112/90], simplesmente transformou, contrariando a Constituição, empregos, onde havia servidores estabilizados, em cargos estatutários.”

É importante registrar que o Supremo Tribunal Federal vem declarando a inconstitucionalidade de todas as leis estaduais e municipais que contenham dispositivos similares, veja-se, v.g., as decisões, já de mérito, tomadas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391, relativa ao estatuto dos servidores do Estado do Ceará, e nº 1.150, referente ao Estado do Rio Grande do Sul. Não seria diferente, provavelmente, a decisão sobre a inconstitucionalidade do citado art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990, caso a matéria seja alçada àquela Corte Suprema.

Vale observar que a questão é de grande extensão, pois significa, por exemplo, colocar em discussão as mais de 120.000 aposentadorias estatutárias concedidas pela União aos servidores que foram objeto do citado art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990.

4. As críticas ao Regime Jurídico Único e a Emenda Constitucional nº 19, de 1998

De toda forma, nos últimos tempos, vinha sendo comum a existência de ferozes críticas à obrigatoriedade constitucional de implantação do regime jurídico único para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional, sob o argumento de que este teria provocado o engessamento geral da Administração Pública e retirado toda a sua flexibilidade, necessária em vista de sua diversidade.

É importante registrar, aqui, entretanto, que, contrariamente ao que tem, muitas vezes, sido entendido, a instituição de um regime jurídico único para todos os servidores da Administração direta, autárquica e

fundacional não significa tratamento idêntico a todos os agentes públicos. Inicialmente, façamos alguns comentários óbvios: o regime jurídico único não se aplica aos agentes políticos e aos servidores militares.

São agentes políticos, ou membros de poder, os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros de Estado, Secretários de Estado e Secretários Municipais), os magistrados, os parlamentares e os procuradores e promotores do Ministério Público.

Sujeitam-se esses agentes políticos a normas especiais, sejam a Constituição Federal, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, sejam leis próprias, como a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, no caso dos magistrados, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e o Estatuto do Ministério Público da União, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, para os membros do Ministério Público, e os Regimentos Internos das Casas Parlamentares, no que diz respeito aos Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores.

Assim, possuem os agentes políticos direitos e deveres específicos, previstos em suas normas próprias, não se sujeitando, salvo subsidiariamente, aos estatutos dos servidores públicos de cada ente governamental, que regem os seus respectivos agentes administrativos.

Por outro lado, o regime jurídico único é aplicável, apenas, aos servidores civis. Os servidores militares possuem as suas normas próprias. O Estatuto dos Militares, a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, para as Forças Armadas, e os Estatutos das Polícias Militares, em cada caso.

Mesmo dentro do seu âmbito de aplicação – os servidores públicos civis da Administração direta, autárquica e fundacional –, a existência de um regime jurídico único não se traduz em igualdade absoluta, mas

tão-somente na identidade em aspectos essenciais relativos a direitos, deveres, benefícios e vantagens, bem como a regime disciplinar e normas processuais. O regime jurídico único não impede a existência de planos de carreira ou de classificação de cargos específicos, aplicáveis a cada categoria de servidores públicos, de acordo com as suas características próprias e exigências inerentes às suas funções. Assim, fiscais de rendas, professores, diplomatas e policiais possuem, cada um, suas normas próprias, suas vantagens específicas, seu regime de trabalho, sem que isso fira o princípio do regime jurídico único.

Apesar disso, foi na direção de eliminar a obrigatoriedade da unicidade de regime jurídico para os servidores públicos que caminhou a Reforma Administrativa. Conforme a Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de emenda à Constituição que deu origem à Emenda Constitucional nº 19, de 1998, assinada pelos Senhores Ministros de Estado da Justiça, da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, da Educação e do Desporto, da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento e Orçamento:

“Foi revista a previsão constitucional relativa à adoção compulsória de regime jurídico único para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações. Quando de sua implantação, o regime único representou uma tentativa de restabelecer o controle sobre a gestão dos recursos humanos no serviço público. A proliferação de entidades na administração indireta, em paralelo com uma variedade e superposição de regimes jurídicos e situações funcionais entre os servidores, demandava uma ampla ação no sentido da reorganização dos quadros do Estado.

A opção adotada na Constituição de 1988, contudo, caracterizou-se pela ênfase num formato uniformizador, rígido e centralista, representando verdadeira reversão em relação às es-

estratégias descentralizadoras que, no passado, haviam inspirado a adoção, pela administração pública, das figuras jurídicas da autarquia e da fundação.

A implantação do regime jurídico único, nesse sentido, impôs pesada restrição legal à autonomia e flexibilidade de gestão imprescindíveis à administração indireta, realimentando as tendências no sentido de um tratamento indiferenciado em relação à administração direta. Além disso, estendeu a Estados e Municípios o mandamento centralizador e uniformizante, retirando-lhes a possibilidade de encontrar soluções próprias e diferenciadas para a organização de seus quadros.

A diversidade de regimes jurídicos para os servidores públicos é requisito que em muito facilitará a implantação de uma nova arquitetura jurídico-institucional que possibilite à administração pública brasileira a sua reorganização em sintonia com as modernas técnicas e conceitos no campo da administração.

Esta nova arquitetura tem como diretriz básica o resgate da autonomia e da flexibilidade de gestão nas áreas responsáveis pela prestação de serviços públicos.

Pretende-se que, a partir da desobstrução legal promovida no texto constitucional, seja possível a definição de regimes jurídicos diferenciados para os servidores, conforme a natureza do órgão ou entidade a que se vinculem.

Dessa forma, as autarquias e fundações poderão contar com regimes específicos de trabalho, que atendam à necessidade de maior agilidade no recrutamento e na dispensa de quadros, mantidas as devidas garantias e a impessoalidade e legalidade próprias do serviço público. Além disso, a critério de cada esfera de governo,

poder-se-á adotar o regime celetista, nas situações em que for julgado mais conveniente.”

5. A impossibilidade da contratação de servidores públicos pela CLT sob a vigente Constituição

É necessário, entretanto, separar as questões. Uma é a permissão da instituição de regimes diferenciados de natureza estatutária. Outra, é a possibilidade da utilização do regime trabalhista na Administração Pública. Sobre essa questão, assim se manifesta a Exposição de Motivos do Projeto de Lei que deu origem à Lei sob análise:

“(…) o legislador constituinte permitiu não só a adoção de regimes diversos – de caráter eventualmente estatutário –, como também admitiu a possibilidade de que se reintroduza, no âmbito da administração, o regime contratual típico, disciplinado pela legislação trabalhista.”

Em arrimo a essa tese, os Senhores Ministros de Estado signatários dessa E.M. afirmam o seguinte:

“Em diversas disposições da Emenda, explícita o legislador constituinte que determinados princípios aplicam-se tanto aos cargos quanto aos empregos públicos.

Assim, as condições para a acessibilidade aos ‘cargos e empregos públicos’ devem ser estabelecidas em lei (art. 37, I). Consagra-se a indispensabilidade de concurso público para a ‘investidura em cargo ou emprego público’ (art. 37, II). A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica ou fundacional não podem ultrapassar o do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 37, XI). Verifica-se, por este último dispositivo, que o legislador constituinte admitiu expressamente a possibilida-

de de se adotar, regularmente, o regime contratual de caráter trabalhista no âmbito da administração pública.”

Ousamos discordar das afirmativas acima. A adoção do regime trabalhista para os servidores das entidades de Direito Público, como são a Administração direta, as autarquias e as fundações públicas, parece-nos de difícil compatibilidade com o princípio da legalidade e da reserva legal das matérias relativas a servidores públicos. Observe-se, ainda, que, de conformidade com o que dispõe o art. 169 da Lei Maior, a definição de direitos e vantagens de servidores públicos depende da capacidade orçamentária do Estado.

A matéria já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 492-DF, que trata da suspensão de dispositivos do Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União, a Lei nº 8.112, de 1990, que facultavam ao servidor público o direito a negociação coletiva e a ajuizamento coletivo junto à Justiça do Trabalho. Naquele feito, assim se manifestou o eminente Relator, o Ministro Carlos Velloso:

“(…) a Constituição deixa expresso que a lei que disponha sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração é de iniciativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, ‘a’), como é de iniciativa privativa do Presidente da República a lei que disponha sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis (CF, art. 61, § 1º, II, ‘c’). Quer dizer, a sistemática dos servidores públicos, regime jurídico, vencimentos e remuneração assentam-se na lei, mesmo porque legalidade constitui princípio a que a Administração Pública deve obediência rigorosa (CF, art. 37).

.....

Não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito a matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos de empregadores, e, de empregados, ou entre sindicatos de empregadores e empresas, e, malgrado o acordo, o direito de ajuizar o dissídio coletivo. (...)”

Nessa mesma assentada, assim falou o ilustre Ministro Celso de Mello:

“O regime jurídico dos servidores públicos da União está sujeito ao princípio da reserva absoluta de lei. Trata-se de postulado que decorre de cláusula constitucional expressa. O constituinte, ao enunciar a exigência de reserva legal, operou uma separação de matérias, selecionando e indicando aquelas – como a definição do estatuto jurídico dos agentes da Administração Federal – que, por sua natureza, só podem e devem ser tratadas e desenvolvidas por lei formal.

A aplicação desse princípio importa em submeter determinadas categorias temáticas ao domínio normativo da lei. Com esse verdadeiro dogma constitucional, proclamado, no que concerne aos servidores públicos, pela Carta Política em seu art. 37, XI, XII, XV; art. 61, § 1º, II, ‘a’ e ‘c’, e seu art. 169 e parágrafo único, v.g., torna-se juridicamente impossível à Justiça do Trabalho, ao que parece, ingerir, ainda que no concreto do seu poder normativo, em esfera constitucionalmente reservada à atuação legislativa.”

Decorre do transcrito acima que a relação entre os servidores públicos e o Estado não é de natureza contratual. Conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 20-21):

“Em tempos, pretendeu-se que o vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário fosse de natureza contratual.

De início, entendido como contrato de direito público, afinal, prevaleceu o entendimento correto, que nega caráter contratual à relação e afirma-lhe natureza institucional. Isso significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa opor-se à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico.

O conteúdo do vínculo jurídico que transcorre entre o funcionário e o Estado não é determinado por via consensual. Não decorre de uma produção da vontade conjunta das partes entre as quais intercorre a relação. O ato de nomeação é unilateral e proporciona a inserção de alguém debaixo de um regime jurídico prefixado, sobre o qual a vontade do funcionário não tem força jurídica para interferir. É certo que não basta o ato de provimento para se perfazer a relação funcional. É necessária a posse, através da qual o nomeado aceita o cargo e exprime um compromisso de bem servir, a fim de que se aperfeiçoe o vínculo entre ele e o Estado. Há, efetivamente, um acordo, mas esse diz respeito, unicamente, à formação do vínculo. Cinge-se a ele. Limita-se a expressar sua concordância em inserir-se debaixo de uma situação geral e abstrata. Não atinge, nem pode atingir, o conteúdo da relação formada, pois este não se encontra à sua disposição como objeto de avença. Falta à relação de função pública aquela ‘transfusão de vontades’ que, na feliz expressão de Clóvis Beviláqua, caracteriza o contrato.”

Cabe ainda observar que, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, adotar o regime trabalhista para os seus servidores significa renunciar ao direito de legislar sobre a matéria, uma vez que cabe privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho, conforme o inciso I do art. 22 da Lei Maior. Conforme Adilson Abreu Dallari (1992, p. 48-49):

“Ainda cabe registrar um outro fortíssimo argumento em defesa do regime jurídico único estatutário, argumento esse que foi desenvolvido pelo brilhante Procurador do Município do Rio de Janeiro, Sérgio Luiz Barbosa Neves, entre os muitos outros que ele desenvolve em favor da mesma tese. Lembra ele que nem pode o Município eleger ou escolher como regime único de seu pessoal permanente o regime celetista. Se assim procedesse, o Município estaria conferindo à União a competência para fixar os direitos e deveres dos servidores municipais, perdendo completamente o controle sobre seu pessoal, inclusive no tocante a questões financeiras. São suas palavras: ‘A verdade é que não pode o Município abrir mão de sua autonomia, recusando competência que lhe foi conferida pela Constituição Federal; caso contrário o princípio federativo não estaria sendo obedecido’.

O argumento desenvolvido é bem mais forte do que pode parecer. ‘O federalismo não é apenas técnica de distribuição de competências, mas, também, instrumento de garantia da liberdade individual.’ Essa magnífica lição ministrada pelo eminente Ministro Carlos Mário Velloso – em magistral aula proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, à qual tivemos o privilégio de assistir – avaliza o raciocínio acima exposto. Assim, o princípio federativo, por ser um princípio e por ser um prin-

cípio fundamental em nossa Constituição (conforme demonstra Geraldo Ataliba em sua notável monografia sobre ‘República e Constituição’), deve condicionar a interpretação das normas isoladas, inclusive das normas constitucionais. Embora na doutrina seja pacífico que a violação de um princípio constitucional é a mais grave forma de inconstitucionalidade, na prática, entre nós, por falta de formação científica, ainda vigora o preconceito no sentido de que quem invoca um princípio é porque não tem ‘direito’.”

Do exposto, parece-nos ser extremamente difícil admitir a possibilidade da adoção do regime contratual trabalhista para admissão de pessoal permanente nos entes de Direito Público. Certo é que, em algumas passagens, conforme enfatiza a Exposição de Motivos em questão, a Constituição, tanto na sua redação original quanto no texto introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, faz referência a emprego público, inclusive em entidades de Direito Público.

A Exposição de Motivos em tela cita os incisos I, II e XI do art. 37. Ora, os dois primeiros, referentes, respectivamente, à acessibilidade dos cargos e empregos públicos aos brasileiros e estrangeiros, na forma da lei, e à exigência de concurso público para a admissão em cargo ou emprego público, não se referem, em absoluto, necessariamente, a emprego público nas entidades de Direito Público. São destinados, especialmente, às entidades públicas de Direito Privado – as empresas públicas e sociedades de economia mista –, cujos empregados são regidos pela legislação trabalhista, por exigência do art. 173 da Lei Maior. São eles, tipicamente, os empregados públicos.

Por outro lado, o inciso XI do art. 37 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, efetivamente, dispõe sobre empregados públicos da Administração direta, autárquica e fundacional. Esse fato, no entanto, não é novidade na Cons-

tituição. O art. 114, ao definir a competência da Justiça do Trabalho, vai na mesma direção, ao prever que compete a ela “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas” (grifo nosso). Entretanto, mesmo aqui, não nos parece estar a Carta Magna tratando da existência de empregados públicos permanentes no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional. O objetivo dos dispositivos, entendemos, é torná-los o mais abrangente possível, disciplinando inclusive sobre empregados temporários da Administração Pública. A matéria foi analisada por Adilson Abreu Dallari (1992, p. 47):

“É certo que o texto constitucional confere competência tanto à Câmara dos Deputados (art. 51, IV) quanto ao Senado Federal (art. 52, XIII) para a criação, transformação e extinção de cargos e empregos. Essa referência a empregos não impressiona, pois não se pode ignorar que atualmente esses órgãos estão abarrotados de pessoal celetista, e que as Casas do Legislativo podem criar entidades empresariais para desenvolver atividades auxiliares, como, por exemplo, serviços gráficos e de informática. É certo que o Presidente da República recebe competência privativa (art. 61, § 1º, II, ‘a’) para propor projetos de lei criando cargos e empregos na administração direta e autárquica, mas não se pode ignorar que (pelo princípio da homogeneidade das formas) será necessário editar leis para extinguir a quantidade superabundante de empregos existentes e que, além disso, os trabalhadores temporários cuja contratação

é prevista no art. 37, IX, deverão estar situados em algum lugar da administração e deverão ter algum regime jurídico (que já se antecipa deverá ser celetista), donde a possibilidade de criar empregos temporários.

Por último, a previsão, no art. 114, de competência da Justiça do Trabalho para a solução de conflitos envolvendo empregados da administração direta e indireta talvez até pudesse estar nas Disposições Transitórias, mas não se pode ignorar que, durante muito tempo, a administração centralizada e autárquica ainda estará repleta de remanescentes de antigos celetistas. O principal, porém, é que poderão vir a ocorrer controvérsias envolvendo o pessoal temporário (celetista), admitido pela administração direta. Isto não é uma situação transitória, mas permanente, e não briga com o regime jurídico único estatutário, para o pessoal permanente.”

Na mesma direção manifestou-se o nobre Ministro Ilmar Galvão, no julgamento da citada ADIn nº 492:

“Entendo, por igual, que o art. 114 da Constituição Federal, ao referir dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, não pretende abranger os servidores regidos pelo regime de cargos, ou estatutários, de caráter eminentemente administrativo, que não se confunde com relação jurídica de trabalho.

A menção feita aos entes da administração pública direta e indireta, no meu entendimento, cinge-se à hipótese de contratação de servidores, por tempo determinado, para execução de obras ou serviços específicos, hipótese essa que não foi afastada de todo por efeito da unificação do regime dos servidores públicos, decidida pelo legislador, desenganadamente em favor do regime estatutário.”

6. *A inconveniência administrativa e o custo da implantação do regime celetista para os servidores públicos*

Mesmo se ultrapassado o problema da constitucionalidade da instituição do regime trabalhista para os servidores das entidades de Direito Público, há sérios problemas com relação à sua conveniência e custo.

De início, ele cria sérios problemas de gestão para os órgãos e entidades públicas, quando obriga a convivência de dois regimes de conformação absolutamente diversa, levando, muitas vezes, à existência, no mesmo espaço, de servidores executando idêntica função, mas submetidos a regras totalmente diversas. Trata-se de problema vivenciado intensamente pela Administração Pública nas décadas de 70 e 80, quando havia essa convivência.

De outra parte, o estabelecimento, pelo Estado, de relações bilaterais com seus servidores pode traduzir-se em sérias restrições para a Administração. A principal delas é que a relação contratual não pode ser alterada unilateralmente, ao contrário daquela estatutária, o que impede a conformação da relação entre a Administração e seus servidores de acordo com o interesse público. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 21-22):

“Já na relação entre o funcionário e o Estado, aquele se encontra diante de um regime criado por quem, na cura da coisa pública, exerceu um poder que lhe é próprio: o de dispor sobre as condições estimadas convenientes para a boa realização do serviço público e que, no exercício de tal poder, pode promover, através de lei, as mutações que considerar úteis para a satisfação de um desiderato incluído em sua esfera de legítima decisão. As condições reputadas boas para o desempenho da função pública constituem matéria posta ao largo do poder de disposição do funcionário.

Em face do exposto, ao contrário do ocorrente quando o vínculo é con-

tratural, não se constitui em favor do funcionário direito adquirido à persistência das condições de prestação de serviço ou de direitos e deveres existentes ao tempo da formação do vínculo, isto é, vigente à época de sua investidura no cargo.

.....
Se a relação de função pública fosse contratual, as alterações supostas no exemplário jamais poderiam aplicar-se a quem já fosse funcionário quando do advento delas, pois lhe ofenderiam direitos adquiridos, dado que o contrato ter-lhe-ia assegurado um regime cuja alteração dependeria de sua aquiescência. Tratando-se, entretanto, de uma relação institucional, nenhum óbice jurídico há a que se modifiquem as normas que a disciplinam, colhendo-o, de imediato, o novo regime estabelecido.”

De outra parte, a relação trabalhista tem lógica diversa da relação administrativa, baseia-se em pressupostos distintos. Por exemplo, enquanto para a Administração Pública exige-se o princípio da legalidade, no Direito do Trabalho predomina a questão fática. Se para o Direito Administrativo o fundamental é o interesse público, no trabalho impera a defesa do hipossuficiente. Essas questões fazem com que haja grande dificuldade no julgamento de feitos trabalhistas envolvendo entes de Direito Público. Exemplos desse tipo de problema podem ser encontrados à exaustão durante o período em que vigeu o regime da Consolidação das Leis do Trabalho para a Administração direta, autárquica e fundacional. E esse fato, inclusive, tende a se agravar com a tendência de reduzir a formalidade da relação trabalhista, hoje em voga.

No que diz respeito aos custos, é importante observar que, excluída a questão previdenciária, que será tratada adiante, é indiscutível que o regime trabalhista é mais oneroso para a Administração do que o estatutário. Isso se deve não apenas aos encargos in-

cidentes sobre a folha de pagamentos, mas especialmente pelo seu caráter contratual – que, conforme dito acima, não permite que ele sofra alterações unilateralmente – e geral, nacional – que impede a sua adaptação às especificidades de cada ente federado, mesmo da União.

Aqui, vale comentar a questão relativa à propalada flexibilidade permitida pelo regime da CLT, em comparação com o estatutário. Na verdade, o que permite a flexibilidade é o regime de Direito Privado, uma vez que, independentemente do regime de seus servidores, a Administração Pública e seus agentes submetem-se, por imposição constitucional e por princípio institutivo, ao ditame da legalidade, só podendo agir de acordo com a lei, sob o risco de cometer desvio de poder. No ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 51):

“Com efeito, existe entre a atividade administrativa e a lei uma relação de subordinação, isto é, ‘sub-ordenação’, ordenação inferior. Essa subordinação, não-lo diz Renato Alessi, em observação certa, apresenta-se sob duplo aspecto. De um lado, realça-se seu sentido *positivo*, querendo significar que a lei tanto pode erigir vedações à Administração, quanto impor-lhe a busca de certos fins propostos como obrigatórios; de outro lado, acentua-se um sentido *negativo*, ainda mais importante, qual seja: o de que a Administração não pode fazer senão o que de antemão lhe seja permitido por uma regra legal.

Essa mesma idéia foi vincada em frase lapidar por Michel Stassinopoulos, ao averbar que a Administração não apenas está proibida de agir *contra legem* ou *extra legem*, mas só pode atuar *secundum legem*. Assim também, o eminente mestre português Afonso Rodrigues Queirós proferiu as seguintes preciosas lições: ‘A atividade administrativa é uma atividade de subordinação dos fatos da vida real às cate-

gorias legais'. 'O Executivo é a *longa manus* do legislador', já que sua atividade unicamente há de consistir em realização efetiva do que foi disposto pelo Legislativo."

Ou seja, a flexibilidade encontrada na iniciativa privada no trato com os seus empregados não se deve à utilização de um determinado regime. Deve-se às suas características. Ao administrador privado, contrariamente ao administrador público, é facultado fazer tudo, exceto aquilo que lhe é vedado pela lei. Assim, desde que respeitada a lei e os contratos – que são lei entre as partes –, pode o empresário contratar e demitir livremente os seus empregados, fixar-lhes remuneração e alterá-la.

Não é a situação da Administração Pública, em que somente se pode fazer aquilo que é determinado pela lei, que define mesmo os limites da discricionariedade do administrador público, cujos atos, inclusive aqueles discricionários, sujeitam-se aos princípios da impessoalidade, moralidade e motivação, sendo nulos se contiverem vícios que atinjam esses princípios.

Na verdade, do ponto de vista da Administração Pública, o regime estatutário, como se viu, é o mais flexível, por ser unilateral. Isso fica evidente, por exemplo, com a edição da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que alterou quase um terço dos dispositivos da Lei nº 8.112, de 1990, retirando vários de seus excessos. A Lei nº 9.527, de 1997, por exemplo, extinguiu a licença-prêmio e a conversão de um terço de férias em pecúnia e tornou mais rígida a concessão de diversas vantagens e licenças. Se o regime fosse celetista e, conseqüentemente, contratual, isso não poderia ter sido feito unilateralmente.

Conforme Celso Ribeiro Bastos, em seus "Comentários à Constituição do Brasil", escrito em co-autoria com Ives Gandra Martins (1992, t. 3, v. 3, p. 95):

"Sabe-se que o regime normal de admissão no serviço público é o estatutário, é dizer, aquele em que os direitos e deveres das partes são descri-

tos em lei sem a preocupação de petrificar-se, isto é, de excluir a possibilidade de ser revisto a qualquer tempo como é próprio da atividade legislativa. Foram diversas as razões que levaram os Poderes Públicos a submeterem o seu pessoal a esse tipo de regime. Todas elas, contudo, prendem-se à natureza especial do próprio Estado quando confrontado com as empresas privadas. Dessa condição emergiam claramente duas diferenças principais: uma, a necessidade de flexibilizar o regime para poder amoldá-lo às cambiantes necessidades da vida social e do interesse coletivo; outra, a de proporcionar ao agente público uma série de garantias não extensíveis às submetidas ao regime de direito comum.

A imposição do regime estatutário quando historicamente examinado demonstra períodos de avanço e de recuo. Uma das razões da não-aplicação da prática quase plena ou integral do regime estatutário consiste, sem dúvida, na burla que os administradores acabam sempre por ceder no intuito de remover as dificuldades que a admissão pelo regime estatutário impõe."

Efetivamente, o que buscam muitas das críticas ao regime estatutário na Administração Pública é o retorno à situação anterior, de não-institucionalização da relação entre o Estado e seus servidores, quando os dirigentes tinham total autonomia para admitir, fixar remuneração, promover, ascender e até dispensar. Trata-se de procedimento que, além de ferir os princípios basilares da Administração Pública, conduz, como conduziu no passado, ao grande crescimento da despesa pública.

É preciso atentar, aqui, se se pretende, de fato, combater a existência do regime estatutário, como conceito, ou se se ataca o princípio quando o problema é o estatuto vigente. Não se pode pretender o fim do conceito

constitucional pelos eventuais defeitos da sua regulamentação. Mais ainda, sem se verificarem as conseqüências que o fim da relação estatutária poderia trazer para as finanças públicas.

Colhendo novamente do ensinamento de Adilson Abreu Dallari (1992, p. 49) em seu já citado “Regime constitucional dos servidores públicos”:

“A utilização da CLT pela administração direta e autárquica é uma aberração. Isso só ocorreu no passado em face da errônea crença de que, adotando o regime celetista, o governante (como qualquer dono de empresa privada) poderia contratar pessoal à vontade, sem limitação quanto ao número e sem necessidade de concurso público, podendo também despedir qualquer empregado, a qualquer tempo, mesmo imotivadamente, e, além disso, podendo ainda estabelecer a remuneração que lhe aprouvesse.

O grande prestígio alcançado pelo regime celetista na administração pública somente se explica pelas aberrações e inconstitucionalidades que foram cometidas em seu nome. Na verdade ele é totalmente inadequado à administração pública, até mesmo porque foi talhado para disciplinar o relacionamento entre empregados e empregadores, no setor privado da economia, visando à defesa do trabalhador. Já o regime estatutário é o que se ajusta perfeitamente ao regime jurídico administrativo, que tem como norte, sempre, a defesa do interesse público.”

Por outro lado, o fim da obrigatoriedade de regime jurídico único, permitindo a existência de regimes diferenciados, poderá provocar a existência de um sem número de regimes jurídicos privilegiando aquelas categorias e instituições com maior força política, além de dificultar o controle sobre a concessão de direitos e vantagens, reacendendo o ciclo iniciado na década de 70.

Vale observar que não se trata, aqui, de uma mera discussão em tese do que poderá vir a ocorrer. A questão foi vivida sob a égide da atual Constituição, quando o Banco Central do Brasil, apesar de se constituir numa autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, conseguiu excluir-se do regime jurídico da Lei nº 8.112, de 1990, mantendo, além de um generoso fundo de pensão, um plano de cargos e salários próprio, aprovado e alterável por Resolução do Conselho Monetário Nacional, sem a necessidade de lei formal ou de publicação no Diário Oficial da União. Essa situação se manteve até que o Supremo Tribunal Federal determinou, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449, a inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112, de 1990, que excluía a autarquia do regime jurídico aplicável, por comando constitucional, a todos os servidores federais da Administração direta, autárquica e fundacional.

7. A implantação do regime celetista na Administração Pública e a questão previdenciária

Considere-se, agora, a observação de que a implantação do regime trabalhista na Administração direta, autárquica e fundacional é necessária para o equilíbrio das contas previdenciárias. Segundo a Exposição de Motivos do projeto de lei que originou a Lei sob exame:

“(...) enquanto o trabalhador do setor privado está sujeito a teto de benefício, com base no salário de contribuição, o servidor público estatutário tem garantida a percepção, como proventos, de valores até mais elevados do que os percebidos na ativa, sem que o desconto mensal a que está sujeito guarde qualquer proporção com a vantagem posteriormente recebida. Com a alíquota de 11% de desconto previdenciário, a poupança formada pelo servidor basta apenas para assegurar-lhe 3 anos de vencimentos integrais após a jubilação, correndo o res-

tante por conta do Estado, o que supe um peso insustentável ao bolso do contribuinte.”

Há nessa afirmação diversos problemas. De início, há um sério equívoco conceitual. Os dados ali constantes somente teriam sentido se a aposentadoria dos servidores públicos fosse baseada em um regime de capitalização. Entretanto, historicamente, a aposentadoria dos servidores públicos se caracterizou como algo que, em linguagem jurídica, é denominado de *pro labore facto*, isto é, os servidores públicos têm direito a aposentadoria como uma extensão do fato de trabalharem para o serviço público e não porque contribuíram para tal. A razão disso é que, diferentemente da situação do regime geral de previdência social, em que o salário é pago por cada empregador e a aposentadoria pelo INSS, quem paga a remuneração do servidor na ativa e os seus proventos na inatividade é a mesma pessoa, isto é, o Estado. Além disso, a remuneração do servidor público não é consequência de uma negociação entre ele e a Administração, como ocorre na iniciativa privada. Ela é fixada, unilateralmente, pelo Estado, mediante Lei. Assim, cabe ao Estado, quando fixa a remuneração do servidor público, considerar não apenas aquele desembolso, mas, igualmente, o que se gastará na sua inatividade.

É certo que a atual redação do *caput* de seu art. 40 define como contributivo o regime previdenciário dos servidores públicos. Ora, trata-se de regime contributivo porque a Carta Magna assim o define, mas de um especial, cujo desenho será dado por uma leitura sistemática do Texto Supremo. Não é ele, com certeza, um regime de capitalização. A sua configuração, especificada no restante do dispositivo, não permite isso. A integralidade e a vinculação evidenciam isso.

Trata-se, aqui, sem dúvida, de um regime de repartição e de um peculiar, no qual os seus segurados participam do seu financiamento, mas cabe ao Estado garantir-lhe o financiamento remanescente. Isso ocorre porque o Estado, nesse regime, tem o poder

de estabelecer, de forma unilateral, tanto as condições de aposentadoria como o valor dos proventos, que é nada mais do que o valor da remuneração na atividade, ambos fixados por lei. Além disso, cabe também a ele dimensionar o tamanho da sua força de trabalho, na medida em que cabe ao Governo, de acordo com a conveniência e oportunidade administrativas, decidir o número de servidores que terá. Claro que são, todas essas, decisões de longo prazo, cujos resultados, na maior parte das vezes, não podem ser revertidos. Ou seja, cabe, sim, ao Estado tomar essas decisões. No entanto, tomadas, terão consequências que podem perdurar décadas e que, muitas vezes, são irreversíveis.

Isso tudo, entretanto, não elide, absolutamente, a responsabilidade do Poder Público na matéria e, como tal, a responsabilidade da sociedade e, por consequência, do contribuinte com essas decisões. Assim, qualquer desequilíbrio no regime previdenciário dos servidores públicos representa ônus para o Estado, para os contribuintes. A responsabilidade do servidor não pode ir além da participação no financiamento do regime mediante o pagamento de contribuições num nível razoável.

De toda forma, existe, sem dúvida, dentro do modelo posto pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998 – a Reforma da Previdência –, uma obrigação de participação daqueles abrangidos pelo regime no seu financiamento. E, como não se trata de um regime de capitalização, essa participação é difusa. Ou seja, cada um contribui para financiar o regime de forma corrente e não para financiar a sua própria aposentadoria. Nesse sentido, não parece absurdo que os inativos sejam chamados a contribuir, especialmente porque não perdem a qualidade de servidores quando estão aposentados. O mesmo raciocínio vale para os pensionistas, uma vez que o instituidor da pensão, permanece como um servidor *post mortem*, pelo menos para efeito de atualização do valor da pensão, que é, também, integral.

Então, aposentadoria dos servidores públicos é espécie de obrigação a ele devida pelo Estado pelo fato de ele ser servidor público e cumprir algumas exigências de tempo de serviço e idade estabelecidas na legislação que rege a matéria. Não é uma contrapartida por uma contribuição feita anteriormente.

A continuidade entre a situação de ativo e de inativo do servidor público fica clara quando se observa, por exemplo, que ele não perde a sua condição de servidor quando passa à inatividade, sendo, tão-somente, qualificado como servidor inativo. Continua ele, inclusive, sujeito às normas do serviço público, podendo, até mesmo, ter a sua aposentadoria cassada em virtude de faltas cometidas quando na atividade. Ou seja, o servidor inativo pode ser julgado pela sua condição de servidor e ser punido. Isso não teria sentido num regime puramente contributivo, no qual o fundamental, para a concessão dos benefícios, é o fato de haver ou não contribuição. Em um regime exclusivamente contributivo, a pessoa nunca poderia perder a sua aposentadoria em virtude de uma falta cometida contra o seu empregador.

Reforçando a idéia de que servidor inativo continua servidor, recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu que as regras de acumulação de cargos valem para os inativos, de forma idêntica ao aplicado aos ativos, e isso foi, inclusive, explicitado na Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Outro ponto que enfatiza essa característica é a já referida vinculação entre os vencimentos dos ativos e os proventos dos inativos. De acordo com a Constituição, o servidor inativo recebe a sua aposentadoria como se estivesse em atividade.

Vale enfatizar, ainda, que os servidores públicos nunca contribuíram para a sua aposentadoria até 1993, quando foi editada a Emenda Constitucional nº 3, que previu a existência dessa contribuição. Anteriormente, havia, quando havia, contribuição para pensão e para saúde, que eram, essas sim, consideradas de fundo contributivo e geri-

das, muitas vezes, por entidades próprias, os institutos de pensão.

A Emenda, entretanto, não promoveu qualquer alteração na forma como os servidores públicos se aposentam, ou seja, continuou não havendo qualquer relação necessária entre o valor da aposentadoria dos servidores públicos e o valor da contribuição ou a duração dela. Ou seja, apesar de haver uma contribuição dos servidores para a sua aposentadoria, não há qualquer vínculo entre as duas. A aposentadoria continuou sendo integral e vinculada à remuneração dos ativos, independentemente de quanto e por quanto tempo o servidor contribuiu.

Registre-se, inclusive, que, apesar da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ter previsto a contribuição dos militares, isso nunca foi regulamentado e eles não têm e nunca tiveram qualquer contribuição para aposentadoria. O que não tem impedido, em absoluto, que eles continuem passando para a reserva remunerada, quando atendem às exigências legais para tal.

Assim, a instituição da contribuição dos servidores públicos para aposentadoria não alterou, qualitativamente, a natureza de sua inativação. E, é bom frisar, nem mesmo, como se comentou anteriormente, a emenda constitucional da reforma da previdência, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, faz isso.

Ou seja, a aposentadoria dos servidores públicos é, em última instância, uma responsabilidade dos tesouros, ainda que haja contribuição dos servidores para isso. Assinale-se, de forma intensa, que não se está, aqui, emitindo juízo de valor sobre esse modelo, não se está dizendo que ele é bom ou ruim, adequado ou inadequado, apenas constatando-se a sua existência fática.

Dessa forma, não há nenhum sentido em dizer que a capitalização da contribuição dos servidores públicos é insuficiente para pagar a sua aposentadoria, uma vez que não há qualquer vínculo necessário entre o valor da contribuição e o da aposentadoria.

A despesa com inativos e pensionistas é, como a sua própria denominação orçamentária em nível federal já denuncia, encargo previdenciário da União, é responsabilidade, em última instância, sempre dos tesouros públicos.

Mesmo assim, vale, a título de exercício matemático, tecer alguns comentários acerca do dado constante do texto acima transcrito, segundo o qual uma contribuição da ordem de 11% seria suficiente para pagar aposentadoria integral por apenas três anos. O cálculo está, certamente, correto. Se acumularmos 11 mensalmente durante 30 anos – tempo mínimo para aposentadoria integral –, o resultado será suficiente para pagar 100 mensalmente durante 3 anos e 18 dias – considerando 13 prestações anuais, em razão da gratificação natalina. Trata-se de um cálculo matemático elementar. Entretanto, isso somente é verdade se considerarmos que, nesses 33 anos – 30 de capitalização e 3 de desembolso –, o capital acumulado não teve nenhum tipo de rendimento real. Considerando que mesmo o Direito Canônico, desde o século XIII, vem descaracterizando o juro como pecado, trata-se de hipótese de difícil aceitação.

Por exemplo, em documento publicado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, intitulado “Alternativas de reforma da previdência social, uma proposta”, de autoria de Fábio Giambiagi, Francisco Eduardo Barreto de Oliveira e Kaizô Iwakami Beltrão, três dos principais técnicos do Poder Executivo que trabalham a matéria, utilizaram-se as hipóteses de rendimentos reais anuais de 3 e 4%. O Banco Mundial, no estudo “Brazil; social insurance and private pensions”, informa que, nos anos de 1986 a 1990, a taxa média anual de retorno real dos fundos de pensão foi de 10,9%, no Brasil; 9,34%, no Chile; 10,1%, no Reino Unido; 6,3%, na Alemanha; 13,8%, no Japão; e 6,3%, no Canadá.

Daí, se adicionarmos um juro real de 3% ao ano – estimativa extremamente conservadora como se viu – no cálculo em tela, o

que pode ser feito mediante um cálculo matemático não tão simples como o anterior, mas há muito facilitado pela invenção das planilhas eletrônicas, verificaremos que o montante capitalizado seria suficiente para pagar aposentadoria integral por 5 anos, 4 meses e 10 dias.

Entretanto, esse cálculo considera, tão-somente, a existência de contribuição do servidor. Ou seja, seria um sistema de capitalização no qual não haveria qualquer contribuição do empregador. Considerando que a Lei sob análise prevê a adoção do Regime Geral de Previdência Social para os servidores públicos, é bastante razoável que se inclua no cálculo, pelo menos, contribuição da Administração idêntica àquela que ela faria para aquele regime. Essa contribuição, como se sabe, é de 20% sobre a folha de pagamentos, independentemente de teto. Assim, seria mais correto se considerarmos uma contribuição de 31% – 11 do servidor e 20 da Administração – para que a comparação fosse correta. Aqui, teríamos a possibilidade de pagar remuneração integral por 18 anos, 3 meses e 5 dias. Na hipótese de o segurado ser homem e contribuir por 35 anos, poder-se-ia pagar a aposentadoria integral por 25 anos, 10 meses e 12 dias.

Como curiosidade, registre-se que, considerando uma contribuição de 31% por 30 anos e um juro real anual de 4,9213%, poder-se-ia pagar aposentadoria integral eternamente. Para os homens, esse percentual seria de 4,2037%.

Ressalte-se, novamente, que esse cálculo é apenas um exercício matemático, inclusive abstraído de questões mais complexas que envolvem o cálculo atuarial, como a variação da remuneração ao longo do tempo, a taxa de administração e a necessidade da existência de reservas para pagamento de invalidez ou morte prematura.

No entanto, existem metodologias que nos permitem, mesmo, considerar essas variáveis. Temos outro interessante trabalho, intitulado “Alíquotas equânimes para um sistema de seguridade social”, de autoria

de dois dos técnicos responsáveis pelo documento anteriormente citado, Francisco Eduardo Barreto de Oliveira e Kaizô Iwakami Beltrão, e de Leandro Vicente Fernandes Maniero, publicado em outubro de 1997, no nº 524 da coleção “Textos para discussão” do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, que as desenvolve, demonstrando que, se a Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de lei que deu origem à Lei nº 9.962, de 2000, é tecnicamente inconsistente, isso não pode ser, absolutamente, debitado à falta de técnicos competentes no Poder Executivo.

De acordo com esse último trabalho, um sistema previdenciário precisa reservar uma alíquota de 0,5% para fazer frente aos benefícios de auxílio doença e reclusão e de 4,82 e 4,33% para aposentadoria por invalidez, respectivamente, para taxas anuais de juros de 3 e 4%. Finalmente, estima a taxa de administração do regime em 10%. No que diz respeito à variação da remuneração, estimamos a situação de um servidor que atinge o final de sua carreira após 20 anos, com uma remuneração final 150% maior do que a inicial. Usando esses parâmetros, temos o seguinte resultado: com uma taxa de juros anual de 3%, é possível pagar aposentadoria integral para os homens por 12 anos e 7 meses e, para as mulheres, por 10 anos e 6 meses; se a taxa de juros for de 4%, esse período se estende para 18 anos para os homens e 13 anos e 8 meses para as mulheres; e finalmente, com a capitalização de juros de 5% ao ano, é possível pagar aposentadoria para os homens por mais de 30 anos e para as mulheres por quase 20 anos.

Aqui vale ressaltar que, conforme será dito adiante, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, os servidores públicos somente podem-se aposentar aos 60 anos, se homem, e aos 55, se mulher.

Também como curiosidade, observe-se que, usando os parâmetros citados, com juros reais de 5,57% ao ano, seria possível pagar aposentadoria integral infini-

tamente para os homens e, com 6,46%, para as mulheres.

Malgrado tudo isso, é inegável, certamente, que a configuração atual do regime previdenciário dos servidores públicos faz com que ele seja extremamente custoso para os entes públicos. Entretanto, é importante registrar que a proposta de emenda constitucional da Reforma da Previdência altera enormemente esse quadro.

De um lado, ela torna muito mais rígidas as normas para a concessão de aposentadoria para os servidores públicos, estabelecendo idade mínima, como se comentou acima. Essencialmente, como regra permanente, é colocada a exigência de limite de idade para a aposentadoria voluntária. Assim, o servidor somente poderá aposentar-se após 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher, desde que conte com 10 anos de serviço público, sendo 5 no cargo em que se der a aposentadoria. Veda, ainda, a emenda, que o servidor receba, na inatividade, mais do que recebia na atividade. Registre-se que, apesar de a emenda dispor que o sistema previdenciário dos servidores deve seguir princípios atuariais, ela não dá elementos para tal, uma vez que não toca na vinculação entre ativos e inativos e, na forma do aprovado na Câmara dos Deputados, na integralidade.

Com o objetivo de permitir a imediata vigência das alterações, respeitando-se os direitos em processo de aquisição, foram instituídas regras de transição. Estabelece-se, aqui, a exigência de 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria e limite mínimo de idade, 53 anos para os homens e 48 para as mulheres, além de acréscimo no tempo de contribuição que faltar para aposentadoria, na promulgação da Emenda.

De outro lado, a proposição faculta, ainda, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituírem sistema de previdência complementar aos seus servidores. O sistema, que seria obrigatório apenas para os que ingressarem no serviço público após

a sua instituição, permitiria aos entes federados limitar a aposentadoria paga pelos tesouros ao mesmo valor do regime geral de previdência social, com complementação pelo sistema a ser criado. A matéria está nos §§ 14 a 16 acrescentados ao art. 40 da Constituição, *verbis*:

“Art. 40

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16. Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.

Já tramita no Congresso Nacional o projeto de lei complementar a que se refere o transcrito § 15 do art. 40 da Constituição. Trata-se do PLP nº 9, de 1999 (CD), de autoria do Poder Executivo, que “dispõe sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios”. A matéria está em Comissão Especial da Câmara dos Deputados, em que é relatada pelo Deputado Robson Tuma.

Assim, aprovada essa proposição, estarão os entes públicos habilitados a instituir um regime previdenciário para seus servidores que retire, totalmente, o custo adicional do regime estatutário para a Administração Pública. Essa observação vale mesmo no caso de servidores que transitem entre o regime geral de previdência social e o regime próprio dos servidores públicos, em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999, que “dispõe sobre a compensação financeira entre o regime geral de previdência social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências”. Esse diploma legal, que, apesar de ser conhecido como “Lei Hauly”, é, efetivamente, originário de substitutivo de autoria do Senador Jefferson Péres, prevê que o regime geral de previdência social e os regimes próprios dos servidores públicos se compensarão mutuamente pelos seus segurados e servidores que transitarem entre eles, na proporção dos respectivos tempos de contribuição, até o limite dos benefícios do regime geral. Ou seja, na hipótese em comento, a compensação é total.

Trata-se de regime que, inclusive, será, ao mesmo tempo, menos custoso para os tesouros públicos e mais vantajoso para os servidores do que o Regime Geral de Previdência Social. Isso ocorre porque, como se viu, no caso daquele regime, o empregador tem, sempre, que contribuir com 20% do total da remuneração do empregado, que, no entanto, somente poderá receber benefícios até o limite do respectivo teto. No caso do regime complementar aqui tratado, o servidor receberá tudo o que ele e a Administração capitalizaram em seu nome e a contribuição do ente público será, seguramente, inferior a 20%, uma vez que, de acordo com o que estabelece o § 5º do art. 202 da Constituição, esta não poderá exceder a contribuição do segurado, que, com certeza, não atingirá aquele percentual.

Ou seja, o que se pode concluir daí é que a Exposição de Motivos que acompanhou a proposição que resultou na Lei nº 9.962, de 2000, ao afirmar que o regime celetista trará economia para os cofres públicos, está sendo, no mínimo, tão apressada e descuidada como foi aquela do PL nº 4.058, de 1989, que, conforme o trecho anteriormente transcrito, asseverava que a efetivação automática dos celetistas traria redução dos gastos públicos. Ambas cometem o mesmo erro, abstendo-se de promover uma análise mais cuidadosa das afirmativas que fazem.

8. Problemas pontuais na Lei nº 9.962, de 2000

Esgotadas essas questões mais gerais, e abstraindo-nos, novamente, do vício de inconstitucionalidade da previsão da contratação de servidores públicos pela CLT, passemos a comentar dois pontos específicos da Lei nº 9.962, de 2000, e os vetos apostos pelo Presidente da República.

Comentemos, inicialmente, o parágrafo único do art. 3º, que exclui a contratação de pessoal decorrente da autonomia prevista no § 8º do art. 37 da Constituição da obrigatoriedade dos procedimentos previstos na Lei para rescisão unilateral do contrato de trabalho pela Administração Pública; e o art. 4º, que veda a utilização de medida provisória para a criação de empregos públicos ou a transformação de cargos em empregos públicos.

Com relação ao comando contido no parágrafo único do art. 3º da Lei, vale, aqui, transcrever todo o dispositivo:

“Art. 3º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da administração pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no *caput* as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal.”

Observe-se que há uma imprecisão no parágrafo único acima transcrito. Ele exclui as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão a que se refere dos procedimentos previstos no *caput* do artigo. Ora, primeiro, o artigo não trata de contratações, mas de dispensa de pessoal. Em segundo lugar, ele somente trata de procedimentos na parte final de seu inciso IV. No restante, ele, tão-somente, lista hipóteses nas quais deve haver rescisão unilateral pela Administração do contrato de trabalho do pessoal admitido na forma da Lei.

Dessa forma, se o parágrafo único estiver referindo-se apenas à parte final do inciso IV, ele nos parece carecer de razoabilidade, uma vez que os procedimentos lá estabelecidos são mera decorrência dos princípios da publicidade e da impessoalidade.

Por outro lado, ele poderia até mesmo levar ao entendimento de que as entidades que gozam da autonomia prevista no § 8º do art. 37 da Constituição poderiam promover dispensa de pessoal sem a observância de normas mínimas que regulem a matéria. Vejamos, inicialmente, o que estabelece o

dispositivo constitucional acima referido, inserido na Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998:

“Art. 37

.....
§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III – a remuneração do pessoal.”

Ora, o dispositivo trata, apenas, da possibilidade da ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de entes públicos sob determinadas circunstâncias, não cogitando, obviamente, de excluí-los dos princípios basilares da Administração Pública. Trata-se, aqui, certamente, de buscar conciliar o princípio da eficiência, também inserido na Constituição pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, com os demais já existentes no *caput* do art. 37, os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, observando, ainda, que não são apenas esses os princípios que devem nortear a Administração Pública. Explica-nos Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 54):

“O art. 37, *caput*, reportou de modo expresso à Administração Pública (direta, indireta ou ‘fundacional’) apenas cinco princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (este último acrescentado pela EC 19/98). Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros merecem igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente na Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37,

caput; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como conseqüências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.”

O autor enumera, na p. 75 de sua obra acima citada, os “princípios constitucionais do Direito Administrativo brasileiro”, que, com a respectiva base constitucional, são, segundo ele, os seguintes:

1) “Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (fundamenta-se na própria idéia de Estado);

2) Princípio da legalidade (arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV);

3) Princípio da finalidade (radica-se nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade);

4) Princípio da razoabilidade (estriba-se também nos dispositivos que esteiam os princípios da legalidade e da finalidade);

5) Princípio da proporcionalidade (por ser aspecto específico da razoabilidade, também se apóia nos citados fundamentos);

6) Princípio da motivação (arts. 1º, inciso II e parágrafo único, e 5º, XX-XIV);

7) Princípio da impessoalidade (arts. 37, *caput*, e 5º, *caput*);

8) Princípio da publicidade (arts. 37, *caput*, e 5º, XXXIII e XXXIV, ‘b’);

9) Princípio da moralidade administrativa (arts. 37, *caput*, e § 4º, 85, V, e 5º, LXXIII);

10) Princípio do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV);

11) Princípio do controle judicial dos atos administrativos (art. 5º, XXXV);

12) Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos (art. 37, § 6º);

13) Princípio da eficiência (art. 37, *caput*).”

Assim, a autonomia prevista no § 8º do art. 37 da Lei Maior não pode elidir a observância dos princípios que orientam a atuação do dirigente público, como parece-nos sugerir o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.962, de 2000, o que lhe traz a pecha da inconstitucionalidade. No mínimo, trata-se de um dispositivo que padece de má técnica legislativa.

Finalmente, cabe um comentário acerca do dispositivo da Lei nº 9.962, de 2000, que determina a aplicação às leis que criam empregos públicos ou transformam cargos em empregos públicos do disposto no art. 246 da Constituição. Estabelece esse artigo, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995:

“Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.”

A questão aqui é que não pode a lei fazer essa previsão. A disciplina do uso de medidas provisórias é matéria de foro constitucional. Assim, se se entender que as leis que criam empregos públicos estão regulamentando artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada após 1995, esse dispositivo da Lei nº 9.962, de 2000, pode ser admitido como norma declaratória. Isso é, ele não cria direito, apenas o declara. Entretanto, se se entender o contrário, o dispositivo será inconstitucional.

E, aqui, os dois entendimentos são possíveis. De um lado, a criação de empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional estaria sendo feita com base no fim da unicidade do regime jurídico dos servidores públicos, feita pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. De outro, no entanto, a previsão de lei para a criação de emprego público já está prevista no texto original da Lei Maior, em seu art. 48, X, que nunca foi alterado.

Passemos a tecer observações sobre os vetos. No concernente ao veto sobre o § 4º do art. 1º da proposição original, a questão, em nosso entendimento, não envolve maiores discussões. A inconstitucionalidade do dispositivo parece-nos evidente. Essa tese, registre-se, foi levantada por diversos Senhores Senadores e debatida durante a votação do projeto no Senado Federal; desde aquele momento, o Senhor Líder do Governo reconheceu a inconstitucionalidade e, para que não fosse preciso o retorno da matéria à Câmara dos Deputados, comprometeu-se com o veto.

Efetivamente, o que previa o dispositivo em tela era que, a critério da Administração, poderia ser aplicado o regime disciplinado pelo diploma legal aos contratados por tempo determinado para atender a necessidade de excepcional interesse público, cuja contratação tem por base o disposto no inciso IX do art. 37 da Lei Maior. Ou seja, o que se permitia, aqui, era a transformação em empregados públicos permanentes desses contratados.

Ora, o dispositivo constitucional acima referido contém previsão que visa a permitir a prestação de serviço público em situações emergenciais. Conforme explica Celso Ribeiro Bastos (1992, p. 96-97, 103), em sua obra anteriormente citada:

“Não há negar-se que o problema do servidor precário, efêmero, é, em princípio, procedente. É dizer, há certas funções a serem cumpridas pela Administração que não comportam a integração no quadro mais restrito dos funcionários públicos. Este é, sem dúvida, de uma rigidez que não tem condições de assimilar a admissão rápida e efêmera do servidor. Daí por que nossas últimas Constituições têm sempre referido circunstâncias sob as quais o regime estatutário é de ser afastado. Não há confundir-se, pois, com as deturpações acarretadas por uma prática imoral, que no passado ocasionou o inchaço do quadro de precários

que na verdade se eternizavam na função, quer por mera decorrência dos fatos, quer até mesmo por previsão constitucional que os estabilizava.

É por essa razão que a atual Constituição continua a dispor sobre o servidor temporário. Trata-se de fato de categoria imprescindível para o bom desempenho das funções administrativas.

.....
Admissão de pessoal por tempo determinado pode ter lugar tanto para fazer frente a serviços de caráter temporário, como, em circunstâncias especiais, a serviços de caráter permanente.

Serviços temporários não podem mesmo justificar, por si sós, a admissão de pessoal permanente.

Realizado o serviço, deve cessar a relação de emprego para essa finalidade constituída, porque não mais necessários os servidores contratados.

Todavia, mesmo serviços de caráter permanente podem reclamar atendimento mediante pessoal temporário. Suponha-se que alguns funcionários indispensáveis ao regular funcionamento de uma escola ou hospital público deixem abruptamente o serviço público. Será admissível contratação de pessoal por tempo determinado, com a urgência requerida, pelo prazo que se reputar estritamente necessário à realização de regular concurso público destinado ao preenchimento definitivo das vagas.

No caso, o excepcional interesse público estará presente, pois, exceção feita à contratação de pessoal temporário, nenhuma outra forma de admissão de pessoal seria compatível com a necessidade de imediata reposição do pessoal faltante.”

Destarte, conforme dito acima, somente pode haver a contratação excepcional em duas hipóteses. Primeiro, no caso de servi-

ços de caráter temporário, como, por exemplo, a realização dos censos nacionais. Aqui, não há como cogitar-se da transformação dos contratos em permanente, uma vez que são serviços temporários pela sua natureza. Fazer isso significa ou que não eram temporários ou que se estão admitindo servidores cujas funções não são necessárias, em caráter permanente. Ambas as alternativas configurariam fraude ao dispositivo constitucional que permite a contratação.

A segunda hipótese de contratação é a da admissão temporária de pessoal para a realização de serviços de caráter permanente, numa situação excepcional, na qual impõe-se um mecanismo mais ágil para essa admissão, mediante alguma forma de processo seletivo simplificado, seja pelo tipo de prova aplicado, seja por uma redução drástica de prazos para inscrição e para realização dos exames. Ora, também aqui, transformar os contratos temporários em permanentes configura grave fraude, uma vez que a justificativa para a contratação temporária foi a de não haver tempo para a realização de concurso público com todas as suas formalidades. Assim, não pode, em nenhuma hipótese, o processo seletivo emergencial transmutar-se em concurso público.

Em qualquer hipótese, há sério atentado aos princípios da igualdade e da publicidade, que justificam a existência do concurso público, uma vez que há diferenças abissais de interesse e de expectativas entre uma seleção para uma função temporária e uma para uma permanente.

Na verdade, o dispositivo em comento nada mais é do que mais uma conseqüência do longo processo que vem tendo lugar de deturpação e vulgarização do instituto da contratação temporária excepcional, regulamentada, na União, pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

Isso fica muito claro no exame da Lei nº 9.849, de 26 de outubro de 1999, que “altera os arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado

para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, e dá outras providências”. Esse diploma legal é o resultado de 46 reedições da Medida Provisória nº 1.368, de 21 de março de 1996, que, a cada uma delas, sofreu sucessivas alterações, sempre acrescentando novas hipóteses de contratação excepcional, muitas para atividades permanentes sem o caráter de emergência e para as quais, inclusive, dispensava-se a realização de processo seletivo, substituído pela análise de *curriculum vitae*, e ampliando o prazo dessa contratação.

A conversão daquela Medida Provisória, entretanto, não estancou o processo. Menos de dois meses depois, foi editada a Medida Provisória nº 2.006, de 14 de dezembro de 1999, que autorizou o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI a realizar contratações temporárias para nada menos do que o exercício normal de suas atividades ordinárias. Estabelece o art. 2º do diploma legal:

“Art. 2º Nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, fica o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI autorizado a efetuar contratação temporária por doze meses.

§ 1º Para os fins do disposto no *caput* deste artigo, são consideradas necessidades temporárias de excepcional interesse público as atividades relativas à implementação, ao acompanhamento, inclusive jurídico, e à avaliação de atividades, projetos e programas na área de competência do INPI.

§ 2º O quantitativo e a remuneração do pessoal contratado temporariamente serão definidos em ato conjunto do INPI e da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.”

Comente-se que, ainda na direção da vulgarização do instituto, a contratação temporária tem sido usada para o exercício das atividades de instalação das Agências Na-

cionais de Energia Elétrica (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996), de Petróleo (Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997), de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999) e de Saúde Suplementar (Medida Provisória nº 1.928, de 25 de novembro de 1999, e suas reedições).

Vale registrar que, de acordo com dados divulgados pela Secretaria do Tesouro Nacional, existiam em novembro de 1999 10.778 contratos temporários de pessoal na Administração Pública federal. Em janeiro do mesmo ano, esse número era de 8.380. Nesse mesmo período, o quantitativo de servidores estatutários caiu de 575.461 para 567.657.

Assim, parece-nos não haver dúvida sobre a inconstitucionalidade flagrante do dispositivo vetado, que, além disso, atingia a própria moralidade pública.

O veto ao outro dispositivo, que vedava a admissão de servidores que exercem atividades exclusivas de Estado pela CLT, deve ser comentado sob suas conseqüências práticas e principiológicas.

Do ponto de vista prático, esse veto tem pouco efeito. A Lei nº 9.962, de 2000, prevê, tão-somente, que o pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá a sua relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, cabendo a outras leis a criação desses empregos. Ou seja, o diploma legal em questão não permite a contratação imediata de servidores públicos pela CLT, que continua dependente da edição de novas leis.

Dáí, as limitações que, eventualmente, constem da Lei nº 9.962, de 2000, têm, apenas, o efeito de uma sinalização sobre como a matéria será tratada nas leis que, no futuro, darão efetividade a ela. Nada impede, entretanto, que essas últimas leis disponham sobre o tema de forma diverso do tratado na primeira, podendo, inclusive, revogá-la.

Ou seja, qualquer lei posterior que criar os empregos públicos não terá, necessaria-

mente, que observar a Lei nº 9.962, de 2000, uma vez que qualquer conflito será resolvido em favor da lei nova.

Do ponto de vista principiológico, entretanto, parece-nos que o veto carrega um grave problema. Fica explícito nas razões do veto que ele teve lugar para que se possa contratar pela CLT servidores que, conforme especificado em lei, desenvolvem atividades exclusivas de Estado.

Isso não nos parece possível. Tanto doutrinariamente quanto no tocante à norma constitucional positiva. Se uma categoria é definida como responsável pelo exercício de uma atividade exclusiva de Estado, isso traduz-se na necessidade de ela ter garantias especiais para o exercício desse tipo de atividade, não podendo ser submetida a um regime jurídico que não inclui, entre as suas características, o instituto da estabilidade. Conforme Adilson Abreu Dallari, em “Regime constitucional dos servidores públicos”, p. 49:

“(...) existem funções que exigem do servidor incumbido de desenvolvê-las uma especial inerência, especiais garantias, por força da especial dose de autoridade, de autonomia e de fidelidade requeridas para o seu exercício. É o caso das funções de fiscalização, do serviço diplomático, dos Delegados de Polícia, dos membros do Ministério Público e da Magistratura. Somente o regime estatutário (que se opõe à idéia de regime contratual, como é o celetista) pode conferir a tais agentes o elevadíssimo grau de autonomia funcional indispensável para o exercício de suas elevadas funções (...)”.

Isso fica explícito na forma como a Carta Magna trata a matéria. A questão das atividades exclusivas de Estado está presente em seu art. 247, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, *verbis*:

“Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo

pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.”

É o seguinte o texto dos dispositivos lá referidos:

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

.....
III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

.....
Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

.....
§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida na *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I – redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II – exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

.....
§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.”

Ou seja, o que estabelece o art. 247 da Lei Maior é que não basta ao servidor que desenvolve atividades exclusivas de Estado ser estável. Ele deve ter, ainda, garantias especiais contra a possibilidade de perda de seu cargo, além da estabilidade ordinária dos demais servidores públicos. Isso impede, entendemos, que se submetam aqueles servidores a um regime jurídico que não conduz à estabilidade. Fazer isso, parece-nos, seria uma forma de burlar o texto constitucional, na medida em que deferiria ao servidor que exerce atividade exclusiva de Estado ainda menos garantias do que gozam outros servidores.

9. Conclusão

Em resumo, concluímos:

1. A implantação do regime trabalhista para as entidades de Direito Público é de difícil harmonização com as determinações constitucionais sobre a matéria, tendo em vista a incompatibilidade entre aquele e o princípio da legalidade.

2. A utilização da Consolidação das Leis do Trabalho pelos Estados, Distrito Federal e Municípios traduz-se em renúncia desses

entes a legislar acerca de sua relação com seus servidores, o que fere a intangibilidade da federação presente em nossa Carta Magna.

3. Do ponto de vista da conveniência administrativa, o regime trabalhista dificulta a gestão de pessoal na Administração Pública em vista de seu caráter contratual, que conflita com o caráter unilateral da relação do Poder Público com os seus servidores.

4. A submissão das relações de trabalho no seio das entidades de Direito Público à lógica da Justiça do Trabalho é extremamente inadequada, tendo em vista que esta última está doutrinariamente voltada para as relações privadas, não incorporando os princípios que norteiam o Direito Administrativo.

5. A relação celetista não contribuiria para ampliar a flexibilidade da Administração Pública, cuja rigidez deriva-se da sua natureza, da sua submissão aos princípios do Direito Administrativo, como a legalidade, impessoalidade e motivação, e não do regime estatutário. Pelo contrário, por ser um regime contratual, aumentaria essa rigidez.

6. O regime trabalhista, excluída a questão previdenciária, é mais custoso que o estatutário, tanto no que diz respeito aos encargos que lhe são típicos, como ao seu caráter contratual.

7. No tocante à questão previdenciária, a emenda constitucional da reforma da previdência, recém-aprovada pelo Congresso Nacional, além de mitigar as vantagens do regime estatutário em relação ao da CLT, permitiu aos entes federados a instituição de sistema de previdência complementar aos seus servidores, o que elimina, totalmente, os custos adicionais trazidos pelo regime estatutário.

8. O parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.962, de 2000, sugere que a autonomia prevista no § 8º do art. 37 da Lei Maior não pode elidir a observância dos princípios que orientam a atuação do dirigente público, o que lhe traz a pecha da inconstitucionalidade.

9. O art. 4º da Lei, que veda adoção de medida provisória na criação de empregos públicos, somente pode ser considerado constitucional se se tratar de norma declaratória, o que não é evidente.

Assim, em nosso entendimento, a implantação do regime da Consolidação das Leis do Trabalho para as entidades de Direito Público, prevista na Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, além de inconstitucional, é inconveniente, inoportuna e custosa.

Bibliografia

- BANCO MUNDIAL. *Brazil : social insurance and private pensions*. Report nº 12.336-BR, jan. 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1992.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- GIAMBIAGI, Fabio, OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de, BELTRÃO, Kaizô Iwakami. *Alternativas de reforma da previdência social: uma proposta*. Rio de Janeiro : BNDES, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime dos servidores da Administração direta e indireta*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- OLIVEIRA, Francisco Eduardo Barreto de, BELTRÃO, Kaizô Iwakami; MANIERO, Leandro Vicente Fernandes. *Alíquotas equânimes para um sistema de seguridade social*. Rio de Janeiro : IPEA, 1997 (Textos para Discussão, 524).
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. São Paulo : Saraiva, 1992.

O avanço constitucional argentino e o Brasil

Jorge Fontoura

Sumário

1. *Supraestatalidad* e integração regional.
2. Monismo e dualismo: o velho dilema.
3. A questão no Brasil.

“O direito público e constitucional do Brasil- Império e do Brasil-República se resumia numa pura análise de textos legais, comentários e exegeses eruditas e lógicas – como se estes textos tivessem por ventura vida própria, independente da do povo a que se iam aplicar; como se eles pudessem viver e animar-se sem este sopro de vida, que lhes inoculam a nossa realidade e as nossas cousas...”

Oliveira Viana [*Instituições políticas brasileiras*. Brasília : Câmara dos Deputados, n. 14, s.d. p. 654. (Biblioteca do Pensamento Político Republicano)]

Em que pese não contar ainda com a perspectiva que só o tempo pode proporcionar, a história do Mercosul já tem feitos e fatos extraordinários.

Sem ainda uma década de existência, mas consolidado como único processo de integração bem sucedido em nosso subcontinente e quarto efetivo bloco econômico do mundo, sobrevivente à descoordenação e ao primarismo político de seus protagonistas oficiais, o Mercosul se fortalece mercê da pujança e do dinamismo de seus demais atores e principalmente de seu médio empresariado.

Como conseqüência dos alvissareiros resultados comerciais, que já chegaram a superar os 21 bilhões de dólares/ano de

Jorge Fontoura é Doutor em Direito Internacional Público (Universidade de Parma – Itália e USP), Membro-consultor da Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da OAB e Professor-visitante do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

volume de negócios, resultados sem os quais a integração é tão-somente retórica, o Mercosul já tem conduzido nossas sociedades, ainda que de forma às vezes imperceptível, a prodigiosos e irreversíveis avanços institucionais.

No plano jurídico, a reforma constitucional argentina de 1994, que positivou a supremacia do tratado em relação ao ordenamento jurídico interno, nos termos do inovador artigo 75, incisos 22 e 24, constitui formidável exemplo de superação dogmática, em que a hegemonia das idéias e a necessidade de abertura e inserção internacionais prevaleceram diante do anacrônico e insustentável isolamento jurídico.

A evolução do Direito Constitucional platino conforma, nesse prisma, em rutilante exemplo de como as injunções econômicas e a “era dos mercados” podem conduzir a inexoráveis e profundas mudanças, mesmo em ordenamentos jurídicos recalcitrantes a modificações.

Com efeito, após gradual evolução, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina construiu e prolatou jurisprudencialmente a superioridade do tratado sobre leis internas, *la supraestatalidad*, po meio de reiterados arestos dos primeiros anos 90. Destacaram-se os casos “Ekmerkjdian, Miguel Angel *versus* Sofovich, Gerardo”, de 7 de julho de 1992, “Fibrica Constructora S.C. *versus* Comisión Mista de Salto Grande”, de 7 de julho de 1993, e o emblemático caso “Cafés La Virgínia S.A. *versus* Fisco Nacional”, de 10 de outubro de 1994, todos devidamente reportados em Antonio Boggiano, *Relaciones Exteriores de los ordenamientos jurídicos: jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*. Buenos Aires : Editora La Ley, 1995.

1. Supraestatalidad e integração regional

Se é correto imaginarmos que em tais decisões não foram propriamente os eflúvios da integração mercosulina que se fizeram sentir, afinal o Tratado de Assunção havia sido apenas firmado e o

Protocolo de Ouro Preto ainda jazia nas escrivatinhas diplomáticas (o Tratado de Assunção é de 29 de março de 1991 e o Protocolo de Ouro Preto é de 17 de dezembro de 1994), o mesmo não ocorreu com a reforma constitucional que se deu logo em seguida. De fato, tal reforma constituiu-se inconcussa opção de política jurídica, revelando-se como atitude integracionista de grande efetividade e de compromisso irreversível com o Mercosul.

Em memorável curso de estudos avançados em integração, em Punta del Este, 1998, promovido pelo CEFIR, (Centro de Estudos Avançados de Integração, órgão de cooperação da União Européia e do Grupo do Rio, com o apoio do Colégio Europeu de Maastricht, sediado em Montevideú), o eminente professor argentino Felix Peña, um dos negociadores do Mercosul de primeira hora, instado a responder se teria havido reforma constitucional no que concerne à questão da hierarquia do tratado na ordem interna argentina, ainda que sem Mercosul, após refletida argumentação, concluiu que a jurisprudência pregressa não teria necessariamente decorrido da integração e sim de um contexto mais amplo, mas que a posterior reforma constitucional possuía um nítido endereço *mercosuriano*.

Há, contudo, um fator que parece ser determinante, tanto na evolução jurisprudencial verificada, quanto na reforma constitucional de 1994. Trata-se da observância da cultura jurídica derivada do estudo do Direito Internacional Público, algo que a Argentina foi pródiga em realizar antes mesmo dos “modismos da mundialização”.

Vivo exemplo de tal opção verifica-se em sua adesão à “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969”, que estabelece de forma paradigmática, em seu artigo 27, que “uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa do descumprimento de um tratado”, ratificada

e incorporada ao ordenamento argentino pela Lei 19.865, de 27 de janeiro de 1980. Aderir ao “tratado dos tratados”, como é conhecida essa Convenção de Viena, mesmo que de forma inócua em face da omissão constitucional que ocorria à época, foi, para a história do direito argentino, uma veemente sinalização em direção ao futuro e à inevitável convivência jurídica das nações. Nesse sentido, extrai-se da sentença “Ekmekjian versus Sofovich” a lapidar citação:

“la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional...”

Resulta claro que, a partir de tal precedente jurisprudencial, os tratados passaram a ostentar, no ordenamento jurídico argentino, uma hierarquia superior à das leis, não comprometendo o postulado da supremacia constitucional, já que o artigo 27 da própria Constituição argentina salvaguardava que os tratados deveriam estar em conformidade com os princípios de direito público nela consagrados.

Os posteriores casos “Cafés La Virgínia S.A.” e “Fibraca”, confirmando as linhas gerais da jurisprudência antecedente, apresentam algumas nuances, sem comprometer o *leitmotiv* da supremacia do Tratado sobre a lei interna, que serão genericamente incorporadas pela reforma constitucional de 1994.

No processo de internacionalização das constituições, como validamente assevera Adolfo Gabino Ziulu, emérito constitucionalista da Universidade Católica de La Plata, há inúmeros aspectos positivos, como a consolidação dos sistemas democráticos de governo, o respeito e a hipertrofia da tutela dos direitos humanos, a maior abertura ao mundo e a promoção da

integração regional, que abrem caminhos a um futuro direito comunitário, e, de forma mais abrangente, a um maior compromisso com a convivência pacífica entre as Nações. (In: *La Integración, los Tratados Internacionales y la Constitución. Revista Jurídica de Doctrina : a. 3, n. 3, noviembre 1998. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Quilmes*).

2. Monismo e dualismo: o velho dilema

Ao abordarmos o tema da reforma constitucional argentina de 1994, é inevitável que refulja o recorrente tema da oposição do dualismo ao monismo, nas relações entre o direito interno e o direito internacional: estaríamos diante de dois ramos de um mesmo sistema jurídico, monismo, ou direito internacional e direito interno conformariam dois sistemas distintos, separados e independentes, o dualismo?

Trata-se de um debate doutrinário que remonta à histórica e centenária dissensão entre Triepel e Anzilotti, aparentemente superada pelos modernos fenômenos de construção de blocos econômicos, que, no entanto, constantemente volta à baila nos recorrentes debates do *zeitgeist* de internacionalização do direito.

Embora se possa imaginar, em princípio, que, no caso argentino, estejamos diante de uma clara adoção do monismo, em detrimento do arcaico dualismo ancestral, a reforma implantada não foi tão drástica assim.

Parece certo que o dogmatismo dualista, “estatólatra e soberanófilo”, tão presente em nossa história constitucional latino-americana, foi grandemente mitigado, com a segurança jurídico-internacional implantada de forma drástica. No que diz respeito aos tratados referentes à tutela dos direitos humanos, o critério monista parece avassalador. No entanto, cumpre sempre observar que, na reforma argentina, o mesmo legislador revisor constituinte preocupou-se em manter incólumes alguns alicerces crassamente dualistas, como o

inciso 22 do art. 75 (“...los tratados internacionales sobre derechos humanos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”). Também deve-se observar que uma clara válvula de segurança dualista foi mantida intacta na primeira parte do texto reformado, nos termos do art. 27, que dispõe que os tratados internacionais celebrados com outros Estados “...estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.”

A jurisprudência “Ekmekdjian versus Sofovich” é a nosso juízo a que mais se aproximou de um monismo efetivamente inovador e inaudito em matéria de ordem de prelação do tratado no ordenamento jurídico interno. Em relação a ela, que superpunha hierarquicamente o tratado à própria norma constitucional, a Lei Maior reformada de 1994 parece retomar alguns perceptíveis *insights* dualistas, o que não devemos em nenhuma hipótese considerar como retrocesso ou algo que o valha, haja vista o formidável resultado final representado pelo avanço constitucional argentino.

3. A questão no Brasil

A ausência de uma disciplina constitucional reguladora da hierarquia dos tratados em nosso direito interno contrasta fragorosamente com a notória intenção política de integração regional e inserção internacional manifestadas pelos recentes governos. A valer o projeto de buscar estabilidade monetária e desenvolvimento também por meio de uma maior participação no comércio internacional e abertura da economia – e crê-se outro caminho não há –, o realinhamento jurídico brasileiro é urgente e contempla a inadiável questão da segurança jurídica internacional.

De fato, no Brasil, conforme também afirma com propriedade Gabino Ziulu, em sua obra já citada,

“...no existe norma de preeminencia que regule la confrontación entre ley federal

y el tratado antecedente o sobreviniente. La lectura del texto constitucional brasileño revela que paralelamente a la referida ausencia de normas, los tratados pueden ser entendidos a través de una interpretación por analogía, como poseedores de una jerarquía equiparada a la ley federal (línea ‘a’ del inciso III del artículo 105), sujetos, por lo tanto, al control de constitucionalidad (línea ‘b’ del inciso III del artículo 102).

La investigación de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal revela en los casos más recientes (*Recursos Extraordinarios 71.154-PR/1971, 80.004 – SE/1977*), *l^a excelsa Corte entiende que en caso de conflicto prevalece la norma posterior, con aplicación del artículo 2, párrafo 1º de la Ley de Introducción al Código Civil, o simplemente del aforisma ‘lex posterior derogat priori’*”.

Essa paradoxal posição de isolamento jurídico internacional do Brasil, com fulcro em uma cultura jurídica extemporaneamente refratária ao Direito Internacional Público, contrasta curiosamente com a política externa e com a própria história do Direito brasileiro. Aqui tivemos, desde sempre, excepcionais “jusinternacionalistas”, de Rui Barbosa a Clóvis Bevilacqua, sem deixar de mencionar os dois primeiros Presidentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Raul Fernandes e Levi Carneiro, grandes estudiosos e cultores da “disciplina de Grotius”, tendo o primeiro inclusive emprestado seu nome a importante cláusula do “Direito das Gentes”, facultando aos Estados a submissão a jurisdições internacionais criadas pacticiamente.

Exemplo crasso do *aislamiento* jurídico brasileiro é a não-ratificação e conseqüente incorporação ao direito interno da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969, que, enviada ao Congresso Nacional pela Mensagem Presidencial de 116/ 92, para efeitos de autorização de ratificação, encontra-se retida no Congresso Nacional desde 1995

(*Diário da Câmara dos Deputados*, 18 de maio de 1995, p. 14.326, Col. 01).

Outro exemplo do afastamento brasileiro da contemporaneidade internacional diz respeito a nossa anacrônica hesitação diante da implementação plena da instituição da arbitragem. Filha legítima do Direito Internacional Público, a arbitragem, proposta como forma de solução de controvérsias alternativa à jurisdição estatal, após afirmar-se no direito do comércio internacional, rapidamente incorporou-se à prática dos direitos nacionais, sendo hoje comezinha em países das mais diversas culturas e sistemas jurídicos.

Aprovada e promulgada na forma da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, a Lei da Arbitragem brasileira foi incidentalmente questionada em sua constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, ao julgar-se o Agravo em Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, em 1997, onde permanece até os dias atuais.

Ao verificarem-se as razões suscitadas, resta clara a flagrante atitude de cultura

jurídica subjacente, de que ainda não estamos prontos para conceber o Estado sem o avassalador poder jurisdicional, contra tudo e contra todos.

Ao realizarmos, no entanto, a realidade mundial da qual queremos participar mais e melhor, verificamos de imediato um cosmo jurídico que gravita, no que concerne à solução de controvérsias, em torno da arbitragem. Seja por meio de suas instituições formais como a OMC, seja mediante o aparato informal do comércio internacional, a *lex mercatoria*, não há como deixar de constatar a importância da arbitragem e fazer como nossos vizinhos de outras falas, implementando-a rapidamente.

Enquanto avaliamos se a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é ou não compatível com nosso ordenamento jurídico, ou se a Constituição permite a arbitragem em nosso meio, já que ainda não dilucidamos certos mistérios pétreos de nossa Lei Maior, os ventos que sopram do Rio da Prata são sempre benfazejos.

O contrato internacional de *joint venture*

Carlos Maria Gambaro

Sumário

Prólogo 1. Conceito de *joint venture*. 2. As origens do instituto. 3. Espécies de *joint ventures*. 4. A formação. 5. Contratação. 6. A saída de um *co-venturer*. 7. O órgão de gestão e controle. 8. A *joint venture* no Mercosul. 9. Conclusões.

Prólogo

“*To share or not to share, this is the problem*”¹. Com essa frase o célebre internacionalista iniciava sua obra, evidenciando claramente a grande questão que sempre envolveu as atuações conjuntas entre empresas ou empresários. Esse aspecto adquire ainda mais importância quando se trata das *joint ventures*.

O século XX testemunhou o maior desenvolvimento experimentado pelo homem, muitas mudanças remoldaram a face do mundo e a habilidade imaginativa do ser humano alcançou limites nunca antes sonhados. A tão falada “aldeia global” é caracterizada pela grande aproximação de pessoas de todas as partes do mundo. Há facilidade de movimentação, transporte de cargas e passageiros, comunicação em tempo real e uma busca desenfreada pela tecnologia. Com essa possibilidade de rápida troca de informações e imensa melhoria na malha de transportes, abriram-se mercados antes restritos a investidores distantes em virtude da falta de conhecimentos sobre os mesmos ou o alto custo, e perigo, de movimentação de

Carlos Maria Gambaro é Bacharel em Direito, mestrando em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista (Unesp) e bolsista FAPESP.

produtos ou tecnologias. Em suma, assim como foram aproximadas as pessoas do globo, os capitais e os empresários também o foram, passando estes a atuar além de seu país ou região. Para tanto, procuraram realizar associações com outros empresários, estrangeiros ou nacionais, de modo a concretizar os empreendimentos para os quais não dispunham de condições se atuando isoladamente.

A globalização abriu as portas do mercado mundial a todos os empresários que quisessem participar do comércio internacional, mas estabeleceu restrições das mais severas em relação à qualidade dos produtos a serem inseridos nesse mercado. De nada adianta o empresário possuir capital excedente se ele não investir em bens ou serviços “de ponta”, que utilizem tecnologias avançadas e em constante desenvolvimento. A demanda para tais produtos é cada vez maior, trazendo mais riquezas e prestígio aos que detêm a tecnologia para sua fabricação.

A *joint venture* vem resolver satisfatoriamente essa questão, propiciando aos empresários locais, que dispõem de verbas e de um mercado ávido por consumir produtos tecnologicamente superiores, a possibilidade de acesso à tecnologia, fornecida por outra empresa, detentora do *know-how* da fabricação desse produto e interessada em expandir sua área de atuação, aproveitando-se de comodidades e facilidades que a *co-venturer* local pode oferecer.

Para o estudo que se pretende empreender, não basta somente quantificar, qualificar e sistematizar as informações concernentes ao tema em vista, pois ele é decorrente do desenvolvimento econômico, político e social do mundo, mesmo que seus reflexos sejam mais palpáveis em países de economia forte. Isto é, a *joint venture*, como quase tudo o que existe no campo jurídico-econômico, não nasceu dos estudos doutrinários ou filosóficos de operadores do Direito. Ela é fruto da

necessidade, mãe de todas as invenções, de se criar um mecanismo dinâmico e altamente flexibilizável, capaz de atender às mais novas exigências do comércio regional e mundial, que surgem e se desenvolvem de forma assombrosa, bem como possibilitar empreendimentos conjuntos e promover a aproximação de empresas, antes afastadas, entre outros motivos, pelas diferentes legislações nacionais.

Como se pode observar pela leitura desta breve introdução, os criadores da *joint venture*, materializada a partir do *contrato internacional de ‘joint venture’*, não se preocuparam em estabelecer as bases didáticas ou doutrinárias da instituição, apenas desejavam ter uma ferramenta capaz de resolver as novas questões que se lhes apresentavam à medida que passavam a atuar no mercado mundial.

1. Conceito de *joint venture*

Nascida para resolver questões de ordem prática, não tendo surgido, portanto, como produto de estudos pragmáticos, a *joint venture* não possui um conceito definitivo e absoluto². “Surgiu nos Estados Unidos para ludibriar a proibição de que uma sociedade anônima fosse sócia de uma sociedade de outro tipo, de responsabilidade ilimitada ou limitada”³.

Trata-se de uma modalidade institucional recente, carecendo os estudiosos de experiência. Na verdade, a tentativa de estabelecer um conceito preciso do que seja a *joint venture* coube inicialmente à jurisprudência dos países da *common-law*. Dessa forma, a literatura juscomercialista atribuiu à expressão *joint venture* um significado amplo, englobando todas as formas de colaboração empresarial internacional, sem observar a extrema vagueza das definições.

Diante da inexistência de um conceito satisfatório, os tribunais e doutrinadores norte-americanos passaram a defini-la por meio de um “teste”, no qual, partindo do caso concreto, procuram identificar os elementos ditos caracterizadores de uma

*joint venture*⁴. São determinados uma série de requisitos, alguns necessários, outros facultativos. Se presentes tais requisitos, o jurista pode afirmar, com alguma dose de certeza, que o caso em estudo é uma *joint venture*; caso esses requisitos não se façam presentes, não seria uma *joint venture*.

Contudo, mesmo a impossibilidade de conceituar perfeitamente o instituto não impediu os autores e tribunais norte-americanos de tentarem defini-la, conforme se observa na obra do prof. Luis Olavo Baptista⁵: “uma combinação especial de duas ou mais pessoas que, em sua operação comercial específica, buscam lucro, sem qualquer sociedade (*partnership*) ou firma (*corporate designation*)”⁶. Uma outra definição: “uma associação de duas ou mais pessoas para produzir uma única empresa comercial (*business enterprise*) de fins lucrativos”⁷. Ou ainda: “uma associação de pessoas para conduzir uma empresa lucrativa (*business enterprise*) para cuja consecução combinam a sua propriedade, dinheiro, bens, técnicas e conhecimento: cada participante é um mandatário dos demais e cada um tem o controle dos meios empregados para obter o fim comum”⁸.

A prof.^a Maristela Basso⁹ considera que “as *joint ventures* são mecanismos de cooperação entre empresas, que não têm forma específica, tendo em vista sua origem e seu caráter contratual: possuem natureza associativa (partilha de meios e riscos), podendo apresentar objetivos e duração limitados ou ilimitados”.

Uma definição interessante foi dada por Frederick Pearce:

“uma *joint venture* é um acordo comercial no qual duas ou mais partes empreendem uma atividade econômica específica conjunta. Isto não significa que você venderá meus produtos e eu pagarei uma comissão, tampouco significa que você comprará meus produtos e os venderá aos seus clientes com lucro. As palavras importantes são: *empreen-*

dendo atividade econômica conjunta-mente. É como um açougueiro e um padeiro unindo-se para vender cachorros-quentes, o açougueiro provendo as salsichas, e o padeiro os pães, e eles repartem os lucros”¹⁰ (grifo nosso).

Luiz Olavo Baptista e Aníbal Sierralta Ríos, na excepcional obra *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*¹¹, trazem o entendimento de Gaspar Caballero Sierra¹², que entende ser a *joint venture*

“uma associação de duas ou mais pessoas para realizar uma empresa isolada que implica um determinado risco (*venture*), para o qual perseguem unidas um benefício, contudo sem criar sociedade ou corporação alguma, e para isto se combinam propriedades, capitais, trabalho, conhecimento etc. No *joint venture* cada membro atua como dono e como agente dos demais membros, e por conseguinte a promessa de um equivale à promessa de todos. O executado por um membro se entende executado por todos e se presume autorizado para realizar as atividades próprias do *joint venture*. Todos os membros assumem as perdas segundo a proporção convencional, e suas obrigações se encontram limitadas à duração do próprio *joint venture*. Entre os membros se estabelece uma relação de mútua confiança e boa-fé, e enquanto a organização se encontra vigente não poderão realizar por sua própria conta aquelas atividades e atos próprios do *joint venture*, pois se assim procederem deverão reintegrar ao fundo [da associação] o que tiverem obtido de maneira particular”¹³.

Na seqüência, os autores apresentam a sua própria definição de *joint venture*:

“é a associação de duas ou mais pessoas naturais ou morais que se vinculam com o objetivo de realizar

uma atividade econômica específica, podendo aportar a tais propósitos ativos tangíveis ou intangíveis que deverão ser explorados unicamente visando o objetivo específico do contrato ou em um lapso determinado. A essência deste contrato é o objetivo comum das partes, que limita sua ação, motivo pelo qual a gestão do negócio involucrará uma ação solidária sem que aquilo que for decidido por um deles possa ser contradito pelo outro, se foi realizado em cumprimento aos claros objetivos determinados no contrato. É, portanto, um negócio onde a ação é determinada por dois ou mais empreendedores, sem o ânimo de formar uma sociedade”¹⁴.

O advogado Jayme Vita Roso entende que

“a *joint venture* é sempre uma associação de pessoas, físicas e/ou jurídicas, que se engajam, num negócio particular, visando lucro, onde exista uma verdadeira comunidade de interesse, onde se repartam os lucros e os prejuízos, com possível direito de controle de uma das partes, tudo previamente ajustado em contrato escrito”¹⁵.

Um conceito literal poderia ser formulado: formada pela conjugação das palavras *joint* (articulação, junção, ligação, encaixe), e *venture* (risco, aventura)¹⁶, essas empresas são associações de duas ou mais empresas, que se vinculam com o objetivo de realizar uma atividade econômica específica, investindo capitais (“equity”), ou não (“non equity”), que somente poderão ser utilizados para esse fim comum. Para tal, ocorre a criação de uma entidade juridicamente autônoma, com personalidade distinta da de seus fundadores (“*corporate*”), ou não (“*non corporate*”), em que as empresas primitivas repartem os riscos e as decisões são tomadas em conjunto.

A palavra *joint venture* não possui uma tradução para o português, tampouco

existe aqui um instituto semelhante a esse tipo de associação, de forma que a formulação de um conceito no Brasil é ainda mais complicada do que em outros países, que, por possuírem institutos parecidos à *joint venture*, tentaram identificá-la com aqueles já existentes no ordenamento jurídico interno. Mas, como veremos adiante, tal tentativa de analogia também não conseguiu resultados satisfatórios, pois a *joint venture* possui um caráter inovador, distanciando-se das formas de associação e regulação de interesses então tipificados.

Diante da impossibilidade de determinar uma definição precisa o suficiente para o instituto da *joint venture*, parece que o melhor caminho, senão o único¹⁷, para tipificá-las é atentar-se para os elementos que a caracterizam e, por meio da observação nos casos concretos, verificar se estes se fazem ou não presentes. Além disso, utilizando-se esse processo será também facilitado o exame do instituto do ponto de vista comparativo, sendo menos tormentosa sua qualificação.

2. As origens do instituto

Apesar de já existirem referências ao instituto da *joint venture* em julgados datados de 1808¹⁸, os autores remontam os inícios deste, como é entendido atualmente, à segunda metade do século XIX e início do século XX, quando as decisões dos tribunais norte-americanos passaram a indicar uma tendência rumo à identificação dos elementos que caracterizariam as relações de *joint venture*. Pode-se indicar, entre outros, como precedentes “Bruce v. Hastings”, vt. 380 (1868); “Ross v. Willet”, 27 N.Y., Supp., 785,786 (Ist. Dept. 1895); “Lobsitz v. E.Lissberger Co.”, 156 N.Y., Supp. 556 (Ist. Dept. (1915)); “Reid v. Shaffer”, 196 N.Y. Supp. 553, 561 (6th Cir. 1918); “Columbian Laundry v. Henken”, 196 N.Y. Supp. 523, 525 (1st Dept. 1922); “Finney v. Terrel”, 276 S.W. 340 (Tex. Civ. App., 1925)¹⁹.

No início, os juízes e estudiosos foram tentados a tipificar o contrato de *joint venture*, procurando adaptá-lo aos contratos associativos então existentes nos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, as *joint ventures* foram comparadas às *partnerships* do direito norte-americano, às filiais comuns, às sociedades de fato, às sociedades por ações, ao consórcio (com atividade externa), ou ainda a outras formas associativas européias como a *société en participation* ou os *groupements d'intérêt économique*, franceses.

O prof. Luiz Olavo Baptista²⁰ afirma, com propriedade, que as *joint ventures* desenvolveram-se a partir das *partnerships* do direito anglo-saxão.

“Segundo Mechem²¹, a lei inglesa nunca reconheceu a *joint adventure* como uma relação independente, mas freqüentemente referiu-se a ela como uma *particularized partnership*, às vezes uma *special partnership*. Para ele, à luz dos casos ingleses, poder-se-ia conceituar a *joint venture* do direito americano como uma *partnership* cujo objetivo fosse a realização de um único negócio, ao invés da realização de muitas transações como é o caso das *partnerships*”.

Surgidas como instrumento alternativo, destinado a satisfazer as exigências econômicas não englobadas entre aquelas disciplinadas pela legislação das *partnerships*, as *joint ventures*, contudo, perderam, nos anos 50, parcialmente sua importância para os operadores econômicos, diante da tendência da jurisprudência de reconduzi-las às *partnerships* aplicando-lhes integralmente o regime legal.

A despeito dos traços em comum das duas formas associativas²², tanto os estudiosos como os tribunais norte-americanos passaram, cada vez mais, a vislumbrar diferenças nas essências dessas duas formas associativas e, com o passar do tempo, foram individualizando, cada vez mais, a *joint venture* a ponto de alcançar o total desvincilhamento uma da outra²³.

Em “West Caldwell v. Bourough of Caldwell”, a jurisprudência norte-americana, seguindo opinião de Willinston²⁴, decidiu que os elementos essenciais de uma *joint venture* são: a) uma contribuição pelas partes em dinheiro, bens, esforços, conhecimentos, técnicas, ou outro valor econômico, para uma ação conjunta; b) um interesse patrimonial conjunto no objeto do empreendimento; c) um direito ao controle mútuo ou à gestão da empresa; d) expectativa de lucro, ou a presença da *adventure* (aventura), como se diz; e) o direito de participar nos lucros; e f) usualmente a limitação do objetivo a um simples empreendimento ou empresa *ad hoc*.

3. Espécies de joint ventures

Apesar de não existir consenso acerca da definição do que venha a ser a *joint venture*²⁵, pode-se separá-la em diversos tipos, segundo determinadas características peculiares à criação e funcionamento da empresa.

3.1. Joint venture nacional e internacional

A *joint venture* nacional é aquela constituída por sócios de mesma nacionalidade. Como esses podem ser pessoas físicas ou jurídicas, há que se verificar a nacionalidade do *co-venturer*, pessoa física, ou o que dispõem as respectivas legislações internas dos países onde estejam situados, no caso de pessoas jurídicas.

A *joint venture* internacional é aquela na qual os *co-venturers* possuem nacionalidade distinta.

Tal diferenciação pode parecer simples e óbvia à primeira vista, contudo, a prática internacional pode criar situações um tanto inusitadas que causam dúvidas quanto a esse tipo de classificação. Vejamos a hipótese em que dois sujeitos de mesma nacionalidade e residentes em países distintos celebrem um contrato de *joint venture*. Nesse caso, apesar de o contrato de *joint venture* ser internacional, teremos uma *joint venture* nacional, uma vez que a

classificação se baseia apenas no critério nacionalidade das partes. Por outro lado, se dois sujeitos de nacionalidades diversas, residindo em um mesmo país, celebrarem um simples contrato de associação, que pode ser considerado *joint venture*, teremos uma *joint venture* internacional.

3.2. Equity e non equity joint venture

A denominada *equity joint venture* é a empresa formada com a participação financeira de todas as partes. Isto é, os *co-venturers* associam capitais.

Na *non equity joint venture*, alguma (ou algumas) das partes não contribui com capital para a empresa.

3.3. Corporate e non corporate joint venture

Na *corporate joint venture*, o contrato prevê a criação de uma pessoa jurídica distinta dos contratantes.

Também chamadas de *joint ventures* contratuais, nas *non corporate joint ventures*, a associação não dá nascimento a uma terceira empresa.

Geralmente, as *corporate joint ventures* são utilizadas quando o empreendimento a ser realizado requer grande volume de capitais, se o período de associação é muito longo, ou o produto ou serviço a ser explorado demanda equipamentos ou locais (plantas) específicos, complexos, não encontrados com facilidade. Dessa maneira, será a finalidade da associação que determinará o tipo de *joint venture* a ser escolhido, já que, em alguns casos, a criação de uma terceira empresa não é somente recomendável senão necessária.

Essa *terceira empresa* é autônoma, possui todas as características legais exigidas por lei para o seu funcionamento, segundo o modelo escolhido pelos *co-venturers* (Ltda., S.A. etc.). Contudo, não se pode considerá-la isoladamente, pois ela nada mais é que um meio para que os sócios – físicos ou jurídicos – exerçam a atividade em conjunto, estabelecida no contrato de *joint venture*.

Em outras palavras, o acordo fundamental do empreendimento conjunto é o contrato de *joint venture*. É lá que estão depositadas as vontades e objetivos dos sócios, que podem ser criar ou aumentar a capacidade de *suas empresas* (*co-venturers*), adquirir novos mercados para os produtos das *empresas-mães*, usar tecnologia desenvolvida ou adquirida pelas *empresas-mães*, angariar mão-de-obra para as *empresas-mães* etc. A empresa criada a partir da associação dos *co-venturers*, em geral, servirá somente enquanto durar o empreendimento objeto do contrato de *joint venture* e para dar-lhe efetiva execução. Uma característica que ressalta esse aspecto de subordinação da terceira empresa está em que os *co-venturers*, ao celebrarem o contrato de *joint venture*, determinam, entre outros aspectos, o modelo legal de sociedade a ser adotado, os direitos de participação que caberão a cada um dos sócios, os direitos de voto nas deliberações sociais, a prerrogativa de cada *co-venturer* de indicar o ocupante dos cargos administrativos na empresa a ser criada, a política de distribuição de lucros e gerenciamento da empresa, e preferência dos *co-venturers* no caso de transferência de participação da empresa a terceiros.

Não se trata, portanto, de mera subsidiária ou filial, pois, inicialmente, é formada da associação de empresas distintas e seu único objetivo é garantir a operatividade do contrato celebrado entre elas.

3.4. Joint venture transitória e permanente

Característica atualmente relegada a segundo plano, o período estabelecido para a execução do contrato de *joint venture* permite diferenciar entre *joint ventures* transitórias – que possuem funcionalidade atrelada ao tempo estritamente necessário para concluir o objetivo do contrato – e *joint ventures* permanentes, que, apesar de também atreladas ao contrato, em virtude da espécie de empreendimento se tornam funcionais por tempo indeterminado.

Como exemplo de *joint venture* transitória podemos citar a sociedade em conta de participação e o consórcio. Por outro lado, um exemplo de *joint venture* permanente é a filial comum internacional.

3.5. Filial comum internacional

“A filial comum é uma sociedade cujo capital é detido por duas ou mais empresas independentes (chamadas empresas-mães) e cuja direção econômica é exercida por elas conjuntamente, qualquer que seja o *quantum* das suas participações no capital social... na filial comum o controle estável é exercido conjuntamente por duas ou mais empresas independentes, às vezes concorrentes em outros setores econômicos e geográficos, e cuja cooperação pode, algumas vezes, também ser limitada no curso do tempo”²⁶.

Observa-se que a filial comum internacional é uma modalidade de *corporate joint venture*, tendo como característica básica a peculiaridade das partes que, atuantes em um mesmo ramo empresarial (participem ou não do mesmo grupo de empresas), unem forças para estabelecer um centro de negociação e atividades em um mercado no qual estas sentem não ter forças para competir isoladamente. No mais, essa filial segue em tudo a *terceira empresa* citada quando discorremos acerca da *corporate joint venture*.

Finalmente, cabe ressaltar que Andrea Astolfi faz uma curiosa distinção entre dois tipos de *joint ventures*, levando em consideração a situação econômica e política dos países dos contratantes. Dessa maneira, teríamos que

“enquanto nos países de economia avançada o recurso a esta forma de colaboração industrial [*joint venture*] está essencialmente motivado pela oportunidade de realizar concentrações por coordenação, nos países em vias de desenvolvimento seu empre-

go está freqüentemente imposto pela identificação de um aspecto de convergência entre a necessidade dos empresários ocidentais de acercar-se a novos mercados e de garantir o aprovisionamento de matérias-primas essenciais, e a vontade política dos países em vias de desenvolvimento de manter uma parcial disponibilidade dos recursos nacionais, obviando, ao mesmo tempo, o próprio atraso tecnológico e gerencial”.

Dessa maneira, continua,

“é possível, em uma primeira aproximação, diferenciar a relação de *joint venture* de caráter voluntário, cuja estipulação está motivada, de modo exclusivo, por precisas oportunidades econômicas, daquelas que indicaremos como *necessárias* enquanto representam o único instrumento jurídico do qual os operadores estrangeiros se podem valer para operar em certos mercados” (grifos nossos)²⁷.

4. A formação

Um dos momentos cruciais para a futura criação e bom funcionamento de uma *joint venture* é a fase preliminar ou fase de formação. É nesse momento que o empresário, em face da realidade de sua empresa, decide buscar um outro empresário para, conjuntamente, executarem o empreendimento. Aqui é o momento de tomar as decisões corretas para plantar a semente que germinará na associação.

Entre as várias questões a serem consideradas pelo empreendedor, as mais importantes são:

a) inicialmente o empresário deve proceder a uma pesquisa de sua própria empresa e verificar as condições em que ela se encontra para depois decidir se é viável e interessante ao seu negócio a associação com um estrangeiro;

b) deve o empresário determinar quais são exatamente os objetivos a serem

alcançados com a união, bem como as motivações que levam a empresa a unir-se à outra;

c) qual o melhor meio de alcançar esses objetivos;

d) qual o melhor parceiro para a associação.

Trataremos desses temas separadamente.

4.1. Situação da própria empresa

As empresas que decidem buscar uma associação com uma outra não podem fazê-lo sem antes determinarem meticulosamente quais as suas reais condições dentro do mercado, e mesmo qual o quadro atual em relação à sua parte física (plantas, fábricas etc.), institucional, política empresarial e capitais.

Os empresários devem ater-se a todas as variáveis do empreendimento.

“As empresas norte-americanas e as dos países industrializados estão preocupadas não somente na formação e desenvolvimento desta figura comercial [*joint venture*] senão também no manejo e o impacto a longo prazo. Para ajudar a entender esse processo, é necessário compreender que as empresas que resolvem associar-se, para operar no mercado doméstico ou para sair ao exterior, segundo os diversos propósitos que as anima, fazem uma prévia avaliação interna com base em três critérios específicos: seus objetivos estratégicos (para atuar no país ou no exterior); as motivações concretas; e as expectativas de negócios (para produzir ou abrir e desenvolver mercados)”²⁸.

Não é recomendável, portanto, aventurar-se em uma empreitada conjunta, principalmente se for de caráter internacional, sem conhecer-se, a si próprio, primeiro, pois estar-se-á dando um passo muito sério, que traz consigo uma série de responsabilidades. Em outras palavras, dever-se-á considerar a possibilidade de

atuação isolada, verificando-se objetivos, motivações, recursos, gastos, custos e potenciais de sucesso, dentre outros, antes de se pensar em uma associação.

4.2. Objetivos e motivações

Os objetivos variam de acordo com a empresa e empreendimento em questão. Portanto, o empresário deve ficar muito atento às características do negócio em que pretende participar, analisando se ele se adapta às suas expectativas, interesses e empresa.

Ao iniciar a negociação para a futura constituição da associação, o empresário deve saber precisamente quais os fins colimados por ele nessa união e, mais importante ainda, deverá informar claramente a outra parte a respeito deles, isto é, terá de agir pautado no princípio da boa-fé, princípio que, no Direito Internacional Privado, caracteriza-se pelo dever de mútua informação de tudo aquilo que se apresenta relevante nos negócios.

No âmbito das *joint ventures*, esse dever de agir com boa-fé, informando os objetivos perseguidos pelas partes, deve ser seguido à risca, pois poderá não haver suficiente coalizão de interesses para a formação da associação²⁹, ou ainda para evitar-se que interesses conflitantes, não palpáveis no início, sejam percebidos em estágio avançado da cooperação, vindo a abalar o empreendimento conjunto³⁰, o que, em ambos os casos, pode determinar o fim da união, com perdas para ambos *co-venturers*.

As motivações para a união empresarial que geralmente impulsionam os empresários a constituírem uma *joint venture* são:

- a) imagem;
- b) transferência de tecnologia;
- c) penetração em novos mercados;
- d) pressões do país anfitrião;
- e) facilidades fiscais e tributárias oferecidas pelo país anfitrião;
- f) controle dos recursos e das matérias-primas;
- g) repartição dos riscos do empreendimento;

- h) legislação antimonopolista;
- i) facilidade na aquisição e uso de mão-de-obra.

4.3. Escolha do melhor meio para atingir os objetivos

“As opções estratégicas de uma empresa interessada no comércio internacional vão desde utilizar uma *trading company*, estabelecer um escritório de vendas alémar, estabelecer concessionárias, subsidiárias ou formar uma *joint venture*”³¹.

Como se vê, são muitos os meios de se atuar no cenário internacional. A questão da escolha do melhor modo de aventurar-se em uma empreitada externa remonta aos problemas de delimitar os objetivos e as motivações. Cada um dos modelos acima se apresenta recomendável a um tipo específico de negócio, mas, em alguns casos, diversos modelos respondem satisfatoriamente a diversos empreendimentos. Tudo dependerá do caso concreto, porém, nunca é demais recordar que a *joint venture* é mais utilizada quando o negócio envolve transferência de tecnologia.

Uma vez definida a *joint venture* como meio de atuação, as partes deverão ainda determinar se se tratará de uma *corporate* ou *non corporate*; *equity* ou *non equity*. E, no caso de as partes optarem pela *corporate*, faltará estabelecer qual o modelo descrito no ordenamento jurídico interno que melhor se adapta às finalidades do contrato de *joint venture*.

4.4. Escolha do parceiro adequado

É praticamente impossível encontrar-se um parceiro *ideal* para constituição de uma *joint venture*. Desse modo, a busca pela outra parte do negócio deve ser bastante minuciosa e razoável.

O conhecimento do mercado em que está inserida a empresa com a qual se está pretendendo contratar, bem como sua situação dentro deste, é fundamental nas observações preliminares que determinarão se aquela possui as características necessárias para a união.

Deve-se ter em mente que nenhuma das partes dispõe de capacidade física, econômica ou tecnológica para enfrentar o empreendimento isoladamente. Por outro lado, cada uma das partes conta com recursos que devem ser investidos em proveito do negócio comum. Assim sendo, deve haver uma complementaridade entre as contribuições das partes, ou seja, uma parte deve possuir aquilo que falta à outra.

Não basta, contudo, que as partes concordem com as finalidades da união e que juntas reúnam o necessário para conseguir seus objetivos, é necessário também conhecer a pessoa ou empresa com a qual se está negociando. Deve-se procurar informações a respeito do *histórico* negocial da parte, para evitar-se contratar com alguém desonesto ou faltoso. A esse respeito, a prof.^a Maristela Basso³² traça alguns aspectos que podem auxiliar os *co-venturers* no momento de definição do parceiro:

- a) “o sucesso em acordos de cooperação ou *joint ventures* presentes e passados, ou seja, a experiência já obtida em atividades desenvolvidas em conjunto: foi ou tem sido bom? É possível, viável e conveniente?;
- b) a compatibilidade no relacionamento com um parceiro concorrente;
- c) a similaridade nas estruturas administrativa e operacional das empresas dos *co-ventures* (centralizada, descentralizada);
- d) o tipo de organização das empresas, utilizando-se de critérios geográficos, funcionais, etc (*sic*);
- e) as estratégias de *marketing* e de transporte, bem como a filosofia de tratamento a clientes;
- f) as políticas de controle de manufatura, de recursos e de qualidade;
- g) a filosofia de condução de questões financeiras e sua observância;
- h) a compatibilidade do tipo de propriedade (empresa pública, privada, mista);

i) a política trabalhista (de contratação, treinamento e demissão de funcionários), bem como a condução das relações de trabalho”.

Continuando a enumeração, a autora passa a descrever as características objetivas que interessariam na escolha do parceiro:

a) “os que exercem a mesma atividade, mesmo que concorrentes, identificando-se, por fim, o distribuidor mais forte dos seus produtos, ou aquele que melhor incrementará a produção, trazendo tecnologia mais avançada e clientela permanente ou mais freqüente;

b) todos aqueles que operam no mesmo setor, ainda que não concorrentes, como clientes e fornecedores, identificando-se o ramo de negócios com recursos e habilidades complementares para desenvolver determinados produtos ou tecnologias, falando-se em cooperação vertical;

c) aqueles que são realmente complementares, procedendo-se a uma pesquisa horizontal”.

Um empresário que já atua no comércio internacional possui mais chances de ser chamado à constituição de uma empresa conjunta do que aquele que ainda não se aventurou fora do território de seu país. Isso porque aquele que tem a experiência internacional sem mácula é melhor visto pelos outros empresários que sabem que o primeiro é um profissional respeitável e conhece o funcionamento do mercado internacional. Isso, porém, não significa que o negociante nacional não tenha chances de ser chamado a participar de uma *joint venture*, pois, dependendo dos objetivos – adentrar em novos mercados por exemplo –, ele será essencial para o sucesso do empreendimento.

A melhor forma de encontrar o parceiro mais compatível é por meio de pesquisas em diversas fontes ou cadastros de empresas, entre os quais podemos destacar:

a) *internet*: atualmente a rede mundial de computadores é o meio mais simples e

prático de conseguir informações a respeito de empresas, empreendimentos e áreas de atuação destas, bem como quais são seus planos futuros. A pesquisa pode ser realizada por meio dos vários *sites* de busca, pois praticamente todas as grandes empresas possuem *home pages*;

b) câmaras de comércio: elas geralmente possuem um banco de dados a respeito de empresas de sua região ou do mundo inteiro, que permite o contato entre empresas distantes, mas com mesmos interesses. O melhor exemplo de como essas câmaras podem auxiliar as partes na procura do parceiro está no trabalho desenvolvido pela Câmara Internacional de Comércio, situada em Paris, a qual, por meio do *Global Business Exchange*³³ – programa que visa facilitar a busca de parceiros internacionais –, pode ser acessada via *internet*;

c) autoridades públicas: existem Municípios que, procurando atrair empresas e indústrias para seu território, buscam parceiros para a formação de *joint ventures*, oferecendo desde terrenos para a implantação da unidade produtora até isenções fiscais. Os Estados também possuem agências de desenvolvimento em que é possível encontrar oportunidades de negócios e parceiros comerciais. Mesmo a União mantém tais agências de desenvolvimento de modo a atrair empresários e canalizar investimentos em diferentes regiões do país, facilitando financiamento e fornecendo capitais, como acontece com o BNDES;

d) revistas e catálogos especializados em comércio internacional: essas publicações trazem, nos moldes dos conhecidos “classificados”, informações e oportunidades para iniciar um novo negócio ou encontrar um parceiro adequado. É uma ótima forma de iniciar uma pesquisa, encontrando sócios em potencial, com os quais, posteriormente, dever-se-á manter maiores contatos;

e) consulados, escritórios comerciais e escritórios de advocacia internacional: nas embaixadas e consulados, poder-se-á encontrar informações acerca dos empre-

sários nacionais do país representado por aqueles que tenham interesse em investir no exterior. Os escritórios comerciais e de advocacia internacional são também boas fontes de informações, pois, trabalhando e representando clientes na área internacional, eles terão informações recentes e aprofundadas das atividades exercidas por eles, podendo servir também como intermediários;

f) feiras e convenções: são importantes centros de aglutinação de empresários, em que são geralmente apresentadas as inovações produzidas pelas empresas, constituindo-se em pólos negociais.

Existem ainda muitos outros meios de se chegar até o parceiro adequado, tudo dependerá da facilidade do empresário em entrar em contato com estes *trading points*, bem como do tipo de negócio que se pretende realizar ou a área econômico-comercial em que se pretenda atuar.

5. Contratação

Uma vez definidos os parâmetros e resolvidas as questões preliminares apresentadas – isto é, uma vez esclarecidas as finalidades da união, estabelecida a motivação que leva à associação, escolhido o parceiro, determinado o tipo de *joint venture* que será organizada e escolhido o país onde eventualmente será implantada a empresa – e que fazem parte do processo de negociação, inicia-se novo passo em direção à celebração do contrato internacional de *joint venture* e constituição da associação, é a fase da contratação. Aqui se deverá formalizar o contrato, escrevê-lo, determinar suas cláusulas, enfim, negociar seus termos.

Novos problemas surgem nessa nova etapa. A questão da legislação aplicável, bem como o idioma utilizado no contrato são os que mais geram controvérsias.

Sem nos determos em considerações mais aprofundadas, temos que na sistemática mundial existem três modos de determinar a lei aplicável a um contrato:

a) *lex loci celebrationes* (ou *lex loci contractus*): pela qual a lei que regerá o

contrato será aquela do lugar da celebração do contrato;

b) *lex loci executiones*: a lei que regerá o contrato será a do lugar da execução do mesmo;

c) *lex voluntatis*: as partes podem definir a lei aplicável³⁴.

As partes deverão chegar a um consenso a respeito da lei que será aplicada ao contrato. Geralmente se usa a autonomia da vontade (*lex voluntatis*) para a escolha desta. Esse momento de escolha é de extrema importância, uma vez que as partes devem ter em conta que cada legislação possui institutos e expressões que lhe são peculiares, podendo significar outra coisa ou até mesmo inexistir em outro ordenamento jurídico. Procurando evitar tal problema, o redator do contrato deverá realizar um trabalho comparativo, compreendendo diferentes legislações e hipóteses, para que seu texto mantenha-se uno, íntegro e válido em qualquer situação e lugar, produzindo os efeitos desejados pelas partes. Dessa forma, o mais recomendável é que sejam previstas no próprio contrato as soluções para as mais diversas situações que se possam apresentar como ameaçadoras ao mesmo, deixando longe de juízes ou árbitros a sorte do contrato e das partes.

Além do problema textual e institucional das diferentes legislações, o redator do contrato deverá levar em consideração que cada país tem suas próprias leis, costumes, jurisprudências e procedimentos. Pode parecer óbvia a assertiva acima mas a verdade é que cada país possui uma história, uma cultura, valores diferentes que moldaram seus ordenamentos jurídicos internos, de forma que alguns países tipificam certas condutas como crime, sendo que para outros tais atividades são lícitas. Os costumes podem ser parecidos em certa região, mas em um mundo globalizado as transações se dão além dos oceanos, de forma que um costume sedimentado em um lugar pode

nada significar noutro. O entendimento jurisprudencial também varia de acordo com o sistema jurídico adotado e com os casos levados a julgamento, e o entendimento dado pelos tribunais a um caso em um país pode ser distinto ou desconhecido em outro. Por tais motivos a consulta a um advogado especialista na lei escolhida é imprescindível, uma vez que somente ele será capaz de indicar as nuances legais, bem como as tendências doutrinárias e jurisprudenciais. O contato entre as partes, os advogados destas, o redator do contrato e os advogados consultores a respeito da legislação adotada para o contrato (desde que os próprios advogados das partes não sejam especialistas nesta), é de fundamental importância, pois cada um tem um ponto de vista distinto e, conseqüentemente, diferentes questões a serem esclarecidas sobre a legislação e os procedimentos necessários para levar a termo o contrato.

Não bastassem as dificuldades já apresentadas, temos ainda a questão do idioma do contrato. Tratando-se de um documento de caráter internacional, o contrato deverá ser inteligível para ambas as partes, de modo que, se estas possuírem idiomas distintos, o acordo deverá ser escrito em mais de uma língua. Essa multiplicidade idiomática traz consigo questões a respeito da interpretação e até mesmo da compreensão do texto contratual, uma vez que a língua de um povo é reflexo de sua história, usos, costumes e valores, de forma que os conceitos existentes em determinado idioma somente neste têm seu significado preciso e completo. O redator do contrato deverá observar que os documentos, escritos nas diversas línguas dos contratantes, mantenham a maior similitude possível, já que é praticamente impossível escrever-se exatamente igual em dois idiomas distintos. Ambas as partes devem saber claramente quais são as implicações das cláusulas, e, para tal, a tradução tem de ser muito precisa.

A despeito das várias línguas às quais pode, eventualmente, ser necessário tra-

duzir um contrato, existe um idioma oficial do mesmo. Ele servirá para que se façam interpretações a respeito das cláusulas, do mesmo modo que será nesse idioma que um tribunal arbitral apreciará a questão que eventualmente lhe seja levada. Tal idioma oficial é determinado pelas partes na cláusula que indica a língua de interpretação do contrato – *choice of language clause*. É imprescindível, portanto, que o redator do acordo não cometa erros na tradução a partir da língua oficial, uma vez que a parte poderá argumentar em seu favor que esta ou aquela cláusula tem uma redação distinta em seu idioma, significando coisa diversa do que consta no documento oficial.

5.1. O acordo-base

O acordo-base é “uma espécie de Carta-Magna que inclui os pontos essenciais que não merecem discussão”³⁵. Tal comparação dos eminentes estudiosos é de grande felicidade, realmente o acordo-base é a pedra fundamental de onde se constrói uma *joint venture*. Contudo, é óbvio que aquilo que foi estabelecido nesse acordo pode ser modificado, assim como uma Constituição também pode sofrer mudanças, e que a expressão “pontos essenciais que não merecem discussão” faz referências às cláusulas basilares do contrato, que foram discutidas intensamente no momento da negociação.

Nesse acordo, deverão constar basicamente cláusulas relativas a identificação das partes, seus direitos e deveres, língua oficial do contrato, sistema de solução de controvérsias, data de entrada em vigor do contrato, possibilidades e procedimentos para alteração dos contratos (acordo-base e satélites) e as características básicas do empreendimento:

- a) natureza, objeto, pretensões e estratégias da *joint venture*;
- b) tipo de *joint venture* a ser criada (*corporate* ou contratual);
- c) estipulação do valor do investimento (capital social), bem como a contribuição de cada uma das partes no negócio (*equity*

ou *non-equity*), e a forma como será feito o investimento individual (moeda, maquinário, tecnologia etc.); dever-se-á verificar também o tratamento dado pelo país anfitrião ao capital estrangeiro;

d) definição dos direitos dos quotistas (iguais ou não): determina-se o esquema de poder (quem terá voz ativa na administração), normas de auditoria e fiscalização, tipo de administração (assembleia, conselho, diretoria), bem como a quem caberá a escolha dos membros desta;

e) havendo necessidade de financiamento: qual o tipo mais adequado ao projeto, e qual dos *co-venturers* será responsável por obtê-lo;

f) caso se opte por uma *corporate*: onde se localizará a planta da empresa, qual será o tipo societário escolhido (Ltda, S/A etc.) que melhor se adapte às finalidades do negócio;

g) quais serão os modos de exploração e produção;

h) a política empresarial em relação à escolha e tratamento do trabalhador (haverá necessidade ou não de treinamento e especialização?);

i) formas de distribuição dos produtos e dos lucros;

j) referência aos contratos-satélites: se necessários, quais serão celebrados (tecnologia, fornecimento, licenciamento de marcas e patentes etc.);

k) acordos de segredo (tecnologia, indústria e comércio);

l) possibilidade de cessão do contrato;

m) tempo de duração da *joint venture* (temporária ou permanente).

O restante será determinado nos acordos-satélites, os quais estarão atrelados e serão interpretados a partir do que for estabelecido no primeiro.

5.1.1. As cláusulas mais comuns do acordo-base

Observamos que a contratação de um acordo-base, pedra angular de uma *joint venture*, assemelha-se a uma Carta-Magna, pois é dele que defluem as diretrizes e

orientações norteadoras do funcionamento de todo o empreendimento. Toda a organização da *joint venture* deverá ter como repositório o acordo-base, e tudo aquilo que o contrarie deverá ser extirpado da empresa. Isso vale tanto para os acordos-satélites como para uma eventual “empresa-filha”, fruto de um contrato de *corporate joint venture*.

Passemos agora a estudar as cláusulas que obrigatoriamente deverão estar presentes em um acordo-base, sob pena de nulidade ou ineficácia deste.

I – Cláusula de qualificação das partes

Como todo contrato, no contrato internacional de *joint venture* a primeira disposição deve ser relacionada à qualificação das partes. Como os participantes desse tipo de empreendimento são geralmente pessoas jurídicas, é mister definir-se sua sede, lugar de constituição, por consequência, sua nacionalidade, bem como quais são seus representantes.

Por meio dessa cláusula, determina-se, além da nacionalidade da parte, muito importante nos casos de conflito de leis e em relação à lei aplicável às pessoas jurídicas, se o tipo societário e sua forma de funcionamento condizem com o ordenamento jurídico de seu suposto país, ou seja, se a empresa foi formada e atua obedecendo às leis nacionais, ou se está agindo fraudulentamente. Outro ponto de grande relevância é saber-se exatamente quem faz parte do órgão diretivo e representativo da pessoa jurídica e até onde vão os poderes de representação individual e coletiva.

II – Cláusula de intenções

Essa cláusula deixa claro o acordo de vontades das partes. Ela se refere aos propósitos e intenções que estimulam as partes a celebrar o contrato de *joint venture*.

Aqui se esclarecem os motivos e finalidades às quais as partes procuram alcançar fazendo a associação. Essa cláusula pode ser escrita da seguinte maneira: a *finalidade*

do presente acordo é...; ou ainda: o empreendimento comum de '¥' e '€' tem como escopo estabelecer as bases para a criação e operação de uma joint venture, obtendo as aprovações governamentais necessárias para sua implantação no país_____.

III – Cláusula de objeto

Nessa cláusula, as partes determinam qual será o tipo de operação, produção ou serviço que será fruto da união e constituição da empresa. É diferente da cláusula anterior, pois aquela determina o *animus* dos contratantes, isto é, quais foram os motivos e intenções que os levaram a unirse, enquanto esta define o ramo de atuação do empreendimento conjunto.

Vejamos um exemplo hipotético:

O projeto conjunto de '& AIRSPACE' e '£ PLATAFORMAS' constitui-se a criação de um centro de lançamentos de foguetes espaciais cargueiros modelo ____ de três estágios, fornecidos e desenvolvidos por '& AIRSPACE', a partir de um conjunto de plataformas marítimas criadas, desenvolvidas e conservadas por '£ PLATAFORMAS', sob a designação OceanLaunch³⁶.

No exemplo acima, a motivação poderia ser desenvolver uma alternativa barata e segura aos centros de lançamentos terrestres, procurando suprir a grande procura, por parte de empresas, por veículos espaciais capazes de colocar em órbita satélites de comunicação etc.

IV – Direitos e deveres das partes

A cláusula que define os direitos e as obrigações de cada *co-venturer* será tão diversa quanto for diferente a *joint venture* em questão. Contudo, algumas estipulações estão sempre presentes nos acordos-bases e destas podemos citar:

a) disposição de não competição entre os sócios com a *joint venture* por eles criada, nem desta para com os primeiros: é uma estipulação óbvia, já que é inimaginável que parceiros criem um ente que lhes faça frente no mercado. A finalidade da união sempre será a de adentrar em um novo mercado

ou setor econômico-produtivo, ou melhorar os produtos das empresas-mães ou a distribuição destes, nunca aumentar a competição. Essa cláusula pode gerar problemas relacionados à legislação *anti-trust* se esta for rígida no país onde se formar a *joint venture*, o que pode acarretar sua nulidade;

b) disposições a respeito da divisão dos lucros, participação na administração, controle de contas, direito de voto e de escolher a forma (assembleia, conselho, diretoria) e os integrantes da administração, definição dos direitos dos quotistas (iguais ou não), normas de auditoria e fiscalização;

c) aspectos fiscais e cambiais nos ordenamentos jurídicos nacionais dos sócios, bem como no do país anfitrião, em face das diferentes legislações e tratamentos dados ao capital estrangeiro, repatriação de capitais, remessas de lucros ao exterior etc.;

d) em sendo necessário financiamento, a qual das partes caberá obtê-lo e sob quais condições;

e) direito de preferência no caso de venda da participação por parte de um dos sócios. É fundamental que exista tal preferência de compra por parte dos demais sócios da *joint venture* no caso de que um deles resolva deixar a união, pois a *joint venture* é uma associação em que o *intuitu personae* é imprescindível, tanto que, no momento da busca pelo parceiro adequado, as partes promovem uma minuciosa pesquisa para chegar ao potencial *co-venturer*, e não se poderia suportar que, após busca tão detalhada, qualquer pessoa alheia ao contrato pudesse adquirir, em igualdade de condições, direitos relativos ao empreendimento;

f) lealdade: em uma *joint venture*, os fatores da boa-fé e lealdade são extremamente importantes³⁷. Não significa que, pela simples positivação de uma regra moral, as partes passarão a agir de modo honesto e cavalheiro, mas isso demonstra a importância que o agir seguindo os usos

e costumes do comércio internacional, bem como o respeito pela posição e figura do sócio são fundamentais para o sucesso do empreendimento.

V – Cláusula de lei aplicável

Já vimos que as partes deverão estabelecer uma lei para reger seu contrato, em virtude da potencialidade de utilização de mais de uma norma. Pois bem, após terem escolhido tal lei – ou tratado ou convenção internacional, ou costume internacional, ou *lex mercatoria* –, deverão exarar essa escolha da seguinte maneira: *as partes ‘€’ e ‘Đ’ estabelecem a lei ‘d’ para reger o presente contrato.*

VI – Cláusula de solução de conflitos

Diante da complexidade existente em acordos e contratos de *joint venture*, é fácil imaginar que possam surgir divergências e disputas relacionadas às mais diferentes questões que implicam a operatividade da *joint venture*, indo desde diferenças culturais, ideológicas e até religiosas das partes até problemas na redação dos contratos nas diversas línguas nacionais dos *co-venturers*.

Dessa maneira, em face da inexistência de um ordenamento jurídico internacional, as partes, no próprio contrato, deverão estabelecer a maneira como os conflitos que eventualmente surjam serão resolvidos.

A primeira maneira de compor os conflitos é a *conciliação*. É também a maneira mais simples e barata, na qual as partes, geralmente por meio de um mediador, chegam a um acordo, cada uma cedendo um pouco, em benefício do empreendimento.

Geralmente o mediador – pessoa, ou grupo de pessoas –, de confiança de ambas as partes, sugere um caminho para o fim do conflito e, as próprias partes decidem se o aceitam do modo proposto, ou fazem algumas modificações antes de conciliar-se. As vantagens dessa forma de resolver divergências são claras: é altamente sigilosa; barata; simplificada; as próprias partes resolvem seus dilemas, evitando-se que uma divergência leve sócios a tornarem-se demandantes, que procuram derrotar o

outro, fazendo prevalecer seu ponto de vista. Isso pode ser desastroso para a associação.

Ao lado da conciliação, temos que as partes podem escolher entre a cláusula de foro ou de arbitragem, para solução de conflitos. Estudemos cada uma separadamente.

A *cláusula de foro* implica a escolha de um ordenamento jurídico interno de um país que será competente para conhecer e julgar as divergências contratuais. Dessa maneira, as partes colocarão nas mãos de juízes e tribunais de um país a sorte do contrato e da empresa comum.

Tal forma de solução de conflitos é muito pouco usada no cenário internacional, menos ainda em se tratando de *joint ventures*. Os motivos são simples: o empreendimento não pode ficar suspenso, aguardando a solução final dada pelos tribunais, pois sabe-se que, em virtude do grande número de recursos existentes e da própria morosidade da Justiça, mesmo em países avançados, tal solução demorará mais de um ano; os ordenamentos jurídicos internos podem não contemplar as instituições e instrumentos utilizados no empreendimento em virtude de sua novidade; os juízes podem não estar preparados para julgar as operações realizadas na *joint venture* nem as questões suscitadas, em virtude de sua alta complexidade; podem existir pontos no contrato que as partes julguem mais conveniente mantê-los sob sigilo – novas tecnologias, marcas, patentes, processos, *know-how* etc. – ou mesmo operações e atos ilícitos.

A *cláusula de arbitragem* se apresenta mais desejável, exatamente pelos mesmos motivos citados acima que postulam contra a escolha de foro: a arbitragem é sigilosa; ela é especializada, rápida, neutra; não retira totalmente das mãos das partes os elementos que interferirão na decisão final, uma vez que cabe a elas escolherem os árbitros, delimitar-lhes o campo de atuação, bem como os poderes e meios de decisão³⁸. O único real inconveniente rela-

cionado à arbitragem é o fato de ela ser extremamente cara³⁹.

Além de servir para resolver conflitos, a arbitragem pode ser utilizada para dirimir dúvidas entre os *co-venturers*, em virtude da grande evolução experimentada por esse tipo contratual e do dinamismo do comércio internacional, que a cada dia incorpora novos costumes, procedimentos e denominações.

As partes podem escrever suas próprias cláusulas de arbitragem, ou seguir os modelos oferecidos pelos organismos internacionais. Entre as organizações que oferecem serviços de conciliação e arbitragem, podemos destacar a *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral), cuja cláusula de arbitragem modelo dispõe:

*Qualquer disputa, controvérsia ou reclamação resultante ou relacionada a este contrato, ou a transgressão, resolução ou invalidade resultante disso, será resolvida por meio de arbitragem em conformidade com as Regras de Arbitragem da Uncitral, tal como se encontrem em vigor*⁴⁰.

Outra organização de renome internacional quando se fala em conciliação e arbitragem, a *International Chamber of Commerce* (ICC), também possui sua cláusula modelo:

*Toda disputa resultante ou ligada ao presente contrato será finalmente resolvida sob as Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros designados de acordo com tais Regras*⁴¹.

Contudo, ambas as organizações reconhecem a incompletude de suas cláusulas modelos, recomendando às partes que as adotam a inclusão de outros elementos⁴². Fica, nessa cláusula, englobada a disposição a respeito da língua oficial do contrato, que deverá prevalecer em casos de interpretação e solução de litígios.

Vale a pena lembrar que é recomendável que, antes da cláusula de arbitragem ou de foro, seja estabelecido o procedimen-

to conciliatório, como forma de resolver as divergências, pelas múltiplas vantagens que ele oferece em face dos dois primeiros.

VII – Cláusula de hardship

Existem contratos no âmbito internacional, entre eles os de *joint venture*, cujo projeto demanda tempo considerável de execução, de forma que eles ficam expostos a adversidades jamais experimentadas por acordos de curta duração. Podemos citar como exemplos de contratos de longa duração: contratos de fornecimento, *transferência de tecnologia*, contratos financeiros, de construção civil, de *exploração de jazidas minerais*, de exploração aeroespacial, de prestação de serviços etc. Pois bem, esses contratos, e conseqüentemente, os empreendimentos neles representados, não podem ser obrigados a permanecer válidos em nome do *pacta sunt servanda*, se a conjuntura na qual eles foram celebrados sofreu grandes modificações, o que se traduz em grandes perdas para as partes, levando, em última análise, à total destruição contratual, é necessário que existam atualizações (os grifos denotam os negócios em que mais se utilizam as *joint ventures*, vemos pois a importância dessa cláusula para o objeto em estudo).

Para resolver essas questões, os estudiosos criaram meios para proceder à modificação contratual quando um evento muda radicalmente a essência dos elementos que existiam quando da confecção do acordo; são as chamadas *cláusulas exoneratórias da responsabilidade*. Surgiram então as cláusulas de força maior (*force majeure*) e a de *hardship*.

Antes de tratarmos da cláusula da penúria ou *hardship*, é conveniente traçarmos algumas considerações a respeito da *cláusula de força maior*, também ligada a eventos futuros, incertos e imprevisíveis.

Conhecida na doutrina brasileira por “caso fortuito ou força maior”, as cláusulas de *force majeure* “são aquelas que, grosso modo, possibilitam a suspensão ou, em caso extremo, a resolução de contrato, com exoneração da responsabilidade do deve-

dor pela mora e inadimplemento, frente à impossibilidade temporária ou definitiva do cumprimento de suas obrigações⁴³.

Essas cláusulas funcionam sob um binômio hipótese e regime, isto é, a primeira descreve um acontecimento que possa ser considerado como força maior e desencadeia o funcionamento do dispositivo contratual, provocando os efeitos definidos no regime. Isto é, se ocorrer um fato que leva à total desnaturação do objeto contratual ou torna a execução extremamente difícil (hipótese), o contrato prevê sua própria extinção sem responsabilidades para ambas as partes (regime). Por outro lado, se o evento é transitório ou dificulta a execução do contrato por apenas determinado lapso (hipótese), o contrato prevê a suspensão das atividades até que tal evento haja cessado (regime). Como se vê, é uma relação de causa e consequência.

Geralmente os eventos que são caracterizados como sendo hábeis para provocar o funcionamento do regime contratual (caso fortuito/força maior) são eventos naturais – enchentes, terremotos, geadas, furacões, erupções etc. –, fatos do príncipe – proibição de importações/exportações, proibição de remessas de divisas, proibição de entrada de capital estrangeiro, nacionalizações e desapropriações etc. –, fatos atribuídos a terceiro não identificável – guerras, vandalismo, greves, revoluções etc.

Nesses casos, os fatores de imprevisibilidade, inevitabilidade, irresistibilidade e impossibilidade (não é necessário que todos esses elementos estejam presentes ao mesmo tempo no fato real ou na cláusula contratual, pois um fato pode ser previsível, contudo, em virtude de sua intensidade, ser irresistível, acarretando a resolução do contrato⁴⁴) são elevados à categoria de hipótese, desde que escritos no contrato, e responsáveis pela atuação da segunda parte da cláusula, o regime.

Alguns exemplos de cláusula de força maior:

No presente contrato, força maior significa qualquer evento alheio ao

controle das partes, o qual venha a impedir ou retardar o seu adimplemento.

Em caso de superveniência de fato ou evento independente e alheio à vontade das partes que impossibilite a execução total ou parcial do presente contrato, por uma ou ambas as partes, o mesmo se entenderá extinto ou suspensão, conforme a gravidade do impedimento.

Os casos de força maior são (enumerase os eventos), bem como tudo o que for assim considerado mediante arbitragem.

Se qualquer das partes for impedida de cumprir com suas obrigações contratuais em virtude de (enumerar os casos), ou qualquer outro evento imprevisível, irresistível e alheio à vontade da parte e ao qual esta não tenha dado causa, entendido, de comum acordo pelas partes como sendo de força maior, por até 1 (um) ano o contrato se reputará suspenso nesse período, caso a impossibilidade dure mais do que esse período o contrato será considerado extinto.

“Se comprador ou vendedor forem impedidos ou retardados no cumprimento ou observância de qualquer uma de suas obrigações, que a cada um compete conforme convencionado, em razão de fenômenos da natureza, guerra, bloqueio, insurreição, mobilização, desordem violenta, guerra civil, greve, locaute interrupção prolongada de transporte rodoviário, ferroviário ou fluvial, comprometendo suas atividades relacionadas com a execução deste contrato, ou quaisquer outras causas fora de seu controle, as quais pelo exercício da devida diligência não teria podido evitar ou contornar...”⁴⁵.

As cláusulas de *hardship*, por sua vez,

“prevêem a renegociação pelas partes dos termos contratuais, quando a execução houver se tornado inútil ou demasiado onerosa para uma delas, em vista das modificações imprevistas de circunstâncias.

... estas têm seu conteúdo inspirado nas teorias da cláusula *rebus sic stantibus*...⁴⁶.

A cláusula de *hardship* se assemelha muito à de força maior, ambas possuem estrutura parecida, funcionando no binômio hipótese/regime, porém, a hipótese no caso da *hardship* está mais ligada a uma circunstância (enquanto a força maior fala em evento) qualificada por suas consequências. Contudo, a diferença mais marcante, e que torna a *hardship* muito mais interessante do que a *force majeure*, é que, enquanto esta prevê a suspensão ou extinção do contrato, aquela postula pela renegociação do acordo, adaptando-o eventualmente às novas realidades existentes.

Utilizamos a palavra *eventualmente* na assertiva acima pois existem dois tipos de cláusula de *hardship*:

a) o primeiro tipo dispõe que as partes, em face das grandes modificações conjunturais da realidade em que foi celebrado o contrato, deverão reunir-se ou designar as formas e processos pelos quais se fará a renegociação buscando o manutenção do empreendimento;

b) o outro tipo prevê que as partes, em determinado lapso, reunir-se-ão para avaliar a situação contratual, optando por renegociar algum ponto ou reafirmar o que fora pactuado inicialmente⁴⁷.

Um bom exemplo de cláusula de *hardship*, também citado por Maristela Basso, pode ser retirado da obra de Luiz Olavo Baptista e Aníbal Sierralta Ríos:

“As partes estão conscientes de que este acordo constitui uma base razoável e equitativa para sua cooperação.

Caso durante a vigência deste Acordo a situação geral e/ou os dados sobre os quais as partes se basearam se modifiquem em proporções tais que uma ou outra das encontra dificuldades sérias e imprevisíveis, elas se consultarão e deverão fazer prova de compreensão mútua tendo em vista proceder aos ajusta-

mentos que pareçam necessários em razão das circunstâncias que não eram razoavelmente previsíveis à data da assinatura deste Acordo, e que afetem o seu caráter equilibrado.

A parte que estimar que as condições estabelecidas no parágrafo acima ocorreram, notificará à outra parte por carta registrada, com aviso de recepção, precisando a data e a natureza do ou dos eventos que derem origem à mudança alegada, mencionando o montante do prejuízo financeiro atual ou a ocorrer e fazendo uma proposta para remediar essa mudança. Qualquer notificação enviada 12 (doze) meses após a data da ocorrência do evento alegado pela parte não terá nenhum efeito”⁴⁸.

VIII – Cláusula de localização de planta

Imprescindível em se tratando de *corporate joint ventures*, nessa cláusula as partes determinam onde será criada a unidade produtora ou prestadora de serviços fruto do contrato, bem como se o terreno utilizado será comprado ou locado, se será adquirido mais terreno do que o projeto inicial requer, para futura expansões, quais deverão ser as características geológicas do local, se o lugar escolhido deverá abrigar mina ou poço artesiano/semi-artesiano e qual a parte que se encarregará de adquiri-lo.

IX – Cláusula de definição técnica e viabilidade do projeto

As partes, nessa cláusula, comprometem-se a estudar, desenvolver, definir e detalhar o projeto e os processos necessários e que serão realizados pela *joint venture*.

O empreendimento comum está definido no acordo-base de forma global, numa visão macroscópica, mas, para o real funcionamento da empresa, técnicas e métodos, desde os mais simples aos mais complexos, devem ser estudados visando integrá-los, permitindo a operabilidade fática da empresa. Uma *joint venture criada*

para a exploração de minérios será descrita dessa forma no acordo-base, contudo, para que ela entre em funcionamento, todos os equipamentos de segurança dos operários, os transportes dos mesmos, o maquinário pesado utilizado na extração, o tipo de explosivo a ser empregado, os tipos de medições que se farão necessárias bem como os equipamentos que as realizarão, a quem caberá prover os alimentos para os trabalhadores, os encarregados da limpeza dos locais de trabalho, transporte, *marketing* etc. devem ser meticulosamente definidos. A presente cláusula não os especifica, mas estabelece a obrigatoriedade dessa determinação que, em sua maioria, caberá aos acordos-satélites.

Não se trata, como pode-se pensar, de estabelecer um acordo antes de se verificar a possibilidade de sucesso e viabilidade do projeto. Muitas pesquisas já foram feitas antes de se chegar a esse ponto. A diferença é que agora, diante do acordo de ambas as partes em desenvolver o projeto conjunto, deve-se passar a olhá-lo no seu âmbito microscópico, detalhando cada peça necessária ao bom funcionamento da união⁴⁹.

X – Cláusula de administração e gerenciamento

Na presente cláusula, as partes determinam como será composta a administração da *joint venture*, definem quais serão os órgãos e mandatários, seus poderes, prerrogativas e funções, bem como a qual *co-venturer* caberá a escolha destes.

Os sócios podem ainda optar por criar uma sociedade, ou Companhia Operadora, para administrar a *joint venture*. Nesses casos, é recomendável a inserção de outra cláusula, distinta da que está sob estudo, em que sejam definidas a modalidade societária da administradora, sua denominação, localização, composição, bem como a forma de divisão do capital, ações e controle entre as partes.

5.2. Os acordos-satélites

O acordo-base serve para definir, em traços gerais, o empreendimento como um todo, restando ainda diversas questões

para serem negociadas e definidas pelas partes. Não se trata de erro negocial ou de lapso dos contratantes, uma vez que, como vimos, o acordo-base pode ser comparado a uma Carta Constitucional, em que se assentam os fundamentos de uma nação e as bases genéricas que determinarão como se organizará o Estado a partir daquele documento, por meio da legislação infra-constitucional. Pois bem, assim como o primeiro pode ser comparado à Carta Magna, às leis abaixo dela corresponderiam os *acordos-satélites*.

Os acordos-satélites formam uma rede de contratos complementares que tratam de aspectos específicos da *joint venture*, *v. g.*, contrato de tecnologia e sua transferência, compra e comercialização, marcas e patentes, licenciamento, fornecimento, entre outros que surgem e se fazem necessários de caso a caso. No presente trabalho, limitar-nos-emos apenas aos dois primeiros.

“Estes [contratos-satélites] podem ser feitos separadamente, formando uma rede de acordos satélites, ou figurarem como anexos do acordo-base. Na primeira hipótese, a estrutura é mais fácil de ser negociada porque vai sendo construída paulatinamente, e os contratos são assinados na medida em que as partes chegam a um consenso sobre o seu conteúdo. ... Na segunda hipótese, dos anexos, todos devem ser assinados conjuntamente com o acordo-base. Por outras palavras, tudo é negociado e concluído conjuntamente”⁵⁰.

5.2.1. Acordo de tecnologia

Mais difundida entre as práticas que utilizam a *joint venture*, a transferência de tecnologia envolve convênios e acordos singulares e em sua maioria complexos ligados a questões de licenciamento, *know-how*, técnicas, treinamento de pessoal, sigilo operacional e tecnológico, penalidades e controle de qualidades.

Sabe-se que hoje em dia a tecnologia e o desenvolvimento de novos produtos são as atividades que mais geram lucros, ao lado da crescente complexidade dos mesmos. Dessa maneira, é necessário tratar com muita peculiaridade e atenção a todas as questões referentes a eles, pois um pequeno detalhe pode acarretar uma total inoperabilidade do sistema utilizado ou incompatibilidade entre as tecnologias adquiridas.

Por outro lado, está a questão dos *royalties*. Essa é a forma pela qual se paga pelo ‘uso’ da tecnologia. O contrato deverá conter também disposições a respeito da moeda, lugar, forma e modo de calcular o montante do pagamento.

5.2.2. Acordo de compra e comercialização

Uma operação de *joint venture* envolve muitas e variadas atividades, de modo que as partes devem determinar, o mais precisamente possível, como será facultado à nova empresa, principalmente no caso das *corporates*, funcionar.

No presente contrato-satélite, os *co-venturers* devem definir quem serão os fornecedores das matérias-primas e componentes, bem como sob quais margens serão feitas compras; se será dada preferência a determinada empresa de um dos sócios, ou a alguma que já mantém um vínculo com uma das partes, ou ainda, se deverá ser feito um levantamento de preços e serviços para somente então se escolherem os fornecedores.

Do lado da comercialização dos produtos provenientes da *joint venture*, uma série de questões deverão ser esclarecidas:

a) âmbito de atuação da *joint venture*: pode ser que um dos sócios – o estrangeiro – queira delimitar a atuação da união somente ao mercado interno, ou regional, impedindo, assim, que esta se desenvolva globalmente;

b) uso de marcas e nomes: uma das partes pode ser detentora de um nome, símbolo, marca, que seja famosa e geradora de confiança a respeito do produto; dever-se-á negociar a utilização, ou não, desta para ‘avalizar’ o produto da *joint venture*;

c) treinamento de pessoal: o treinamento será feito nas unidades produtoras de uma das partes ou não;

d) “se se utiliza a rede de distribuição do sócio estrangeiro, será necessário definir a política de preços e a política de descontos. Igualmente a forma e mecanismo de provimento de informação sobre os mercados, assim como sobre os meios de comercialização e materiais de promoção. Se poderia chegar a um acordo no sentido de que o provimento de tais dados tenha um custo à parte. Também há que delinear-se as formas de treinamento e capacitação em *marketing*, o que deve incluir visitas de orientação à companhia estrangeira e suas instalações”⁵¹.

6. A saída de um co-venturer

A saída de um sócio pode refletir-se em vários problemas, tanto para os demais sócios como para terceiros, e a amplitude destes estará diretamente ligada à magnitude do empreendimento do qual o primeiro fazia parte.

Existe uma concordância geral de que a indisposição ou perda de interesse por parte de um dos contratantes não pode levar o negócio à ruína, de modo que devem existir rotas alternativas para superar esse momento de crise. O mais interessante, sem dúvida, seria que todas as questões a respeito de desentendimentos, conflitos, interesses e duração deles fossem discutidas, pacificadas e descritas nos contratos, contudo não é isso o que ocorre. As partes, segundo os práticos, temem tratar de assuntos como o fim da associação exatamente no momento em que eles estão em vias de estabelecê-la, o que pode gerar futuros descontentamentos e dificuldades.

Algumas legislações nacionais contemplam a figura da saída de um acionista, determinando seus direitos e deveres, contudo, em face da especificidade e complexidade do tema que tratamos, mostramos insatisfatórias. Dessa forma, os contratos formadores de *joint ventures* – base e

satélites – geralmente possuem estipulações a respeito da retirada de um dos *co-venturers* bem como do regime de preferência na cessão ou transferência da sua participação na união a outro *co-venturer* ou terceiros.

Então, do ponto de vista positivo, a questão estaria solucionada com a confecção de uma boa cláusula abrangendo todo o espectro de questões que o evento “saída de um sócio” poderia suscitar, evitando, por exemplo, que um competidor venha a adquirir os direitos daquele que se afasta. Mais ou menos. Como vimos, no contrato de *joint venture*, o *intuitu personae* está fortemente presente, e não qualquer um pode ser parte da *joint venture*. Isso cria muitas tensões pois o *co-venturer*, ou *co-venturers*, que fica na empresa pode não aceitar a entrada de determinada pessoa, apesar de ela deter os direitos de participação. Por outro lado, aquele que se retira sabe muito bem o valor de sua parcela participativa e não desejará transferi-la ou cedê-la em face da primeira proposta, ou seja, sem que haja concorrência. Logicamente, a primeira proposta pode até ser a mais interessante, contudo, isso somente se verificará confrontando-a com as demais.

Além da questão acima, temos outro agravante. Observamos que o contrato de *joint venture* é um instrumento muito flexível do comércio internacional, adaptando-se a uma grande gama de possibilidades de empreendimentos. Contudo, uma vez aplicado a um caso concreto, esse instrumento se torna especialíssimo, em virtude do seu alto grau de complexidade, surgindo uma série de limitações. Não se pode comparar o contrato de *joint venture* ao de, por exemplo, compra e venda de mercadorias como aço, petróleo, combustíveis etc. Nesses, caso o fornecimento, por qualquer motivo, seja impossível, o comprador poderá, talvez com mais custos ou margem de lucro menor, buscar o produto em outro lugar, mantendo o abastecimento. Já na *joint venture*, isso pode não ser possível, em virtude das atividades particulares que o *co-venturer* que se retira

exerce. É o que ocorre no caso de ele ser o provedor da tecnologia, *know-how*, possuir a malha de distribuição, ser o fabricante dos produtos consumidos pela *joint venture*, ou ainda o comprador dos produtos desta.

Outros aspectos ligados à saída de um dos sócios estão relacionados ao controle da empresa. Com a saída, uma sociedade mista (partes nacional e internacional) pode-se transformar em empresa estrangeira caso a parte nacional se retire, trazendo problemas à *joint venture* remanescente em virtude de uma legislação diferenciada que estabeleça uma série de restrições à atividade de estrangeiros. Por outro lado, se o reticente for o estrangeiro, poderá defrontar-se com restrições e barreiras à repatriação de capitais.

Caso se trate de *joint venture* nacional ou regional, principalmente em relação aos blocos econômicos, o problema estará em, eventualmente, conseguir um outro parceiro com mesma capacidade tecnológica ou capital e, em não existindo no país ou bloco tal parceiro, caso a única saída seja contratar com um estrangeiro, a *joint venture* terá de sofrer diversas reformulações internas e preencher outros requisitos governamentais em virtude da entrada de capitais externos, sendo que, talvez, seja até vedado seu funcionamento pelo ordenamento jurídico interno.

7. O órgão de gestão e controle

As *joint ventures* algumas vezes, para alcançarem seus objetivos e cumprirem suas missões, necessitam criar uma pessoa jurídica específica. Principalmente no caso das *corporate joint ventures*, o acordo-base pode prever a criação de um órgão administrativo da empresa comum. Esse órgão seria constituído sob uma das formas societárias, dotadas de personalidade jurídica, previstas pelo ordenamento jurídico do país anfitrião.

A questão que os estudiosos levantam a respeito desse gestor personificado é que ele pode vir a tornar sem efeito o disposto no acordo-base, o qual assumiria “o papel

de simples *acordo de intenções*, que deixaria de ter qualquer valor em face à força normativa do contrato social ou dos estatutos de uma sociedade anônima, protegidos pelas normas jurídicas e pela visão conservadora dos tribunais⁵².

Vê-se que principalmente o redator do contrato-base, mas também o encarregado de criar a sociedade gestora devem ter o máximo de cuidados para evitar que a segunda aniquile o primeiro, sobrepondo-se às suas cláusulas, já que esta foi criada apenas como meio de garantir a efetividade do pactuado no primeiro.

Em países onde a figura da *joint venture* é pouco conhecida, tanto por motivos legais – *civil law* – como por motivos econômicos – subdesenvolvimento –, os tribunais e o próprio ordenamento jurídico sempre darão mais valor ao que esteja previsto na legislação; dessa maneira, ao confrontarem-se institutos nacionais, como os modelos societários (Ltda., e S/A – mais interessantes para a atividade administrativa em questão), e criações estrangeiras (acordo-base da *joint venture*), eles sempre darão primazia aos primeiros, não observando a finalidade procedimental da sua criação. A bem da verdade, é difícil contemplar um panorama em que uma sociedade validamente constituída, seguindo todas as regras legais para sua formação, seja judicialmente obrigada a modificar seus estatutos ou contrato social em virtude da divergência entre sua atividade e o contrato alhures pelas partes. Os tribunais, ao verificarem os atos constitutivos da sociedade e verem que ela realmente os segue, pouco, ou nada, oporão à continuidade de seu funcionamento nos moldes atuais, mesmo que se apresente outro acordo, base da criação da sociedade, do qual aqueles atos discrepem. Isso será problema da parte que não soube pactuar o desejado ou não acompanhou com a devida diligência a formação societária, isto é, desde que não existam vícios do consentimento.

Como se pode observar, esse é outro ponto em que existe grande potencialidade

de surgimento de conflitos, com agravantes, pois aqui estão envolvidos, além dos direitos das partes, a legislação nacional do país anfitrião e direitos de terceiros empregados e envolvidos com as atividades da sociedade administradora. A saída menos tormentosa para resolver uma eventual diferença entre o disposto no acordo-base e nos atos da sociedade, que venha causando prejuízo ao primeiro, e conseqüentemente a algum *co-venturer*, parece ser a arbitragem. Uma vez exarado o laudo arbitral, fariam-se, se necessário, as modificações nos estatutos ou contrato social, ressarcindo-se a terceiros por eventuais perdas e danos. O problema é que, dependendo da magnitude da sociedade e das modificações, as indenizações podem ser gigantescas, o que não convém aos *co-venturers*; contudo, se não forem feitas tais mudanças, a *joint venture* pode estar comprometida. A melhor coisa a se fazer, portanto, é dispensar a maior atenção possível quando da confecção do acordo-base e da sociedade controladora.

8. A *joint venture* no Mercosul

O Mercosul é já uma realidade não somente no campo teórico, mas também, e principalmente, no plano fático dos países que assinaram o Tratado de Assunção. Os reflexos desse acordo já se fazem sentir nos mais diferentes âmbitos da vida desses países: desde grandes cúpulas para discussão de assuntos de interesse supranacional, até produtos rotulados em dois idiomas, como forma de atingir um mercado maior e em franco crescimento.

A despeito das ações governamentais que procuram proteger as indústrias e produções internas, os estudiosos e militantes do Mercosul vêem um futuro próspero para o bloco sulino, quando seus componentes formarão uma só massa, compacta, interna e solidamente estruturada. Na verdade, a exemplo da UE (União Européia), o Mercado Comum do Sul caminha para um momento em que deverá escolher entre continuar a se organizar e crescer, de maneira irretroatável, ou dar um

passo atrás, determinando o perecimento de todas as etapas de negociação anteriores.

Para tanto, deve haver antes de mais nada uma coesão interior entre as políticas – de modo a estabelecer passos conjuntos e racionalmente pré-estabelecidos, visando uma aproximação cada vez maior das nações –, entre as economias – visando diminuir as discrepâncias dos diferentes modelos adotados pelos diversos países, fazendo nascer uma “economia comunitária” – e entre as empresas – de modo a garantir uma maior troca de informações e produtos, abastecendo satisfatoriamente os mercados internos e desenvolvendo bens que terão grande procura e competitividade no mercado internacional.

Poder-se-ia argumentar que os países componentes do Mercosul são classificados entre os pertencentes ao chamado “Terceiro Mundo”, ou quanto mais, que Brasil e Argentina são “países em vias de desenvolvimento” e, portanto, suas empresas não seriam detentoras de *know-how* que pudesse ser requisitado para a criação de uma *joint venture*. Ao contrário, possuindo matérias-primas, somente seriam alvos de grandes empresas estrangeiras, em nada colaborando para o processo de integração. Tal visão, contudo, é muito obtusa. Inicialmente, se acaso uma grande corpora-

ção estrangeira desejasse constituir parceria com uma empresa nacional de algum país do Mercado Comum do Sul, visando obtenção de matérias-primas, em contraprestação deveria transferir a tecnologia, o que de resto seria bom para o mercado sul-americano. Por outro lado, poder-se-ia pensar na constituição de uma “*joint venture*” de três ou mais empresas (por exemplo, uma alemã, uma brasileira e uma argentina), com estabelecimento no Uruguai.

Porém, na verdade existem empresas com potencial de estabelecer *joint ventures* de âmbito regional, explorando tecnologias, matérias-primas e abastecendo o mercado local. Estas, além de promoverem a integração, serão capazes de, no futuro, concorrer no âmbito global.

Em sua fase atual, o Mercosul ainda não atingiu o patamar de Mercado Comum; na verdade, estamos vivendo em uma União Aduaneira imperfeita, pois falta um requisito para que se complete esse estágio: a adoção da Tarifa Externa Comum⁵³. Contudo o espaço econômico e comercial formado pela união dos quatro países iniciais mais Chile e Bolívia é assombroso. O Mercosul engloba uma população de 221,6 milhões de habitantes, com um PIB de US\$ 1.158,0 bilhões no total, e de US\$ 5,2 milhões *per capita*⁵⁴.

Blocos econômicos (PIB – em US\$ bilhões)

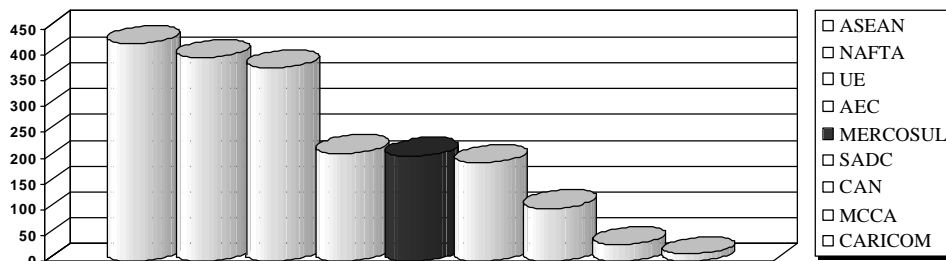


*AEC – Associação dos Estados do Caribe (*Association of Caribbean States – ACS*); ASEAN – Associação das Nações do Sudeste Asiático (*Association of Southeast Asian Nations – ASEAN*); CAN – Comunidade Andina (*Comunidad Andina – CAN*); CARICOM – Comunidade do Caribe (*Caribbean Community – CARICOM*); MCCA – Mercado Comum Centro-Americano (*Mercado Común Centroamericano – MCCA*); MERCOSUL – Mercado Comum do Sul (*Mercado Común del Sur – MERCOSUR*); NAFTA – Acordo de Livre Comércio da América do Norte (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*); SADC – Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (*Southern African Development Community – SADC*); UE – União Européia (*European Union – EU*).

Para investidores estrangeiros, o Mercosul simboliza um grande mercado consumidor e em franco crescimento. Apesar dos recentes abalos sofridos pelas duas economias dos dois países chefes do bloco (Brasil e Argentina), o Mercosul é ainda o único mercado de alta capacidade consu-

mitiva que existe, incapaz de abastecer-se de forma satisfatória. O NAFTA possui nos EUA o grande abastecedor, enquanto na União Européia os produtos são produzidos complementarmente por toda sua extensão. Isto significa que existe um ávido mercado esperando para ser saciado.

População (em milhões de hab.)⁵⁵

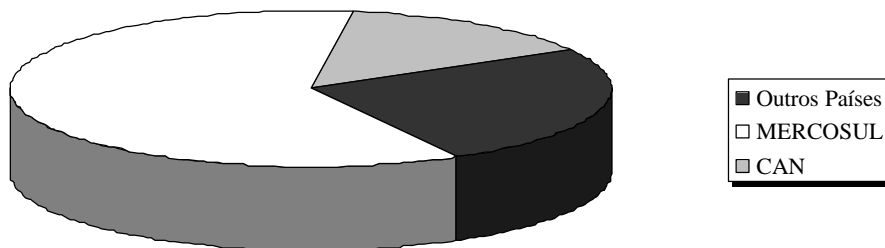


Contudo, não caberá apenas às empresas associadas promover a integração dos seus respectivos países. Os Estados formadores do Mercosul, em sua busca da integração, deverão garantir e fomentar a criação de *joint ventures* entre suas empresas, de modo a garantir o desenvolvimento e a exploração de tecnologias

“caseiras”, abastecendo o mercado interno, apurando-as para competir em todo o globo.

O Mercosul possui uma grande importância na área internacional, notadamente na América do Sul, uma vez que, no âmbito da ALADI, ele representa 61% do PIB total da associação.

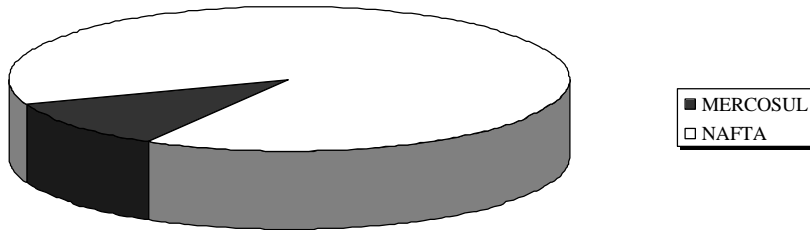
Participação na ALADI (PIB – em US\$ bilhões)⁵⁶.



O destino do bloco sulino ainda é incerto, alguns dizendo que a melhor saída seria a fusão deste com a UE em virtude da similitude do modelo de integração econômica adotado por ambos. Para outros, o Mercosul deveria permanecer afastado dos demais blocos, fazendo sozinho seu jogo político e econômico. Há ainda uma terceira opção, que seria a união ao megabloco continental – ALCA. A criação deste gigante já vem sendo discutida há muito

tempo, sendo que os EUA, maior potência e interessado na rápida formação do bloco, vem pressionando principalmente os países da América do Sul para sua pronta adesão. Por outro lado, os países do Mercosul desejam entrar no ALCA somente quando seu Mercado Comum esteja suficientemente estruturado, pois, dessa forma, eles entrariam em conjunto, formando um bloco – o segundo maior das Américas – e com maior poder de barganha.

Participação no ALCA (PIB – em US\$ bilhões)⁵⁷



Em verdade, o Mercado Comum do Sul é um terreno próspero para o desenvolvimento de *joint ventures*, tanto externa como internamente. Para empresas estrangeiras, o Mercosul não constitui, em seu estado atual, um mercado unificado, pois, até a plena implantação da tarifa externa comum e a correspondente unificação das disposições *anti-dumping*, o comércio com os Estados-Membros estará sujeito às respectivas normas internas. Porém, a partir da implementação destes, uma empresa estrangeira que desejar negociar, no mínimo, em igualdade de condições com as pertencentes aos Países-Membros, e introduzir nesse grande mercado seus produtos, deverá optar por uma *joint*

venture. Quanto à situação *interna corporis*, a afinidade substancial do Direito latino-americano proporciona facilidades quanto à formação do acordo-base e respectivos satélites, já que existe uma similitude legislativa, consuetudinária⁵⁸, lingüística e histórica.

Segundo recente publicação da Simonson Associados⁵⁹, o Mercosul possui duas realidades: o *Mercosul 'de jure'*, isto é, aquele formalmente criado por meio do Tratado de Assunção, e o *Mercosul 'de facto'*, que seria a zona em que realmente se fazem sentir os reflexos da integração econômico-política. Essa região se estenderia desde Santa Cruz, na Bolívia, até Bahía Blanca, sul da Argentina.



FONTE: *Mercosul – the big emerging market* (Makron Books).

9. Conclusões

A *joint venture* é, e será, um dos instrumentos mais utilizados no novo mercado global que surge e se apresenta como característica do século XXI, em virtude de sua flexibilidade e capacidade de adaptação às mais diversas atividades. Ela afasta as partes dos ordenamentos jurídicos internos, em vários pontos arcaicos, incapazes de operacionalizar um empreendimento de criação recente. Contudo, também foge dos *contratos standard*, verdadeiros contratos de adesão, em que o mais poderoso prepara todas as normas a serem obedecidas, restando à parte mais fraca pouco do que discordar. Certamente que na seara da *joint venture* essa influência da parte mais poderosa se fará sentir, mas esse tipo de contrato traz no seu cerne a idéia de negociação, discussão e consenso.

Além disso, ela permite que surjam *co-venturers* provenientes dos mais diferentes países, regimes, crenças e doutrinas, pois se trabalha com a vontade das partes de forma abstrata, para depois torná-la concreta.

Poder-se-ia denominar o contrato de *joint venture* “*sobrecontrato*”, em alusão às regras de *sobredireito*, na medida em que tanto estas como aquele pairam sobre as normas positivas materiais, aproveitando-se de suas disposições mas sem estarem, necessariamente, num primeiro momento, submetidos a suas *égides*.

As partes, ao decidirem contratar por meio desse instrumento, não pensam especificamente em obedecer aos formalismos de determinada legislação, elas procuram estabelecer, sedimentar e consolidar seus interesses empresariais, esclarecendo quais são suas ambições, desejos, finalidades e objetivos que as impulsionam na união. Uma vez que os sócios entendam perfeitamente o que o outro deseja e estejam de acordo tanto com os desejos, como com as condições para atingi-los, procurar-se-á a lei que melhor meios possui para dar efetividade ao estabelecido até

então. Veja-se bem, as partes primeiro contratam e só depois buscam a melhor forma de concretizar o estipulado, escolhendo, entre outras coisas, a legislação aplicável ao contrato. Seria confuso, quicá irracional, primeiro escolher um ordenamento jurídico para somente então iniciar a contratação, amoldando as atividades ao que a lei permite. Nesse sentido, o contrato de *joint venture* está além da lei escolhida, sobrevoa-a “condoreirescamente”, jamais indo contra ela, mas determinando que aspecto legal deverá ser utilizado na consecução dos objetivos traçados em seu corpo.

Para o Mercosul, a *joint venture* apresenta-se como opção integracionista das empresas dos Estado-Membros. Estamos distantes da realidade européia em que instituições supranacionais determinam os caminhos do bloco, estabelecendo diretrizes e fiscalizando comportamentos. Nossa União Aduaneira imperfeita permite apenas trocas comerciais mais baratas, em virtude das isenções alfandegárias e tributárias, pouco ainda para quem deseja realizar uma integração completa. Além disso, devemos lembrar que os países do bloco sulino não são superpotências comerciais, mas também não se pode subestimar o poderio econômico de Brasil e Argentina.

Encontramo-nos pois no setor intermediário de uma fase de transição: não somos tão pobres como, por exemplo, certos países africanos, mas também despertamos somente agora para o mundo comercial internacional, após longos períodos de protecionismos e regimes ditatoriais. Poucos são os setores produtivos que encontram expressão internacional nos Países-Membros do Mercosul, mas a potencialidade de crescimento é bastante grande.

Cada país que forma o bloco sul-americano possui suas legislações internas, fruto dos estudos jurídicos e influências principalmente européias, que olham

intensamente para o interior do território, pecando muitas vezes ao tratar das relações internacionais privadas. Poderíamos descrever o Mercosul como sendo uma região formada por feudos – países (auto-suficientes ao menos formalmente) – onde começa a surgir uma consciência de que o isolamento não é mais benéfico, *principalmente pela internacionalização comercial e interdependência econômica crescente entre os países*. Os interesses econômicos atraem inicialmente os parceiros, que, com o tempo, percebendo as vantagens da aproximação, aprofundam a coesão. É o que ocorreu na Europa, no princípio, o medo de uma Terceira Guerra Mundial, e suas conseqüências, provocou a aproximação de países rivais (França e Alemanha), que, percebendo as possibilidades de desenvolvimento em virtude da cooperação, buscaram intensificar, cada vez mais, a troca entre eles, gerando hoje o segundo maior mercado do mundo, paradigma para todas as demais nações.

Na América do Sul, não encontramos chagas tão profundas entre os países. O conflito internacional de maior repercussão que pode ser mencionado envolvendo essa região é a Guerra do Paraguai, que nem pode ser comparada a uma Guerra Mundial, entre várias outras que se desenrolaram no velho continente. Rivalidades existem, principalmente entre os dois maiores países do bloco sulino, mas deveriam ser deixadas para os jogos de futebol ou discussões ideológicas construtivas, jamais interferindo nos ânimos dos governos e populações em relação à importância e necessidade de cooperação. A integração é a melhor saída, talvez a única, para que os Estados do Sul sejam capazes de fazer frente aos demais blocos de países e potências comerciais, barganhando vantagens ou até impondo condições nas negociações político-econômicas.

A possibilidade de uma real integração sul-americana surgiu, no cenário político, com a ALADI, da qual derivou o Mercosul, mas, a despeito dos atuais acordos regio-

nais celebrados no âmbito interno e externo do bloco, muito falta para que se atinja uma cooperação ampla e verdadeira. Por outro lado, tal unidade já existe, e é bastante antiga, nos costumes⁶⁰, raça, história, língua e tradições. E nesse contexto surge a *joint venture*, que, aproveitando as similitudes locais, pode agregar os empresários do bloco. Vimos que o contrato de *joint venture* não está ligado especificamente a nenhuma legislação, o que realmente o influencia é o conteúdo valorativo e a personalidade das partes. Desse modo, pessoas que provenham de lugares com elementos formadores da sociedade em comum entender-se-ão mais facilmente do que parceiros naturais de locais onde não exista tal coesão.

Em um contrato celebrado entre nacionais do Mercosul, tender-se-á a adotar uma legislação positiva nos modelos da *civil law* para reger o acordo, o que facilita bastante no momento de negociação e confecção, ao contrário de um sócio proveniente de país anglo-saxão. Não haverá também grandes dificuldades quanto à língua do contrato, bem como as respectivas traduções das partes, uma vez que tanto o português como o espanhol têm a mesma origem, o latim, com palavras e expressões que se equivalem.

Ante o exposto, observa-se que a atual necessidade de abertura de mercado, juntamente com o rápido crescimento, tanto da tecnologia como da comunicação e transportes, mais a diversidade cultural, lingüística e jurídica existente nos países do globo, encontram na *joint venture* um elemento harmonizador de diferenças e aglutinador de interesses, motivo pelo qual esse tipo de contrato internacional tem-se desenvolvido de forma tão intensa.

Notas

¹ WELLS. Joint ventures; successful handshake or painful headache. *European Business*, 1973. p.76.

² En la práctica la expresión 'joint venture' es comúnmente utilizada para ilustrar acuerdos de colaboración internacional, prescindiendo de las

modalidades de realización de ellos, y del significado histórico y jurídico de la misma expresión joint venture. ASTOLFI, Andrea. El contrato internacional de joint venture. *Cuadernos de la Revista del Derecho Internacional y de las Obligaciones*. Buenos Aires : Depalma, 1983. p. 2.

³ BASSO, Maristela. Joint ventures: manual prático das associações empresariais. *Coleção Direito e Comércio Internacional*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p.41- 42.

⁴ O prof. Luiz Olavo Baptista (A joint venture: uma perspectiva comparatista. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo : [S.n.], n. 42, abril/junho 1981. p. 44) apresenta como elementos apontados pela jurisprudência e comentaristas anglo-saxões, como caracterizados de uma *joint venture*: a) a reunião dos participantes em uma empresa – ou uma comunidade de interesses divididos entre os participantes em um ou mais projetos; b) um motivo, quase sempre o lucro, que leva os participantes a participarem da empresa; c) um acordo para a gestão da *joint venture* que disciplina o exercício dos controles; d) esse acordo deve ter os elementos de um contrato; e) a motivação e o interesse das partes em relação à empresa devem ser claros; assim como. f) a forma de distribuição dos lucros se a empresa visa lucro para si e não para outras empresas.

⁵ A joint venture: uma perspectiva comparatista. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo : [S.n.], n. 42, abril/junho 1981.

⁶ A special combination of two or more persons who in some specific venture, seek profit jointly without any actual partnership or corporate designation, cf. “Aiken Mills v. United States”, 144, F2d 24 (4th circuit) 1944; também “Enos v. Picaho Gold Mining Co.”, 56 Cal. App. 2d, 765, 133 p2d, 633 (1943), entre outros.

⁷ An association of two or more persons to carry out a single business enterprise for profit. ROWLEY. *Modern Law of Partnership*, Indianapolis, The Merryl Books, 2v. 1916. p. 1933, § 975.

⁸ An association of persons to carry out a single business enterprise for profit for which purpose they combine their property, money, effects, skill and knowledge each participant therein is an agent for each of the others, and each has control of the means employed to carry out the purpose. “Traites v. G. H. Hammond Co.”, 110 F2d 135 (6th Circuit), também “Johanik v. Des Moines Drug Co.”, 235 Iowa 676, 17 NW 2d 385 (1945).

⁹ Joint ventures: manual prático das associações empresariais. *Coleção Direito e Comércio Internacional*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 45.

¹⁰ A Joint venture is a business arrangement in which two or more parties undertake a specific economic activity together. It does NOT mean You sell my products and I will pay you a commission, nor You buy my products and sell them to your

customers at a profit. The important words are “Undertaking economic activity together.” It’s more like a butcher and a baker getting together to sell hot dogs, the butcher supplying the sausage, the baker supplying the buns, and they split the profits.

¹¹ *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. Lima : Academia Diplomática del Peru, 1992.

¹² *Los consorcios públicos y privados*. Bogotá : Temis, 1985.

¹³ Una asociación de dos o más personas para realizar una empresa aislada que implica un determinado riesgo (venture), para lo cual persiguen unidas un beneficio, pero sin crear sociedad o coporación alguna, y para ello se cobinam propiedades, efectos, trabajo, conocimiento, etc. En el joint venture cada miembro actúa como dueño y como agente de los demás miembros, y por ende la promesa de uno equivale a la promesa de todos. Lo ejecutado por un miembro se entiende ejecutado por todos y se presume autorizado para realizar las actividades propias del joint ventre. Todos los miembros asumen las pérdidas en la proporción convenida, y sus obligaciones se encuentran limitadas a la duración del propio joint venture. Entre los miembros se establece una relación de mutua confianza y buena fe, y mientras la organización se encuentre vigente no podrán realizar por su propia cuenta aquellas actividades y actos propios del joint venture, pues si así procediesen deberán reintegrar al fondo lo que hubieren obtenido de manera particular.

¹⁴ ... es la asociación de dos o más personas naturales o morales que se vinculan con el objeto de realizar una actividade económica específica, pudiendo aportar a tales propósitos activos tangibles o intangibles que deberán ser explotados únicamente em miras al objeto específico del contrato o en un lapso determinado. La esencia de este contrato es el objetivo común de las partes, que limita su acción, por lo que la gestión del negocio involucrará una acción solidaria sin que lo decidido por uno de ellos pueda ser contradicho por el outro, si se hizo en cumplimiento de los claros objetivos determinados en el contrato. Es por tanto un negocio donde la acción es determinada por dos o más emprendedores, sin el ánimo de formar una sociedad.

¹⁵ *Joint ventures descomplicadas*. Artigo publicado na Infojus Home Page; <http://www.infojus.com.br/>

¹⁶ *Novo Dicionario Folha Webster’s*. Folha de São Paulo, SP, 1996.

¹⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. *A Joint venture: uma perspectiva comparatista*. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo : [s.n.], n. 42, abril/junho 1981. p. 44.

¹⁸ “Hourquebie v. Girard”, 2 whas., c.c. 212 (C.C. Pa.) e; “Lyles v. Styles”, 2 Whas., c.c. 224 (C.C. pa. 1808).

¹⁹ ASTOLFI, Andrea. El contrato internacional de joint venture. *Cuadernos de la Revista del Derecho Internacional y de las Obligaciones*. Buenos Aires : Depalma, 1983.

²⁰ *A joint venture: uma perspectiva comparatista. Revista de Direito Mercantil. São Paulo* : n. 42, abril/junho 1981.

²¹ The law of joint adventures. In: *Minnesota law Review*. [s.l. : s.n.], v. 15, 1931. p. 664 – 652.

²² Pode-se citar como aspectos semelhantes: existência de contrato; possibilidade de gestão e controle conjuntos da empresa; associação sem personalidade jurídica; relacionamento igual para com terceiros; busca de lucros; e, reunião e inversão de bens e capitais (recursos).

²³ Entre as diferenças a destacar, temos ; a) quem podem ser as partes – na *partnership*, somente podem participar pessoas físicas, enquanto nas *joint ventures*, podem também ser pessoas jurídicas; b) existência (na *partnership*) do *delectus personarum* – qualquer sócio pode vetar a entrada de um novo sócio provocando, geralmente, a dissolução da sociedade, o que não ocorre na *joint venture*; c) relação entre os sócios (*agency relationship*) – na *partnership*, há a delegação para um ou mais participantes para que estes exerçam a direção e representação da sociedade; já na *joint venture*, essa delegação de poderes não existe, a não ser que os sócios tenham realizado tal delegação de forma expressa; d) divisão de lucros ou perdas – nas *joint ventures*, a repartição de lucros não acarreta, obrigatoriamente, a repartição de eventuais prejuízos; já nas *partnerships*, esse princípio é fundamental; e) ação judicial – enquanto nas *partnerships* os sócios somente possuem um tipo de ação (real) cabível contra a sociedade, para recebimento de seus créditos, nas *joint ventures* os participantes dispõem, além desta, uma outra ação contra o inadimplemento de obrigação contratual; f) duração do empreendimento – as *partnerships* são tidas como associações duradouras, de tempo indeterminado, ao contrário das *joint ventures*, que são vistas como passageiras, ou *ad hoc*. Esta última característica vem perdendo importância em face da existência de *joint ventures* cujos empreendimentos têm caráter temporal indefinido, em virtude do próprio negócio realizado.

²⁴ The history of the law of business corporation before 1800. In: *Select essays in Anglo American Legal History*, v. 3, 1909, cit apud, BAPTISTA, Luiz Olavo. *A joint venture: uma perspectiva comparatista. Revista de Direito Mercantil. São Paulo* : [S.n.], n. 42, abril/junho 1981.

²⁵ Na América Latina, além de não se conhecer o conceito, existe ainda a confusão sobre se dizer ‘o’ *joint venture* – que evidencia o contrato de *joint venture*, ou ‘a’ *joint venture* – que está ligada à organização e administração da empresa. Em inglês: THE *joint venture*, para ambos os casos.

²⁶ PENNETA, Piero. *La Filiale Comune Internazionale (contribuetto allo studio della cooperazione fra imprese)* Milano : Giuffrè, 1988. p. 10 e 41.

²⁷ “... mientras en los países de economía avanzada el recurso a esta forma de colaboración industrial está esencialmente motivado por la oportunidad de realizar

concentraciones por coordinación, en los países en vías de desarrollo su empleo está frecuentemente impuesto por la identificación de un aspecto de convergencia entre la necesidad de los empresarios occidentales de asomarse a nuevos mercados y de garantizarse el aprovisionamiento de materias primas esenciales, y la voluntad política de los países en vías de desarrollo de mantener una parcial disponibilidad de los recursos nacionales, obviando, al mismo tiempo, el propio retraso tecnológico y gerencial”; “...es posible, en una primera aproximación, diferenciar la relación de *joint venture* de carácter voluntario, cuya estipulación está motivada, de modo exclusivo, por precisas oportunidades económicas, de aquellas que indicaremos como necesarias en cuanto representan el único instrumento jurídico del cual los operadores extranjeros se pueden valer para operar en ciertos mercados”. El contrato internacional de *joint venture*. *Cuadernos de la Revista del Derecho Internacional y de las Obligaciones*. Buenos Aires : Depalma, 1983. p. 11–12.

²⁸ Las empresas norteamericanas y la de los países industrializados están preocupadas no sólo en la formación y desenvolvimiento de esta figura comercial sino también en el manejo y el impacto a largo plazo. Para ayudar a entender este proceso, es necesario comprender que las empresas que resuelven asociarse, para operar en el mercado doméstico o para salir al exterior, según los diversos propósitos que las anima, hacen una evaluación interna previa en base a tres criterios específicos: sus objetivos estratégicos (para actuar en el país o el exterior); las motivaciones concretas; y las expectativas de negocios (para producir o abrir y desarrollar mercados). BAPTISTA, Luiz Olavo, RÍOS, Aníbal Sierralta. *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. Lima : Academia Diplomática del Perú, 1992. p. 193.

²⁹ No caso Hasdary V. Barocas, “o tribunal, examinando todos esses acordos e sociedades, chegou à conclusão de que não havia suficiente amálgama de interesses ou propriedade para criar uma *joint venture*, e, muito importante, *para criá-la não basta que duas partes tenham-se acordado em agir de comum acordo para atingir um objetivo econômico comum*. A conclusão era que os acordos examinados não seriam suficientes, por si sós, para criar nada além de uma responsabilidade contratual, pois do contrário, quaisquer acordos entre acionistas dariam origem a uma *joint venture*”. BAPTISTA, Luiz Olavo. *A joint venture: uma perspectiva comparatista*. In: *Revista de Direito Mercantil. São Paulo* : [S.l. : s.n.], n. 42, abr./jun. 1981. p. 48 e 49.

³⁰ Uma multinacional deseja estabelecer um centro de negócios e distribuição de seus produtos, seguindo o modelo padronizado exigido pela sede administrativa, enquanto a outra parte, nacional, pode desejar atender a um mercado mais específico. Aqui temos que o produto do empreendimento conjunto, desejado tanto pela multinacional como pela empresa nacional, é de mesmo gênero, destinado ao mesmo setor produtivo ou de serviços, contudo, as características

específicas, a espécie deste produto, poderá variar, originando conflitos.

³¹ *Las opciones estratégicas de una empresa interesada en el comercio internacional van desde utilizar una trading company, a establecer una oficina de ventas en ultramar, establecer concesionarias, subsidiarias o formar una joint venture.* BAPTISTA, Luiz Olavo, RÍOS, Aníbal Sierralta. *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional.* Lima : Academia Diplomática del Peru, 1992. p. 193.

³² *Joint ventures: manual prático das associações empresariais.* (Coleção Direito e comércio Internacional) Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 152.

³³ Por meio do preenchimento de um formulário, em que determina suas atividades e interesses, o empresário se cadastra no banco de dados da Câmara de Comércio, a qual procede uma pesquisa em busca de um parceiro em potencial. Além desse serviço, as Câmaras de Comércio Internacional mantêm um índice de tópicos em que o interessado poderá procurar por conta própria um eventual sócio. Para mais informações a respeito: <http://www.iccwbo.org>

³⁴ Existem duas correntes a respeito: a primeira diz que as partes poderão escolher qualquer lei (interna) entre aquelas que possuam *maior relação de insignificância* com o contrato (EUA), ou girem em torno do *centro de gravidade* do contrato (França); pela outra, as partes podem escolher qualquer norma, seja lei interna, tratado ou convenção internacional ou costume da *Lex Mercatoria*, não havendo a necessidade de que a norma escolhida mantenha alguma identidade com o contrato (Alemanha, Convenção Interamericana sobre Lei Aplicável a Contratos).

³⁵ ...una suerte de Carta-Magna que incluye los puntos esenciales que no merecen discusión. FRIEDMAN, Wolfgang. *Joint International Business in Ventures in Developing Countries.* New York : Columbia University Press, 1991. *Apud* BAPTISTA, Luiz Olavo, RÍOS, Aníbal Sierralta. *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional.* Lima : Academia Diplomática del Peru, 1992. p. 216.

³⁶ O projeto que serviu de inspiração para o presente exemplo nasceu em abril de 1995, por meio da *joint venture* formada pelas empresas Boeing Commercial Space Co. (Seattle, Washington – 40%); RSC-Energia (Moscow, Rússia – 25%); Kvaerner Maritime a.s. (Oslo, Noruega – 20%); e KB Yuzhnoye/PO Yuzhmash (Dnepropetrovsk, Ucrânia – 15%), sob a denominação *Sea Launch*, tendo o primeiro lançamento ocorrido em 27 de março (Fonte: SeaLaunch Home – <http://www.boeing.com/defense-space/space/sealauch/>).

³⁷ No caso “Meinhard v. Salmon”, o juiz Cardozo, da *Appellate Division* da Corte Suprema norte-americana decidiu: “*joint adventures*, como os sócios, devem um ao outro, enquanto a empresa existe, o dever da mais estrita lealdade. Muitas formas de conduta permissíveis no dia-a-dia dos negócios para

os que agem independentemente são proibidas para os que estão ligados fiduciariamente [*fiduciary relationship*]. O *trustee* está obrigado a obedecer a uma conduta moral mais estrita que a do mercado. Não a simples honestidade, mas os escrúpulos da honra a mais sensível serão a medida do seu comportamento” (248, N.Y., 458, 164, NE 54 – 1928). BAPTISTA, Luiz Olavo. *A joint venture: uma perspectiva comparatista.* In: *Revista de Direito Mercantil.* São Paulo : n. 42, abr./jun. 1981. p. 42. O autor ainda ressalta que tal caso vem sendo citado até os dias de hoje e que a doutrina norte-americana mantém entendimento pacífico em seu favor.

³⁸ As partes podem estabelecer que os árbitros decidirão por meio da lei estipulada para o contrato, da lei do lugar de execução do contrato, da lei das partes, de uma lei qualquer, por equidade, por composição amigável, por costumes sedimentados no comércio internacional – *lex mercatoria*, tratados ou convenções internacionais, por uma lei criada pelas próprias partes etc.

³⁹ Uma arbitragem versando sobre o valor de US\$ 10.000 feita por apenas um árbitro custa em média US\$ 5.000; caso as partes desejem que da arbitragem participem três árbitros (como geralmente ocorre), o custo da solução sobe para US\$ 10.000 (fonte IC).

⁴⁰ *Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules as at present in force.*

⁴¹ *All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.*

⁴² Por parte da ICC: a) a lei que rege o contrato; b) o número de árbitros; c) o local da arbitragem, e; d) a língua em que se dará a arbitragem. Por parte da Uncitral: a) a autoridade que auxiliará as partes na escolha dos árbitros – *appointing authority* – (nome da instituição à qual o árbitro seja filiado ou o nome do mesmo); b) número de árbitros (um ou três); c) o lugar da arbitragem (cidade e país), e; d) o idioma a ser utilizado no processo arbitral. Fontes: ICC e Uncitral.

⁴³ COSTA, José Augusto F., NUSDEO, Ana Maria de O. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. *Revista de Direito Mercantil* – 97, p. 77.

⁴⁴ Em verdade, a ausência de um ou mais desses elementos pode ser proposital, visando ampliar o universo de eventos englobado pela cláusula.

⁴⁵ KAHN, Philippe. *Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: l'expérience française.* In: *Le contrat économique international.* Cit., p. 201. *Apud* STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986. p. 228 e 229. Aqui o autor insere dois novos elementos

à cláusula, a necessidade de se demonstrar que foram realizadas todas as diligências possíveis, realizado todo o esforço ao alcance da parte para evitar as consequências do evento.

⁴⁶ COSTA, José Augusto F., NUSDEO, Ana Maria de O. As cláusulas de força maior e de *hardship* nos contratos internacionais. *Revista de Direito Mercantil* – 97, p. 77 e 82.

⁴⁷ Nada impede que sejam reunidos os dois tipos de *hardship* em um único contrato, e até mesmo em uma única cláusula.

⁴⁸ *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. Lima : Academia Diplomática del Peru, 1992. p. 231.

⁴⁹ “Imediatamente após a assinatura do presente acordo, as partes, em conjunto, procederão à definição completa e detalhada do projeto a ser realizado pela *Sociedade Joint Venture* e um estudo de viabilidade do mesmo, ambos a serem completados dentro de ... meses após a execução deste acordo.

A definição técnica e estudo da viabilidade acima referidas serão submetidas aos respectivos dirigentes de A e B que decidirão sobre a realização do projeto com base nas conclusões relativas ao investimento do capital, custos operacionais, e projeção de vendas”. BAPTISTA, Luiz Olavo, RÍOS, Aníbal Sierralta. *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. Lima : Academia Diplomática del Peru, 1992. p. 227-228.

⁵⁰ BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. P. 232-233. (Coleção Direito e Comércio Internacional).

⁵¹ *Si se utiliza la red de distribución del socio extranjero, habrá que precisar la política de precios y la política de descuentos. Igualmente la forma y mecanismo de suministro de información sobre los mercados, así como sobre los medios de comercialización y materiales de promoción. Se podría llegar a un acuerdo en el sentido de que el suministro de tales datos tenga un costo marginal. También há de delinarse las formas de entrenamiento y capacitación en marketing, el que debe incluir visitas de orientación a la compañía extranjera y a sus instalaciones*. BAPTISTA, Luiz Olavo, RÍOS, Aníbal Sierralta. *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. Lima : Academia Diplomática del Peru, 1992. p. 232.

⁵² ... *el papel de simple “acuerdo de intenciones”, que dejaría de tener cualquier valor frente a la fuerza normativa del contrato social o de los estatutos de una sociedad anónima, protegidos por las normas jurídicas y por la visión conservadora de los tribunales*. BAPTISTA, Luiz Olavo, RÍOS, Aníbal Sierralta. *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. Lima : Academia Diplomática del Peru, 1992. p. 243.

⁵³ Estima-se que ela entrará em vigor em 2005 ou 2006.

⁵⁴ Fontes: World Bank; Banco Central e *Internacional Financial Statistics*– 1998.

⁵⁵ Fontes: Banco Central e *Internacional Financial Statistics* – 1997.

⁵⁶ Fontes: Banco Central e *Internacional Financial Statistics* – 1999.

⁵⁷ Fontes: Banco Central e *Internacional Financial Statistics* – 1999.

⁵⁸ Argentina e Uruguai em virtude da intensiva colonização espanhola, tendem a ter cultura mais semelhante enquanto no Chile, Bolívia e Paraguai, por força da grande presença indígena na raça, fruto da mistura entre estes e os europeus, os costumes são mais próximos.

⁵⁹ ASSUMPCÃO FILHO, Milton Mira de (Publish). *Mercosul: the big emerging market*. São Paulo : Makron Books, 1998.

Bibliografia

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosur & Unión Europea: estructura jurídico-institucional*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 1998.

ASSUMPCÃO FILHO, Milton Mira de (publish). *Mercosul: the big emerging market*. São Paulo : Makron Books, 1998.

ASTOLFI, Andrea. El Contrato Internacional de *Joint venture*. In: *Cuadernos de la Revista del Derecho Internacional y de las Obligaciones*. Buenos Aires : Depalma, 1983.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A Joint venture – uma perspectiva comparativista. In: *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo : [s.n.], n. 42, abril/junho, 1981.

_____. RÍOS, Aníbal Sierralta. *Aspectos jurídicos del comercio internacional*. Lima: Academia Diplomática del Peru, 1992.

BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. (Coleção Direito e Comércio Internacional).

_____. Nova lei revitaliza arbitragem no Brasil como método alternativo extrajudicial de conflitos de interesses. *Revista dos Tribunais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, ano 85, v. 733, 11/96.

CASELLA, Paulo Borba. Formação e conclusão dos contratos internacionais em Direito Inglês e Francês. *Revista da FDUSP*. [S.l. : d.n.], 1990.

COSTA, José Augusto F., NUSDEO, Ana Maria de O. As cláusulas de força maior e de “*hardship*” nos contratos internacionais. *Revista de Direito Mercantil*. [S.l. : d.n.], 97.

FERREIRA, Aldo Leão. Estatuto das empresas binacionais brasileiro-argentinas: breves comentários. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *Joint ventures* e transferência de tecnologia: lei de informática. *Revista de Direito Mercantil*. [s.l. : s.n.], n. 79, s.d.

MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de pesquisa*. São Paulo : Atlas, 1985.

MÜLLER, Mary Stela, CORNELSEN, Julce Mary.
Normas e padrões para teses, dissertações e monografias. [s.l.]: Editora UEL, s.d.
STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

Home Pages:

Boletim mercosul: <http://www.bcb.gov.br/htms/mercosul24/sumario.htm>

Camex: <http://www.planalto.gov.br/camex/Item4.htm>

ICC: <http://www.iccwbo.org>

Infojus: <http://www.infojus.com.br/>

Ministério das Relações Exteriores: <http://www.mer.gov.br>

OffShore Financial Service. <http://www.off-shore.qc.ca/>

OMC: <http://www.wto.org/>

Paraísos Fiscais. <http://www.paraisosfiscais.com/>

SeaLaunch Home: <http://www.boeing.com/defense-space/space/sealaunch/>

Uncitral: <http://www.uncitral.org/>

Imposto sobre grandes fortunas

Olavo Nery Corsatto

Sumário

Introdução. 1. Configuração pré-legislativa do imposto. 1.1. Incidência e fato gerador. 1.2. Sujeitos passivos. 1.3. Base de cálculo. 1.4. Alíquotas. 1.5. Reduções do imposto. 1.6. Lançamento. 2. Considerações do parecer aprovado. 3. Experiência internacional. 3.1. Países que adotaram o imposto. 3.2. Países que dele cogitaram ou o aboliram. 4. Análise. 4.1. Características. 4.2. Defesas e críticas. 5. Conclusões.

Introdução

O Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) inscreve-se na competência da União, que poderá instituí-lo *nos termos de lei complementar*, como soa o art. 153, VII, da Constituição da República.

Segundo levantamento, tramitam no Congresso Nacional os seguintes projetos de lei complementar, visando à instituição do imposto:

- PLP 162/89, do Senador Fernando Henrique Cardoso (23-6-89), atual nº 202/89, ao qual foram apensados os abaixo;
- PLP 108/89, do Deputado Juarez Marques Batista (6-6-89);
- PLP 208/89, do Deputado Antônio Mariz (11-12-89);
- PLP 218/90, do Poder Executivo (Mensagem 315/90, E.M. 063, de 15-3-90);
- PLP 268/90, do Deputado Ivo Cersósimo (28-11-90).

Olavo Nery Corsatto é Mestre em Direito e Consultor Legislativo do Senado Federal.

Na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, o PLP 162/89 teve parecer do relator Senador Gomes Carvalho, que

apresentou substitutivo; e voto em separado do Senador Olavo Pires (20-9-80). O parecer do relator foi aprovado em turno suplementar (6-12-89).

Na Câmara dos Deputados, onde ainda aguarda discussão, o mesmo projeto, agora com o nº 202-B, recebeu pareceres dos relatores designados pela Mesa em substituição à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (Deputado Bonifácio de Andrada, 14-12-90) e à Comissão de Finanças e Tributação (Deputado Francisco Dornelles). E em plenário, foram-lhe oferecidas vinte emendas, entre elas destacando-se três, contendo substitutivos: a Emenda nº 01, do Deputado Aloízio Mercadante (21-5-91); a Emenda nº 02, do Deputado Edevaldo Alves da Silva; e a Emenda nº 18, do Deputado Francisco Diógenes (16-5-91).

A análise do IGF deverá levar em conta, além do texto aprovado no Senado e os projetos e emendas em tramitação na Câmara, também as manifestações doutrinárias até aqui registradas. Nossa análise, em cada um dos tópicos a seguir, iniciará-se sempre pelo texto aprovado no Senado, reportando-se aos seus dispositivos, como no ou do “projeto”.

1. Configuração pré-legislativa do imposto

1.1. Incidência e fato gerador

A incidência constitucional do IGF são as *grandes fortunas* (art. 153, VII). O fato gerador, no projeto, é a titularidade, em 1º de janeiro de cada ano, de fortuna em valor superior a NCZ\$ 2.000.000,00, expressos em moeda de poder aquisitivo de 1-2-89 (art. 1º). *Fortuna* (art. 3º) é o conjunto de todos os bens, situados no país ou no exterior, que integram o patrimônio do contribuinte, exclusive (§ 2º): a) o imóvel de residência do contribuinte, até o valor de NCZ\$ 500.000,00; b) os instrumentos utilizados pelo contribuinte em atividades de que decorram rendimentos do trabalho assalariado ou autônomo, até o valor de

NCZ\$ 1.200.000,00; c) os objetos de antiguidade, arte ou coleção, nas condições e percentagens fixadas em lei; investimentos na infra-estrutura ferroviária, rodoviária e portuária, energia elétrica e comunicações, nos termos da lei; e e) outros bens cuja posse ou utilização seja considerada pela lei de alta relevância social, econômica ou ecológica.

No PLP 108/89, *fortuna* é a soma dos bens e direitos de uma pessoa física e seus dependentes legais que ultrapassem o equivalente a 2.999.999 BTN, ou expressão que represente atualização da moeda (art. 1º, parágrafo único). No PLP 208/89, *grandes fortunas* são os patrimônios líquidos de valor superior a 5.000 vezes o limite mensal de isenção do imposto de renda da pessoa física, vigente no mês de janeiro do exercício de incidência, computadas as doações feitas no ano anterior (art. 1º), sendo patrimônio líquido o conjunto de bens e direitos de qualquer natureza, emprego ou localização, deduzido o valor das dívidas de seu titular (§ 1º). No PLP 218/90, *grande fortuna* é o patrimônio cujo valor exceder a um milhão de BTN (art. 1º, § 1º), sendo o patrimônio constituído de todos os bens e direitos, de qualquer natureza, qualquer que seja seu emprego ou localização, conforme constante da declaração anual de bens do contribuinte, diminuído do valor das dívidas (§ 2º), podendo o Poder Executivo excluir do patrimônio tributável bens de pequeno valor de mercado (§ 3º). No PLP 268/90, *grandes fortunas* são o conjunto de bens patrimoniais, físicos e financeiros, que, nos últimos cinco exercícios, tenha sido informado à SRF e cujo crescimento, em relação ao exercício fiscal de 1989, tenha sido superior a 50% (art. 2º).

Guardadas as variações de projeto a projeto, verifica-se que, em linhas gerais, *grande fortuna* – fato gerador do imposto – seria o patrimônio da pessoa física, apurado anualmente, cujo valor ultrapassasse determinado limite. Sua apuração quase sempre obedeceria a mecanismo, previsto

em cada projeto, de acréscimos e deduções. Tal patrimônio seria constituído, portanto, de bens, móveis e imóveis, físicos e financeiros, e direitos do contribuinte.

1.2. *Sujeitos passivos*

No projeto, são *contribuintes* do imposto as pessoas físicas residentes ou domiciliadas no País (art. 2º). Os PLP 208 e 218/89 acrescentam as pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, em relação ao seu patrimônio no País (arts. 4º e 5º, respectivamente). Este último elege a pessoa jurídica solidariamente responsável pelo pagamento do imposto (art. 12). Nada há a respeito nos PLP 108/89 e 268/90.

1.3. *Base de cálculo*

No projeto, a *base de cálculo* do imposto é o valor do conjunto dos bens que compõem a fortuna diminuído das obrigações pecuniárias do contribuinte, exceto as contraídas para a aquisição de bens excluídos (art. 4º). Os bens serão avaliados (§1º): a) os imóveis, pela base de cálculo do imposto territorial ou predial, rural ou urbano, ou se situados no exterior, pelo custo de aquisição; b) os créditos pecuniários sujeitos a correção monetária ou cambial, pelo valor atualizado, excluído o valor dos considerados, nos termos da lei, de realização improvável; c) os demais, pelo custo de sua aquisição pelo contribuinte.

No PLP 108/89, a base de incidência será a totalidade dos bens ou direitos constitutivos da fortuna do contribuinte (art. 2º). No PLP 208/89, a base de cálculo é o valor atualizado do patrimônio líquido, que poderá excluir do cômputo os bens considerados de pequeno valor do mercado (art. 3º). A lei poderá isentar da tributação a parcela expressiva do patrimônio investida em empreendimentos por ela considerados relevantes para a economia nacional (art. 7º), havendo-se como expressiva a parcela do patrimônio que representar 25% do capital de uma empresa ou mais de 75% do valor do patrimônio líquido do contribuinte (parágrafo único).

No PLP 218/90, a base de cálculo é o valor do patrimônio existente no dia 31 de dezembro do ano anterior ao exercício financeiro (art. 3º). O patrimônio, por sua vez, é constituído de todos os bens e direitos, diminuído do valor das dívidas (§2º). No PLP 268/90, a base de cálculo é a grande fortuna, sem nenhuma dedução.

Como se pode notar, a maioria das proposições em curso elege como base de incidência do IGF o patrimônio líquido.

1.4. *Alíquotas*

No projeto (art. 5º), o imposto incidirá às seguintes alíquotas:

Classes de valor do patrimônio NCZ\$	Alíquota
até 2.000.000,00	isento
mais de 2.000.000,00 até 4.000.000,00	0,3%
mais de 4.000.000,00 até 6.000.000,00	0,5%
mais de 6.000.000,00 até 8.000.000,00	0,7%
mais de 8.000.000,00	1,0%

O PLP 108/89 prevê a seguinte tabela (art. 2º e anexo):

Classes de valor do patrimônio (em BTN)	Alíquota
até 2.999.999	isento
de 3.000.000 até 5.999.999	1%
de 6.000.000 até 8.999.999	2%
de 9.000.000 até 11.999.999	3%
acima de 12.000.000	4%

É a seguinte a tabela do PLP 218/90 (art. 4º):

Classes de valor do patrimônio (em BTN)	Alíquota
até 1.000.000	isento
mais de 1.000.000 até 3.000.000	0,1%
mais de 3.000.000 até 5.000.000	0,2%
mais de 5.000.000 até 10.000.000	0,4%
mais de 10.000.000	0,7%

Consoante o PLP 208/89, as alíquotas do imposto serão progressivas sobre faixas definidas do patrimônio, em número

mínimo de três e máximo de cinco, não podendo a menor ser inferior a 0,5% e a maior a 1,5% (art. 5º). Segundo o PLP 268/90, as fortunas serão tributadas à alíquota única de 30% (art. 3º).

1.5. Reduções do imposto

Nos termos do projeto (art. 5º, § 2º), do imposto calculado o contribuinte poderá deduzir o imposto de renda e respectivo adicional cobrado pelos Estados que tiver incidido sobre os seguintes rendimentos por ele auferidos no exercício findo: de aplicações financeiras, de exploração de atividades agropastoris, alugueis e *royalties*, lucros distribuídos por pessoas jurídicas e ganhos de capital. Também o PLP 208/89 (art. 6º) prevê a *dedução* dos impostos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o mesmo patrimônio, efetivamente pagos pelo contribuinte no ano anterior. O PLP 218/90 (art. 7º) dispõe que será dado *crédito* do valor dos impostos estaduais e municipais, incidentes sobre a propriedade, efetivamente pagos pelo contribuinte no ano anterior sobre bens integrantes da base do IGF até o produto do valor desses bens pela alíquota do imposto.

A compensação se faz necessária porque o fato gerador do IGF inclui bens e direitos sujeitos à incidência de outros impostos. Por exemplo, no âmbito da própria União, os imóveis rurais (ITR); dos Estados, os veículos automotores (IPVA); e dos Municípios, os imóveis urbanos (IPTU). A compensação alcançaria também os impostos de transmissão (*causa mortis* e doação, nos Estados, e *inter vivos*, nos Municípios).

1.6. Lançamento

Pelo projeto, o imposto será *lançado* com base em declaração do contribuinte na forma de lei, da qual deverão constar todos os bens do seu patrimônio, e respectivo valor (art. 6º). O bem que não constar da declaração presumir-se-á, até prova em

contrário, adquirido com rendimentos sonegados ao imposto de renda, e os impostos devidos serão lançados no exercício em que for apurada a omissão (parágrafo único).

Como se vê, o projeto aprovado, ao referir-se a “declaração do contribuinte na forma da lei”, certamente estará elegendo a declaração de bens do imposto de renda (Lei nº 4.069/62, art. 51) para o lançamento do imposto, o mesmo acontecendo com o PLP 108/89. Expressamente o PLP 218/90 a designa, porém somente para o exercício de 1991. Para os seguintes, em mês a ser determinado, haveria uma declaração específica do IGF.

2. Considerações do parecer aprovado

Vale a pena destacar, no parecer do relator do substitutivo aprovado pelo Senado, em tramitação na Câmara dos Deputados (PLP 202-B, de 1989), os trechos a seguir:

“O imposto sobre a riqueza não constitui em qualquer País desenvolvido receita apreciável para o erário. É um imposto em extinção ou reduzido a proporções inexpressivas. O Japão o adotou em 1950 para aboli-lo em 1953. Na Itália, o imposto extraordinário sobre o patrimônio, introduzido em 1946, foi suprimido no ano seguinte. Na Alemanha Federal, o imposto originalmente fixado em 1% foi depois reduzido para 0,7%. Persistem enormes dificuldades práticas principalmente no tocante à avaliação ao patrimônio. Basta notar que, no caso alemão, foi necessário passar uma lei em separado, com 123 parágrafos, sendo que o comentário dessa lei tem nada menos que 1.698 páginas.

“Vários países de tecnologia fiscal avançada como a Inglaterra, Estados Unidos, Canadá e Austrália, depois de pesquisas profundas e inúmeros relatórios técnicos, optaram

pela não-aplicação, do imposto sobre as grandes fortunas, preferindo aperfeiçoamento no imposto de renda ou impostos específicos sobre determinadas formas de patrimônio...

“Na França, houve várias peripécias. O Governo socialista implantou-o em 1981; o Governo conservador aboliu-o em 1983 e foi novamente introduzido em 1986 com a volta, ao poder, do governo socialista. Não é importante fonte de receita e receia-se que com a liberação do movimento de capitais, em 1990, como parte do programa de unificação européia, venha a se tornar inviável.

“Conforme o faz notar o Prof. Henry Tilbery em suas ‘Reflexões sobre a tributação do patrimônio’, os argumentos considerados na literatura estrangeira, que desaconselham esse imposto, são os seguintes: dificuldades administrativas; redução da poupança interna; resultado insignificante na arrecadação.

“A esses óbices, no caso brasileiro, se deve acrescentar o perigo da evasão de capitais. Esta já está se processando em virtude do risco de hiper-inflação e da incerteza do clima econômico, mas sem dúvida seria incrementada pelo advento do novo tributo.

“Algumas considerações pareceriam ainda oportunas, com relação à superposição tributária. Fundamentalmente, o patrimônio é renda acumulada e os fluxos de renda já foram sujeitos à tributação ao longo do processo acumulativo. Donde, na experiência internacional, não ser o imposto sobre grandes fortunas considerado um imposto de arrecadação, mas antes um instrumento adicional de fiscalização. Seu objetivo não é o confisco do patrimônio e sim um imposto complementar de renda, através do qual se procura

atingir contribuintes e fluxos de renda inadequadamente captados pelo imposto convencional. Visa essencialmente a ampliar o alcance da tributação sobre ganhos de capital.

.....
“As características específicas do Imposto sobre o Patrimônio e a mudança mundial do enfoque tributário, do fortalecimento do Estado para o incentivo ao esforço individual, devem ser levadas em conta na tentativa de regulamentação do art. 153, inciso VII, da Constituição Federal. Essas premissas são levadas em conta no substitutivo.

.....
“O substitutivo mantém as exclusões do imposto sobre o patrimônio previstas no art. 11 do projeto original, que passam a figurar no art. 3º, com acréscimo de um item: – os investimentos na infra-estrutura de eletricidade, transporte e comunicações. É sabida a insuficiência dos recursos estatais para esses setores de base. Na medida em que se permita deduzir do imposto sobre o patrimônio os investimentos nesses setores, haveria incentivo adicional à plena revelação do patrimônio, pela certeza do contribuinte de que seus impostos estariam sendo canalizados para setores essenciais. O *rationale* é que na maioria desses setores não existe um mercado voluntário de financiamentos ou investimentos, seja por serem monopólios estatais, seja por não serem atraentes como opções de mercado. O imposto seria usado como indutor de aplicações privadas na nossa dilapidada infra-estrutura. Caberia à lei ordinária especificar quais os setores de aplicação válida, quais os instrumentos a serem utilizados para comprovação desses investimentos (certificados de compra de ações ordinárias, preferenciais ou

debêntures, p. ex.) e o período de inegociabilidade desses instrumentos.

“A grande dificuldade prática – a *vexata quaestio* – da imposição de imposto sobre grandes fortunas, observada em todos os países que tentaram cobrar esse imposto, é a avaliação dos bens que compõem o patrimônio das pessoas físicas. Teoricamente o critério ideal seria o valor de mercado desses bens, mas a observação demonstra que grande parte dos bens possuídos, tanto pelas pessoas físicas como pelas pessoas jurídicas, não têm valor de mercado bem definido, e, para muitos bens, é impossível determinar um valor sem elevado grau de subjetividade, pois diferentes avaliadores chegam a valores diversos.

“A experiência secular da escrituração comercial confirma essa proposição e tradicionalmente a contabilidade e a lei comercial prescrevem a avaliação dos bens das sociedades comerciais pelo custo de aquisição, e não pelo valor de mercado.

“Esse problema de avaliação é agravado no Brasil pelo nosso processo inflacionário: todos os bens mudam constantemente de valor, à taxa que atualmente é de cerca de 1% ao dia.

“Essa realidade leva o substitutivo a propor, com base na experiência das pessoas jurídicas, que os bens integrantes do patrimônio das pessoas físicas sejam avaliados pelo custo de aquisição corrigido monetariamente, com exceção dos imóveis, para os quais se propõe o valor adotado para efeito de lançamento dos impostos territorial e predial.

“O custo de aquisição é o valor já usado pela legislação do imposto de renda para determinar o ganho de capital na alienação de bens, e a rigor é o único valor que pode ser deter-

minado com objetividade para a maioria das espécies de bens.

“O substitutivo procura, no § 2º do artigo 4º, precisar o conceito do custo de aquisição no caso de bens que são adquiridos sem o pagamento em moeda.

“No § 2º do art. 1º, o substitutivo propõe que o imposto sobre grandes fortunas seja compensado com o imposto de renda pago sobre rendimentos de capital, que tem origem na fortuna tributada. Essa compensação torna mais justa a incidência do tributo: não satisfaria ao requisito constitucional da graduação dos impostos segundo a capacidade econômica dos contribuintes o pagamento do mesmo imposto sobre fortuna por duas pessoas com bens de igual valor, se uma auferir renda destes bens (e paga imposto sobre essa renda) enquanto para outra a fortuna não é fonte de renda tributável.

“O substitutivo prevê que o imposto seja lançado com base em declaração do contribuinte diferente da declaração do imposto de renda, embora a omissão de bens nessa declaração tenha o mesmo efeito de acréscimo de patrimônio não justificado na declaração do imposto de renda, ou seja, autoriza o lançamento do valor dos bens omitidos como renda sonogada ao imposto de renda.”

As considerações do parecer confirmam a tendência da experiência internacional, segundo subsídios que pudemos reunir e que procuraremos sintetizar.

3. *Experiência internacional*

3.1. *Países que adotaram o imposto*

Em palestra proferida em 9-12-93, disse Cid Heráclito de Queiroz¹ que,

“na linha dos meticolosos estudos a que procederam, países do porte dos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá,

Austrália, Escócia e Nova Zelândia nunca instituíram um imposto direto sobre grandes fortunas. Noutros países, como o Japão, a Itália e a Irlanda, o tributo foi criado e, posteriormente, abolido. Na Itália, aliás, propostas de reintrodução do aludido tributo foram abandonadas à vista, principalmente, dos minuciosos estudos do renomado tributarista Victor Uckmar, da Universidade de Veneza. Num terceiro grupo, figuram numerosos países em que o imposto sobre o patrimônio está em vigor, como a Alemanha, a Suíça, a Suécia, a Noruega, a Finlândia, a Islândia, a Dinamarca, a Holanda, o Luxemburgo, a Áustria, a Espanha e a Índia. Nesses países, de modo geral, as alíquotas são módicas, inferiores a 1%.”

A esse rol, acrescente-se a França.

Outro autor que abordou o assunto entre nós, de forma até relativamente extensa, foi Henry Tilbury². Segue-se, abaixo, resumo de seus comentários sobre a experiência de diversos países a respeito do imposto sobre o patrimônio.

a) Alemanha

Na Alemanha, o imposto foi concebido como complemento do imposto de renda, incidindo sobre o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas, sendo abrandado com relação a estas, por trazer vários problemas. O problema central, porém, situa-se na *avaliação* do patrimônio, a qual é objeto de uma lei com 123 parágrafos e 1.698 páginas. Há uma declaração do patrimônio global, base válida por três anos para o lançamento anual. A alíquota, que era de 1%, foi reduzida para 0,7%.

b) França

Na França, *l'impôt sur les grandes fortunes*,

“incide sobre o patrimônio mundial das pessoas físicas residentes no estrangeiro em relação aos bens deles situados na França. O imposto

sobre grandes fortunas aplica-se apenas aos patrimônios superiores a três milhões de francos, ou eventualmente cinco milhões de francos, conforme o patrimônio incluía ou não bens profissionais. Ou seja, há uma isenção para os bens profissionais em valor até dois milhões de francos. Portanto, se o valor desses bens ultrapassa dois milhões, o piso de três milhões passa para cinco milhões de francos. Os bens profissionais são definidos de forma minuciosa, em princípio abrangendo a ferramenta das profissões industriais, comerciais, agrícolas, artesanais e liberais. O fato gerador é a posse de bens no dia 1º de janeiro, sendo base de cálculo o valor venal real determinado pelo jogo livre de oferta e demanda. A legislação francesa também estabelece um conjunto de normas especiais sobre a avaliação. A apuração do imposto é baseada na declaração anual do contribuinte. Consideramos muito significativas as normas específicas para controle das declarações e para evitar sonegação. Um decreto de 1981 ab-rogou o anonimato com transações em ouro, anonimato esse admitido antes daquele decreto. Além disso, a lei prevê um regime especial para bens anônimos. Tais normas demonstram a consciência do legislador a respeito de possibilidades de omissão na declaração de várias espécies de bens”.

Vale a pena transcrever também o que ressaltou Cid Heráclito de Queiroz (op. cit.) a propósito da implantação do imposto na França:

“Na França, o Governo Raymond Barre designou, em 1978, uma comissão de três sábios – Gabriel Ventejol, Robert Blot e Jacques Méraud, para efetuar um amplo estudo sobre os reflexos da eventual criação de um

imposto sobre as grandes fortunas. No final daquele ano, a Comissão apresentou um minucioso e fundamentado relatório, desaconselhando a instituição do referido tributo. Não obstante, o governo socialista de Mitterrand criou o imposto em foco, em 1981, logo cognominado de 'Robin Hood', porque o respectivo produto era destinado a assegurar uma renda mínima para os mais desfavorecidos. O imposto foi extinto pelo Governo Jacques Chirac, em 1986. E recriado por Mitterrand, em 1988, por exigência da plataforma socialista. Na primeira fase, o Governo francês justificou o imposto então criado como: a) *socialmente justo*, por incidir apenas sobre fortunas superiores a três milhões de francos, a uma taxa progressiva de 0,5% a 1,5% e abranger, tão-somente, cerca de 150.000 contribuintes (1% dos contribuintes do imposto de renda); b) *economicamente razoável*, por ter como base de cálculo o valor líquido do patrimônio, ou seja, deduzido o valor das dívidas; e c) *tecnicamente simples*, por ter sido criado por uma lei com apenas dez artigos.

"Todavia, Pierre Courtois, em primorosa obra de análise, demonstrou que o novo imposto francês, ao contrário: 1º) *não era socialmente justo*, porque incidiu sobre trezentos a quatrocentos mil contribuintes atingindo numerosos patrimônios que não podiam ser considerados como 'grandes fortunas'; 2º) *não era economicamente razoável*, porque, em período de erosão monetária e recessão econômica, uma tributação conjugada da renda e da fortuna diminui sensivelmente a rentabilidade dos capitais investidos, tanto pelos empresários, como pelos particulares; 3º) *não era tecnicamente*

simples, porque teve de ser regulado em um Decreto que ocupou duas páginas e meia do jornal oficial, complementado por uma Instrução Geral, com 35 páginas, uma instrução detalhada, com 150 páginas, um guia de avaliação dos bens, com 200 páginas, e diversos outros atos, num total de cerca de 500 páginas. E para analisar essa legislação, Courtois publicou, em Paris, um livro com mais de 300 páginas (*L'Impôt sur les Grandes Fortunes*), em que adverte: 'essa prolixidade administrativa é inevitável'".

c) Suíça

Na Suíça, o imposto incide sobre o patrimônio das pessoas físicas e das pessoas jurídicas, "mas os efeitos dessa dupla incidência são abrandados por alíquotas muito baixas, que variam entre os diversos Cantões, na média entre 1% a 2%". Relativamente à composição do patrimônio, as ações despertam "interesse especial em um país onde o mercado financeiro tem um papel de maior destaque na economia nacional", particularmente quanto à avaliação daquelas que não têm cotação oficial.

d) Espanha

Introduzido em 1977, o imposto incide "sobre o patrimônio líquido das pessoas físicas, com isenção de determinados bens, como imóveis de valor histórico e obras de arte. O imposto sobre o patrimônio é considerado como imposto autônomo, independente do imposto de renda, com a ressalva de que a soma dos impostos fica sujeita ao teto que, de 55% da renda tributável, no início, passou em 1984 para 70% da renda tributável".

A legislação traz critérios de avaliação, considerando subsidiário o valor de mercado.

e) Norte e centro-europeu

Na Suécia, Noruega, Finlândia, Islândia, Dinamarca, Holanda, Luxemburgo e Áustria, o imposto sobre o patrimônio é

pago pela renda deste, tendo em vista as baixas alíquotas. Nos países escandinavos, as alíquotas (progressivas) ultrapassam 1% (2% na Suécia); nos demais países, são proporcionais, não superiores a 1%. Além disso, há um teto para a soma do imposto sobre o patrimônio com o imposto de renda.

f) Índia

Por influência de Nicholas Kaldor, professor de economia da Universidade de Cambridge, em 1957 foram instituídos o *annual wealth tax* e o *gift tax*. O imposto anual sobre o patrimônio líquido incide sobre os bens das pessoas físicas e das companhias que excedam determinado valor, havendo isenções para propriedades agrícolas, obras de arte, objetos de uso pessoal, e, até certo limite, residência própria.

Aquele professor

“parte do princípio de que a renda não é um parâmetro adequado da capacidade contributiva, mas que a posse do patrimônio por si confere ao indivíduo um poder para gastar, não atingido pelo imposto de renda. Portanto, sob a perspectiva de equidade horizontal, a imposição da renda deve ser complementada pela tributação do patrimônio. Por outro lado, seguindo as críticas já levantadas antes, principalmente por J. S. Mills e Irving Fisher, a tributação do total de renda auferida implica um gravame em dobro da renda poupada. Portanto, dentro da visão kaldoriana, deve ser introduzido um imposto sobre a renda consumida, para não desincentivar a poupança, o trabalho e a aceitação do risco nas atividades produtoras, em contraposição à tributação sobre a renda auferida, que traz no seu bojo esses efeitos negativos. Observando a distinção de um lado entre poder de consumir (*spending power*), independentemente de ser esse poder exercido ou não, e de outro lado o con-

sumo (*spending*), isto é, o poder de consumir efetivamente exercido, chega-se ao núcleo da recomendação, isto é, a complementação recíproca entre tributação do patrimônio, que grava o poderio inerente à posse de patrimônio, e o imposto de renda consumida que toma como medida a capacidade contributiva revelada pelo gasto, sem discriminar contra a poupança e sem desencorajar o esforço do trabalho. O *expenditure tax* recomendado por Kaldor para a Índia (abolido em 1962) foi um imposto sobre os gastos da pessoa física no ano inteiro, em excesso de um certo limite, com deduções permitidas para várias espécies de pagamentos, como despesas de casamento de descendentes até certo limite, despesa de educação no estrangeiro até certo limite, prêmios de seguros, resgate de dívidas etc. No que se refere ao problema administrativo, Kaldor esperava um efeito controlador automático pela declaração em conjunto da renda e do patrimônio. O sistema integrado de um imposto progressivo sobre a renda consumida, um imposto progressivo sobre o patrimônio líquido, complementado por um imposto sobre doações introduzido na Índia ao lado do imposto de renda e imposto sobre espólios, não produziu um sucesso incontestado” (sic).

Relativamente ao

“imposto sobre o patrimônio líquido, originariamente com alíquota progressiva moderada, seguindo neste aspecto a recomendação de Kaldor, foi aumentado gradualmente de uma escala entre ½% e 1½%, para uma escala bem mais elevada de 1% a 5%. Conforme pesquisa de Dr. M. H. Gopal, o peso combinado entre os impostos diretos em muitos casos

poderia ultrapassar 100% da renda. Entre os contribuintes sujeitos ao maior peso da tributação, a omissão de parcelas de renda não declarada aumentou simultaneamente com o entesouramento de valores ocultados. Conforme opinião do mesmo autor, um alívio da carga tributária resultaria provavelmente na reciclagem pelo menos de parte desses recursos em aplicações produtivas”.

Já

“o professor de Economia da Universidade Hyderabad, Raja J. Chelliah, primeiramente criticou o *expenditure tax* pelas dificuldades administrativas, crítica cuja procedência foi comprovada pela extinção desse Imposto após quatro anos de vigência. Com respeito ao imposto sobre o patrimônio, pronunciou-se terminantemente contra a sua incidência sobre pessoas jurídicas, salientando que a Índia, como país em desenvolvimento, não deveria ter seguido neste aspecto cegamente o exemplo de alguns países industrializados da Europa. Por outro lado, o mesmo autor em princípio concordou com o imposto sobre o patrimônio líquido das pessoas físicas, que, na opinião dele, serve realmente para impedir o agravamento de disparidades sociais, apenas recomendando a elevação do piso da incidência, e eventualmente um alívio maior do imposto de renda sobre rendimentos de trabalho *earned income relief*, atendendo ao propósito de maior diferenciação em cotejo com rendimentos de capital”.

3.2. Países que dele cogitaram ou o aboliram

Registram-se nesse tópico os estudos levados a efeito por países que cogitaram – e acabaram, por razões diversas, desistindo – de adotar um imposto geral sobre o patrimônio. E também a experiência

dos que, tendo-o adotado, posteriormente o aboliram.

a) Canadá

Comissão presidida por M. Kenneth Carter (*Report of the royal Commission on Taxation*, conhecida como “Relatório Carter”), em 1966, sugeriu a rejeição, acatada, de uma imposição anual sobre o patrimônio, por temer efeito negativo em relação à poupança. Desde longa data, já existem, no país,

“impostos sobre parcelas específicas de patrimônio (*property tax*), mas de alcance bastante amplo, embora não abrangendo o patrimônio global da pessoa física. O *property tax* constitui um elemento essencial na receita municipal; além disso, existe o imposto sobre herança (*inheritance tax*). Todavia, por enquanto não foi introduzido no Canadá o imposto sobre o patrimônio global”.

b) Estados Unidos

Há, no país, desde os tempos coloniais, um imposto sobre partes do patrimônio (*property tax*), de alcance amplo, incidente sobre o valor bruto de tais partes, mas não há um imposto anual pessoal sobre o patrimônio líquido total da pessoa física. Registra-se ainda um imposto sobre a herança (*inheritance tax*). Estudo conhecido como *Meade Report* deu especial atenção à origem da riqueza,

“isto é, ou proveniente do produto economizado dos próprios esforços de um lado, ou de aquisições gratuitas por herança ou doação de outro lado. Assim, o estudo antes citado inclinou-se em favor do imposto combinado entre tributação progressiva anual sobre patrimônio e ingressos gratuitos, *pawat*, idealizado pelo *Meade report*, embora reconhecendo o problema de avaliação e com ressalva em relação ao imposto sobre acessões patrimoniais gratuitas que seriam uma inovação radical na legislação norte-americana”.

Estas últimas mereceriam especial imposição (*accession tax*).

c) Grã-Bretanha

No país,

“a introdução de um imposto anual sobre o patrimônio líquido tornou-se assunto de discussões políticas na década de 60. Finalmente em 1974 foi nomeada uma Comissão (*Select Committee on a Wealth Tax*), que publicou seu Relatório conhecido sob o nome de *Green Paper*. (...) Nos estudos promovidos sobre a tributação do patrimônio pela perspectiva da equidade horizontal, encontramos na Grã-Bretanha uma situação diversa em comparação com muitos outros países, pois no ordenamento britânico já existia antes uma tributação diferenciada em relação ao atendimento proveniente de investimentos. Deste modo, a introdução do imposto anual sobre o patrimônio ia substituir a *investment income surcharge* ou o *sur-tax*. Várias pesquisas encaravam a problemática sobre este aspecto. (...) O imposto sobre o patrimônio ia onerar automaticamente todo aumento do patrimônio, não somente em relação ao ingresso de novas parcelas patrimoniais, mas também abrangeria a mais valia de um ano para o outro dos bens patrimoniais já existentes. É uma autêntica tributação da mais valia não realizada, em contraste com o princípio tradicional que rege a tributação dos ganhos de capital, que incide somente sobre a mais valia realizada. Assim, a coexistência dos dois tributos representa um ônus duplo sobre a mais valia, isto, quando acrescida, mediante a tributação sobre o valor enriquecido do patrimônio, e outra vez quando a valorização for realizada, pela tributação do ganho de capital. Isso não signi-

fica necessariamente que haja uma incompatibilidade absoluta entre os dois impostos, pois um visa ao aspecto do fluxo da riqueza (aspecto dinâmico) isto é, o ganho tratado como receita tributável, o outro, o aumento do valor dos bens possuídos (aspecto estático) ou seja, o incremento da capacidade contributiva resultante da valorização do patrimônio, naturalmente quando real, não apenas inflacionária. Todavia, já que tal majoração da capacidade contributiva é apenas latente, desprovida de liquidez, esse agravamento do ônus parece pouco recomendável. Por esse raciocínio justifica-se a recomendação de Sandford de que, na hipótese da introdução de um imposto anual sobre o patrimônio, deveria ser reduzida a alíquota da tributação de ganhos de capital. Nas considerações sobre assunto entre os especialistas ingleses, tomam um lugar de destaque, assim como em outros países, as preocupações sobre a avaliação. Foi sugerido acompanhar o exemplo holandês, isto é, a avaliação por declaração do contribuinte sob plena responsabilidade dele, porém sujeito à impugnação pelas autoridades. Uma sanção eventual proposta por alguns em teoria contra subavaliação consistia na possibilidade ou de aplicar o valor declarado como base de indenização na hipótese de desapropriação, ou mesmo conceder a terceiros a faculdade de adquirir os bens pelos valores declarados que para esse fim seriam publicados. Não simpatizamos com tais métodos de intimidação, mesmo sem examinarmos sua viabilidade e eficácia. Nem nos consta que tal sanção mencionada nos escritos de vários autores teria sido implementada na legislação de algum país. Foi aceita

como ponto pacífico a legitimidade de uma política fiscal que visa reduzir a grande concentração de fortunas em mãos de um pequeno número de pessoas, como também a tendência a induzir, pelo sistema de tributação, a transferência de riqueza acumulada em valores de absoluta esterilidade para aplicações produtivas. Todavia, a maioria das opiniões, diante dos problemas administrativos, se inclinou em favor da tributação não sobre o estoque do patrimônio, mas sobre sua transferência a título gratuito. Como salientou o *Relatório Meade*, a tributação da transferência de patrimônio também é preferível pelo fato de causar menos dificuldades e custos administrativos do que o imposto anual sobre o patrimônio. Embora parecesse que, no plano doutrinário, as teses do *Meade Report* tivessem alcançado amplo consenso, principalmente a rejeição do imposto anual sobre o patrimônio e a preferência do imposto sobre ingressos patrimoniais gratuitos, na prática, não foi implementada na legislação britânica, por enquanto, nenhuma dessas reformas básicas da tributação direta (nem o *pawat*, nem o *annual wealth tax*, *AWT*, nem o *expenditure tax*, nem o *accession tax*)”.

d) Irlanda

Após profundos estudos, em 1974 foi introduzido, na República da Irlanda, como tributo que parecia bem elaborado, o imposto anual sobre o patrimônio. Já em 1978, porém, foi revogado.

e) Itália

Em 1946, esse país instituiu um imposto extraordinário sobre o patrimônio, suprimindo-o em 1947. Estudos

“organizados pela Universidade de Veneza em 1985 deram origem a um trabalho do preeminente tributarista italiano Victor Uckmar, que, além de um relatório do direito comparado

– que é o resumo mais atualizado e mais abrangente do qual temos conhecimento –, dedica atenção especial a esta problemática sob a perspectiva da Itália. Da mesma forma como outros pesquisadores, esse cientista italiano opina que a eficiência dessa tributação depende do grau de confiabilidade do levantamento do patrimônio e dos critérios de avaliação. Foi esse um dos argumentos principais que motivaram a conclusão desse autor, *contrário* à introdução desse imposto, pois considera a Administração Tributária da Itália não suficientemente aparelhada para esse fim, nem para os impostos já existentes”.

f) Japão

Em 1950, obediente a recomendações de 1949 da Shoup Mission, de peritos americanos, o Japão instituiu imposto anual sobre o patrimônio, abolindo-o em 1953, por ter apresentado pífios resultados na arrecadação e falhado como instrumento contra a evasão do imposto de renda, atingindo quase apenas o patrimônio imobiliário. Concebido como suplemento do imposto de renda,

“não foi considerado adequado para medir a capacidade contributiva. Uma das principais razões de sua abolição foi a dificuldade de revelar a totalidade dos bens patrimoniais do contribuinte, com respeito a certas espécies de bens como dinheiro, jóias e valores mobiliários. Esse fato causou um desequilíbrio em comparação com a propriedade imobiliária, que é de fácil identificação. Outro problema foi a avaliação, especialmente em relação a imóveis e a participações societárias não negociadas publicamente”.

O economista japonês Noboru Tanabe

“reconhece plenamente os méritos do imposto anual sobre o patrimônio, principalmente pelo aspecto de maior equidade horizontal e ver-

tical, além de servir como instrumento de reforma socioeconômica, principalmente em países em desenvolvimento para corrigir a concentração de riquezas. Além disso pode incentivar a aplicação de poupança em investimentos produtivos, considerando que a posse de bens se torna menos interessante quando nem produzem renda suficiente para fazer face ao pagamento do imposto sobre patrimônio. Não obstante essas vantagens e resultados positivos alcançados por essa tributação em países europeus, o autor conclui que as dificuldades administrativas que o Japão não conseguiu vencer foram o motivo principal para o abandono desse imposto, além do modesto resultado da arrecadação”.

4. Análise

4.1. Características

Como demonstram as propostas e a experiência internacional sumarizadas, o IGF pode assumir desenhos ou características mais ou menos variáveis em seus aspectos – incidência, sujeitos passivos, base de cálculo, alíquotas, lançamento.

Pontos que se pode considerar praticamente convergentes são a incidência e a base de cálculo. É quase unânime que o imposto deva incidir sobre a totalidade do patrimônio, admitida a exclusão de bens de interesse para o desenvolvimento econômico e social. E a sua base de cálculo deva levar em conta – e, portanto, também à exclusão – os valores já onerados pelos tributos sobre itens específicos do patrimônio, como imóveis urbanos e rurais, veículos, participações societárias, fundos etc. Ou seja, o imposto incidiria sobre o *patrimônio líquido*, sendo seu valor líquido a base de cálculo. A fortuna tributada, por sua vez, deveria ser, realmente, de *grande vulto*.

Com respeito aos sujeitos passivos, há forte preponderância em limitá-lo às *pessoas físicas*, somente uma minoria fazendo-o alcançar também as pessoas jurídicas. As unidades produtivas assim estariam a salvo do imposto, também em nome do desenvolvimento econômico (produção) e social (geração de empregos).

As tendências se dividem quanto à administração e ao lançamento. O *lançamento* teria por base a declaração de bens do imposto de renda ou uma declaração específica do patrimônio para o IGF.

Quanto às alíquotas, prepondera a tendência de adoção de *alíquotas progressivas baixas*, entre 0,1% e 1% (ou, quando muito, e raro, 2%), ou então uma *alíquota proporcional também baixa*. Uma pequena minoria sugere a adoção de alíquotas superiores a 2%. Alíquotas entre 5% e 30% já foram adotadas (uma só vez), em ocasiões de catástrofe nacional, por países que tiveram de superar as imensas dificuldades advindas das primeira e segunda guerras mundiais, por exemplo.

A propósito, embora o imposto se denomine “sobre grandes fortunas”, na realidade ele seria pago pela renda por elas gerada, sem desfalcocar o patrimônio em sua substância. É por isso que a doutrina o considera imposto *nominal* sobre as grandes fortunas, porém *suportado pela renda* destas, o que leva à fixação de alíquotas reduzidas.

4.2. Defesas e críticas

A adoção ou não e o abandono do IGF decorreram de suas supostas virtudes e defeitos.

São *virtudes* apontadas por Henry Tilbury (op.cit.) a equidade horizontal, a eficiência na aplicação de recursos, a redistribuição de riquezas e o controle administrativo.

A *equidade horizontal*, segundo aquele autor,

“parte da constatação de que a renda do indivíduo não é por si só o parâmetro adequado para medir a

capacidade contributiva, relembrando o famoso exemplo de Nicholas Kaldor, que comparou a capacidade contributiva totalmente desigual de um homem rico, cujo patrimônio é aplicado em bens, que não produzem renda, e, de outro lado, do homem muito pobre, também sem renda”.

Para ele a tributação anual do patrimônio, portanto, pode ser encarada como *complemento* que está suprindo as falhas do imposto de renda, já que este não alcança, em sua totalidade, a capacidade contributiva. Aduziríamos que seria complemento também dos demais impostos patrimoniais, incidentes especificamente sobre os imóveis urbanos e rurais, os veículos, os fundos, etc.

O mesmo autor diz que se, por um lado, o imposto de renda pode, em tese, “desencorajar pessoas de intensificarem seus esforços de trabalho ou para aceitarem os riscos inerentes a empreendimentos produtivos”, de outro lado, o IGF induziria a transferência de valores investidos em bens improdutivos para *aplicações produtivas* para, pelo menos, “gerar uma renda suficiente para pagar o imposto sobre o patrimônio”.

A *redistribuição da riqueza* seria outro efeito benéfico do IGF, que funcionaria também como *instrumento de controle da administração* tributária, mediante o cruzamento de dados com base nas declarações da renda auferida, dos bens para o IR ou o IGF e das parcelas do patrimônio consideradas para tributações específicas. Haveria, assim, menor possibilidade de evasão de diversos tributos.

Ainda para o referido autor, os *defeitos* do imposto seriam as dificuldades administrativas, a redução da poupança interna e o resultado insignificante da arrecadação.

Segundo ele, as *dificuldades administrativas* seriam o problema de conseguir-se dos contribuintes uma *revelação (disclosure)* completa de todos os seus bens e, em

decorrência, uma *avaliação* correta do patrimônio de cada um. Difícil seria avaliar, por exemplo, “bens que podem ser facilmente ocultados, como jóias, metais preciosos, títulos ao portador, objetos de arte etc.”. Isso teria levado o Japão a abolir “um imposto cuja aplicação abrangente e justa se comprovou como sendo inexecutável”. E quem não o aboliu, como a Alemanha, erigiu uma legislação extensa e complexa para regulá-lo. O autor aponta ainda para o fato de o contribuinte, além de omitir bens, em geral subavaliá-los declarados. Para a administração, a avaliação

“cria enormes dificuldades, não somente à escolha de critério adequado para as várias espécies de bens, mas também em relação, por exemplo, ao valor venal, sendo esse o critério principal que deveria ser efetivamente estabelecido para uma quantidade enorme de bens”.

Embora não impressionado com o “argumento de uma eventual ameaça de fuga de capitais para o exterior, que geralmente está motivada por outras considerações, mas não por um imposto (por exemplo) de 1%”, o citado autor não duvida de que “o argumento da redução da poupança procede. Em um país em desenvolvimento, não é interessante desincentivar a poupança”. À *redução da poupança interna* somar-se-ia o desestímulo à interiorização de capitais externos, acrescente-se.

O imposto geral sobre o patrimônio não tem rendido o esperado onde foi instituído. Para o citado autor, esse argumento, frequentemente mencionado, de sua minúscula arrecadação, por si só, não é o mais importante. Para ele, o que “pesa gravemente na balança é mesmo a inviabilidade virtual administrativa”, porque a “desproporção entre custos administrativos do imposto patrimonial e o resultado moderado da arrecadação é provavelmente válido em

todos os países, mas não deveria ser considerado como decisivo no Brasil, quando o que se visa é maior justiça fiscal e prevenção da excessiva concentração de riquezas”.

Que o imposto sobre a riqueza não constituiu, nos países desenvolvidos, receita apreciável para o erário é conclusão que se impõe. Num país em desenvolvimento, como o Brasil, ainda não se dispõe de elementos – como dados estatísticos idôneos – sobre os quais se possam desenvolver projeções que possibilitem uma avaliação correta da provável arrecadação do imposto.

5. Conclusões

Se vier a ser instituído, o IGF será outro entre os demais impostos sobre o patrimônio existentes em nosso sistema tributário, que são:

I – considerado o patrimônio no seu *aspecto estático*:

a) imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR), de competência da União (CF, art. 153, VI);

b) imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), dos Estados e Distrito Federal (art. 155, III);

c) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), dos Municípios e Distrito Federal (art. 156, I);

II – considerado o patrimônio no seu *aspecto dinâmico*:

a) imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR), da União (art. 153, III), que grava os acréscimos patrimoniais;

b) imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens (ITCM), dos Estados e Distrito Federal (art. 155, I);

c) imposto sobre a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição (ITIV), dos Municípios e Distrito Federal (art. 156, II).

Considerado o patrimônio objeto dos impostos existentes, o IGF viria a consubstanciar: (1) *imposto suplementar*, por constituir uma superposição (legal) da tributação já existente, da qual seria parcela *adicional*; (2) *imposto complementar*, por haver escapado dessa mesma tributação, via evasão fiscal; (3) *imposto novo*, para as parcelas de patrimônio não alcançadas por nenhum dos impostos existentes.

Às alíquotas do substitutivo aprovado no Senado, o IGF viria a constituir-se, sem dúvida, fonte nada desprezível de receita para o erário, considerado o inegável (e ainda não mensurado) índice de evasão fiscal no País. Como se disse acima, por falta de dados estatísticos confiáveis, ainda não é viável dimensionar-se projetivamente o valor da arrecadação provável do IGF. Isso seria possível, a curto prazo, somente com a colaboração dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Já é tempo, aliás, de o Congresso Nacional obter, compulsoriamente como lhe faculta a lei, *todos* os subsídios e informações necessários à avaliação dos efeitos econômicos e financeiros das proposições que estão ou venham a estar em curso.

Nada mais oportuno do que isso, no momento em que se propõe uma nova reforma tributária, para cujo exame criterioso e aprofundado não poderá o Congresso prescindir de elementos que só os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estão em condições de fornecer.

O que se disse vale para o IGF, cabendo preliminarmente indagar se ele permanecerá ou não no sistema. Caso permaneça, juntamente com os demais impostos patrimoniais, a questão primordial sobre a sua conveniência ou não, a nosso ver, reside no efeito psicológico que poderá produzir a sua instituição. Há dias, em entrevista na Imprensa, o Senhor Deputado Roberto Campos, que também já se manifestou sobre o IGF, afirmou que “o

capital é covarde como um cordeiro e veloz como uma lebre” para safar-se. Será necessário, por isso, antes de tudo, considerar se o IGF não desestimulará o ingresso de capitais no País. E se, não obstante as baixas alíquotas, será ou não fator de desistência para quem se disponha a transferir para cá sua poupança, temendo elevações no futuro. É por isso necessário salientar que o art. 150, IV, da Constituição é garantia de que o imposto jamais poderia atingir a substância do patrimônio, porque o dispositivo veda a utilização do tributo com *efeito de confisco*.

A criação ou não do imposto, no bojo da reforma tributária, deveria ser precedida de amplo debate dentro e fora do Congresso Nacional, ouvidos especialistas nas áreas econômica, financeira e tributária, devendo a discussão arrimar-se em dados estatísticos objetivos das arrecadações (federais, estaduais e municipais) dos tributos patrimoniais existentes, do levantamento das grandes fortunas do País e respectivos possuidores, cujo número, acredita-se, seria significativo. E no caso de decidir-se pela sua adoção, o desenho que melhor se coaduna à experiência internacional, aos estudos a lume entre nós e às características retromencionadas, parece-nos ser o constante do substitutivo em apreciação na Câmara dos Deputados. Merecem ainda leitura os trabalhos de Francisco de Paula Giffoni³ e Hugo de Brito Machado⁴, além dos já citados ao longo deste breve estudo.

Como um debate nacional amplo e prévio sobre o assunto tem poucas probabilidades de acontecer tão cedo (porque dependeria de prévia coleta de elementos de nossa realidade política, econômica e financeira), acreditamos que as seguintes razões justificariam a criação do IGF, ainda que em caráter experimental:

1) a distribuição da renda e da riqueza nacionais é extremamente assimétrica e perversa;

2) o IGF seria, por isso, importante instrumento de justiça fiscal;

3) o número de contribuintes do IGF seria limitado e relativamente pequeno;

4) o número limitado de contribuintes facilitaria a administração e o controle do imposto;

5) o IGF seria também instrumento de controle do imposto de renda e dos demais impostos sobre o patrimônio;

6) conseqüentemente, seria também instrumento de controle da evasão fiscal, o que o reforçaria como fator de justiça fiscal;

7) ao fato de alguns países não terem adotado um imposto geral sobre o patrimônio e de outros o haverem abandonado se contrapõe o fato de que países de expressão política e econômica internacional persistem nele;

8) isso significa que somente experimentando-o é que viremos a saber se ele seria ou não vantajoso para o País;

9) mesmo que o imposto não venha a ser importante instrumento de arrecadação, a sua receita seria muito bem-vinda no momento em que o País realiza enorme esforço para equilibrar suas finanças;

10) como última e fundamental *ratio*, acrescente-se que o IGF está previsto na Carta Magna.

Notas

¹ QUEIROZ, Cid Heráclito. Liberdade e patrimônio: o imposto sobre grandes fortunas. In: *Carta Mensal*. [S.l.: s.n.], v. 39, n. 467, fev. 1994. p. 13 - 23.

² TILBURY, Henry. Reflexões sobre a tributação do patrimônio. In: *Imposto de renda - estudos 4*. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1987. p. 283 - 347.

³ GIFFONI, Francisco de Paula. Memorando para anteprojeto da regulamentação de imposto sobre o patrimônio líquido pessoal ou grandes fortunas. In: *Revista de Finanças Públicas*. Brasília: [s.n.], jul./ago./set. 1987. p. 31 - 38.

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Imposto sobre grandes fortunas. In: *O Sistema Tributário na Nova Constituição do Brasil*. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1988. p. 241 - 269.

A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal

Angela Cristina Pelicioli

Sumário

1. Breve histórico. 1.1 Comparação entre outros sistemas legais. 1.2. Sistema legal brasileiro. 2. A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal. 2.1. O que é Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal? 2.2. Quem será obrigado pela Lei de Responsabilidade Fiscal? 3. O Plano Plurianual – PPA. 4. Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO. 5. Normas para cumprimento do Orçamento. 6. O limite para ser gasto com pessoal (art. 19 da LC nº 101/00). 6.1. Os percentuais máximos com gastos de pessoal (art. 20). 6.2. Nulidade do ato de aumento de despesa. 6.3. Medidas a serem aplicadas para cumprimento dos percentuais previstos e para o caso de os Poderes excederem os percentuais fixados (art. 23 da LC nº 101/00). 6.4. Prazos para os entes públicos ficarem no limite da Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal. 7. Créditos tributários. 8. Operações de crédito. 9. Dívidas públicas. 10. Alienação de bens. 11. Desapropriações. 12. Divulgação das contas. Prazos. 13. Vedações do último ano de mandato. 14. Eleição das receitas. 15. Conclusão.

1. Breve histórico

1.1. Comparação entre outros sistemas legais

A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal brasileira sofreu inspiração de experiências e formulações estrangeiras como as da Nova Zelândia, da União Européia via Tratado de Maastricht e dos EUA. Mas lógico que houve adaptações à nossa realidade e às nossas peculiaridades,

Angela Cristina Pelicioli é Procuradora do Estado do Estado de Santa Catarina e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa.

inclusive, pois em nossa lei todas as esferas e níveis de governo estão abrangidas.

Os pioneiros, na América Latina, da aplicação da Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal são a Argentina e agora o Brasil. Na Argentina, o novo sistema instituído foi batizado de Lei de Conversibilidade Fiscal. Entre a Lei argentina e a Lei brasileira, há algumas diferenças. Entre elas estão: 1. na Lei argentina, não há penalidades para o desrespeito às determinações estipuladas, já no caso da legislação brasileira, há punição contra os entes públicos, sendo que esses não poderão receber transferências voluntárias, obter garantia, direta ou indireta, de outro ente e contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal, além do que está tramitando no Congresso Nacional: punições criminais e penalidades pecuniárias contra os administradores públicos que não respeitarem as regras da Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal; 2. a Lei de Conversibilidade Fiscal possui apenas oito artigos, enquanto a Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal possui setenta e cinco artigos, com três vetos integrais ao art. 3º, 6º e 41, restando setenta e dois artigos; 3. as regras na Argentina são aplicadas apenas ao governo central, ao contrário da nossa Lei, em que estão incluídos, além do governo federal, o dos estados e dos municípios; 4. o ponto básico da Lei de Conversibilidade Fiscal é a fixação de um prazo para eliminar o déficit nominal, qual seja, até 2004, o governo terá de zerar o déficit nominal de 1,7% do PIB; já no caso da Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal, está fixado o limite de até dois exercícios para que os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 se enquadrem nos limites com despesa total com pessoal fixados pela lei, eliminando o excesso gradualmente na proporção de 50% ao ano, entre outros prazos.

1.2. Sistema legal brasileiro

No início, o projeto de Lei Complementar da Lei de Responsabilidade possuía 110 artigos, originado do Ministério do Planejamento; portanto, a iniciativa é de origem governamental. Esse projeto passou por uma longa reflexão e por um produtivo processo de discussão em audiência pública. Nesse projeto inicial, havia dispositivos penais contra os administradores públicos que descumprissem as normas previstas pela Lei de Responsabilidade Fiscal; posteriormente, na Câmara dos Deputados, esse projeto foi fracionado. Hoje, ainda tramita no Congresso Nacional o projeto dos Crimes de Responsabilidade Fiscal sob o nº PL 621/99.

Na Câmara, o Projeto de Lei de Responsabilidade Fiscal tramitou sob o nº PLP 18/99. Após a aprovação em 3 de fevereiro deste ano, o projeto foi reduzido para 75 artigos. No Senado Federal, o projeto tramitou sob nº PLC 4/2000, de 3 de fevereiro.

A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal – Lei Complementar nº 101 foi sancionada pelo Presidente da República no dia 4 de maio de 2000, entrando em vigor na data de sua publicação.

2. A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal

Far-se-á uma análise sistêmica da Lei de Responsabilidade Fiscal, tratando ponto a ponto as inovações trazidas e os principais objetivos da respectiva lei.

2.1. O que é a Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal?

A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal configura um sistema de planejamento, execução orçamentária e disciplina fiscal até então inexistente. Tem o objetivo de controlar o déficit público para estabilizar a dívida em um nível suportável para a condição de economia emergente.

Os municípios e demais entes deverão preparar-se para fazer previsões de médio prazo (3 a 4 anos) para todas as suas receitas e despesas e acompanhá-las, mensalmente, bem como dispor de um bom sistema de controle de suas finanças, principalmente da dívida.

Dispõe que a

“gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar”. (art. 1º, § 1º)

2.2. *Quem será obrigado pela Lei de Responsabilidade Fiscal?*

Primeiramente, a União, os 27 estados, o DF e os quase seis mil municípios. Entre esses, compreende-se: o Poder Executivo, o Poder Legislativo, abrangidos os Tribunais de Contas (da União, dos Estados e dos Municípios onde houver), o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Posteriormente, as administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e as empresas estatais dependentes.

3. *O Plano Plurianual – PPA*

O art. 3º do Projeto de Lei nº 4 de 2000 – Complementar (nº 18/99 – Complementar na Câmara dos Deputados) foi vetado, integralmente, pelo Presidente da República, por meio da Mensagem nº 627, de 4 de maio de 2000. Esse artigo dispunha sobre o Plano Plurianual, que abrangeria os respectivos Poderes e seria encaminhado ao Poder Legislativo, no caso, das

Prefeituras, à Câmara dos Vereadores; dos Estados, à Assembléia Legislativa; e da União, ao Congresso Nacional, com o prazo de até o dia 30-4 do primeiro ano do mandato do Chefe do Executivo e devolvido, para a sanção, até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa.

Deveria ser apresentado junto com o PPA o anexo de política fiscal (receitas, despesas, resultado primário, montante da dívida). O PPA deveria conter obras e outros investimentos superiores a 1 exercício. Se tal não ocorresse, o orçamento não poderia destinar recursos a tal investimento a não ser se houvesse lei específica para tanto.

A justificativa do veto a esse artigo foi a de que:

“O *caput* deste artigo estabelece que o projeto de lei do plano plurianual deverá ser devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa, enquanto o § 2º obriga o seu envio, ao Poder Legislativo, até o dia 30 de abril do primeiro ano do mandato do Chefe do Poder Executivo. Isso representará não só um reduzido período para a elaboração dessa peça, por parte do Poder Executivo, como também para a sua apreciação pelo Poder Legislativo, inviabilizando o aperfeiçoamento metodológico e a seleção criteriosa de programas e ações prioritárias do governo”.

Com esse veto, foi excluído o Anexo de Políticas Fiscais, restando os seguintes Anexos, na Lei Complementar nº 101/00: a) de Metas Fiscais (art. 4º, § 1º); b) de Riscos Fiscais (art. 4º, § 3º); c) o específico das Políticas Monetárias, Creditícia e Cambial (art. 4º, § 4º) e o Anexo à lei orçamentária anual que conterà demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas previstos no Anexo de Metas Fiscais (art. 5º, I).

4. Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO

Na Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 4º da LC nº 101/00), deverá ser apresentado um anexo de metas fiscais para os três exercícios seguintes. Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei, sendo que essa infração será punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal, conforme art. 5º e § 1º do substitutivo ao Projeto de Lei nº 621/99 (Mensagem 488/99), que tramita na Câmara dos Deputados e trata dos crimes da lei de responsabilidade fiscal.

Também na Lei de Diretrizes, deverá ser apresentado um anexo de riscos fiscais, avaliando passivos e riscos que poderão afetar as finanças.

Outros pontos indispensáveis na Lei de Diretrizes Orçamentárias:

- a) equilíbrio entre receitas e despesas;
- b) critérios e limitações de empenho;
- c) normas de controle de custos e avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos;
- d) condições e exigências para transferências dos recursos a entidades públicas e privadas;
- e) avaliação do sistema previdenciário, fundos públicos.

O art. 4º, inciso I, alíneas “c” e “d”, e os incisos II e III do projeto de lei nº 04/00 foram vetados pelo Presidente da República.

Vejamos os vetos e suas razões:

a) Alínea “c”, inciso I, do art. 4º – Os parâmetros para os Poderes: montantes relativos a despesas com pessoal e outras despesas correntes, inclusive serviços de terceiros, como mais um critério para ser disposto na lei de diretrizes orçamentárias, foram vetados com a seguinte justificativa:

“estabelecer *a priori* parâmetros para a fixação de despesas, segundo

a sua natureza de gasto, sem levar em consideração as prioridades da programação a ser atendida, contraria o interesse público, por inflexibilizar a alocação dos recursos, dificultando o atendimento das demandas da sociedade”.

b) Alínea “d” do inciso I do art. 4º – A destinação de recursos provenientes das operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, que também era mais um critério a ser especificado na lei de diretrizes orçamentárias, foi vetada sob o argumento de que

“as operações de crédito por antecipação de receita têm como objetivo legal a recomposição momentânea do fluxo de caixa global do órgão ou da entidade. Assim, não existe a possibilidade de indicar, com antecedência, a destinação dos recursos provenientes dessas operações. Nessa mesma linha de raciocínio, o dispositivo torna-se dúbio, com relação às demais operações de crédito, uma vez que ao se referir à ‘destinação dos recursos’ não especificou qual a classificação da despesa orçamentária que deveria ser considerada, se por funções ou por categorias econômicas, dentre outras”.

c) Inciso II do art. 4º – Os limites para o montante das despesas com juros com base em percentual da receita corrente líquida não podendo ser excedidos senão vedar-se-iam novas operações de crédito também foram vetados com a seguinte justificativa:

“...o princípio que norteia o estabelecimento, no projeto de lei complementar, de limites para a dívida é a manutenção do nível de endividamento público em patamar razoável. As dívidas antigas e os juros devem continuar sendo pagos, pois, caso contrário, haveria quebra de contratos, atitude inadmissível em regime

de direito democrático. Contudo, a introdução de limite para despesas com juros, ainda que com caráter referencial, suscitaria a interpretação de que o objetivo seria o não pagamento de juros, o que apresenta caráter bastante distinto, senão oposto, à tônica do projeto de lei complementar”.

d) Inciso III do art. 4º – Os limites e condições para as despesas obrigatórias de caráter continuado seriam definidos na lei de diretrizes orçamentárias, no entanto tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República com a seguinte argumentação:

“O art. 17 do projeto de lei complementar já estabelece as regras para a expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado. Por outro lado, se as despesas já foram legalmente definidas como sendo ‘obrigatórias’, não há que se estabelecer limites e condições para sua expansão. Portanto, em face da contradição que apresenta a redação do dispositivo em questão, sugere-se oposição de veto a ele, por contrariar o interesse público”.

Deverá a LDO ser acompanhada de demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado (art. 4º, § 2º, V c/c art. 14 da LC nº 101/00). Essa regra, infelizmente não vale para os Impostos de Importação, Exportação, IPI e Operações de Créditos – créditos esses da União.

A Lei Orçamentária anual teria o prazo de entrega até o dia 15-8 de cada ano, isso previsto no art. 5º, § 7º, do Projeto de Lei nº 04/00. Ocorre que esse dispositivo foi vetado, com os seguintes argumentos: a) todos os entes federativos deveriam encaminhar, na mesma data, ao Poder Legislativo a lei de diretrizes orçamentárias, não levando em conta as dificuldades dos entes, principalmente dos pequenos municípios, b) há dependência

de informações orçamentárias, sendo que a lei orçamentária da União sempre precede às leis dos demais entes, em função da estimativa da receita.

5. Normas para cumprimento do Orçamento

Até 30 dias após a publicação dos orçamentos, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso (art. 8º da LC nº 101/00).

No caso de o Poder Legislativo e Judiciário e Ministério Público não limitarem, no prazo de 30 dias, ao final do bimestre, os seus empenhos, o Poder Executivo poderá limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes. Aqui vislumbramos uma inconstitucionalidade, qual seja, a infringência à autonomia dos Poderes, uma vez que deve-se respeitar a harmonia e independência dos Poderes, como determina o art. 2º da Carta Magna (art. 9º, § 3º, da LC nº 101/00).

No final de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará, em audiência pública, em Comissão mista de Senadores e Deputados federais, no Congresso Nacional, as contas da União; e, respectivamente, na Assembléia Legislativa, as contas dos estados e, nas Câmaras dos Vereadores, as contas dos municípios (art. 9º, § 4º, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

O Poder Executivo colocará à disposição dos demais poderes e do Ministério Público, no mínimo 30 dias antes do prazo final para encaminhamento das suas propostas orçamentárias, os estudos e estimativas das receitas. Essa norma da forma como está é norma para não ser cumprida, pois estabelece o prazo mínimo e não o máximo (art. 12, §3º da LC nº 101/00).

Um dos pontos principais para a responsabilização pessoal do administrador público é o de que as despesas deverão ser

acompanhadas de estimativa de impacto orçamentário-financeiro e *declaração do ordenador da despesa de que está dentro da especificação da lei orçamentária anual*. Essa declaração caracteriza o responsável para o ingresso de possível ação civil pública, popular e criminal. Se não houver essa documentação, as despesas serão consideradas ilegais, não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público (art. 15 e 16 da Lei de Responsabilidade).

6. O limite para ser gasto com pessoal (art. 19 da LC nº 101/00)

O limite para ser gasto com pessoal não pode ultrapassar o percentual estipulado abaixo, da receita corrente líquida. E deve-se entender por receita corrente líquida aquela que compreende basicamente o total das receitas correntes (receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços e transferências correntes: constitucionais, legais e voluntárias). O percentual fixado pela Lei de Responsabilidade Fiscal que os entes públicos deverão obedecer é o seguinte:

- União: 50%
- estados: 60%
- municípios: 60%

6.1. Os percentuais máximos com gastos de pessoal (art. 20)

Verificaremos os percentuais de cada esfera republicana federativa:

a) esfera federal:

- 2,5% para o Legislativo incluído o Tribunal de Contas
- 6,0% para o Judiciário
- 40,9% para o Executivo
- 0,6% para o Ministério Público

b) esfera estadual:

- 3% para o Legislativo, incluído o Tribunal Contas
- 6% para o Judiciário
- 49% para o Executivo
- 2% para o Ministério Público

c) esfera municipal:

- 6% para o Legislativo
- 54% para o Executivo

Deve-se atentar para o fato de que a regra inserida no art. 20, inciso III, alínea “a”, conflita com o disposto no art. 2º da Emenda Constitucional nº 25, de 14 de fevereiro de 2000, que entrará em vigor dia 1º de janeiro de 2001. Isso porque a Lei Complementar nº 101/00 fixa o percentual máximo de 6% para que os municípios gastem com pessoal, na esfera do Poder Legislativo; no entanto, a Emenda Constitucional nº 25, que altera o art. 29 da CF/88, determina que:

“O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: I – oito por cento para Municípios de até cem mil habitantes; II – sete por cento para Municípios com população entre cem mil e um e trezentos mil habitantes; III – seis por cento para Municípios com população entre trezentos mil e um e quinhentos mil habitantes; IV – cinco por cento para Municípios com população acima de quinhentos mil habitantes”.

Vemos aí que, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 25, em 1º de janeiro de 2001, o art. 20, inciso III, alínea “a”, estará revogado.

6.2. Nulidade do ato de aumento de despesa

É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento de despesa com pessoal desacompanhado da documentação: estimativa de impacto orçamentário-financeiro e declaração do ordenador da despesa (art. 21 da LC nº 101/00).

6.3. Medidas a serem aplicadas para cumprimento dos percentuais previstos e para o caso de os Poderes excederem os percentuais fixados (art. 23 da LC nº 101/00)

As reformas constitucionais estão sendo realizadas já há alguns anos para fazer com que os entes federativos reduzam suas despesas com o seu pessoal, vide a Emenda Constitucional 19/98.

Alguns mecanismos para que os entes públicos cumpram os percentuais acima previstos são:

I – reduzir em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II – exonerar os servidores não-estáveis;

III – se as medidas não forem suficientes, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que o ato normativo de cada Poder especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução, ressalvadas as regras para as categorias essenciais à Justiça;

IV – é facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária quando e nos casos definidos acima.

6.4. Prazos para os entes públicos ficarem no limite da Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal

O Poder ou órgão cuja despesa total com pessoal no exercício anterior ao da publicação da Lei Complementar nº 101/00 estiver acima dos limites estabelecidos no tópico 6.1. deste trabalho deverá enquadrar-se no respectivo limite em até dois exercícios, eliminando o excesso, gradualmente, à razão de, pelo menos, 50% ao ano (art. 70 da LC nº 101/00).

Seguindo o mesmo raciocínio, até o final de 2003 a despesa de cada Poder não poderá ultrapassar o percentual verificado em 1999 acrescido de 10% (art. 71 da Lei de Responsabilidade Fiscal). Isso se aplica também ao Poder que já estiver dentro do respectivo limite. Até 2003, as despesas com serviços de terceiros dos Poderes e

órgãos no item 2.2. deste trabalho ficam limitadas ao percentual verificado em 1999, sem o acréscimo de 10% (art. 72 da LC nº 101/00).

7. Créditos tributários

Os entes públicos deverão arrecadar todos os impostos de sua competência sob pena de não haver transferências voluntárias (art. 11 da LRF). Denotamos que, para cumprimento desse artigo, a União terá de instituir o imposto sobre grandes fortunas, sob sanção definida na lei.

A concessão ou ampliação de todos incentivos fiscais (remissões, anistias, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não-geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição) será acompanhada do impacto orçamentário no ano de início da vigência do incentivo e nos dois anos seguintes. Ou seja, deverão ser demonstrados quais os projetos que serão deixados de lado para a concessão desses benefícios (art. 14 da LRF). As exceções: o disposto no artigo suso mencionado não se aplica às alterações das alíquotas dos impostos de competência da União, previstos no art. 153, I, II, IV e V, da Constituição Federal, quais sejam, imposto de importação, exportação, produtos industrializados e operações de crédito. A transparência deve existir em todas as esferas do governo, inclusive na federal, portanto, todos os impostos deveriam estar incluídos nessa norma, vez que esse dispositivo proporciona maior racionalização aos créditos públicos, que não poderão ser reduzidos, remidos, anistiados; etc., indiscriminadamente, pelos administradores públicos, como o são agora.

8. Operações de crédito

É vedada a realização de operações de crédito entre um ente da Federação e outro. Não haverá mais refinanciamentos da dívida ou rolagens de dívidas, para a

União. Há exceção: os estados e municípios podem comprar títulos da União e realizar operações com bancos estatais, mas não para financiar as despesas correntes (art. 35 da LRF).

9. Dívidas públicas

A Resolução do Senado 78/98 já limita refinanciamentos, continuará vigindo naquilo que não foi revogada (art. 35, LC nº 101/00).

10. Alienação de bens

É vedada a utilização de valores provenientes da alienação de bens para pagamento de despesa corrente, salvo se destinada, por lei, ao regime de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos (art. 44 da LRF).

11. Desapropriações

Qualquer desapropriação de imóvel urbano só poderá ser realizada se houver prévia e justa indenização em dinheiro ou prévio depósito judicial. Aqui se denota que as desapropriações de imóvel rural não estão incluídas nesta norma.

12. Divulgação das contas. Prazos

O Poder Executivo da União promoverá a divulgação de suas contas para acesso público e de todos os entes públicos até 30/6.

Os municípios promoverão a apresentação de suas contas ao Poder Executivo da União até 30/4 com cópia para o Poder Executivo do estado.

Os estados promoverão a apresentação de suas contas para o Poder Executivo da União até 31/5 (art. 51 da LRF).

Trinta dias após o final de cada bimestre, os chefes dos Poderes deverão apresentar Relatório Resumido da Execução Orçamentária.

A pena administrativa, caso não apliquem os prazos suso mencionados, causará

impedimento para o ente de transferências voluntárias e contratações de operações de crédito.

13. Vedações do último ano de mandato

Para o último ano de mandato, a Lei de Responsabilidade Fiscal define as seguintes regras:

a) as operações de crédito por antecipação de receita (ARO) são proibidas;

b) nos últimos 180 dias do último ano de mandato do prefeito, do governador, ou Presidente da República, nenhum ato que aumente despesa com pessoal poderá ser expedido;

c) nos últimos 8 meses do último ano de mandato, o chefe do Executivo não poderá contrair despesa que não possa pagar no ano e se parcelar terá de deixar dinheiro em caixa para o pagamento no ano seguinte.

14. Elevação das receitas

A elevação das receitas decorrentes do crescimento econômico do município ou de melhoria da eficiência de sua máquina arrecadadora não poderá ser utilizada para, por exemplo, contratar professores, agentes de saúde, policiais, adequar planos de carreira, conceder, por lei, novos tipos de assistência social, aumentar o valor de benefício da seguridade acima do necessário para preservar seu valor real, bem como em qualquer outro tipo de despesa obrigatória de caráter continuado, como, por exemplo, programas de bolsa-escola criados por lei. Tal impedimento significa que tais despesas deverão ser custeadas com recursos provenientes de redução permanente de despesa (fechamento de órgãos, redução de despesas de pessoal, redução de programas de benefícios de seguridade social entre outros) ou do aumento da carga tributária.

15. Conclusão

A lei complementar que trata da lei de responsabilidade na gestão fiscal nada

mais é do que um manual de como bem administrar; infelizmente, no país, o que mais aparece nos meios de comunicação e nos tribunais são casos de maus administradores; com esta lei, temos a impressão de que, se aplicada, teremos uma mudança na Administração do bem público, que alguns pensam ser privado.

Para que isso, ocorra e para que o bem comum seja realmente implementado por seus administradores, existem os meios legais postos à disposição pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, pela Lei nº 1.079, de 10 de abril

de 1950, pelo Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, demais normas da legislação pertinente e, inclusive, pelo Projeto de Lei nº 621, de 1999, que trata dos crimes da lei de responsabilidade fiscal, que tramita na Câmara dos Deputados.

Certamente, não consegui tratar neste artigo todos os aspectos da lei de responsabilidade na gestão fiscal, mas tenho a confiança de que, se os administradores públicos a aplicarem com seriedade e respeito, quem sairá ganhando são os bons administradores e, por fim, a sociedade brasileira.

OMC/ONU e “ordem internacional” – notas para um estudo

Vera Lúcia Viegas

Sumário

Introdução. 1ª Parte: Princípios e propósitos da ONU e da OMC. 2ª Parte: Kelsen e o ordenamento jurídico unitário. A) Monismo. B) Dualismo. 3ª Parte: A ONU e a OMC num ordenamento jurídico unitário. Considerações finais.

Introdução

Presenciamos um contexto internacional inteiramente novo, de polaridades indefinidas, instabilidade amplamente reconhecida nos planos econômico, político e de valores¹.

Com o fim da guerra-fria, a bipolaridade leste/oeste deu lugar à norte/sul; forças centrípetas (globalizantes, multinacionalistas) e centrífugas (regionalizantes, nacionalistas) coexistem, originando um mundo dual, onde as fronteiras internacional/interno não são nítidas.

“Nous assistons à l’émergence d’un monde dual. Au monde des Etats, système de légalité, se mêle un monde dont les acteurs sont des forces vives, portées par des flux transnationaux et animés du seul désir de l’efficacité. Ce second monde se distingue radicalement du premier: il est sans frontières; il est hors-la-loi”².

O fenômeno é tão complexo que as próprias forças centrífugas podem estar a serviço das centrípetas, ou seja, por um processo de regionalização, consegue-se uma inserção internacional.

Vera Lúcia Viegas é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduanda na mesma instituição, especialista em “Direito de Integração” pela Universidade de Roma *Tor Vergata* e professora de Direito Romano no Centro Universitário FIEO.

Nesse cenário, aflora *novo paradigma* para as ciências sociais: fala-se, então, não mais em sociedade nacional, mas sim em mundialização, internacionalização, transnacionalismo, globalização, multilateralismo, *sociedade global*³...

As mudanças ocorrem numa velocidade de cada vez maior⁴:

“The world has changed more rapidly in the past two years than any time since 1945. It is difficult to keep one’s conceptual footing within such fundamental shifts in politics. Familiar concepts fail to fit a new reality.”

O Estado, há muito, deixou de ser o sujeito por excelência do Direito internacional. De uma “sociedade relacional” (“puro direito de coordenação entre unidades justapostas”, em que as relações entre os Estados – entes soberanos – davam-se basicamente por meio de tratados bilaterais), passamos a uma “sociedade institucional” (“direito de sobreposição aplicável a unidades conjuntas”)⁵.

Ao lado dos Estados, no cenário internacional, assistimos a um aumento contínuo das Organizações Internacionais, fenômeno crescente, sobretudo após os dois grandes conflitos mundiais⁶.

Principalmente depois da Segunda Guerra Mundial, houve a intensificação das relações entre os Estados, já que esses se conscientizaram de que não são auto-suficientes, significando o isolamento verdadeiro retrocesso e estando o crescimento “vinculado ao mútuo esforço, à cooperação”⁷.

Com o escopo de *promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla*, surge a ONU⁸.

A OMC está também ligada a esse contexto, já que concretizou, no plano institucional, o que se previa na Carta de Havana, de 1948, sendo que em Bretton Woods (de 1 a 22 de julho de 1944) procurava-se uma “ordem” econômica do pós-guerra.

Diante de todo o supra-aludido, por estar emergindo uma “nova ordem” internacional, em que atores novos contracenam

com os antigos (ao lado destes, dos Estados, da ONU, existem os novos: sociedades transgovernamentais, empresas multinacionais, megamercados, OMC⁹...), é possível visualizar os contornos desse novo cenário¹⁰?

No presente trabalho, tem-se apenas a intenção de elaborar um mero esboço de uma hipótese de relação/vinculação entre a ONU e a OMC.

Mesmo conscientes da extrema complexidade da ordem internacional, conforme ilustrou-se *supra*, faremos aqui um corte epistemológico tal, delimitando nosso objeto de estudo apenas à análise da ONU/OMC e da *unidade do ordenamento jurídico*. Para tanto, utilizaremos do instrumental teórico de Hans Kelsen.

Optamos metodologicamente por esse corte, para que de fato o desiderato do presente trabalho se viabilize¹¹. Trata-se apenas de mera hipótese de trabalho: não queremos impô-la como a mais verossímil, nem descartamos a existência de outras. Assim sendo, no início das “Considerações Finais” deste esboço, denunciaremos uma outra possível hipótese, como se verá.

Nesse sentido, na “Primeira Parte” do presente esboço, abordaremos – muito sucintamente – os princípios/objetivos da ONU e da OMC, bem como o caráter de universalidade da primeira.

Numa “Segunda Parte”, *núcleo* do presente trabalho, oferecemos o instrumental teórico de Hans Kelsen¹², exemplificando a necessidade da *unidade* do ordenamento jurídico com a análise das conseqüências da hipotética relação entre Direito interno e Direito internacional, se concebidos como dois sistemas à parte. Ainda nessa segunda parte, para não ficarmos com uma visão monocrática do assunto, e até mesmo para testar a sedimentação dos argumentos kelsenianos em prol da unidade do Direito, traremos à colação a doutrina dualista, representada pelo seu maior expoente, Karl Heinrich Triepel¹³, procurando sempre ilustrar os ataques mútuos (argumentações e respectivas objeções) entre as duas teorias.

Por fim, na “Terceira Parte”, procuraremos, na medida do possível, atar as duas primeiras partes, mostrando como poderia dar-se a relação ONU/OMC no pensamento kelseniano, havendo um arremate geral nas “Considerações Finais”.

1ª Parte: Princípios e propósitos da ONU e da OMC

A Carta das Nações Unidas consigna o seguinte:

Capítulo I

Propósitos e Princípios

“Artigo 1

(...)

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

“Artigo 2

(...)

6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.”

A Carta da ONU, em seus artigos 102 e 103, estipula :

“Artigo 102

1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluído por qualquer Membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado.”

“Artigo 103

No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevale-

cerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.”

A Carta da OMC¹⁴, em seus *consideranda*, afirma que as partes objetivam:

“a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego, a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável.”

Ademais, reconhecem que:

“é necessário realizar esforços positivos para que os países em desenvolvimento, especialmente os de menor desenvolvimento relativo, obtenham uma parte do incremento do comércio internacional que corresponda às necessidades de seu desenvolvimento econômico.

a desenvolver um sistema multilateral de comércio integrado, mais viável e duradouro que compreenda o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, os resultados de esforços anteriores de liberalização do comércio e os resultados integrais das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguai.

a preservar os princípios fundamentais e a favorecer a consecução dos objetivos que informam este sistema multilateral de comércio.”

Além disso, desejam contribuir para:

“a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais.”

Art. XV, Outras Disposições:

“6. O presente Acordo será registrado de acordo com o disposto no Artigo 102 da Carta das Nações Unidas.”

Por fim, gostaríamos ainda de mencionar os seguintes dispositivos:

Artigo II

Escopo da OMC

“3. (...) Os Acordos Comerciais Plurilaterais não criam obrigações nem direitos para os Membros que não os tenham aceitado.”

2ª Parte: Kelsen e o ordenamento jurídico unitário

A) Monismo: Hans Kelsen

Para entendermos como Kelsen trata da relação entre “direito interno”/“direito internacional”, devemos inicialmente tecer algumas considerações acerca da metodologia utilizada por Kelsen e posteriormente o seu entendimento sobre Direito e Estado¹⁵.

Metodologia

O tema da metodologia kelseniana é abordado por Mario G. Losano¹⁶, que define a pureza metodológica como “estudo do direito em si e por si, sem influências de outras disciplinas”, “ausência de juízos de valor nas ciências sociais”¹⁷.

Assim, Kelsen teria adotado as posições weberianas da *Deutsche Gesellschaft für Soziologie*, que se havia proposto a discutir temas sociopolíticos sem a emissão de juízos de valor. Desse modo, é banido qualquer juízo de valor da atividade que tenha aspirações científicas, limitando-se a função ativa da ciência à descrição objetiva da realidade.

Além da ausência de juízos de valor, baseia-se também a pureza metodológica de Kelsen na *unidade sistemática da ciência*, em que *cada ciência deve constituir um todo metodologicamente unitário*; o objeto da ciência é determinado pelo seu método, ou seja, pelo modo de observação e compreensão. O direito positivo é o material empírico ao qual Kelsen aplica essa metodologia. Além disso, a ciência jurídica descreve o seu objeto – o Direito – como uma unidade, cujo princípio lógico [dessa unidade] é a ausência de contradição¹⁸.

Direito e Estado

Kelsen supera a dicotomia Direito/Estado, denunciando a função ideológica de tal dualismo.

A doutrina tradicional do Estado e do Direito necessita conceber o Estado como algo diferente do Direito para que o Estado

possa criar o Direito e se transformar em Estado de Direito, submetendo-se ao Direito.

Haveria aqui, para Kelsen, uma contradição nessa teoria ideológica, já que afirma o Estado como pessoa jurídica e ao mesmo tempo como “poder e, portanto, algo de essencialmente diverso do Direito, não pode ser concebido juridicamente”¹⁹.

Kelsen identifica o Estado ao Direito, definindo-o como “uma ordem jurídica relativamente centralizada”²⁰ e não poderia ter feito diferentemente, já que a pureza de seu método²¹ e a necessidade da unidade do conhecimento assim o obrigam.

Assim, para Kelsen, o Estado é apenas “uma ordem jurídica relativamente centralizada”, ou seja, dotada de órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das normas que a formam²². O Estado, como pessoa, é a personificação da ordem jurídica nacional²³.

Isso posto, visto que a teoria pura de Kelsen está adstrita ao pressuposto metodológico da ausência de juízos de valor e da necessidade da unidade do conhecimento, passemos à análise da relação entre Direito interno e Direito internacional na teoria kelseniana.

Direito internacional é Direito?

Inicialmente, para analisarmos qualquer relação possível entre o Direito interno e o Direito internacional, devemos antes verificar se o Direito internacional é Direito no mesmo sentido que o Direito estatal, ou seja²⁴, se é igualmente ordem coercitiva da conduta humana, se estatui atos coercivos como sanções. Kelsen conclui que sim, ao analisar a represália e a guerra como sanções do Direito internacional²⁵.

Define, então, Kelsen o Direito internacional como sendo uma *primitive Rechtsordnung*, por ser sim uma ordem coerciva, mas ainda em estágio de descentralização, pela inexistência de órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das suas normas.

Relação entre Direito internacional e Direito interno

Uma vez analisado que o Direito internacional pode ser compreendido como Direito no mesmo sentido que o Direito estadual, resta agora verificar a relação entre ambos.

Conforme já visto, o pressuposto metodológico de Kelsen necessita da unidade cognoscitiva de todo o Direito, ou seja, conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas.

A concepção tradicional, dualista, concebe o Direito internacional e o Direito de cada Estado como “sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, isolados um em face do outro, porque apoiados em duas normas fundamentais diferentes”²⁶.

Ora, tal teoria, para Kelsen, é insustentável, pois, se admitirmos a existência concomitante de dois sistemas diferentes²⁷ – um interno e outro internacional –, teremos dois sistemas distintos válidos ao mesmo tempo, o que propicia a ocorrência de conflitos insolúveis entre ambos!

Para ilustrar a insustentabilidade da doutrina dualista, propomos a construção do seguinte silogismo:

1) premissa maior: há Direito internacional e há Direito estadual.	2) premissa menor: há conflitos insolúveis entre ambos.
--	---

Assim sendo, a conclusão não pode ser outra que não:

3) Conclusão: teoria dualista.

Pois só concebendo o Direito internacional como distinto do Direito estadual, ou seja, como ordenamentos jurídicos apartados (teoria dualista: conclusão *supra*), é que pode haver conflitos entre ambos (premissa menor *supra*).

Porém, se afirmarmos que a teoria dualista é insustentável²⁸, cai por terra a

premissa menor, acarretando na inexistência de conflitos insolúveis entre o Direito internacional e o Direito estadual. E se não há conflitos entre ambos, temos a unidade assegurada, e se há unidade, temos apenas uma só norma fundamental: teoria monista.

Kelsen exemplifica a impossibilidade da existência ao mesmo tempo de mais de um ordenamento normativo mencionando o Direito e a Moral:

“quem considere o Direito como um sistema de normas válidas tem de desatender a Moral, e quem considere a Moral como um sistema de normas válidas tem de desatender o Direito (...) não há qualquer ponto de vista do qual a Moral e o Direito possam ser vistos simultaneamente como ordens normativas válidas ‘Ninguém pode servir a dois senhores, porque, ou odiará a um e amará o outro, ou dedicar-se-á a um e desprezará o outro’ Matheus VI, 24”²⁹.

Se houvesse conflitos insolúveis entre Direito internacional e Direito estadual, teríamos a construção dualista, mas se concebêssemos o Direito estadual como um sistema de normas válidas, não poderíamos fazer o mesmo com o Direito internacional, que ou [o Direito internacional] não seria Direito, ou não seria uma ordem normativa vinculante que se encontra em vigor ao mesmo tempo em que o Direito estadual.

Logo, a concepção dualista que considera o Direito internacional e o Direito estadual como ordens jurídicas com validade simultânea e independentes uma da outra nessa sua validade – ou seja, possuem normas fundamentais diferentes –, que podem entrar em conflito uma com a outra, é insustentável.

Inexistência de conflito entre Direito internacional e Direito estadual

Ao afirmar a insustentabilidade da teoria dualista, Kelsen defende o monismo, para o qual há apenas um e tão-somente um ordenamento jurídico que pode ser considerado como válido. Assim sendo, não há que se

falar em conflito entre Direito internacional e Direito estadual, já que se tem apenas um ordenamento jurídico, cuja unidade é assegurada pela norma fundamental, pressuposta.

Kelsen, assim, defende que os “conflitos” são apenas aparentes, verificando-se na relação entre Direito interno e Direito internacional o mesmo que ocorre no âmbito interno com a chamada lei inconstitucional.

Nesse sentido, também a chamada lei inconstitucional é uma lei válida e assim permanece sem que se considere a Constituição como anulada ou modificada. O mesmo ocorre com a chamada sentença ilegal que permanece em vigor até ser anulada por uma outra sentença: “a ‘antinormalidade’ de uma norma não significa que haja qualquer conflito entre a norma inferior e a norma superior, mas apenas traduz a anulabilidade da norma inferior ou a punibilidade de um órgão responsável”³⁰. Neste último caso, convém lembrar que entre o “ilícito” (*Unrecht*) e o Direito não existe qualquer contradição³¹.

Ao impor ao Estado o dever de realizar quaisquer atos ou estabelecer normas de determinado conteúdo, se o Estado praticar ato oposto ou fixar normas de conteúdo oposto, o Direito internacional ligará a esses pressupostos as suas sanções específicas, as conseqüências do ilícito praticado pelo Estado (represálias ou guerra).

Já que não há conflitos entre o Direito internacional e o interno, resta agora analisar as possíveis relações mútuas entre os dois sistemas.

Relações mútuas entre dois sistemas de normas

Se considerarmos o Direito internacional e o Direito estadual como ordenamentos de normas vinculantes, simultaneamente válidas, devemos necessariamente abranger ambos em um e apenas um sistema descritível em proposições não-contraditórias. Teremos a norma fundamental do ordenamento superior também como o fundamento de validade do ordenamento inferior.

Se não os admitirmos de um modo escalonado, numa hierarquia, teremos os dois ordenamentos situados no mesmo nível, mas, para tanto, haverá necessariamente um terceiro ordenamento que lhes seja superior (a ambos), determinando-lhes a criação, delimitando-os reciprocamente as respectivas esferas de validade e, assim, coordenando-os.

Quanto ao processo de produção, a norma superior pode fazê-lo diretamente, determinando o próprio processo no qual a inferior é produzida, ou indiretamente, instituindo “uma instância que, dessa forma, é autorizada a produzir, como bem entenda, normas com validade para um determinado domínio”³². Fala-se aqui, então, em delegação.

Desse modo, podemos pensar em Direito internacional e Direito estadual monisticamente concebidos ou como o Direito internacional enquanto ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, assim, incorporada nesta (primado da ordem jurídica estadual), ou como uma ordem jurídica total, delegante nas ordens jurídicas estaduais, supra-ordenada a estas e abrangendo-as (primado da ordem jurídica internacional).

Inevitabilidade da construção monista

Os dualistas, considerando o Direito internacional e o Direito estadual como duas ordens jurídicas diferentes, devem responder à questão: o que constitui o fundamento das normas do Direito internacional, ao vincularem o Estado singular?

Respondem que o Direito internacional vincula o Estado singular quando for tácita ou expressamente reconhecido por este. Assim, o fundamento de validade estaria no direito estadual e teríamos o primado deste, e não dualismo, mas monismo³³.

Aqui, a soberania do Estado é o fator decisivo para a admissão do primado da ordem jurídica estadual. A soberania não é um objeto real, objetivamente cognoscível, mas é uma pressuposição: “a pressuposição de uma ordem normativa como ordem

suprema cuja validade não é dedutível de qualquer ordem superior.” E continua: “A questão de saber se um Estado é soberano é a questão de saber se pressupõe a ordem jurídica estadual como suprema”³⁴.

O Direito internacional, então, faria parte do Direito estadual: constituiria o “Direito estadual externo”, pois regularia as relações do Estado com outros Estados. Mas não podemos definir o Direito internacional pelo objeto que suas normas regulam. Também o Direito internacional regula imediatamente conduta humana. O Direito internacional só pode ser definido ou determinado pela forma como as suas normas são produzidas: pelo costume dos Estados, por Tratados entre Estados e por órgãos internacionais que são instituídos por Tratados concluídos entre Estados. A unidade de Direito internacional e de Direito interno é obtida pelo primado da ordem jurídica de cada Estado.

Em suma: Para Kelsen, o Direito – ordem coercitiva da conduta humana – é o objeto da ciência jurídica, que o descreve, com base no princípio lógico da não-contradição, como um sistema unitário. Assim sendo, não pode haver mais de um ordenamento jurídico concomitantemente válido (cada ciência possui um e apenas um objeto), e conseqüentemente não há conflito entre Direito internacional e Direito interno, mas sim ambos fazem parte de um mesmo ordenamento jurídico, havendo duas possibilidades: ou o primado do Direito internacional – sendo aqui o Direito interno delegado daquele – ou o primado do Direito estadual. Neste último caso, se admitirmos o primado do Direito interno, teremos que admiti-lo como o único Estado soberano e todos os demais Estados a ele subordinados.

B) Dualismo: Triepel

Triepel³⁵, ao tratar das diferenças entre Direito interno e Direito internacional, distingue-os quanto:

- a) às relações sociais ³⁶ que regem e
- b) às fontes do Direito (entendido aqui por fonte a vontade de que deriva a regra jurídica)³⁷.

Destarte, enquanto as normas jurídicas estaduais (Direito interno) regem relações recíprocas entre os indivíduos (regulamentação do direito privado) ou entre estes e o próprio Estado que cria o Direito (direito público), o Direito internacional público regula relações entre Estados, que são, assim, os sujeitos do Direito internacional³⁸. Logo, o Direito internacional e o Direito interno são ramos distintos do Direito.

O Direito internacional e o estadual possuem fontes diversas já que o Direito internacional não pode ser criado pela vontade de qualquer Estado particular; a fonte do Direito internacional é a vontade comum (*Vereinbarung*), vontade essa que também pode ocorrer de modo tácito, surgindo, nesse caso, o Direito internacional costumeiro.

Assim, já que o Direito internacional e o Direito interno não se confundem, um Tratado internacional não cria, por si só, direito interno.

A publicação pelo governo de um Estado de um Tratado internacional não atribui a este validade interna. *Apenas se pode falar em validade internacional dos Tratados*³⁹. É também errado dizer que sua publicação o torna obrigatório para os súditos do Estado, pois a obrigatoriedade aqui decorre da norma estatal criada, talvez, pelo simples meio de publicação do Tratado.

Essa doutrina assim exposta é a teoria dualista das relações entre o Direito internacional e o direito interno, tendo sido aprovada na Alemanha, França e Itália, tendo aqui por defensor Anzilotti.

Encontra como adversários, além de León Duguit, Krabbe e Hans Kelsen, também a doutrina e jurisprudência inglesas e anglo-americanas, na afirmação de que *international law is a part of the law of the land*⁴⁰.

Ao aludir à teoria de Kelsen, para o qual é impossível haver dois sistemas jurídicos com validade concomitante, um ao lado do outro, diz Triepel que a doutrina de Kelsen, de que todo o Direito é um sistema único, foi concebida, com propósito deliberado, “sem atenção às realidades” ao considerar que tanto o direito inglês quanto o russo são

partes de um só sistema jurídico e que tanto a validade das leis neerlandesas quanto a das chinesas derivam de uma única e mesma norma originária, hipotética.

E continua:

“fundar a validade do direito sobre fatos psicológicos, por exemplo, sobre o sentimento dos súditos de estarem ligados, em consideração de quaisquer motivos, pela vontade da comunidade, isto vale tanto quanto emitir a idéia de uma norma originária hipotética, que, na verdade, é *pura ficção*”⁴¹.

Insiste, assim, Triepel na tese da distinção entre Direito internacional e Direito interno, posto que ambos possuem fontes distintas: a fonte do Direito interno é a vontade de um só Estado e a fonte do Direito internacional é a vontade comum, de vários ou de numerosos Estados. Além disso, ambos regem relações distintas: as relações entre Estados diferem das relações entre indivíduos, sendo o Estado mais que um simples “ponto de imputação”; o Estado “é personalidade independente, distinta da soma dos indivíduos que a compõem”. Esta idéia é jurídica, não apenas sociológica e ainda que fosse, não é justo, sob a pretensão da clareza metodológica, separar as noções jurídicas das sociológicas: “não se pode fazer a menor idéia do direito sem pensar nas relações sociais por ele regidas. As relações sociais são a matéria, o direito é a sua forma. Regular as relações sociais, eis o objeto e o fim de todo direito”⁴².

Em suma, para Triepel:

“...o direito internacional e o direito interno existem, um ao lado do outro, como sistemas jurídicos particulares, isto é, um e outro devem ser considerados como produzidos por vontades jurídicas separadas, tendentes a reger relações diferentes”⁴³.

3ª Parte: A ONU e a OMC num ordenamento jurídico unitário

Na presente parte, tentaremos comprovar a vinculação da OMC à ONU.

Para tanto, utilizar-nos-emos dos argumentos já trazidos nas “Primeira” e “Segunda” Partes. Senão, vejamos.

Conforme tratado na “Primeira Parte”, o artigo 102 da Carta da ONU exige que todo tratado e acordo internacional concluído por membros das Nações Unidas deverá ser registrado e publicado pelo Secretariado da ONU.

Conformando-se a esse dispositivo, encontramos o artigo XV, § 6º, da Carta da OMC, exigindo que o Acordo da OMC seja registrado *de acordo com o disposto no Artigo 102 da Carta das Nações Unidas*.

Assim sendo, percebe-se que a própria Carta da OMC autovincula-a à ONU, estabelecendo expressamente que deve-se conformar a ela.

Desse modo, resta nítida e incontroversa a vinculação da OMC à ONU.

Além disso, há outros argumentos que corroboram esse entendimento. Vejamos.

Pela análise dos Propósitos e Princípios da ONU e da OMC, verifica-se que há notória compatibilidade entre os mesmos⁴⁴, o que denuncia estarem ambas inseridas num único e mesmo ordenamento.

Ainda que se diga que a OMC tem preocupações eminentemente comerciais, enquanto a ONU visa apenas manter a paz entre os Estados, mesmo assim, há que se falar em compatibilidade entre ambas, posto que é sabido e comezinho o papel do comércio internacional para uma humanidade pacífica.

Nesse sentido, alude Celso Lafer⁴⁵:

“No âmbito desta significativa e importante reflexão [de como criar condições para uma humanidade pacífica] (...) cabe lembrar a importância atribuída ao comércio internacional como uma das condições para uma humanidade pacífica.”

Comprovada a vinculação da OMC à ONU, e entendendo-se estar a OMC a serviço da ONU (o comércio como um instrumento para a consecução da paz), resta agora sabermos quem é hierarquicamente superior. Vejamos.

Igualmente nítido e incontroverso é o caráter de universalidade da ONU, adstrito a suas raízes históricas.

Essa universalidade está externada no Capítulo I, artigo 2º, § 6º, da Carta da ONU, em que temos:

“6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.”

Já na Carta da OMC, encontramos, expressamente, no artigo II:

“3. (...) Os Acordos Comerciais Plurilaterais não criam obrigações nem direitos para os Membros que não os tenham aceitado.”

Enquanto na Carta da ONU, temos:

“Artigo 103

No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.”

Logo, esse último dispositivo, aliado ao caráter de universalidade da ONU, comprovam ser esta hierarquicamente superior à OMC, por estarem ambas inseridas no mesmo ordenamento jurídico, sendo ambas subsistemas de um único ordenamento, no entendimento kelseniano, conforme visto na “Segunda Parte”.

Isso porque, de acordo com os pressupostos filosóficos da escola neokantiana, o Direito deve ser apreendido como um todo único. Assim sendo, a OMC está vinculada à ONU. Além disso, a OMC encontra-se em posição hierarquicamente inferior à ONU, devendo-se conformar a esta, se entendermos a ordem internacional como escalonada hierarquicamente.

Considerações finais

O mesmo raciocínio que é desenvolvido para explicar o fenômeno do Estado nacional (Direito interno) pode ser aplicado

analogamente – porém num grau de complexidade maior – para se entender a ordem internacional (Direito internacional).

Os contratualistas explicam o surgimento do Estado a partir de um contrato social celebrado entre os indivíduos que viviam em estado-de-natureza (estado de guerra de todos contra todos, para Hobbes, e de mútua assistência, para Locke, porém sem um órgão julgador dos conflitos individuais).

Nesse sentido, na teoria das relações internacionais, os realistas de inspiração hobbesiana entendem não existir uma ordem internacional, justamente por não haver um soberano que a garanta⁴⁶.

Com o surgimento do Estado, os indivíduos passam a ser súditos deste. Não podemos considerar, então, os Estados igualmente como sujeitos de direito, no mesmo sentido que os indivíduos o são? Não seriam os Estados membros de uma Sociedade Internacional? Não estariam os Estados, anteriormente à Segunda Guerra Mundial, num estado de natureza, de guerra de todos contra todos? Não seria, então, a Carta das Nações Unidas um pacto social? Um “contrato social real”, celebrado entre os Estados, retirando-os da barbárie⁴⁷?

Do supra-aludido depreende-se que uma outra hipótese de trabalho seria conceber a ordem internacional não como necessariamente escalonada hierarquicamente, funcionando a Carta das Nações Unidas analogamente como a Constituição de um Estado, mas entender essa mesma Carta como um “contrato social real” celebrado entre os Estados.

Desse modo, conforme já dito na introdução, não se pretende impor a hipótese kelseniana da ordem internacional unitária aqui tratada como modelo único: admitimos, sim, a existência de outras hipóteses, sendo uma delas exatamente essa já aludida nos parágrafos *supra* destas Considerações Finais.

Se considerarmos, porém, com um instrumental kelseniano, o Direito como um sistema unitário, ao entendermos que a OMC

está vinculada à ONU, ou seja, ambas pertencem ao mesmo sistema – sistema esse, repita-se, necessariamente unitário –, só há três hipóteses de relação entre esses dois sistemas:

a) a ONU e a OMC estão subordinadas hierarquicamente, estando a ONU acima da OMC;

b) a ONU e a OMC estão subordinadas hierarquicamente, estando a OMC acima da ONU, ou

c) a ONU e a OMC estão no mesmo patamar hierárquico. Para tanto, devemos necessariamente concebê-las como subsistemas de um único sistema – o ordenamento jurídico é sempre unitário –, o que só é conseguido se admitirmos a existência de um todo maior, a ambas superior, que as coordene, delimitando-lhes competência.

Optamos pela primeira hipótese, após trazermos argumentos que denunciam uma superioridade hierárquica da ONU com relação à OMC.

Notas

¹ Vide, a respeito, LAFER, Celso, FONSECA JR., Gelson, *Questões para a diplomacia no contexto internacional das polaridades indefinidas*. In: FONSECA JR., Gelson, CASTRO, Sérgio Henrique Nabuco (orgs.), 1995. p. 49.

² DUPUY, René-Jean. Le dédoublement du monde. In: *Revue Générale de Droit International Public*. Tome 100/1996/2, p. 313-321, p. 314.

³ IANNI, Octavio (1994) *cf.* bibliografia anexa. Sobre o fim do “Estado-Nação” e a repercussão disso para a soberania e para o Direito Internacional, *vide* CASELLA, Paulo Borba, *A Convenção n. 158 da OIT, as relações entre Direito interno e Direito internacional*, Revista Ltr., v. 60, n.7, julho de 1996. p. 900 a 909, em que o autor alerta para a existência de um contexto integrado, exigindo um “nível de cooperação econômica, harmonização jurídico-institucional e coordenação de políticas” (p. 909), em que a soberania, nesse contexto integrado, deve ser tratada como conceito jurídico passível de limitação, limitação essa que não implica sua anulação (Pescatore fala num *réaménagement* das soberanias: *Droit de l'integration*, Leiden, 1972. p. 31, 34-35, *apud* GONZALEZ, Manuel Perez. Derecho Comunitario y Derecho interno. In: *Derecho de la Integración Económica Regional: lecturas seleccionadas*. Tomo 2,

CASTEDO, Alberto Zelada (org.), Buenos Aires, BID.INTAL/DP 302/85, publ. n. 316, 1989. p. 93-107).

⁴ NYE, Joseph. *What New World Order?* In: *Foreign Affairs*. Spring 1992. p. 82.

⁵ DUPUY, René-Jean. *O direito internacional*. Tradução por Clotilde Cruz, Coimbra, Almedina, 1993. p. 29.

⁶ As *Intergovernmental organizations* são mais numerosas do que os sujeitos originais do Direito Internacional, os Estados: *vide Yearbook of International Organizations – Brussels, apud SEYERSTED*, Finn, *Applicable law in relations between intergovernmental organizations and private parties*. In: *Recueil des Cours, Académie de Droit International (Haia)*, 1967 – 3, t. 122, publ. Leyde, A. W. Sijthoff, 1069 p. 427-616, p. 434.

⁷ BASSO, Maristela. O direito e as relações Internacionais no novo cenário mundial: o fenômeno crescente das organizações internacionais. In: *Estudos Jurídicos*. [s.l. : s.n.], v. 25, n. 65, setembro/dezembro 1992. p. 107-128, p. 109.

Ainda sobre o pós-guerra, *vide*, a propósito, CAMPOS, Roberto, Bretton Woods, FMI, Havana E GATT: *a procura da ordem econômica do pós-guerra*. In: *A Reformulação do Ordenamento Institucional no pós-guerra*, Boletim de Diplomacia Econômica n. 19, fev./95 – MRE/SGIE/GETEC, p. 1-17. Mais especificamente sobre o GATT, *vide* também O GATT e a Rodada Uruguai. In: *Boletim de Diplomacia Econômica* n. 18, MRS, agosto 1994. Numa obra mais recente, com caráter eminentemente prático, temos COSTA, Ligia Maura, *OMC – Manual Prático da Rodada Uruguai*, São Paulo, Saraiva, 1996.

⁸ A Carta das Nações Unidas foi assinada a 26 de junho de 1945 e aprovada pelo Decreto-lei nº 7.935, de 4 de setembro de 1945 (*vide* RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 4. ed. São Paulo, RT, 1993. p. 28).

⁹ A propósito, sobre novos paradigmas do pós-guerra fria, *vide* HUNTINGTON, Samuel P., *Civilizações ou o quê? Paradigmas do mundo pós-Guerra Fria*. In: *Política Externa*. [s.l. : s.n.], v. 2, n. 4, março 1994. p.169-178.

¹⁰ A expansão do sistema capitalista mundial, o crescimento sem precedentes do comércio internacional e de investimentos e fluxos financeiros para além de fronteiras nacionais deram origem a novos tipos de relações e atores transnacionais.

¹¹ É notório, no campo das relações internacionais, o sincretismo de métodos, para melhor descrever esse fenômeno multifocal, que é a “sociedade internacional” (analisam-se concomitantemente os fenômenos sob a ótica histórica, cultural, sociológica, jurídica,...). Porém, num trabalho de humilde envergadura, como o presente, é imprescindível a redução do campo de trabalho, que passa a ser condição mesma de sua viabilidade.

¹² Nascido a 11-10-1881, em Praga. Autor de diversas obras sobre Direito Internacional; entre elas, destacam-se *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts* (O problema da Soberania e a Teoria do Direito Internacional), 1920; *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*, 1932 (O ato anti-jurídico e a consequência do mesmo no Direito Internacional Público); *Die Technik des Völkerrechts und die Organization des Friedens*, Wien, 1934 (A técnica do Direito Internacional e a Organização da Paz); *Peace Through Law*, 1944; *Principles of International Law*, NY, 1952.

¹³ Nascido a 12-2-1868, em Leipzig. Autor de *Völkerrecht und Landesrecht* (Direito Internacional e Direito Estatal), 1899.

¹⁴ Sobre a criação da OMC, vide MACIEL, George Álvares. A dimensão multilateral – o papel do GATT na expansão da economia – a rodada Uruguai e a criação da OMC em 1994. In: *Boletim de Diplomacia Econômica*. n. 19, MRE/SGIE/GETEC, fev. 95, p. 130-146. Sobre o GATT propriamente dito e a Rodada Uruguai, vide BAPTISTA, Luiz Olavo. Temas inacabados na rodada Uruguai. In: *O futuro do comércio internacional*: de Marrakesh a Cingapura, MARCOVITCH, Jacques (coord.). São Paulo, Edusp, 1996. p. 39-105.

¹⁵ Isso porque Kelsen sustenta o monismo com a necessidade da unidade sistemática da ciência, unidade essa que é pressuposto da própria ciência – e a superação da dicotomia Direito/Estado por Kelsen é relevantíssima quando o autor rebate o argumento dos dualistas de que o Direito internacional distingue-se do direito interno por regular relações entre os Estados. Como veremos, para Kelsen, o Estado é apenas um centro de imputação normativa, a personificação do próprio ordenamento jurídico, e todo o direito regula apenas e tão-somente condutas humanas (somente essas podem ser objeto de regulamentação jurídica).

¹⁶ Na introdução à edição italiana de “O problema da justiça” (cf. KELSEN, Hans, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, 1960. Tradução por João Baptista Machado, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996).

¹⁷ Kelsen, 1996. p. 9.

¹⁸ A ausência de contradição é justamente o postulado negativo da teoria do conhecimento. Cf., a respeito, Kelsen, 1984. p. 438.

¹⁹ O Estado, para a teoria tradicional, é uma pessoa jurídica, mas ao mesmo tempo antecede a existência do Direito cronologicamente, criando-o e a ele se submetendo, e, assim, legitimando, tornando-se Estado de Direito. Cf. Kelsen, 1984. p. 384.

²⁰ Kelsen, 1984. p. 385.

²¹ Isso porque um conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos apreende a sua essência apenas como uma *ordem de conduta humana*, ou

seja, a personificação do próprio ordenamento jurídico [o Direito é, para Kelsen, *ordem normativa da conduta humana*, sistema de normas que regulam o comportamento humano. Cf. Kelsen, 1984. p. 21].

²² Kelsen, 1984. p. 385.

²³ Kelsen, 1984. p. 394.

²⁴ Se liga a determinados fatos estabelecidos como pressupostos, atos de coerção, determinados como consequências, pelo ordenamento jurídico.

²⁵ Kelsen, 1984. p. 429.

²⁶ Kelsen, 1984. p. 437.

²⁷ O que propicia a diferença entre os sistemas é justamente a existência de normas fundamentais distintas para ambos.

²⁸ E Kelsen o faz, peremptoriamente [cf. Kelsen, 1984. p. 437]. Para Kelsen, é impossível haver conflitos insolúveis entre dois sistemas porque, para tanto, devem existir dois ordenamentos distintos, vigendo concomitantemente, o que é um absurdo, pela perda da unidade do Direito. Além do que, não pode haver dois ordenamentos distintos regulando as mesmas condutas humanas, incidindo sobre as mesmas pessoas, pois quem define a “pessoa” – que se distingue do indivíduo biologicamente concebido, pertencente ao mundo do “ser” – é o próprio ordenamento jurídico, já que pessoa é apenas um centro de imputação normativa, e se os ordenamentos são diferentes, teremos normas diferentes incidindo, logo, nunca teremos a mesma “pessoa”.

²⁹ Kelsen, 1984. p. 438-439.

³⁰ Kelsen, 1984. p. 440.

³¹ O “ilícito” é apenas um pressuposto ao qual o ordenamento jurídico liga como consequência uma sanção. No Direito estadual, a norma que aparentemente está em contradição com o ordenamento jurídico permanece válida até ser anulada por um processo previsto pelo próprio ordenamento jurídico, se o ordenamento jurídico o prever, ou tal norma é pressuposto ao qual o ordenamento jurídico liga consequências específicas, v. g., uma sanção. Em ambos os casos, não existe contradição.

³² Kelsen, 1984. p. 442.

³³ Para Kelsen, no discurso da teoria dualista, há sempre um pseudodualismo pela existência sempre de subordinação, já que há ponto de contato entre o Direito internacional e o interno (“dois círculos que não estão sobrepostos, mas apenas se tangenciam”).

³⁴ “Dizer que o Estado é soberano não significa outra coisa senão que a fixação da primeira Constituição histórica se pressupõe como facto gerador de Direito sem que a esse propósito se faça referência a uma norma do Direito internacional que institua este facto como facto produtor de Direito”, Kelsen, 1984. p. 445 e 446.

³⁵ Karl Heinrich Triepel, nascido em Leipzig, aos 12 de fevereiro de 1868, autor de *Völkerrecht und Landesrecht*, publicado em 1899.

³⁶ “...as regras do direito internacional têm objeto regularmente inacessível a qualquer direito interno; este não pode ordenar a mesma coisa que o direito internacional”. Triepel, 1966. p. 30.

³⁷ Triepel, 1966. p. 14.

³⁸ Kelsen rebate esse argumento, condenando a concepção do Estado como ente diverso, autônomo e independente de seus órgãos e súditos, podendo ser obrigado independentemente destes! Além do que, o conteúdo de um ordenamento, de uma norma ou de uma obrigação deve ser um comportamento humano. Se uma sociedade está obrigada, por um ordenamento, a ter um determinado comportamento, isso significa que a tal comportamento está obrigado um ser humano, cuja competência é determinada pelo ordenamento ou societário delegado do ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico da sociedade é um ordenamento parcial ou inferior, sendo a pessoa jurídica a unidade personificada de um ordenamento, cujo conteúdo é o comportamento de seres humanos. Que conteúdo pode ter uma norma de Direito internacional que obriga o “Estado” mas não os seus súditos ou autoridade? [cf. Kelsen, 1920. p. 235].

³⁹ Isso porque, conforme visto, os sujeitos do Direito internacional e do Direito interno não se confundem: enquanto o Direito interno regula relações dos indivíduos entre si ou destes com o Estado, o Direito internacional tem por sujeitos apenas os Estados.

⁴⁰ A esta última frase responde Triepel afirmando que não se trata de uma impugnação à sua teoria dualista já que, mesmo havendo disposições do tipo “as regras do direito internacional geralmente reconhecidas serão consideradas como obrigatórias em direito alemão” (nova Constituição do império alemão, art. 4º), isso não colide com a doutrina dualista de separação entre direito internacional e direito interno porque é “a Constituição do Estado, portanto uma fonte do direito interno, o manancial donde afinal provém para o interior do Estado a força obrigatória do tratado” (Triepel, 1966. p. 27); logo, não é o Direito internacional que está sendo aplicado no âmbito interno do Estado.

⁴¹ Triepel, 1966. p. 21. A teoria pura do direito é criticada pelas teorias sociológicas, que lhe reprovam o formalismo, alegando que o direito é um fenômeno social. Kelsen esclarece que se trata de uma teoria pura do direito e não teoria do direito puro, ou seja, de um direito desligado da realidade [cf. Kelsen, 1996. p. 16].

⁴² Triepel, 1966. p. 22.

⁴³ Triepel, 1966. p. 43.

⁴⁴ Para a visualização da nitidez dessa compatibilidade, *vide*, a propósito, o artigo 1º do Capítulo I da Carta da ONU e os *consideranda* da OMC.

⁴⁵ LAFER, Celso, *O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio*, FIESP/CIESP, IRS, CNI, 1996.

⁴⁶ WIGHT, Martin, *International Theory – the three traditions*, editado por Gabriele Wight and Brian Porter, Leicester University Press, London for the Royal Institute of International Affairs, London, 1994 (mais especificamente, Cap. 3, *Theory of international society*, p. 30-48). *Vide* também, a propósito, BATTAGLIA DE SUSCO, Elvira M., Una aproximación a la hipótesis Hobbesiana del estado de naturaleza aplicada al área de las relaciones internacionales. *Rev. Occidental: estudios latino-americanos*, 9 (1), 1991. p. 77-101.

⁴⁷ Uma outra hipótese de concepção de ordem internacional e de relações entre os Estados seria a fornecida por MARTINS, Luciano. Ordem internacional, interdependência assimétrica e recursos de poder. In: *Política Externa*. v. 1, n. 3, Dezembro 1992. p. 62-85, para o qual há uma interdependência entre os Estados, que é, porém, assimétrica, por haver grandes discrepâncias entre os Estados. Mas, pelo fato de existir essa interdependência, o Estado mais forte não aniquila o menos forte, sob pena de, ao eliminar o parceiro, encerrar o próprio “jogo”.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. A ONU e a Nova Ordem Mundial. In: *Estudos Avançados*. [s.l. : s.n.], 9 (25), 1995. p. 161-167.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Temas inacabados na Rodada Uruguai. In: *O futuro do comércio internacional*: de Marrakesh a Cingapura. Jacques Marcovitch (coord.). São Paulo : Edusp, 1996. p. 39-50.
- BASSO, Maristela. O Direito e as relações internacionais no novo cenário mundial: o fenômeno crescente das organizações internacionais. In: *Estudos Jurídicos*. [s.l. : s.n.], v. 25, n. 65, setembro/dezembro 1992. p. 107-128.
- BATTAGLIA DE SUSCO, Elvira M. Una aproximación a la hipótesis Hobbesiana del estado de naturaleza aplicada al área de las relaciones internacionales. *Rev. Occidental: estudios latinoamericanos*. [s.l. : s.n.], 9 (1), 1991. p. 77 – 101.
- CAMPOS, Roberto. Bretton Woods, FMI, BIRD, Havana e GATT: a procura da ordem econômica do pós-guerra. In: *Boletim de Diplomacia Econômica*. [s.l. : s.n.], n. 19, fev./95 – MRE/SGIE/GETEC, p. 1-17.
- CASELLA, Paulo Borba. A convenção n. 158 da OIT, as relações entre direito interno e direito internacional. In: *Revista Ltr*. [s.l.: s.n.], v. 60, n. 7, julho de 1996. p. 900 – 909.
- COSTA, Ligia Maura. *OMC – Manual Prático da Rodada Uruguai*. São Paulo : Saraiva, 1996.

- DUPUY, René-Jean. *Le dédoublement du monde*. In: *Revue Générale de Droit International Public*. Tome 100/1996/2. p. 313-321.
- DUPUY, René-Jean. *O direito internacional*. Tradução por Clotilde Cruz. Coimbra : Almedina, 1993.
- GATT e a Rodada Uruguai. In: *Boletim de Diplomacia Econômica*. MRS, a.18, agosto/94.
- GONZALEZ, Manuel Perez. Derecho Comunitario y Derecho interno. In: *Derecho de la integración económica regional: lecturas seleccionadas*. CASTEDO, Alberto Zelada (org.). Buenos Aires : BID.INTAL/DP 302/85, publ. n. 316, 1989. p. 93-107.
- HUNTINGTON, Samuel P. Civilizações ou o quê? Paradigmas do mundo pós-Guerra Fria. In: *Política Externa*. [s.l. : s.n.], v. 2, n. 4, março/1994. p.169-178.
- IANNI, Octavio. Globalização: novo paradigma das ciências sociais. In: *Estudos Avançados*. [s.l. : s.n.], 8 (21), 1994. p. 148 - 163.
- KELSEN, Hans. *Das problem der souveranität und die theorie des völkrrrechts: beitrug zu einer reinen rechtslehre*. Mohr, Tübingen, 1920. Tradução por Carrino Agostino, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto*. Milano : Giuffrè Editore.
- KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Tradução por Florencio Acosta. México : Fondo de Cultura Economica, 1943.
- KELSEN, Hans. *Das problem der gerechtigkeit*. Wien : Franz Deuticke, 1960. *O problema da justiça*. Tradução por João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução por João Baptista Machado. Coimbra : Editora Armênio Amado, 1984.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução por Luís Carlos Borges, revisão técnica Péricles Prade. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995.
- LAFER, Celso, FONSECA JR., Gelson. Questões para a diplomacia no contexto internacional das polaridades indefinidas. In: FONSECA JR., Gelson, CASTRO, Sergio Henrique NABUCO (orgs.). *Temas de política externa brasileira II*. São Paulo : Paz e Terra, v. 1, 1995. p. 49 – 77.
- LAFER, Celso. Comércio internacional, multilateral e regionalismo. In: *O futuro do comércio internacional: de Marrakesh a Cingapura*. Jacques Marcovitch (coord.), São Paulo : Edusp, 1996. p.91-105.
- MACIEL, George Álvares. A dimensão multilateral: o papel do GATT na expansão da economia: a rodada uruguai e a criação da OMC em 1994. In: *Boletim de Diplomacia Econômica*. MRE/SGIE/GETEC, n. 19, fev. 1995. p. 130-146.
- MARTINS, Luciano. Ordem internacional, interdependência assimétrica e recursos de poder. In: *Política Externa*. [s.l. : s.n.], v. 1, n. 3, Dezembro 1992. p. 62-85.
- NYE, Joseph. What New World Order? In: *Foreign Affairs*. Spring 1992.
- PESCATORE, P., *Droit de l'integration*, Leiden, 1972. p. 31, 34-35, *apud* Manuel Perez GONZALEZ, *Derecho Comunitario y Derecho interno*. In: *Derecho de la integración económica regional: lecturas seleccionadas*. Tomo 2, CASTEDO, Alberto Zelada (org.). Buenos Aires : BID.INTAL/DP 302/85, publ. n. 316, 1989. p. 93-107.
- RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 4. ed. São Paulo : RT, 1993.
- SEYERSTED, Finn. Applicable law in relations between intergovernmental organizations and private parties. In: *Recueil des Cours, Académie de Droit International (Haia)*. 1967 – III, t. 122, publ. Leyde, A. W. Sijthoff, 1069, p. 427–616.
- OLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Tese de Doutorado defendida na FADUSP, orientador: Tercio Sampaio Ferraz Júnior, 1991.
- TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o Direito interno e o Direito internacional*. Tradução por Amílcar de Castro, separata da *Revista da Faculdade de Direito da U.F.M.G.*, MG, Belo Horizonte, ano 17 (nova fase), outubro de 1996.

Ação declaratória de constitucionalidade e semiótica jurídica: uma nova visão da supremacia constitucional

Silvia Regina Pontes Lopes

Sumário

1. Intróito: uma delimitação epistemológica do tema. 2. O sistema jurídico sob uma perspectiva semiótica. 2.1. Os conceitos de validade e sua tradicional função sintática. 2.2. O ordenamento jurídico como sistema proposicional nomoempírico prescritivo. 3. O papel da Constituição numa visão semiótica: a supremacia constitucional absoluta como ideal. 4. A ação declaratória de constitucionalidade: uma concretização da realidade semiótica do Direito. 4.1. A inconstitucionalidade da ADC e sua extensão semiótica. 4.2. Processo abstrato e objetivo *versus* princípio do contraditório: uma discussão sintático-semântico-pragmática. 4.3. Do efeito vinculante: tentativa de diminuição da diversidade semântico-pragmática do Direito. 4.4. O sentido jusfilosófico da discussão dogmática. 5. Conclusão.

1. Intróito: uma delimitação epistemológica do tema

As teorias tradicionais que analisam o Direito enquanto subsistema social conferem uma abordagem restrita acerca do tema, procurando imputar-lhe ora uma extensão exclusivamente lógica, ora tão-somente pragmática, dissociando o *logos* e a *praxis* jurídica, como se aspectos necessariamente antagônicos de um mesmo fenômeno fossem.

A criação de abstrações pela tradicionalíssima abordagem lógica do Direito parece ser, segundo alguns, a única possibilidade de conferir-lhe uma análise científica, ao passo que, para outros, apre-

Silvia Regina Pontes Lopes é graduanda em Direito da Universidade Federal de Pernambuco e pesquisadora bolsista (CNPQ/PIBIC) na área de Teoria Geral do Direito e Direito Constitucional.

sentar-se inútil a tentativa de compreensão sistemática do fenômeno jurídico pela simples razão de ser o Direito um *fenômeno* social, condicionado, portanto, tão-somente às noções de vontade e efetividade.

A elaboração de teorias jurídico-científicas restritas ao âmbito do *logos* foi responsável pela criação de verdadeiros mitos principiológicos, tal como a idéia de compatibilidade necessária entre os elementos normativos, da qual proveio o dogma da supremacia constitucional absoluta.

Diante desse panorama, a transposição das noções da semiótica (ciência que estuda os signos) para a compreensão do fenômeno jurídico mostra-se instrumentalmente propícia à análise do Direito em sua amplitude *lógica* e *prática*, ao considerar-se o ordenamento jurídico como linguagem (prescritiva), detentor, portanto, de uma dimensão *sintática* (relacionamento da norma com os demais elementos normativos do ordenamento), *semântica* (perquirição do significado da norma e de seu objeto) e *pragmática* (relacionamento da norma com seus emissores e destinatários), reciprocamente condicionantes.

À luz da semiótica jurídica, analisar-se-á, portanto, o fenômeno do Direito, conciliando-se seus elementos essenciais, o *logos* e a *praxis*, a fim de rever-se o ideal já arraigado, no senso comum acadêmico, da supremacia constitucional em termos absolutos, demonstrando-se a completude de uma teoria semiótica do Direito para a compreensão de controvérsias dogmáticas, particularmente da ação declaratória de constitucionalidade, instituto do Direito Positivo brasileiro, que expressa claramente essa realidade semiótica.

2. O sistema jurídico sob uma perspectiva semiótica

2.1. Os conceitos de validade e sua tradicional função sintática

A visão do fenômeno jurídico como sistema é tendência moderna. Na verdade, o vocábulo “sistema” passou a integrar a

linguagem jurídica apenas no século XVI, sendo popularizado por Christian Wolf e tornando-se um termo técnico-jurídico apenas no século XIX. Como bem observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “a bem da verdade, pode-se falar, por exemplo, em ordenamento jurídico na Roma Antiga, mas o sistema do direito romano é uma criação do século XIX”¹. O Direito encarado como sistema mostra-se, assim, a maior contribuição do Jusnaturalismo Moderno, desencadeador do processo de racionalização e formalização do Direito, o que tornou possível a realização, no século XIX, da chamada positividade jurídica, no sentido de que as normas valem juridicamente enquanto frutos de um processo decisório por meio do qual os valores e aspirações sociais são filtrados².

Apesar da equivocidade, o termo “sistema” assume um significado-base: conjunto de elementos que formam um todo unitário. Essa unidade é, freqüentemente, analisada sob o paradigma da *validade*. Tal termo é doutrinariamente abordado sob diversos ângulos, que partem de um pressuposto comum, qual seja: *relação*. Dessa forma, algo não vale por si só, mas vale frente ou em relação a algo. A validade, numa visão semiótica, pode ser encarada sob as perspectivas sintática, semântica e pragmática. A maioria dos juristas são adeptos a teorias exclusivistas acerca do conceito de validade, analisando-a, freqüentemente, apenas sob um aspecto lógico-sintático: válido é o elemento relevante frente ao sistema e com ele compatível, e conferindo-lhe a função principal de garantia da unidade do sistema jurídico.

Essa unidade do sistema condicionada à validade em sentido sintático de seus elementos está, contudo, intimamente relacionada à falsa concepção de que a coerência ou compatibilidade é característica essencial de qualquer sistema³. Necessário se faz, portanto, distinguir-se as diversas espécies de sistemas, analisando-se, particularmente, o sistema jurídico.

2.2. O ordenamento jurídico como sistema proposicional nomoempírico prescritivo

Os sistemas podem ser classificados em *reais* (*empíricos*) ou *proposicionais* (*nomológicos* ou *nomoempíricos*) conforme decorra sua unidade, respectivamente, da maneira por meio da qual seus elementos relacionam-se ou da existência de um fundamento comum para todos os elementos integrantes do sistema⁴.

Os sistemas empíricos são formados por elementos físicos, sociais e psíquicos que se relacionam pelo princípio da *causalidade*. Seus elementos vivem em constante conflito, o que não prejudica a unidade do sistema, proporcionada pela interação causal de seus componentes. A sociedade é um típico exemplo de sistema empírico. Os sistemas proposicionais nomológicos caracterizam-se, a seu turno, pela completude e coerência. São sistemas ditos axiomáticos, posto partirem de uma proposição que vale independentemente de qualquer comprovação fática, a partir da qual se pode inferir, por um processo lógico de *dedução*, todos os demais elementos, possuindo, dessa forma, a nota de *fechamento*. Assim, possuem extensão meramente sintática, pois, pragmaticamente, caracterizam-se por uma neutralidade axiológica, sendo, semanticamente, indeterminados. São, portanto, os sistemas lógico e matemático.

Por outro lado, os sistemas nomoempíricos referem-se, direta ou indiretamente, a objetos reais, daí estarem em permanente contato com a *praxis*, possuindo, assim, as três dimensões semióticas. São de dois tipos: sistemas *teóricos* (*descritivos*) ou sistemas *normativos* (*prescritivos*). Os primeiros assumem uma função gnoseológica, pois analisam as formas de relacionamento entre dados reais, regendo-se pelo princípio da *verdade*. Suas proposições são, assim, necessariamente compatíveis, dada a impossibilidade de duas afirmações antagônicas serem concomitantemente verdadeiras. Compre-

endem, dessa forma, as ciências causais (naturais e sociais), bem como as normativas, referentes indiretamente a dados reais por meio da descrição do conteúdo de normas (morais, religiosas, jurídicas, etc.). Apesar do caráter de *compatibilidade*, são sistemas que se caracterizam pelo *fechamento sintático* e pela *abertura semântica e pragmática*, por serem condicionados pela experiência (*praxis*).

Os sistemas nomoempíricos prescritivos assumem, a seu turno, uma função de *direcionamento* da conduta humana (não de seu *conhecimento*). Suas proposições pretendem ser *válidas*, porém não verdadeiras, sendo, não raras as vezes, contraditórias entre si, por estarem condicionadas a regras de incorporação e expulsão que, em geral, não atuam concomitantemente. A compatibilidade entre seus elementos, portanto, não é essencial⁵.

O *ordenamento jurídico* é um *sistema proposicional nomoempírico prescritivo*. Assim, como todos os sistemas proposicionais normativos, “a coerência é tão-só um ideal racional, fundado na exigência de segurança”⁶. Tal se dá em virtude de sua extensão semântico-pragmática (conteúdo normativo indeterminado e pluralidade de aplicadores), que possibilita a existência de *regras de admissão* e de *rechaço*⁷ das normas, regras essas que não possuem, devido à referida extensão, os mesmos suportes fáticos. É possível, desta forma, que uma norma integre o ordenamento jurídico sem ser coerente com o sistema (válida), dele sendo expelida apenas quando da incidência de normas de rechaço (pronunciamento judicial, *verbi gratia*). A visão do ordenamento jurídico como um sistema formado necessariamente de elementos compatíveis entre si decorre da análise do sistema sob uma ótica exclusivamente lógico-sintática, em que reina o *princípio da não-contradição*. A existência de contradição é um dado empírico, essencial a uma abordagem semiótica do Direito.

A ocorrência de contradições não prejudica, contudo, a concepção sistemática do ordenamento jurídico, pois sua unidade deve-se a um fundamento comum sobre o qual todas as normas se assentam. Baseando-nos no brilhante entendimento de Marcelo Neves, a unidade torna-se possível pela existência de um *núcleo normativo originário*, que determina os *órgãos* ou *atos* produtores de normas jurídicas e compõe um *complexo normativo originário*, instituído por um Poder Constituinte ou por fatos costumeiros. Assim, distinguem-se as noções de *pertinência* e *validade*⁸: toda norma válida *pertence* a um determinado ordenamento (ou *existe* frente a ele, como diria Pontes de Miranda⁹), mas nem toda norma pertinente é necessariamente válida¹⁰. O que possibilita a qualificação de uma norma como jurídica, ou seja, o que permite sua inserção no mundo do Direito é a concretização de um suporte fático suficiente para a produção de uma norma jurídica, isto é, a obediência ao núcleo normativo originário. Dessa forma, uma norma pertence ao ordenamento jurídico quando emana do órgão ou fato reconhecido pelo sistema como *produtor de normas jurídicas*.

A expulsão da norma do sistema se dá pela aplicação de regras de rechaço que solucionam, mediata ou imediatamente, as antinomias intrassistemáticas, quer pela incidência direta de um elemento do próprio ordenamento que a solucione, como, por exemplo, o princípio *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori* ou *lex specialis derogat generali* – situação na qual as antinomias são chamadas de *aparentes* –, quer por meio da necessidade de realização de um certo procedimento para expurgar a norma do ordenamento jurídico, como o que ocorre, *verbi gratia*, com o caso de normas inconstitucionais, que, apesar de constituírem, sob um ponto de vista lógico, conflitos que podem ser solucionados pelo princípio da *lex superior derogat inferiori*, são uma antinomia dita

real, apenas neutralizada, em definitivo ou não, pelo pronunciamento de algum órgão estatal¹¹.

3. O papel da Constituição numa visão semiótica: a supremacia constitucional absoluta como ideal

Numa visão exclusivamente sintática do ordenamento jurídico, a *unidade* do sistema jurídico manifesta-se estruturalmente por meio da noção de *hierarquia* entre os elementos normativos intrassistemáticos fundamentada na noção de validade: estabelece-se a superioridade (material e formal) de uma norma frente a outra, retirando cada uma delas seu fundamento de validade da eminentemente superior. No topo da pirâmide hierárquica, localizar-se-ia a Constituição, norma suprema, fundamento mediato ou imediato de validade de todas as normas infraconstitucionais.

A tríade *unidade – hierarquia – supremacia* é clamada pela teoria constitucional tradicional em termos absolutos, pois se desconsideram os aspectos semântico e pragmático do ordenamento jurídico. Trata-se de resquício da não-separação dos planos da validade e da existência dos atos jurídicos. Entretanto, sob uma perspectiva semiótica,

“a unidade do ordenamento jurídico é puramente sintática, ou seja, decorre da vinculação, direta ou indireta, de todas as normas do sistema ao núcleo normativo originário (...). A diversidade de matérias reguladas pelo ordenamento jurídico impossibilita-lhe a unidade semântica (...). Também inexistente unidade do ponto de vista pragmático, o que resulta da pluralidade de interesses e fins dos emitentes e destinatários”¹².

Dentro dessa perspectiva, a supremacia constitucional deverá ser compreendida em termos relativos. Considerando as noções nebianas de *núcleo normativo*

originário e de *pertinência*, não podemos chegar a outra conclusão senão a de que a Constituição como *complexo normativo originário*, produto de um poder constituinte ou de um fato costumeiro constituinte e instituidora, portanto, dos centros de irradiação normativa, determina o critério de pertinência e, mediata ou imediatamente, o de validade dos elementos normativos, assegurando, portanto, a unidade sintática do ordenamento jurídico.

O *núcleo normativo originário*, presente na Constituição, determina os centros de emanção normativa, estando o produto dessa atividade amparado pela *presunção de constitucionalidade*, motivo pelo qual essas normas, por irradiarem desses centros normativos, ingressam no ordenamento, podendo servir de ponto de partida na argumentação dogmática e, assim, produzir efeitos jurídicos até que não sejam expelidas do sistema pela eiva de invalidade. A norma, nesse caso, *pertence* ao ordenamento jurídico, mesmo sendo contrária material e/ou formalmente à Constituição, podendo produzir os respectivos efeitos jurídicos.

Segundo Pinto Ferreira, “as regras constitucionais são dotadas de uma hierarquia profunda com relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia se justifica a fim de melhor manter a estabilidade social do grupo, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a conduta coletiva”¹³. Ao afirmar que a Constituição detém uma “hierarquia profunda”, bem destacou o fundamento axiológico para o qual tal posicionamento se presta, a saber: o de “garantia de estabilidade social do grupo”. Tal “hierarquia profunda” não pode ser concebida, entretanto, em termos de hierarquia absoluta, no sentido de se afirmar que uma lei inconstitucional não existe para o Direito, que nunca ingressou no ordenamento jurídico, sendo incapaz de produzir efeitos jurídicos. A “profundidade” da

hierarquia deve ser, portanto, entendida como o *dever* de se expurgar da ordem jurídica aquela lei inconstitucional em obediência à Constituição.

A supremacia constitucional é, dessa forma, relativa. Caso se a tenha por absoluta, faz-se em nome do ideal de segurança jurídica, da certeza de que os direitos nela consagrados serão sempre respeitados, embora, sob um ponto de vista pragmático, poderão não sê-lo. Tal supremacia relativa não implica, contudo, o ingresso definitivo da norma inconstitucional no sistema, nem que serão os efeitos por ela produzidos definitivamente mantidos, mas tão-somente a possibilidade de sua inserção aliada ao concomitante dever de expulsão.

4. A ação declaratória de constitucionalidade: uma concretização da realidade semiótica do Direito

4.1. A inconstitucionalidade da ADC e sua extensão semiótica

Abordar o ordenamento jurídico numa perspectiva semiótica nos leva a uma visão mais abrangente da realidade jurídica, considerando sua extensão sintática, pragmática e semântica. A visão do ordenamento jurídico como um complexo lingüístico prescritivo implica uma clara compreensão da multiplicidade significativa de seus institutos, sem que se caracterizem tais fenômenos como aberrações jurídicas, destruição da Constituição ou ameaças ao Estado Democrático de Direito.

Entre inúmeras questões dogmáticas que revelam essa extensão semiótica do ordenamento jurídico, destaca-se a discussão acerca da constitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), controvérsia que já ensejou a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n. 913-3)¹⁴ e que, apesar de não mais possuir extensão judicial, em virtude de decisão vinculante do Supremo Tribunal

Federal a favor da constitucionalidade do instituto¹⁵, não perdeu, doutrinariamente, suas dimensões semântico-pragmáticas, sendo significativa, portanto, para a compreensão do fenômeno jurídico.

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no art. 102, inc. I, alínea *a*, de nossa Carta Magna, encontrando-se também regulada nos seus arts. 102, § 2º, e 103, § 4º. Atribui-se ao STF competência para julgá-la e aos elencados no art. 103, §4º, da CF/88 legitimidade *ad causam* para propô-la. Nos termos do art. 102, § 2º, as decisões definitivas de mérito dessa ação terão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Diferentemente da ADIn, não se prevê qualquer encarregado de impugnar a demanda em sede de ADC. É essa uma das principais razões pelas quais certos juristas afirmam tratar-se de dispositivo *sui generis*, embora entendam alguns ser essencialmente a mesma ação direta de constitucionalidade¹⁶.

Concebida por muitos como a “ação das ações”¹⁷, é alvo de incessantes discussões: à medida que se elogia sua criação em prol da certeza, da segurança e da isonomia das decisões judiciais, afirma-se, por outro lado, ofender os princípios constitucionais da separação dos poderes, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural, do acesso à justiça, do princípio do devido processo legal, além de comprometer o controle difuso de constitucionalidade. Observam-se, dessa forma, interpretações sistemáticas divergentes acerca do relacionamento da ADC com cláusulas constitucionais pétreas, o que revela uma extensão semântica controvertida.

4.2. *Processo abstrato e objetivo versus princípio do contraditório: uma discussão sintático-semântico-pragmática*

A teoria clássica do processo, desenvolvida por Liebman, afirma ser a relação processual integrada por três compo-

nentes: autor, réu e juiz, concebendo a existência necessária de uma lide material subjacente à relação processual¹⁸. Em combate a tal concepção, encontram-se juristas como Jean-Claude Béguin¹⁹, para quem existem processos, denominados *abstratos*, que, por não envolverem interesses particulares, mas sim um interesse geral e comum na apreciação da questão acerca de um direito objetivo e não subjetivo, dispensam um pólo passivo na relação processual e, por conseguinte, a instauração de um contraditório, constituindo, assim, processos objetivos.

Frente ao silêncio de nossa Constituição quanto ao pólo processual passivo em ADC²⁰, o STF extraiu a tradicional distinção *supra* do âmbito meramente doutrinário, conferindo-lhe uma amplitude sintático-normativa essencial para justificar a constitucionalidade de um processo sem réu na ADC, argumentando que, por ser ela um instrumento de controle de constitucionalidade abstrato, deveria ser julgada em processo objetivo, que dispensaria a instalação de um contraditório²¹.

Por outro lado, argüíram seus opositores a impropriedade da extensão sintático-normativa da referida distinção, em face da garantia do art. 5º, inc. LV: estar-se-ia ocultando, na verdade, a discussão de inúmeros direitos subjetivos, sob a justificativa de que se colocaria em pauta apenas um direito objetivo, desconsiderando-se que, ao analisar-se certo direito objetivo, discute-se, igualmente, direitos subjetivos dele decorrentes, por serem ambos faces de uma mesma moeda²². Ademais, a averiguação da inconstitucionalidade de um ato normativo referir-se-ia igualmente a um caso concreto, qual seja: ao(s) ato(s) que gerou(ram) a norma e não à norma em si, tendo em vista que uma das principais funções da Constituição é o de prestar-se à condição de estatuto jurídico do sistema político, impondo limites à ação dos poderes²³. Assim, devido

à existência de interesses contrapostos na questão de constitucionalidade, seria necessária a instauração de contraditório, sendo, portanto, inconstitucional a ADC por não prevê-lo.

4.3. Do efeito vinculante: tentativa de diminuição da diversidade semântico-pragmática do Direito

Outro ponto extremamente controverso, nesta matéria, refere-se à vinculação à decisão do STF, em sede de ADC, dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, pois se, por um lado, argumenta-se que a vinculação veio em nome da segurança e da celeridade das decisões jurídicas, por outro, afirma-se ferir diversos princípios constitucionais, que nos propomos a, em breve, analisar.

Argumenta-se que a ação declaratória de constitucionalidade fere o princípio da separação dos poderes garantido nos arts. 2º e 60, § 4º, inc. III, da CF/88, porquanto

“declarar a constitucionalidade nos moldes previstos na ação é, em última análise, legislar. Instaurar-se-ia uma espécie de ‘dependência’ entre Legislativo e Judiciário, pois o mesmo faria a lei sob condição; aguarda-se a chancela, o crivo do Judiciário”²⁴.

Em contraposição, outros defendem não dever o referido princípio ser considerado com toda sua rigidez semântica: conceber-se-ia, atualmente, não uma separação absoluta de poderes, mas sim uma esfera de distribuição de função. Não ocorreria ofensa ao princípio em questão, pois o Poder Judiciário atuaria conforme sua função de guardião da Constituição conferida pela própria Carta Magna, em consonância com o objetivo de imprimir maior eficácia ao controle constitucional por ele realizado.

Alega-se, igualmente, a violação do princípio da presunção da constitucionalidade das leis, argumentando-se que, se

ao Poder Legislativo confere-se a função precípua de elaborar as leis, pressupõem-se que sejam elas constitucionais: tal presunção *juris tantum* de constitucionalidade das leis seria, portanto, ilidida, transformando-se o Poder Judiciário em *chancelador* da atividade legislativa. Para certos juristas, a ADC não está *contra* a presunção de constitucionalidade normativa, mas sim a *favor* de tal presunção, tendo em vista que se pretende a declaração vinculativa da constitucionalidade, que deverá ser observada pelos órgãos do Poder Judiciário e Legislativo.

Outrossim, afirma-se restringir a ADC o direito de ação, garantido no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, pois os indivíduos ficariam inibidos de defender seu interesse jurídico por decisão preestabelecida, a cujo processo não tiveram o menor acesso. Contrariamente, clamam alguns já ter o Judiciário, por meio do STF, apreciado a questão constitucional, devendo ser analisada a lesão ou ameaça de direito pela instância inferior à luz da norma estabelecida pelo STF.

Outro argumento utilizado para impugnar a ADC consiste na alegação de que comprometeria o controle difuso de constitucionalidade, pois os juízes não mais poderiam apreciar a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal com base em sua livre ciência e consciência, bem como nas situações materiais do caso concreto. Alega-se, em contraposição, não ser o controle difuso uma garantia constitucional, mas sim uma mera previsão constitucional²⁵, decorrente mais precisamente do art. 102, inc. III, da CF/88, não havendo de vislumbrar-se afronta à Constituição brasileira.

4.4. O sentido jusfilosófico da discussão dogmática

Diante de argumentos tão convincentes, quanto contraditórios, que refletem a plurivocidade semântica dos institutos jurídicos e suas repercussões prag-

máticas, coloca-se em questão a noção de supremacia constitucional em termos absolutos, pois, na análise *supra*, observa-se que tanto os argumentos a favor da constitucionalidade da ADC quanto os contra são dogmaticamente plausíveis, embora cheguem a conclusões diametralmente opostas.

Sob a ótica dos opositores da ADC que elegem a compatibilidade e, por conseguinte, a supremacia constitucional absoluta como características do sistema jurídico, estar-se-ia frente a uma contradição insuperável: a verificação da inserção definitiva, em virtude da decisão vinculante, de instituto de controle da constitucionalidade inconstitucional no sistema jurídico significaria, em princípio, uma verdadeira *aporia* frente a uma teoria lógico-sintática do Direito.

São dois, basicamente, os possíveis caminhos para a superação dessas incongruências numa perspectiva lógica: um completo alheamento da realidade fática, construindo-se, assim, uma teoria científico-jurídica estruturalmente organizada como um sistema proposicional nomológico, inadequada, portanto, para a análise do Direito, enquanto fenômeno social (sistema proposicional nomoempírico prescritivo), ou a aceitação, a título *precário* e *excepcional*, de “concessões sociológicas” na teoria jurídica, o que refletiria, na verdade, uma necessidade de reformulação teórica²⁶.

Semioticamente, entretanto, a “incongruência” em questão seria meramente virtual, tendo em vista que se considera como pressuposto, na elaboração de uma teoria científica do Direito, suas extensões semântico-pragmáticas, concebendo-se, portanto, como situação cientificamente justificável – como de fato o é, se analisarmos inúmeros outros institutos jurídicos tidos por inconstitucionais – a inserção de tão controverso instrumento de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

5. Conclusão

Uma visão semiótica do Direito possibilita a reunião do *logos* e da *praxis* em uma teoria coerente e capaz de explicar as antinomias inerentes a qualquer sistema jurídico, por conferir-lhe uma tríplice abordagem sintática, semântica e pragmática.

Como uma entre tantas antinomias reais do ordenamento jurídico brasileiro, elegeram-se, para comprovar a extensão semiótica do Direito, a controvertida ação declaratória de constitucionalidade, que, já tendo sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal por meio dessa mesma ação, arraigou-se em nosso sistema jurídico como instituto constitucional.

Observou-se que o *ser ou não constitucional* a ADC deve ser compreendido semioticamente, ou seja, com a observação da extensão semântico-pragmática do sistema jurídico, pois se, para uns, é instituto perfeitamente compatível com a Constituição, militando a favor da segurança e da celeridade do Direito, para outros, está eivada de inconstitucionalidade por violar cláusulas pétreas.

Constata-se, assim, que a supremacia da Constituição é relativa, tanto em virtude da verificação de antinomias reais no sistema fruto da distinção entre regras de admissão e de rechaço, quanto pela extensão semântico-pragmática do ordenamento jurídico, que permite a alegabilidade judicial de normas de constitucionalidade duvidosa.

Tais possibilidades, entretanto, não ilidem a concepção estrutural sistemática do Direito, que não possui como fundamento de unidade (sintática) a noção de validade (compatibilidade em todos os níveis normativos), mas sim um *núcleo normativo originário* (segundo expressão neviana), ou seja, um centro normativo constitucionalmente qualificado e encarado como suporte fático suficiente para o ingresso da norma no ordenamento jurídico.

Notas

¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão e dominação. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1990. p. 166.

² Cf. ADEODATO, João Maurício. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: (notas à teoria de Niklas Luhmann). *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru, a. 22, n. 16, 1985. p. 70-78.

³ Cf. NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 23-27.

⁴ Cf. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1977. *passim*; Cf. NEVES, Marcelo. *Idem, passim*.

⁵ Cf. NEVES, Marcelo. *Idem*, p. 21-23. Ainda segundo o autor: “o ordenamento jurídico constitui, do ponto de vista semiótico, um complexo sistema de linguagem, sendo-lhe característica, portanto, a existência de três dimensões básicas: a sintática, a semântica e a pragmática”.

⁶ NEVES, Marcelo. *Idem*, p. 3.

⁷ Cf. ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Atenco, 1974. p. 119.

⁸ Cf. NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 21-25.

⁹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. 3. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954. *passim*. A noção de existência introduzida pelo douto jurista limitou-se ao estudo da teoria dos fatos jurídicos.

¹⁰ Abordamos o tema, em “Breves digressões lógicas sobre as noções de validade e existência na teoria do fato jurídico” (*Estudantes – Caderno Acadêmico*. a. 2, n. 4, Recife, jul./ dez. 1998), *passim*, criticando a noção de existência/pertinência, mas nos limitando, conscientemente, a uma análise meramente lógica do fenômeno de incidência.

¹¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria dell’ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli, 1958. p. 95-96.

¹² NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 26.

¹³ PINTO FERREIRA, Luis. Princípio da supremacia da constituição e controle da constitucionalidade das leis. *Revista de Direito Público*. São Paulo, a. 4, n. 17, set. 1971. p. 17.

¹⁴ A Associação dos Magistrados Brasileiros, apoiada pela Ordem dos Advogados do Brasil, ingressou com esta ação, cujo mérito não foi conhecido por falta de legitimidade ativa *ad causam*.

¹⁵ A constitucionalidade da ADC foi declarada em sede da ADC n. 1-1 – DF.

¹⁶ Gilmar Ferreira Mendes defende estar a referida ação implícita no nosso ordenamento jurídico, posto ter admitido o STF, no tocante à antiga representação interventiva, que o Procurador-Geral da República interpusse esta ação para depois requerer sua declaração de constitucionalidade. O mesmo raciocínio seria, então, pertinente frente à ação direta de inconstitucionalidade, tendo apenas a referida emenda

autonomizada a ADC frente à ADIn. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra, MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 51-106.

¹⁷ SLABIFILHO, Jagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Forense, 1994. p. 21.

¹⁸ Cf. CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996. p. 288.

¹⁹ Segundo o jurista: “l’audition des représentants des organes constitutionnels intéressés en raison de leur participation à l’élaboration ou à l’application de la norme, ne saurait avoir pour conséquence de donner la qualité de partie dans une procédure qui n’en connaît pas”. BÉGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne*. Paris, 1982. p. 61.

²⁰ Expôs o Ministro Relator da ADI n. 1-1 – DF: “o silêncio da Emenda Constitucional n. 3 a esse respeito, não obstante tenha incluído um §4º no art. 103 da Carta Magna, é um silêncio eloqüente, a afastar a idéia de que houve omissão, a propósito, por inadvertência”.

²¹ No relatório da ADC n. 1.1 – DF, posicionou-se o Ministro Moreira Alves: “A ação declaratória de constitucionalidade insere-se no sistema de controle em abstrato da constitucionalidade de normas, cuja finalidade única é a defesa da ordem jurídica, não se destinando diretamente à tutela de direitos subjetivos. Por isso mesmo, deve ser necessariamente estruturada em um processo objetivo”.

²² Adota-se, nesse ponto, a teoria kelseniana que supera a dicotomia “direito subjetivo *versus* direito objetivo”: “dizer que este indivíduo ‘tem’ um direito subjetivo, isto é, um determinado poder jurídico, significa apenas que uma norma jurídica faz de uma conduta deste indivíduo, por ela determinada, pressuposto de determinadas conseqüências” (KELSEN, 1997, p. 152).

²³ Fundamenta-se o argumento na concepção de Hans Kelsen, para quem: “(un proceso) es bueno por exponer claramente la real situación de los intereses. Pero todo esto no se puede ver si se oculta la oposición dada de intereses mediante la ficción de un interés general o de una unidad de intereses” (KELSEN, 1995, p. 42).

²⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. A ação declaratória de constitucionalidade – inovação infeliz e inconstitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 155.

²⁵ Tal argumentação fundamenta-se na distinção de Néelson Nery Jr. entre *previsão constitucional* e *garantia constitucional* aplicada especificamente quanto ao duplo grau de jurisdição. Afirma o jurista: “não havendo garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso”. NERY JR., Néelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 164.

²⁶ A famosa teoria pura kelseniana vislumbrou estas “concessões sociológicas” ao desenvolver a teoria da recepção (Kelsen, 1997, *passim*).

Bibliografia

- ALCHORRÓN, Carlo E., BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires : Astrea, 1974.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giurídico*. Torino : Giappichelli, 1960.
- BÉGUIN, Jean-Claude. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale Allemagne*. Paris : [s.n.], 1982. p. 61.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, PELLEGRINI, Ada Grinover, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1997.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1990.
- KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução por BRIE, Roberto J.. Madrid : Editorial Tecnos, 1995.
- _____. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- MAMEDE, Glaston. *Semiologia e Direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. Belo Horizonte : Editorial 786, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t. 3, 1954.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- SLABIFILHO, Jagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- ADEODATO, João Maurício. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado (notas à teoria de Niklas Luhmann). *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru, Faculdade de Direito de Caruaru, a. 22, n. 16, 1985. p. 67-92.
- ALVES, Moreira. Ação declaratória de constitucionalidade n. 1- 1 – Distrito Federal (relatório) In : MARTINS, Ives, MENDES, Gilmar. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 183-203.
- BRITO, Edvaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei e ato normativo federal. In: MARTINS, Ives, MENDES, Gilmar. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo : Saraiva, 1996. p.39-50.
- LOPES, Silvia Regina Pontes. Breves digressões lógicas sobre as noções de validade e existência na teoria do fato jurídico. *Estudantes – Caderno Acadêmico*. Recife, [s. n.], a. 2, n. 4, jul./dez. 1998. p. 1-16.
- MACHADO, Hugo de Brito. Ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives, MENDES, Gilmar. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo : Saraiva, 1996. p.107-119.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. Ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives, MENDES, Gilmar. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 121-136.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Recife, [s.n.], jan./mar. 1993. p. 39- 66.
- PINTO FERREIRA, Luis. Princípios da supremacia da constituição e controle da constitucionalidade das leis. *Revista de Direito Público*. São Paulo : [s.n.], a. 4, n. 17, set. 1971. p. 17-32.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives, MENDES, Gilmar. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 131-154.
- WALD, Arnoldo. Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade. In: Martins, Ives, MENDES, Gilmar. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo : Saraiva, 1996. p.15-33.

Os operadores jurídicos e a negação dos direitos fundamentais no Brasil (uma perspectiva penal)

Ricardo de Brito A. P. Freitas

Sumário

1. Introdução. 2. O caráter do direito penal. 3. Sistema penal e controle social. 4. O sistema penal brasileiro. 5. Os operadores jurídicos e o sistema penal.

1. Introdução

Penso que um dos temas mais importantes tanto para o direito penal quanto para a ciência política é o que se refere aos denominados direitos fundamentais. Liberdade de expressão, segurança pessoal, participação política, acesso à saúde e ao emprego, direito a um meio ambiente sadio e equilibrado constituem demandas, todas elas, indispensáveis ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. A despeito desses direitos serem hoje reconhecidos como tais por considerável parcela dos Estados, eles são, muitas vezes, sonogados implícita ou explicitamente, como demonstra a realidade. Não obstante, traduzem um programa político de ação, significando com isso dizer que estão em permanente construção em decorrência da luta dos marginalizados por uma condição de existência digna.

A centralidade do problema dos direitos fundamentais é de tal ordem de importância que produz reflexos e envolve todas as manifestações do direito. Entre os chamados “ramos” do direito, o direito penal não constitui exceção, muito pelo contrário. O sistema penal, de acordo com

Ricardo de Brito A. P. Freitas é Professor Assistente de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), mestre e doutorando em direito pela UFPE, membro do Ministério Público Militar da União, ex-Juiz de Direito, ex-Professor da Faculdade de Direito de Olinda.

a promessa garantista liberal, pretende-se eficaz no sentido de proporcionar segurança aos cidadãos contra o arbítrio do Estado, constituindo-se essa missão um reflexo da concepção do Estado de direito enquanto ordem político-jurídica autolimitada pelas normas constitucionais.

Por outro lado, o contraste digno de nota entre a programação teórica e ideológica do sistema penal e a realidade de sua atuação, problema bastante conhecido, permite a conclusão de que, a rigor, ele vem cumprindo, pelo menos no Brasil, uma dupla função, estas sim reais e inteiramente divorciadas dos pressupostos garantistas do direito penal moderno. A primeira dessas funções consiste no desempenho de uma missão ideológica no significado emprestado por Marx à palavra. Nesse sentido forte, o sistema penal como um todo atua com o escopo de encobrir as verdadeiras funções dele exigidas, de modo a criar uma ilusão sobre o seu real significado. Essa ocultação, por sua vez, propicia uma maior dificuldade de se entender e combater a sua perversidade intrínseca. A segunda função, de índole fortemente repressiva e discriminatória, consiste no exercício de um controle social rigoroso pelo aparelho punitivo do Estado sobre as camadas mais desfavorecidas da sociedade.

Diante de tais considerações, interessa-me particularmente, neste pequeno e despretensioso artigo, propiciar a reflexão e o debate acerca do papel dos operadores jurídico-penais em torno das funções desempenhadas pelo sistema penal e, ao mesmo tempo, estimular o surgimento de pistas para a superação dessa realidade. Desde logo, esclareço não ter qualquer pretensão de estabelecer verdades absolutas ou conclusões definitivas. Muito pelo contrário, desejo apenas levantar algumas questões relativas ao funcionamento do sistema penal à luz do problema da preservação dos direitos fundamentais, incluindo a atuação daqueles que denomino, para efeito deste artigo, operadores

jurídicos: magistrados, membros do Ministério Público e, também, em situações específicas, os professores universitários da área penal. Na sociedade, talvez sejam eles os que mais se iludem sobre o seu papel social. De fato, impressiona o divórcio entre os operadores jurídicos, a maioria dos quais, é forçoso reconhecer, encontra-se comprometida, pelos menos em termos retóricos, com a proteção dos direitos fundamentais, e a realidade do funcionamento do sistema penal. Todavia, acredito sinceramente não ser tal estado de coisas inexorável.

2. O caráter do direito penal

Advirto preliminarmente que, para efeito deste artigo, quando me refiro ao direito penal, não pretendo apenas considerar um sistema de normas jurídicas que contém, sobretudo, proibições dirigidas ao conjunto dos cidadãos sob a ameaça de um castigo, mas sim, de modo amplo, incluir o que se denomina direito processual penal, direito penitenciário, etc., e mais ainda, o próprio sistema penal como um todo, na medida em que, no Estado de direito, o seu funcionamento deve ser pautado pela legalidade, pela observância rigorosa das normas jurídicas penais, processuais, de direito penitenciário e, acima de tudo, as normas de direito constitucional.

O sistema penal – e o direito penal em sentido mais estrito –, enquanto produto da atividade estatal, não está e nem poderia estar voltado para a consecução do bem comum. O direito penal não é neutro porque o Estado não é. Pelo contrário, o Estado desempenha as suas funções de modo nada imparcial, ao contrário do que proclama amiúde a doutrina mais tradicional. Logo, sendo o Estado a instância produtora por excelência do direito penal, é inegável que o seu caráter contribuiu para determinar o conteúdo de toda a atividade de seu aparelho repressivo.

A afirmação acima, deixo bem claro, não implica compartilhar a opinião excessivamente reducionista de que o direito é constituído, tanto no tocante à sua existência quanto ao significado dos valores que preserva, pela “estrutura historicamente determinada de um aparelho produtivo, independentemente do indivíduo e das classes sociais” (cf. Hespanha, s.d.:23). Por outro lado, não implica igualmente aderir ao ponto de vista de que o direito, por ser a “emanação normativa de um poder”, corresponde tão-somente a um “instrumento de domínio de grupos sociais sobre outros” (Aguiar, 1980:XVII), grupos esses que utilizam o Estado para manter o controle das massas e, com tal finalidade, editam “normas que traduzem a ideologia do poder tornando-as ativas e seletivas, por meio de um dever-ser sancionador que regula, controla e promove condutas” (Aguiar, 1980:80-1). A primeira dessas concepções é, de fato, coerente com a visão de que o Estado não é uma instância neutra, voltada para o bem comum; todavia, ela relega o direito, por mais que se negue, a um plano bastante irrelevante, na medida em que as transformações sociais que realmente importam aconteceriam, em última análise, no interior da base econômica. Diante disso, tudo o que se eleva acima dessa base, e, logo, também o direito e o Estado, é puro reflexo da mesma. Essa concepção, que pode ser denominada “economicista-mecanicista”, reduz a importância do direito, mesmo admitindo-se a “famosa” ação retroativa da superestrutura sobre a base econômica, insuficiente no sentido de abalar a sua auto-suficiência (cf. Poulantzas, 1981:15 e ss). Por outro lado, a segunda posição, de conteúdo nitidamente voluntarista, reduz o Estado a uma dimensão puramente instrumental, o que significa dizer concebido como simples espaço de dominação política “no sentido de que cada classe dominante produziria seu próprio Estado, à sua

medida e à sua conveniência, e manipulá-lo à sua vontade, segundo seus interesses” (Poulantzas, 1981:14-5). Aqui também a conclusão é inevitável: o direito penal é um produto da vontade da classe dominante, estando direcionado, em última análise, à reprodução das relações de produção. O direito penal seria, em ambos os casos, necessariamente, um instrumento de dominação. Por seu turno, os operadores jurídicos, também em ambos os casos, teriam por missão compor o sistema penal enquanto seus agentes e fazê-lo funcionar como instância eficaz de controle social visando à preservação da ordem vigente.

O direito penal é, na verdade, um direito de classe, na medida em que o Estado também é um Estado de classe. Todavia, para compreender-se o caráter do direito penal e das instâncias e agentes incumbidos de aplicá-lo, não basta tal afirmação, fazendo-se necessário entender o lugar específico de determinada instância no quadro social global. Ao pôr em movimento o sistema penal mediante toda uma série de ações informadas pelo direito penal e processual penal, os operadores jurídicos não atuam, conforme examinarei adiante, meramente na esfera da repressão, mas também no campo da ideologia. Assim, repressão e ideologia se mesclam em prol da funcionalidade do sistema penal. Nesse sentido, como referência teórica para análise, mostra-se preciosa a terminologia empregada por Althusser para descrever o modo como o Estado exerce o poder. Ele explica que a teoria marxista clássica identifica o Estado com o seu aparelho repressivo. Este atua, efetivamente, por intermédio da violência, ou seja, “funciona predominantemente através da repressão (inclusive a física) e secundariamente através da ideologia”, na medida em que não existe aparelho puramente repressivo. Atualmente, porém, diz ele, para exercer o seu domínio, determinada classe social não se vale apenas

dos chamados aparelhos repressivos do Estado, mas também dos chamados aparelhos ideológicos, que “funcionam principalmente através da ideologia, e secundariamente através da repressão, seja ela bastante atenuada, dissimulada, ou mesmo simbólica” (Althusser, 1980:57 e ss).

Da tese de Althusser, pode-se concluir que tanto o aparelho repressivo do Estado (v.g. a polícia, os tribunais, as prisões) quanto os chamados aparelhos ideológicos (v.g. faculdades de direito) são indispensáveis ao exercício do controle social e compõem o sistema penal ampliado. Tanto uns quanto os outros apresentam uma dupla dimensão – repressiva e ideológica – na sua atuação, variando apenas a intensidade dessa manifestação. Essa concepção, logo se vê, admite que os operadores jurídicos possam ter um posicionamento para além da correlação mecânica entre a estrutura econômica da sociedade/classes dominantes e o exercício puro e simples da repressão sobre os setores desfavorecidos da sociedade.

Outra concepção importante para a compreensão do problema da natureza do sistema penal, incluindo os seus operadores, é a formulada por Gramsci. O Estado, revela Gramsci, não reflete a dimensão do domínio de classe apenas pela via da coerção, mas também pela hegemonia, entendida como a direção política e cultural da sociedade. Com essa afirmação, Gramsci amplia o conceito de Estado, pois, se em sentido estrito ele pode ser identificado com a sociedade política (coerção), em sentido amplo engloba organicamente a sociedade política e a sociedade civil, na célebre fórmula “coerção + consenso”. Evidentemente, a fórmula gramsciana mostra-se muito mais pertinente às sociedades de tipo ocidental deste século e não às do século dezoito ou mesmo do século dezenove; porém, mesmo assim, não resta dúvida que, no passado, o domínio da burguesia sobre as demais classes sociais não se deu apenas no plano

repressivo, mas também no cultural, ou é dado a alguém desconhecer que, para ascender e destituir a nobreza e o clero das confortáveis posições que ocupavam, ela valeu-se da difusão dos valores que lhes eram caros, ampliando-os a todas as demais classes sociais? Logo, diante das teses de Gramsci, o funcionamento do sistema penal com base no direito penal não pode deixar de expressar os interesses dos setores hegemônicos da sociedade; porém, o importante é que o seu funcionamento e a ideologia que o alimenta passam a ser definidos também no campo cultural.

Diante do exposto, é forçoso admitir que o sistema penal há muito não desempenha apenas uma função repressiva, sem dúvida a mais importante e que não deve ser de modo algum subestimada, mas também uma função cultural, objetivando a formação do consenso em torno de sua atuação visando legitimar-se. Portanto, o sistema penal tem, em regra, a missão de implementar o controle social nos moldes desejados pelas camadas dominantes da sociedade; todavia, enquanto parte componente da superestrutura jurídica estatal, pode tornar-se um espaço para o combate entre os diversos setores sociais na luta pela hegemonia. Em outras palavras, pode funcionar como instância a partir da qual, entre outras conquistas, pode vir a ser alargada e aperfeiçoada a cidadania pela concretização dos direitos fundamentais. Porém, para que isso venha a ocorrer, é indispensável que os operadores jurídicos tenham consciência do papel que desempenham no interior do sistema penal, bem como consciência da sua real natureza.

3. Sistema penal e controle social

Mesmo antes de conceituar, para efeito deste artigo, o que se deve entender por sistema penal, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o controle social por ele exercido no Brasil e as peculiaridades dessa intervenção.

O controle social é inerente a toda e qualquer estrutura de poder. Historicamente, pode-se perceber com facilidade as diversas formas mediante as quais os grupos sociais mais poderosos se impuseram aos mais débeis e implementaram com sucesso o controle da conduta dos integrantes dos setores desfavorecidos da sociedade. Entre as diversas formas de controle social, pode-se mencionar a religião, a educação, a família etc., e, ainda, o sistema penal. Como forma de controle social, o sistema penal possui grande importância, talvez não toda aquela imaginada pelos operadores jurídicos, mas certamente muito maior do que supõem alguns, principalmente porque, no Brasil, convivem, lado a lado, em certo sentido até contraditoriamente, um “país” de características que, em muitos aspectos, aproxima-se das democracias ocidentais e um outro que se assemelha aos países periféricos. O sistema penal, diante de tal realidade, tanto ao desempenhar as suas funções ideológicas quanto as suas funções repressivas, lida com essa contradição representada, no país, pela coexistência de uma minoria privilegiada e uma maioria que nada possui, a quem é negado o gozo dos direitos fundamentais, o que representa uma situação de extrema injustiça, sobretudo comparando-se o Brasil às nações do mesmo porte.

Em razão das características peculiares da formação social brasileira, o sistema penal institucionalizado é, além de fundamentalmente punitivo, francamente discriminatório.

Pode-se conceituar o sistema penal como “*controle social punitivo institucionalizado*”, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação”, incluindo a atividade desenvolvida pelos policiais, juízes, membros

do Ministério Público, funcionários do sistema penitenciário etc. (Zaffaroni & Pierangeli, 1997:70).

Em todas as partes, o sistema penal é motivo de preocupação dos estudiosos do problema penal, sobretudo porque, em contraste com os postulados garantistas clássicos, inclusive no âmbito das democracias ocidentais, “o controle penal dos indivíduos e da sociedade, ao invés de restringir-se, se expande, como demonstra o atual aumento da população carcerária, depois de um período de diminuição, enquanto delineam inquietantes tendências autoritárias” (Baratta, 1985:44). Porém, independentemente da sua expansão além dos limites suportáveis, a própria natureza do sistema penal em uma sociedade de classes, como mencionei anteriormente, tende a fazê-lo atuar de maneira desvinculada de qualquer compromisso com a representação e tutela dos interesses das camadas mais desfavorecidas. Em conseqüência, o sistema penal “se apresenta como um subsistema funcional à reprodução material e ideológica (legitimação) do sistema social global, ou seja, das relações de poder e de propriedade existentes” (Baratta, 1985:444).

Por outro lado, como demonstra a doutrina com base nos dados oriundos da moderna criminologia crítica, o sistema penal promove uma “criminalização seletiva dos marginalizados, para conter as demais” (Zaffaroni & Pierangeli, 1997:78), por meio do “etiquetamento”. Em outras palavras, não há propriamente um “desviado”, mas sim “um processo de desviação ou criminalização, com base em processos de definição e seleção desde os grupos de poder” (Bustos Ramírez, 1987:17).

Além disso, a seletividade do sistema penal não se limita à seleção (“etiquetamento”) dos desviados, mas inclui igualmente a seleção de bens e interesses que, de algum modo, interessam aos setores hegemônicos da sociedade (cf. Baratta, 1985:444).

Como produto direto da seleção dos “clientes” do sistema penal e dos bens jurídicos dignos de proteção, é gerada uma situação como a que temos no país, onde, de acordo com o censo penitenciário nacional realizado pelo Ministério da Justiça (1994), 95% dos presos são pobres e 85% não tiveram condições de contratar defensor. Por sua vez, o censo penitenciário de 1995 revela que 49,3% dos presos cumprem penal devido, basicamente, à prática de duas espécies de delitos: roubo e furto (<http://mj.gov.br./censo>). É para esse público e para esses crimes que o sistema penal funciona. Explica-se, assim, porque não é absolutamente

“uma casualidade que a imensa maioria dos prisioneiros nos cárceres pertençam aos setores sociais mais desfavorecidos da população, que a principal atividade da polícia esteja também dirigida a esses setores e que, conseqüentemente, eles sejam o objeto fundamental da Administração da Justiça” (Bustos Ramírez, 1987:17).

Por outro lado, contrastando com a atuação efetiva do sistema penal, ao mesmo tempo em que se procede a criminalização e a marginalização dos grupos desfavorecidos da sociedade, “os setores que na estrutura do poder têm a decisão geral de determinar o sentido da criminalização, têm também o poder de subtrair-se à mesma (de fazer-se a si mesmos menos vulneráveis ou invulneráveis ao próprio sistema de criminalização que criam)” (Zaffaroni & Pierangeli, 1997:75). Assim, na prática, o sistema penal cuida de reprimir apenas os setores mais desfavorecidos e débeis da sociedade, não obstante saber-se que

“os comportamentos socialmente negativos estão difundidos em todos os estratos sociais e as violações mais graves dos direitos humanos aconteçam por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou

façam parte dos organismos estatais ou de organizações econômicas privadas legais ou ilegais” (Baratta, 1985:444-5).

Apenas por exceção um indivíduo pertencente aos estratos superiores da sociedade pode vir a ser alcançado pelo sistema penal. Isso ocorre quando ele põe em perigo a própria sobrevivência do sistema, colocando em risco, com essa atitude, a própria hegemonia daqueles que detêm o poder. É precisamente o que acontece nas hipóteses de contestação política ao sistema por todos aqueles que integram os próprios setores sociais hegemônicos (cf. Zaffaroni & Pierangeli, 1997:78).

4. O sistema penal brasileiro

Se o sistema penal, enquanto instrumento de controle social institucionalizado também presente nos países centrais, sofre as críticas assinaladas no ponto anterior, bem mais grave é a sua atuação no Brasil.

A partir da contribuição de Zaffaroni, pode-se definir o sistema penal em sentido lato e em sentido estrito. Em sentido estrito, a sua atuação pode ser legal ou ilegal. Em sentido amplo, o conceito de sistema penal abrange as atividades de conteúdo terapêutico ou assistencial, ideologia psiquiátrica, institucionalização de asilo de idosos etc. Essa concepção ampliada do sistema penal é indispensável para que se possa aquilatar a realidade da atuação dessa instância de controle social estatal.

A característica mais notável do sistema penal brasileiro talvez seja a tendência a atuar, boa parte das vezes e sistematicamente, à margem da legalidade, sem se submeter a controles legais eficazes de contenção do arbítrio. Em face dessa característica, revela-se insuficiente o conceito de sistema penal que não englobe atividades ilegais, implícitas ou explicitamente admitidas ou toleradas pelo

Estado. Caso se deseje entender a especificidade da atuação do sistema penal nacional, não basta concebê-lo como uma forma de controle social institucionalizado que atua com base na lei (apesar da importância de tal conceito), mas precisa-se alargá-lo para incluir ações ilegais por ele promovidas ou admitidas tacitamente. Nesse sentido, o sistema penal há de ser concebido também como uma forma de controle social que não apenas tolera mas também muitas vezes estimula certas ações proibidas pela lei, inclusive pela Constituição, porque

“não se pode ignorar que formam parte do sistema penal – inclusive em sentido limitado – os procedimentos contravencionais de controle de setores marginalizados da população, as faculdades sancionatórias policiais arbitrárias, as penas sem processo, as execuções sem processo etc” (Zaffaroni & Pierangeli, 1997:70).

Quando se considera o funcionamento do sistema penal nacional, pode-se observar que ele constitui um importante fator de desprezo aos direitos fundamentais. O sistema penitenciário, por exemplo, cumpre a “relevante” função de selecionar para a reincidência os autores dos crimes patrimoniais, assegurando a sua desviação permanente “mediante um processo de seleção e condicionamento criminalizante”, no qual, com base em estereótipos, “lhes atribuem e exigem esses comportamentos, lhes tratam como se comportassem dessa maneira e os olham e instigam a todos a olhá-los do mesmo modo, até que se obtenha finalmente a resposta adequada ao papel atribuído” (Zaffaroni, 1989:137-8). Por outro lado, o subsistema penitenciário “lhes lesiona a auto-estima em todas as formas imagináveis: perda de privacidade e de seu próprio espaço, submissão a inspeções degradantes etc.” (Zaffaroni, 1989:140). Somando-se a tudo isso, tem-se a precária

condição dos cárceres, revelada pela ausência de condições mínimas de higiene, alimentação adequada, segurança, assistência jurídica e médica eficiente etc.

5. Os operadores jurídicos e o sistema penal

Entre os funcionários que atuam no sistema penal, são os policiais que exercem, na realidade, o papel de maior relevo no processo de seleção da população criminosa, não importando o que a lei e as aparências dêem a entender a respeito. É no subsistema penal que estão concentrados os maiores poderes no tocante à viabilização das tarefas exigidas ao sistema penal por toda a sociedade. São os policiais que exercem, na maior parte do tempo, o verdadeiro poder. Na sua atuação, costumam muitas vezes tornar letra morta o discurso garantista tradicional que forma o senso comum da maioria dos operadores jurídicos, tais como juízes e membros do Ministério Público. Diante da atuação do subsistema policial, magistrados e membros do Ministério Público comportam-se, em boa parte das vezes, de modo extremamente cauteloso. Como assinala Zaffaroni, “por regra geral, as agências judiciais preferem não ter conflito com as não judiciais, dado que as reconhecem mais poderosas”, lembrando, inclusive, que tais conflitos representam indesejáveis choques de interesse com o poder executivo (cf. Zaffaroni, 1989:130). Em consequência do poder que possuem na prática, os subsistemas não judiciais do sistema penal, sobretudo o policial, “têm poderes para impor penas, violar domicílios e segredos de comunicações...”, além de privar as pessoas de sua liberdade (Zaffaroni, 1989:130).

Além de sua debilidade política, contribui para enfraquecer o poder dos operadores jurídicos das agências judiciais o processo de domesticação intelectual por eles sofrido e que é promovido pelo

próprio sistema. Em regra, esses profissionais mostram-se rigorosamente alheios aos problemas extrajudiciais, declarando-se com orgulho neutros e apolíticos. Mostram-se muitas vezes fascinados pela pompa e pelas homenagens que apenas disfarçam a sua submissão. Como bem percebe Dallari,

“existem casos em que os inimigos da magistratura independente [poderíamos acrescentar do Ministério Público independente] agem abertamente contra ela, mas há situações em que a destruição dessa independência é feita com disfarces mais ou menos sofisticados, podendo até assumir a aparência de homenagem a juízes e tribunais” (1996:45).

Essa situação guarda uma relação direta com aquilo que Zaffaroni denomina “sinais de falso poder” permanentemente internalizados pelos operadores jurídicos por intermédio de um processo de treinamento e que se traduz em solenidades, tratamentos monárquicos, placas especiais ou automóveis com insígnias, saudações militarizadas do pessoal da tropa de outras agências etc. (cf. 1989:147). Lembra ainda Zaffaroni que

“a manipulação da imagem pública do juiz pretende despersonalizá-lo e reforçar sua função supostamente ‘paternal’, de forma a tornar oculto e opaco seu caráter de operador de uma agência penal com limitadíssimo poder dentro do sistema penal; esta imagem é introjetada pelo próprio operador, porque foi treinado nela, de modo que alimenta sua onipotência – signo de imaturidade, próprio da adolescência – e o impede de perceber as limitações de seu poder; a colocação em dúvida do mesmo é sofrida como uma lesão ao seu ‘narcisismo treinado’, que é resultado deteriorante de sua personalidade” (1989:146).

É por isso que esse nível de observação sobre os operadores judiciais, a rigor não

apenas os magistrados, representa para eles pouco menos que o desacato puro e simples.

A burocratização da atividade judicial, por sua vez, é reflexo desse comportamento dos operadores jurídicos e tem como consequência debilitar ainda mais o seu poder. Impõe-se observar o fato de que esse comportamento débil e, ao mesmo tempo, pretensamente onipotente dos operadores jurídicos é altamente funcional e desejável para o próprio sistema em razão de suas características e dos fins a que persegue.

A força do subsistema policial, contudo, não é devida apenas à maior força do poder executivo em relação ao judiciário e nem tampouco à neutralização ideológica dos operadores jurídicos. Ela decorre, conforme assinali, das necessidades funcionais do próprio sistema penal. Há, efetivamente, uma série de fatores a limitar a atuação dos operadores jurídicos frente aos subsistemas policial e penitenciário. Nesse sentido, é de ser lembrado o papel daquilo que Zaffaroni denomina “fábricas de realidade” e “usinas ideológicas”. As primeiras correspondem, grosso modo, à mídia, considerada indispensável à legitimação do sistema penal. É ela que introduz o medo na sociedade de modo a justificar as funções ilegais exercidas pelo subsistema policial. São exatamente essas “fábricas de realidade” que lideram as campanhas de “lei e ordem” mediante uma série de estratagemas, tais como a reserva de uma parcela importante de sua programação ao jornalismo policial; a instigação pública à prática de delitos (justiça com as próprias mãos, o elogio dos “justiceiros” etc.); a disseminação de mensagens alarmistas, como por exemplo: “a menoridade penal é um estímulo à criminalidade”, “ninguém faz nada para combater à criminalidade” etc. (cf. Zaffaroni, 1989:133).

Quando, diante das violências ou ilegalidades perpetradas pelo subsistema

policial, os operadores jurídicos resolvem intervir, deparam-se com a oposição velada ou explícita das “fábricas de realidade”, poderosas aliadas das ilegalidades cometidas. Infelizmente, muitas vezes a resposta dos operadores jurídicos a essa aliança entre o subsistema policial e a mídia consiste em procurar legitimar-se perante a população instigada contra a sua atuação, o que se dá “impondo penas ‘exemplares’, usando expressões moralizadoras nas sentenças que dão publicidade e, inclusive, procurando notoriedade pública com declarações autoritárias que freqüentemente contradizem as mais elementares regras do discurso jurídico convencional” (Zaffaroni, 1989:131).

Resgatando as considerações anteriormente formuladas, pode-se, então, visualizar não apenas o modo como se dá o funcionamento do sistema penal no Brasil, mas também o comportamento dos operadores jurídicos. Estes são, sem dúvida, intelectuais no sentido gramsciano do termo. Para Gramsci, os intelectuais não agem independentemente, mas encontram-se vinculados às classes sociais (essenciais) que travam a luta pela hegemonia no campo da cultura. São eles, portanto, que articulam o consenso e favorecem a hegemonia da classe social à qual estão vinculados, difundindo a sua ideologia. Na tipologia gramsciana, há lugar para três espécies de intelectuais: o intelectual tradicional, ligado a uma determinada classe social que, no passado, foi hegemônica; o intelectual orgânico vinculado à classe dominante, voltado para a conservação das relações de poder entre as diversas classes sociais; e, finalmente, o intelectual orgânico que atua como agente da transformação social, contribuindo para que as classes desfavorecidas possam vir a ser hegemônicas, tornando-se dirigentes antes mesmo de conquistar o poder (1978:343 e ss). Se considerarmos não existir então uma dependência necessária entre os operadores jurídicos e os interesses hegemô-

nicos, mas sim uma relativa autonomia, claro está que, na atualidade, estes podem vir a desempenhar um papel essencialmente positivo. Com isso pretendo sugerir que aos operadores jurídicos (magistrados, membros do Ministério Público) e também aos professores de direito penal não está necessariamente reservada a missão de auxiliar acriticamente o Estado no desempenho de suas tarefas repressivas e nem tampouco subsidiar as classes privilegiadas no plano ideológico. Significa que podem vir a exercer o controle social em termos minimamente violentos, de modo a propiciar uma melhor condição às camadas sociais desfavorecidas no que concerne ao exercício e preservação dos direitos fundamentais, em outras palavras, à obtenção da cidadania plena. Porém, para que isso se concretize, o operador jurídico deve evitar a armadilha ideológica representada pela miragem de um sistema penal neutro, fundado (falsamente) na legalidade e no respeito aos direitos fundamentais. Ele deve compreender que o controle social não se dá, na prática, mediante o seu controle e supervisão, por maiores conseqüências que essa conscientização traga a sua autoimagem idealizada. Essa atitude pode significar um recomeço, uma conciliação entre o operador do direito e a maioria destituída de cidadania.

Bibliografia

- AGUIAR, Roberto A. *Direito, poder e opressão*. São Paulo : Editora Alfa-Omega, 1980.
- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do Estado*. Rio de Janeiro : Edições Graal, 1980.
- BARATTA, Alessandro. Principi del diritto penale minimo; per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. Il diritto penale minimo; la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. In: *Dei delitti e delle pene*. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 3 : settembre/dicembre, s.d. p. 441-473.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona : Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- GRAMSCI, Antonio. *Obras escolhidas*. São Paulo : Livraria Martins Fontes Editora, 1978.
- HESPAÑA, Antonio. *A História do Direito na história social*. Lisboa : Livros Horizonte, s.d.
- ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimation y dogmatica juridico-penal*. Buenos Aires : EDIAR, 1989.
- ZAFFARONI, Eugénio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

O preceito da soberania nas constituições e na jurisprudência brasileiras

Raul José de Galaad Oliveira

Sumário

1. Introdução. 2. O princípio da soberania na Constituição de 1988. 3. O princípio da soberania em outras constituições brasileiras. 4. O princípio da soberania na jurisprudência brasileira. 5. Conclusão.

1. Introdução

O princípio da soberania está previsto de forma explícita, ou é deduzível de forma implícita, em todas as constituições nacionais. A Constituição de 1988 refere-se a ele em diversas situações. A simples circunstância de ele estar inserido na Constituição já denota sua importância e valor. Segundo Baracho, os valores essenciais estão inseridos na Constituição, que os cristaliza “em documento que passa a ser definidor da estrutura jurídica global”¹.

Além de sua menção formal, o preceito da soberania é de presença real na vida institucional brasileira, pois orienta um grande número de decisões dos tribunais brasileiros. No presente artigo, colhemos alguns exemplos tomando como base a jurisprudência produzida nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar e Tribunal de Contas da União.

Assim, julgamos de interesse e atualidade analisar a temática, principalmente em face das reincidentes e equivocadas defesas e sustentações de que o Estado nacional estaria extinto e o princípio da

Raul José de Galaad Oliveira é Professor de Direito Constitucional e Direito Eleitoral na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, Doutor em Direito pela UFMG, coordenador da pós-graduação de Direito da UFJF – 1993/1995, consultor em Direito Político e Direito Educacional, assessor em projetos de criação de cursos de pós-graduação e consultor *ad hoc* do CNPq.

soberania derogado – conseqüências que seriam estimuladas especialmente pelo fenômeno da globalização.

2. O princípio da soberania na Constituição de 1988

Com a promulgação da Lei Fundamental de 1988, segundo José Cretella Júnior, que a denomina oitava Constituição, o Brasil “entra, em definitivo, no rol dos países democráticos, firmando-se como Estado de direito ou Estado democrático”².

O preceito da soberania é elevado à norma constitucional com o texto da atual Constituição, que de forma expressa e explícita, quase que solenemente, consagra-o em várias passagens de seu texto. Aliás, da interpretação de sua inserção topológica nas constituições em geral, e na brasileira em particular, entendemos que o mesmo tem a natureza de princípio fundamental, com caráter primacial.

A segurança e harmonia social são objetivos eleitos pelo legislador constituinte e que se constituem objetos contidos na dimensão interna da soberania, conforme o que anuncia o preâmbulo de nossa Constituição. Essa idéia é reforçada na medida em que o preâmbulo afirma que a sociedade brasileira está comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias³. A Assembléia Constituinte tem plena consciência de que exerce a representação de um poder originário do povo brasileiro.

O art. 1º, que dá o nome oficial ao país e que o constitui Estado Democrático de Direito, consagra a soberania como primeiro fundamento nacional. Analisando esse artigo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que a Constituição, enfatizando a soberania, “quer sublinhar a não-sujeição do Brasil a qualquer poder estrangeiro, seja ele de Estado estrangeiro, seja ele de organização internacional. Soberania, portanto, está aqui no seu aspecto ‘externo’: não sujeição, independência”⁴.

Segundo José Afonso da Silva, ela não precisava ser mencionada, pois constitui-se fundamento do próprio conceito de Estado⁵. Sobre a natureza de fundamento da soberania, José Cretella Júnior observa:

“A ‘soberania’ é, realmente, fundamento do Estado, qualquer que seja sua forma, monárquica ou republicana, federativa ou unitária, porque Estado ‘é síntese dos poderes soberanos’. Soberania é a situação do Estado que não está submetido a outro e que, por isso, pode elaborar sua Constituição, ou seja, pode criar seu direito positivo no mais alto grau. O vocábulo ‘soberania’ evoca a idéia de ‘soberano’, aquele que decidia qual o tipo de direito válido para a coletividade, num dado momento histórico. O soberano podia ser um indivíduo, o rei, por exemplo, ou toda uma classe ou casta, como ocorria e ocorre nos regimes oligárquicos, podendo, ainda, ser toda a Nação (...) Desta situação do soberano resulta que a soberania é uma força que nasce das circunstâncias históricas e nacionais em que se encontra comprometida a comunidade política em um momento de sua existência (...) Eis por que o soberano é colocado acima de todo estatuto constitucional e que não é a este vinculado. O soberano o cria, mas não lhe deve nada. A marca essencial da soberania é a posse do Poder constituinte (...) Em suma, a soberania é o fundamento – e deve ser o fundamento – de todo e qualquer tipo de Estado...”⁶.

Conhecer o ordenamento jurídico-constitucional e os institutos e instituições que contempla, consoante afirmou Pablo Lucas Verdu em introdução ao trabalho do jurista Vergottini, permite-nos identificar, analisar e extrair as suas pertinentes conseqüências⁷. Ainda segundo Verdu, conforme avança uma civilização jurídica,

o direito, nascido diretamente das relações sociais, vai-se modulando e, estimulado pelo que surge da especulação jurídica, a própria juridicidade – nascida das entranhas sociais – enriquece-se com a reelaboração e ampliação da dogmática jurídica.

É justamente a dimensão axiológica e fática contida no princípio da soberania que lhe permite ser o principal estímulo àquilo que Rolla considera o aspecto dinâmico da constituição, ou seja, o poder que garante a reformulação das instituições. A efetivação da idéia de soberania pode vir a garantir a realização de programa *emancipador* e para o qual, observa Verdu, exige-se uma transformação das estruturas sócio-econômicas⁸. Isso poderia permitir que a constituição, em seu sentido material, viesse a cumprir uma função ativa e plena de significado.

A rubrica que nomeia o Título I da Constituição do Brasil, “Dos Princípios Fundamentais”, com sabor quase pleonástico, fornece o elenco dos princípios considerados indispensáveis à nossa República. Segundo Abbagnano, *fundamento* é o que dá razão a uma preferência, a uma eleição, da realização de uma alternativa ao revés de outra. Diz-se fundamento toda vez que a preferência ou eleição esteja justificada ou a realização da alternativa seja explicada. De maneira similar, “um princípio ‘fundamental’ é um princípio que estabelece a condição primeira e mais geral para que algo possa existir”⁹. Assim, Abbagnano afirma que o uso moderno da palavra fundamento tem um significado não diferente de condição. Nesse sentido, a soberania é um dos princípios fundamentais, é o primeiro princípio, ou melhor, é a condição (sem a qual não há a realização) da República do Brasil. O *plus* de *valorização* recebido pelo princípio da soberania na nossa ordem justifica-se em função de constituir o pilar de nossa organização, substrato da legitimidade, que confere validade e efetividade aos direitos e garantias do cidadão.

A soberania constitui um princípio recorrente em qualquer análise e interpretação de nossa Constituição, pois sobre ele se erige o Estado democrático. Todavia, não é um princípio *unissubsistente*. É necessário, por meio do método sistemático, sempre se empreender um esforço no sentido de integrá-lo aos demais princípios.

No seu preâmbulo, a CFB declara que a sociedade brasileira assume compromissos na ordem interna e internacional; logo depois, o art. 4º, I, estabelece a independência nacional como princípio que orienta o país nas suas relações internacionais.

O parágrafo único do art. 1º filia o nosso poder soberano à doutrina da soberania popular ao estabelecer a clássica afirmativa de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Esse entendimento fica reforçado e complementado com o art. 14. No seu teor, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. Em um trabalho de *disquisición* constitucional, sabemos muito bem que a idéia de representação confrontada com a de soberania representa uma evolução teórica de grande importância prática. Isso porque, na perspectiva rousseauiana, a soberania se expressa por meio da vontade geral, que é sempre certa e direta, não admitindo intermediário. Por isso, no esquema rousseauiano, o ideal para a democracia direta são os pequenos estados, pois toda lei que o povo não aprovar diretamente é nula, jamais será lei. Na verdade, os representantes são meros comissários da comunidade popular, verdadeira titular da soberania, portanto seu mandato é imperativo. Emmanuel Siéyès afirmará, por seu turno, que a soberania não pertence efetivamente ao conjunto de homens concretos e reais

existentes em um determinado período histórico, mas à nação, que é o conjunto daqueles que viveram, que vivem e que viverão. Segundo ele, a nação não se confunde com cada geração que passa, mas com os interesses permanentes do Estado; os interesses permanentes do povo transcendem os interesses momentâneos do povo. Por isso, “é preciso haver representantes da nação, sem vínculos jurídicos com seus eleitores, pois sendo uma entidade abstrata, como poderia receber mandato juridicamente vinculante por parte do corpo eleitoral?”¹⁰. A constituição revolucionária francesa adotará a doutrina de Siéyès.

A Constituição Federal estabelece, no art. 14, “os princípios básicos dos direitos políticos, com um conjunto sistemático de normas que disciplinam a atuação da *soberania popular*, a que se refere expressamente o texto constitucional”¹¹. Segundo Pinto Ferreira, os direitos políticos podem ser definidos como aquelas prerrogativas que permitem ao cidadão participar na formação e comando do governo. Em sua concepção restrita, os direitos políticos são, consoante Rosah Russomano, o poder de que dispõe o indivíduo para interferir na estrutura governamental por meio do voto¹².

O inciso XXXVIII do art. 5º reconhece a instituição do júri, assegurando-lhe, além de outras prerrogativas, a soberania de seus veredictos. A idéia foi vitoriosa com a Revolução Francesa, que estabeleceu o júri como um tribunal popular e consagrou a vitória da soberania popular, em detrimento da soberania monárquica – que detinha o poder e controle sobre os magistrados judiciais. *Soberania dos veredictos* pode parecer uma expressão imprópria¹³ já que o titular da soberania é o povo; contudo, ela guarda coerência na medida em que o exercício da soberania se dá por meio de várias instâncias e instituições do Estado. Sintoniza-se com a idéia de que a soberania constituinte, o povo, aceita

designar um corpo de jurados, soberania constituída, para promover os julgamentos.

O inciso LXXI do art. 5º prescreve que será concedido mandado de injunção a todo aquele que, por falta de norma regulamentadora, não possa exercer qualquer dos direitos inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Analisando a natureza do mandado de injunção, Ivo Dantas sustenta:

“Percebe-se, de logo, que o Mandado de Injunção – ao contrário do que alguns pensam – não é direito individual, mas sim uma Garantia ou Remédio Constitucional, através do qual se tenta obter o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, entendidos estes não apenas os que estão enumerados no art. 5º, mas, igualmente, os dos artigos 6º e 7º da Constituição, além de ‘outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’, conforme preceitua o parágrafo 2º do artigo 5º”¹⁴.

Analisando os requisitos à interposição do mandado de injunção em relação à soberania, José Cretella Júnior entende que *se* a soberania popular pelo sufrágio direto e secreto, nas hipóteses de plebiscito, referendo ou iniciativa popular, não puder concretizar-se, inviabilizando o exercício desse direito e liberdade constitucional por seu titular, que é o povo brasileiro, em decorrência de norma regulamentadora, estarão presentes os requisitos para o ajuizamento do *writ* do mandado de injunção¹⁵.

O art. 17 garante a liberdade na criação, fusão, incorporação e extinção de partidos desde que sejam resguardados a *soberania nacional*, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, além de outros preceitos estabelecidos constitucionalmente. É muito oportuno lembrar que, ainda nesse

dispositivo, foi intenção do legislador constituinte erigir o princípio da soberania como sendo o primeiro valor a ser resguardado pelos partidos. Por isso se justifica o estabelecimento, no inciso II do art. 17, da proibição feita ao partido político de receber recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes. A fim de preservar a soberania nacional e popular contra, respectivamente, a intromissão alienígena e o abuso do poder econômico, os partidos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, conforme definição legal. A Justiça Eleitoral é responsável pela fiscalização das finanças partidárias, por isso os partidos devem-lhe prestar contas¹⁶.

O Conselho de Defesa Nacional está na estrutura do Poder Executivo, constituindo-se órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, conforme estrita determinação do art. 91 da Constituição¹⁷. Nas hipóteses de declaração de guerra, celebração da paz, decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal, nas iniciativas necessárias à garantia da independência nacional etc., o Conselho de Defesa Nacional deverá ser ouvido. É um órgão de consulta que tem muita importância nas questões referentes à manutenção da soberania do país.

A ordem econômica nacional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade garantir a todos existência digna, consoante os ditames da justiça social, que deverá observar, entre outros preceitos, a soberania nacional como primeiro princípio geral que rege a atividade econômica, conforme disciplina o art. 170 da Constituição. O princípio geral da soberania é que justifica também a previsão, no inciso IX do mesmo artigo, de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que

tenham sua sede e administração no País. A redação desse dispositivo foi dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 15-8-95, e se justifica a fim de se preservar a soberania nacional econômica, na medida em que são as empresas menores que empregam a maior parte dos trabalhadores brasileiros. Aliás, já havia à época da redação dessa emenda a Lei nº 8.864, de 28-3-94, que regula o tratamento a ser dispensado à Empresa de Pequeno Porte; devido à importância desse tema, o legislador constitucional cercou-o de maiores cuidados, inserindo-o na Constituição. Por isso, a nosso ver, esses dispositivos visam, com certeza, implementar o princípio da soberania nacional estatuído no art. 170, I, evidente medida protetora de nossa economia, que não se constitua, portanto, mero comando arbitrário e incontrastável.

Nessa mesma tônica, o art. 172 estabelece que a lei disciplinará, com base no *interesse nacional*, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros. O art. 177 estabelece como monopólio da União (1) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, (2) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, (3) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores, (4) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem, (5) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. À União é facultado, em relação aos itens de nº 1 a 4, contratar com empresas estatais ou privadas a realização daquelas atividades, segundo a observância das condições previstas na Constituição, bem como do que dispôr a lei

infraconstitucional. Essa previsão constitucional é, na verdade, uma forma que o legislador constitucional encontrou de melhor garantir a preservação de estratégicos e indispensáveis interesses ligados à soberania do país.

Na perspectiva de *integração* do âmbito interno e externo da soberania, podemos interpretar a Emenda Constitucional nº 7 de 15-8-95, que alterou a redação do art. 178 da Constituição e estabeleceu, quanto à ordenação do transporte internacional, a observância dos acordos firmados pela União, desde que atendido o *princípio da reciprocidade*. No parágrafo único do mesmo artigo, temos corroborado a idéia de *coexistência geoeconômica pacífica*, pois fica reservado à lei o estabelecimento das condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

O art. 231 reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. No entanto, como medida de caráter tutelar, o poder soberano nacional declara que essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (art. 231, parágrafo 4º). Os grupos indígenas só poderão ser removidos de suas terras, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no *interesse da soberania do País*, após deliberação do Congresso Nacional. Em qualquer hipótese, fica garantido o retorno dos grupos indígenas logo que cesse o risco.

Essas são as referências à soberania que constam expressamente do texto constitucional. Não incluímos aqui várias outras idéias, normas e princípios que estão

imbricados com o princípio geral e fundamental da soberania, tais como independência nacional, poder do povo, autodeterminação, igualdade entre Estados, interesses nacionais. Caso o fizéssemos, teríamos de reservar o espaço para a feitura de uma nova tese, o que não é o nosso propósito. Apenas relembramos que a perspectiva que temos até aqui trabalhado não deixa de frisar a importância do princípio da soberania como paradigma para interpretação dos demais preceitos constitucionais.

3. O princípio da soberania em outras constituições brasileiras

A Constituição Política de 1824 define o Império como a associação política de todos os cidadãos brasileiros. O art. 9º estabelece que a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos. Já o art. 12 proclama que todos os poderes do Império do Brasil são delegações da nação¹⁸. Evidente aí a filiação ao contratualismo e a influência das idéias de divisão de poderes e soberania popular de Montesquieu e Rousseau. Da leitura desses dois artigos podemos observar que estavam insertos na Constituição os princípios liberal-democráticos. Esses princípios liberais e democráticos consagrados, consoante Almir de Oliveira, são os (a) da *soberania popular*, que se comunica aos agentes do poder para exercê-lo em nome do povo, ou da Nação; (b) da divisão e harmonia dos poderes políticos; (c) da limitação do poder por meio de um instrumento jurídico fundamental, que é a Constituição; (d) do contrato social como fundamento do Estado¹⁹.

Ainda segundo o art. 1º da Constituição imperial, fica declarado que os cidadãos brasileiros formam uma nação livre e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união ou de federação que se oponha a sua indepen-

dência. Sobre essa disposição, José Carlos Rodrigues anota a seguinte observação:

“O tratado de paz de 29 de Agosto de 1825 reconhece o Imperio do Brasil independente e separado dos reinos de Portugal e Algarves. Diz o art. 1.: ‘Sua Magestade Fidelíssima reconhece o Brasil na categoria de Imperio independente e separado dos reinos de Portugal e Algarves, e a seu, sobre todos, muito amado e prezado filho D. Pedro por Imperador; cedendo e transferindo de sua livre vontade a soberania do dito Imperio ao mesmo seu filho e a seus legítimos sucessores...’ O decreto de 10 de Abril de 1826 determina ‘que se dê ao dito tratado a mais exacta observancia e execução, como convém á santidade dos tratados celebrados entre nações civilisadas, e á inviolável fé com que são firmados’²⁰.

A Constituição imperial, no art. 6º, inclui como cidadão brasileiro os nascidos em Portugal e suas possessões que, sendo já residentes no Brasil na época da independência, aderiram a esta expressa ou tacitamente pela continuação de sua residência. Segundo José Carlos Rodrigues, essa disposição é muito racional, e a Constituição, ao galardoar com a qualidade de cidadão àqueles portugueses que aderiram a independência, “pagou uma dívida de gratidão”²¹.

O Estado estruturado a partir da Constituição imperial de 1824 decorre do movimento de idéias advindas do século XVIII, que tinha nítida preocupação de limitar, por meio de direitos e garantias, o poder incontestável dos reis absolutistas²². Ao modelo da Constituição francesa, ela declara os direitos fundamentais, insertos no Título VIII sob a rubrica *Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*²³. Segundo Pontes de Miranda, os direitos fundamentais e as garantias adotadas

pelo emergente Império “passaram a ser, no direito positivo do Brasil, algo intimamente ligado a ele (a despeito da mácula do trabalho escravo)”²⁴.

Com a Proclamação da República, o novo regime instala-se num clima promissor, caracterizado pela preocupação de corrigir os vícios da política imperial, que praticamente alijava da participação e da representação política a maioria do povo do país; ademais, com a abolição da escravidão, ocorria o reconhecimento de que essa enorme população trabalhadora brasileira também integrava a Nação, e o novo governo parecia ter condição, por meio de novas instituições, de dar expressão ao anseio do povo brasileiro, no seu conjunto²⁵. No entanto, segundo o que entendem Célia Galvão Quirino e Maria Lúcia Montes,

“apesar das promessas iniciais de Deodoro, o próprio governo provisório impõe, em junho de 1890, a nova Constituição, elaborada pela comissão que deveria apenas fazer o seu projeto, e que o Congresso Constituinte deveria agora apenas referendar. Mais uma vez, a *soberania do poder constituinte* era claramente cerceada”²⁶ (destaques nossos).

Por seu turno, Almir de Oliveira afirma que as duas principais preocupações dos primeiros constituintes republicanos foram o federalismo e o presidencialismo²⁷.

A Constituição de 1934 efetivamente criou mecanismos institucionais que possibilitavam a maior participação dos cidadãos, em evidente avanço político que tornava mais real a soberania popular. A Constituição eliminou a discriminação por motivo de sexo e reconheceu à mulher o direito de voto, ao mesmo tempo em que reduzia para dezoito anos a idade para aquisição da cidadania ativa. O voto passou a ser não só um direito mas também um dever do cidadão. Foi instituída a Justiça Eleitoral, “visando-se a dar seriedade e verdade à manifestação da vontade popular pelo voto secreto”²⁸.

A Constituição autoritária de 1937 foi elaborada por Francisco Campos a mando de Getúlio Vargas, constituindo-se resultado da imposição do Estado Novo. Estranhamente, como concessão à *soberania popular*, nela se previa sua aprovação por meio de plebiscito nacional – o que não foi realizado, já que o país vivia em estado de emergência, durante o qual ficavam suspensas as garantias constitucionais.

Após a deposição de Getúlio Vargas, advém a Constituição de 1946, democraticamente elaborada por uma Assembléia Nacional Constituinte. Essa Constituição diminui o campo de incidência da soberania estatal e restabelece as autonomias estaduais. Foi inspirada nos ideais liberais consagrados na Constituição de 1934. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Comissão Constitucional a tomou como ponto de partida, já que a Assembléia de 1946 não recebeu, ao contrário das antecessoras, “projeto do Governo para base inicial de seus estudos”²⁹. Por sua vez, Pontes de Miranda considera que a Constituição de 1946, ainda que tendente à volta de 1891, “representou a maior parcela nos três caminhos da democracia, da liberdade e da igualdade”³⁰.

Com o regime militar de 64, adveio, poucos anos após, a Constituição de 1967 e a seguir a Emenda nº 1 – que modificou em muitos pontos a redação da de 1967³¹. O texto reformulado com a Emenda nº 1 de 1969 declara no art. 1º seu vínculo, do ponto de vista formal, à concepção da soberania popular, ao estabelecer, no parágrafo primeiro, que todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

O texto da Emenda nº 1 estabelece, no art. 152, ser livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento devem resguardar como primeiro princípio a soberania nacional³², bem como o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana. A fim de melhor efetivar o resguardo da soberania, proíbe aos

partidos a subordinação a entidade ou Governo estrangeiro. Consoante lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição de 1967, ao delinear as idéias básicas de um estatuto para os partidos políticos, seguiu o exemplo da Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Segundo o mestre paulista, o delineamento feito pela Constituição tinha por finalidade:

“Tal estatuto se destina, por um lado, a propiciar aos partidos condições melhores para que colaborem com o funcionamento das instituições democráticas, realizando a formação política do povo, divulgando planos e alternativas de governo, selecionando candidatos. Por outro, visa a impedir que os mesmos atuem como elemento perturbador das referidas instituições, servindo para o predomínio de oligarquias, acobertando a ação de poder econômico”³³.

Ainda conforme o art. 152, no seu inciso III, fica proibida a subordinação dos Partidos Políticos a entidade ou Governos estrangeiros³⁴. Comentando esse dispositivo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que, no sistema constitucional brasileiro, os partidos devem expressar concepções políticas subordinadas exclusivamente a interesses nacionais, vedando-lhes qualquer subordinação ao estrangeiro. “A existência de liames como esses desnatura o partido e enseja a cassação de seu registro. A redação anterior era mais rigorosa. Proibia a mera ‘vinculação’”³⁵. A afeição ao princípio da soberania, no entanto, não deve ser extremada enquanto valor de um poder ilimitado, pois ela sofre várias limitações. Em consonância com essa perspectiva, Pontes de Miranda, discorrendo sobre o conceito de soberania, advoga:

“A já velha concepção da soberania ilimitada, que ainda é base de muitos raciocínios errôneos, foi a da antigüidade e ainda vibrou nos trechos das Lettres écrites de la

montagne, de J. J. Rousseau: ‘Dans tout État politique il faut une puissance suprême, un centre où tout se rapporte, un principe d’où tout dérive, un souverain Qui puisse tout...’ Ora, nos nossos dias, há direitos anteriores e superiores ao Estado, há limitações espaciais, temporais e ético-jurídicas à soberania. O Estado é no Espaço e no Tempo, e não pode negar direitos que provêm da ambiência jurídica em que se banham os próprios Estados. De ambiência supra-estatal e, por conseguinte, de ambiência interestatal”³⁶.

4. O princípio da soberania na jurisprudência brasileira

Neste item abordamos como o preceito da soberania tem sido aplicado pelos tribunais do Brasil. Selecionamos alguns julgados, compreendendo decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Superior Tribunal Militar – STM e Tribunal de Contas da União – TCU. Embora tenhamos encontrado enorme quantidade de material, devido ao plano que adotamos para a disposição geral desta obra, preferimos selecionar apenas alguns casos que, na medida do possível, tenham alguma conexão um com o outro³⁷.

4.1. A aplicação do princípio da soberania em decisões do STF

A principal competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal – STF é a guarda da Constituição, consoante disposição do art. 102, *caput*, da Constituição da República. Como supremo guardião da Constituição, o STF exercita competências constitucionalmente conferidas que protegem tanto a soberania interna como a soberania externa do país.

O STF tem a competência originária, conforme art. 102, I, da Constituição, para julgar o litígio entre a União e os Estados,

a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros. Nesse sentido, o Regimento Interno do STF de 1980 está conforme a Constituição atual ao estabelecer que a sentença estrangeira não possui eficácia no país sem a homologação anterior da Corte Superior³⁸. Em virtude da constitucionalização do princípio da soberania, guarda coerência também aquele preceito do Regimento que veda a homologação de sentença estrangeira que ofenda a soberania nacional³⁹.

A verificação de algumas decisões do STF que têm como lastro o princípio da soberania torna-se oportuna na medida em que se constitui em outros argumentos que reforçam a efetividade do princípio da soberania. Diversas são as decisões dessa Corte que tomam como base o princípio. Aqui apresentamos algumas.

Decorrente de interpretação da Constituição, a Corte Superior brasileira tem entendido que as sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil depois de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁰. O processo de homologação de sentença estrangeira reveste-se de caráter constitutivo e faz instaurar uma situação de contenciosidade limitada. A ação de homologação destina-se, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, a propiciar o reconhecimento de decisões estrangeiras pelo estado brasileiro, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial.

O sistema de controle limitado que foi instituído pelo direito brasileiro em tema de homologação de sentença estrangeira não permite que o Supremo Tribunal Federal, atuando como tribunal do foro, proceda, no que se refere ao ato sentencial formado no exterior, “ao exame da matéria de fundo ou a apreciação de questões pertinentes ao *meritum causae*, ressalvada, tão-somente, para efeito do juízo de

deliberação que lhe compete, a análise dos aspectos concernentes à *soberania nacional*, à ordem pública e aos bons costumes”. Não se discute, no processo de homologação, a relação de direito material subjacente a sentença estrangeira homologanda. A legalização consular da certidão comprobatória do trânsito em julgado da sentença estrangeira constitui requisito que, desatendido, impede a homologação do título sentencial. O ato de chancela consular destina-se a conferir autenticidade ao documento formado no exterior (RTJ 49/148). Os cônsules brasileiros, quer em face de nosso ordenamento positivo interno, quer à luz do que prescreve a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963), dispõem de funções certificantes e de autenticação de documentos produzidos por órgãos públicos do estado estrangeiro perante o qual desempenham as suas atribuições.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem expressamente admitido a aplicação do princípio da sucumbência aos processos de homologação de sentença estrangeira, observando-se, para efeito de fixação dos honorários advocatícios devidos à parte vencedora, o critério estabelecido pelo art. 20, § 4º, do CPC. Nesse caso, o Estado brasileiro tem como dispor de sua jurisdição soberana no sentido de compelir o sucumbido ao pagamento dessas despesas.

Por todos esses motivos, o pleno do Supremo Tribunal Federal julgou, por unanimidade, pela extinção do processo referente à sentença estrangeira contestada nº 4.738⁴¹.

Em outra decisão, o STF negou homologação à sentença estrangeira sob o argumento de que “não é de homologar-se a sentença estrangeira se resulta dos autos não ter sido efetuada regular citação da parte agora requerida, e que figurou como ré no feito processado no exterior”⁴². Além disso, no caso, a homologação importaria em reforma de sentença bra-

sileira, o que não se torna possível até porque isso maltrataria o princípio da *soberania nacional*. Com base nessas razões, em votação unânime, o resultado foi o indeferimento^{43,44}.

Na Apelação Cível nº 9.690, cujo resultado unânime foi o não-provimento, o STF aprecia determinadas circunstâncias da despedida de empregado de Consulado-Geral de Estado estrangeiro⁴⁵. Ocorre a renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado estrangeiro que requereu, perante a Justiça brasileira, a instauração do inquérito trabalhista. Aspectos que denunciam a falta grave constantes de agressão física a um subordinado. Há incontinência de conduta, com aspectos anteriores negativos do procedimento funcional do empregado que já haviam ensejado sanção disciplinar. Não-ocorrência de *bis in idem* na aplicação da penalidade. A rescisão do contrato de trabalho, pelo empregador, dá-se com base no art. 482, letra “b”, da CLT. Afastamento do serviço, com os salários, enquanto a Administração do Consulado realizava sindicância para apuração prévia dos fatos. Não-aceitação da *probatión*, por um ano, pelo empregado.

No caso em espécie, houve a tentativa anterior de recuperação do empregado, quando principiou seu declínio funcional. A circunstância da aplicação do direito trabalhista brasileiro, para dirimir a controvérsia (*lex loci executionis*), não implica, por si só, a inviabilidade de poderem os órgãos do Estado estrangeiro empregador ser considerados segundo

“as peculiaridades do funcionamento de seus serviços e de acordo com disciplina interna a todos os empregados aplicável, desde que, a evidência não ofenda a *soberania nacional*, a ordem pública e os bons costumes, a teor do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil”.

Os atos de disciplina, ditados pela organização administrativa da Embaixada ou do Consulado, do Estado estrangeiro, no território nacional, respeitado o dis-

posto no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), não de ser considerados no exame de eventual litígio trabalhista posto à apreciação do Poder Judiciário brasileiro. Se um certo comportamento pode ser tido como tolerável no âmbito de uma empresa privada, não configurando falta grave, nada obsta tê-lo como de maior gravidade, se ocorrer, em relação de emprego, no âmbito de Repartição estrangeira, no território nacional, que assim lhe empreste, com mais rigor, determinada disciplina, sempre tendo em conta o parâmetro do art. 17 da LICC. Não se caracterizou, na espécie, dupla punição, pelo mesmo fato. O afastamento do empregado, sem prejuízo dos salários, em virtude de fato grave sucedido no recinto de trabalho do Consulado-Geral em São Paulo fez-se com o objetivo de tornar viável a apuração completa do incidente, segundo diretrizes de serviço do Estado estrangeiro, não atentatórias, na espécie, ao art. 17 da LICC. A atualidade da punição verificou-se. Sentido da não-aceitação, pelo empregado, da *probation*. Nos autos, não só se afirmam as ofensas físicas contra outro colega no recinto do Consulado, mas também comportamento do empregado que, progressivamente, comprometia-o por desídia, desinteresse pelo serviço, com o freqüente não-cumprimento dos expedientes normais de trabalho e, ainda, por apresentação, com sinais de ter ingerido álcool, manifestações verificadas em serviço. Procedência do inquérito judicial. Falta grave enquadrável nas letras “b” e “h” do art. 482 da CLT aos fins dos art. 492 e 493 do mesmo diploma legal⁴⁶. Apelação a que se negou provimento.

4.2. Aplicação do princípio da soberania pelo Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, ao dirimir o Conflito de Competência nº 22.889/RJ⁴⁷ entre a Justiça Federal e a Justiça Criminal do Rio de Janeiro, decidiu a favor da segunda sob o argumento de

que a apreensão de arma de uso exclusivo das Forças Armadas com civil não enseja a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito, ainda mais se ficou afastada a possibilidade de ocorrência de contrabando – não se verificou, pois existia laudo pericial atestando a sua fabricação em território nacional. Verificou-se a inoportunidade, em princípio, de lesão ou perigo de lesão à integridade territorial, à *soberania nacional*, ao regime representativo e democrático, à federação, ao estado de Direito, ou à pessoa dos chefes dos poderes da União⁴⁸.

No *recurso especial nº 117.784/SP*, referente a contrato de investimento financeiro⁴⁹, a que, por unanimidade, foi conhecido e dado provimento, seu fundamento decorreu da circunstância de que a “jurisprudência do STJ consolidou entendimento no sentido de que o banco comercial é parte legítima para responder perante o adquirente do recibo ou depósito bancário por eventual diferença, descabendo a denúncia da lide à União Federal”. No contrato de aplicação financeira, a lei cogente que regula direito financeiro tem incidência imediata atingindo até as avenças em curso. “Essas normas emanam da própria soberania do estado e os administrados não podem opor contra elas o princípio da aquisição de direitos”⁵⁰.

Consoante entendimento do STJ, o direito internacional público atual não tem prestigiado como absoluto o princípio da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro, e nesse sentido confirmou decisão que deu pela competência da justiça brasileira⁵¹.

O princípio da soberania tem sido usado como fundamento essencial de argumentações das partes envolvidas. No Mandado de Segurança nº 6.494/MG, a CONFEGAPE insurge-se contra o Ministério Público Federal, que exigia da entidade retirar de seus Estatutos do Conselho Federal de Garimpeiros as palavras

“defender, fiscalizar e coordenar”⁵². A Procuradoria da República, em Minas Gerais, instaurou processo sob o pálio de defender as leis, as autarquias e suas prerrogativas, vez que a entidade investigada estaria de fato ferindo as prerrogativas das autarquias. A CONFEGAPE, por meio do *mandamus*, pretendeu do STJ revogar as decisões do R/MPF-MG, extinguindo os autos do processo investigatório acionado. Os principais argumentos da entidade impetrante foram os de que “o órgão só fez bem às classes, ao país e à soberania nacional”, “o órgão não causa lesões à nação”, pelo contrário, “o órgão ajuda a justiça e a polícia a combater os crimes nos garimpos do país”⁵³.

4.3. Aplicação do princípio da soberania pelo Superior Tribunal Militar

A apreciação do princípio da soberania tem sido permanente nos julgamentos do Superior Tribunal Militar.

O artigo 219 do Código Penal Militar prevê o crime de ofensa às Forças Armadas. Em recurso criminal, RCFO nº 5.952-6/PA, de 11-9-90, o STM rejeitou denúncia com base nesse artigo, cujo substrato da decisão foi o seguinte:

“Para que se caracterize o crime do artigo 219, do Código Penal Militar, há necessidade de que a divulgação dos fatos inverídicos sejam propalados de tal forma que o homem comum neles acredite, e que esses fatos ainda sejam capazes de abalar o crédito e o conceito que as Forças Armadas devem inspirar junto à sociedade como instrumento de garantia da *soberania nacional*, consoante destinação constitucional” (grifos nossos)⁵⁴.

A tipificação do crime em foco exige que a divulgação de fatos precisos e determinados, que o agente sabe inverídicos, mas que tenham a aparência de realidade, sejam potencialmente ofensivos às Forças Armadas, ou seja, caracterizados de objetividade.

Em outra decisão envolvendo o crime de ofensa às Forças Armadas, o STM negou provimento a recurso do Ministério Público Militar, mantendo a decisão anterior que rejeitara a denúncia. Segundo o STM, declarações levianas e inverídicas, a periódico de publicação restrita, não têm o condão de abalar o crédito e o conceito que as Forças Armadas inspiram na sociedade, como mantenedora da soberania nacional, consoante destinação especificada na Lei Maior⁵⁵.

4.4. Aplicação do princípio da soberania pelo Tribunal de Contas da União

O princípio da soberania nacional tem sido recorrente nos pareceres do Tribunal de Contas da União – TCU. A soberania é referida, entre outros pareceres, no da apreciação das contas do governo, exercício de 1996⁵⁶.

No Parecer Prévio, acima relatado, em observância do disposto no art. 71, I, da Constituição Federal, o TCU aprovou as Contas do Governo, atinentes ao exercício de 1996, que foram prestadas pelo Presidente da República ao Congresso Nacional no prazo constitucional.

É da competência do Congresso Nacional julgar as contas anuais prestadas pelo Presidente da República, consoante o art. 49, inc. IX, da Constituição Federal. Por sua vez, o Tribunal de Contas da União apreciou as referidas contas, mediante parecer prévio elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento, ocorrido em 18 de abril de 1997. Entre os diversos considerandos⁵⁷, fundamentos, razões de voto que sustentam a aprovação das contas do governo, é pertinente relatar um pequeno trecho da extensa e bem sustentada fala do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, que exalta a atitude de ingente defesa da soberania nacional, por parte do governo em relação à ALCA e ao Mercosul, nos seguintes termos:

“O MERCOSUL E A ALCA. Merece enômios a atuação dos órgãos do governo em seu trabalho no

último conclave realizado em Belo Horizonte, período de 12 a 16 de maio de 1997 e que se denomina FORUM DAS AMÉRICAS. Eu tive a oportunidade de representar o TCU e assistir a todo o desenrolar do evento. Foi muito expressiva e fortemente afirmativa da *soberania nacional* a decisão que contrariou a posição americana no que concerne aos planos de instalação das convocações definitivas sobre a ALCA. É evidente que o mercado brasileiro e sobretudo a indústria, o comércio e a prestação de serviços precisam alcançar um nível de qualidade que lhes permita competir com os produtos dos países mais adiantados. Por isso, a fixação do ano de 2005 constituiu uma vitória da diplomacia e da economia nacional. Ao concluir as presentes considerações, renovo meus louvores ao Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, pelo zelo demonstrado na elaboração do trabalho e Voto pela aprovação do PROJETO DE PARECER tal qual por ele proposto” (grifos nossos)⁵⁸.

Em representação formulada pela ABIGRAF contra a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República – SAE/PR, em função de aquisição de material gráfico sem autorização presidencial, nos termos do art. 113, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93, o TCU entendeu que o órgão está isento dessa obrigação⁵⁹. Algumas das atividades a cargo da SAE/PR estão diretamente relacionadas à soberania e defesa nacionais. Segundo o TCU, estando inserida “entre os ‘órgãos e entidades ligados à segurança nacional’, à SAE/PR não se aplicam as restrições impostas pelo Decreto nº 86.873/82, conforme estabelece o seu art. 3º”. Portanto, não se pode falar, sob a alegação de ausência de expressa autorização do Presidente da República, em ilegalidade do

processo licitatório em apreço. Segundo entendeu o TCU, a formação de um parque gráfico próprio, além de regularmente autorizada, justifica-se pela

“natureza sigilosa de uma substancial parcela das informações produzidas e/ou tratadas pela Secretaria, estritamente relacionadas à definição das estratégias de atuação da Administração Pública Federal, à *soberania nacional* e à defesa do estado democrático” (grifos nossos).

O TCU também tem competência para realizar auditorias do tipo operacional. Essa modalidade de auditoria possibilita inúmeros benefícios ao Órgão auditado. A partir do instante em que uma entidade da Administração Pública é selecionada pelo Tribunal em seus Planos de Auditoria, essa mera seleção é capaz de possibilitar que na entidade visada sejam levantadas questões de cunho operacional que normalmente deveriam ser discutidas pelo próprio órgão, porém não o são em função de barreiras diversas, especialmente políticas, que o mantêm, por longo tempo, frente a situações indesejadas. As auditorias operacionais orientam-se, fundamentalmente, para o futuro e para as melhorias que podem ser introduzidas nas respectivas áreas analisadas; é prática de alto interesse que permite responder a questões essenciais para que a soberania possa exercer o controle público. Essas auditorias proporcionam ao órgão uma certa exclusividade se comparado àqueles que ainda mantêm-se à parte de um controle dessa natureza. A simples presença de um órgão provido de competência técnica e política que possa ir, incondicionalmente, à busca de soluções, como é o caso do TCU, faz com que os problemas possam ser mais facilmente resolvidos. O Tribunal de Contas tem, dessa forma, o papel de iniciador desse processo de saneamento quando se propõe a realizar levantamentos e sugerir soluções técnicas para os problemas enfrentados pela entidade

auditada. Ademais, o TCU leva ao conhecimento das autoridades superiores o teor do trabalho, para que essas possam tomar as providências cabíveis.

Na auditoria operacional do Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia INPA, DC-0038-06/93-1, baseado em relatório elaborado pela Inspetoria Regional de Controle Externo no Amazonas – IRCE/AM, o TCU analisa, entre outros problemas, a composição dos financiamentos do INPA, atualmente muito dependentes de instituições estrangeiras, que exigem contrapartidas futuras⁶⁰. Devemos lembrar que o INPA foi criado por meio do Decreto nº 31.672, de 29 de outubro de 1952, em reação às reiteradas propostas estrangeiras de *internacionalização da Amazônia*. O INPA tem como finalidade promover e executar estudos, pesquisas científicas e de desenvolvimento tecnológico relacionadas com o meio ambiente e com os sistemas sócio-econômicos e culturais da Região Amazônica, e, ainda, realizar atividades de extensão e cursos de pós-graduação, objetivando a ampliação do conhecimento científico e tecnológico para o *desenvolvimento nacional*.

Na justificativa do voto do Relator do parecer do TCU, Ministro Homero Santos, consta expressamente o reconhecimento de que as atividades do INPA contribuem para o *fortalecimento da soberania nacional* mas que a origem estrangeira dos recursos do Instituto geram o comprometimento da *soberania do país*, por ficar implícita na relação a existência de contrapartida futura. Todavia, nessa mesma justificativa da auditoria operacional do INPA, o Ministro constata a escassez de recursos a que a entidade está submetida, sendo-lhe impossível “sobreviver à margem de recursos, ainda que externos”⁶¹.

5. Conclusão

Na hierarquia das normas, a Constituição está no vértice e representa, dentro do país, o consenso jurídico mais fundamental a que a comunidade nacional

atingiu. Esse documento consensual fundamental a que os constituintes, representantes do povo, chegaram, a Constituição, consagra o princípio da soberania como o primeiro dos princípios que rege a organização política da República Federativa do Brasil.

Ao estudarmos a soberania no Direito constitucional brasileiro, preocupamos, essencialmente, em (1) verificar a previsão da soberania na Constituição de 1988, (2) constatar sua manifestação nas Constituições brasileiras anteriores, (3) analisar como se dava a manifestação do princípio da soberania na jurisprudência brasileira. Isso nos permitiu constatar que a Constituição brasileira de 1988 é a mais enfática em afirmar o princípio da soberania, que está previsto nos artigos 1º; 5º, XXXVIII e LXXI; 14; 17; 91; 170 e 231. As Constituições anteriores, em geral, não o mencionam expressamente. Contudo, acreditamos que, ainda nesses casos, o silêncio se deve ao fato de que ele já é considerado como fundamento do Estado. Além disso, as demais Constituições consagram vários outros preceitos constitucionais que guardam íntima relação com o preceito da soberania, tais como, interesse nacional, poder do povo e para o povo, independência nacional, autodeterminação dos povos etc. Por último, procedemos ao estudo jurisprudencial, contemplando decisões do STF, STJ, STM e TCU, que recorrem ao princípio da soberania como fundamento de decisão. Com isso, demonstramos uma das formas de efetiva aplicação do princípio da soberania no âmbito do Direito pátrio.

Dessa forma, buscamos subsidiar a afirmação de que, apesar dos discursos exaltados dos que detectam o fim do Estado Nacional e a demolição das soberanias, o princípio da soberania permanece inteiramente válido e eficiente para o Brasil, em particular no que se relaciona à sua Constituição e às decisões de seus tribunais – que ao princípio recorrem sistematicamente.

Notas

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. 1984. p. 355.

² CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 1992, v. 1, p. 69.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, preâmbulo: “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”.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição de 1988*. 1990, v. 1, p. 18-19.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 1994. p. 95.

⁶ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 137. O mestre observa, não obstante, às páginas 136-137, que o Título Primeiro, arts. 1º a 5º, mistura as noções de princípios com as de objetivos, vez que, segundo ele, “princípios, que definimos como proposições que se colocam na base dos sistemas, são sempre *fundamentais*, porque são ‘fundações’, ‘alicerces’, ‘bases’”.

⁷ VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho constitucional comparado*. Traducción e introducción por Pablo Lucas Verdú. 1983. p. 13.

⁸ VERGOTTINI, op. cit., p. 22.

⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofia*, 1991. p. 580.

¹⁰ SIÉYÈS, Emmanuel Joseph, Comte. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* Org. e introd. Aurélio Wander Bastos, tradução por Norma Azeredo, 1988.

¹¹ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 1., p. 288.

¹² RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 1972. p. 186.

¹³ José Cretella Jr., em comentário à expressão *soberania do veredicto*, afirma: “O vocábulo ‘soberania’ é aqui empregado no sentido corrente ou vulgar e não no sentido técnico-jurídico, significando, o termo, ‘indiscutibilidade’: a *decisão do júri*, quando obedecido o *due process of law*, faz ‘coisa julgada’, é insuscetível de contestação, a não ser que advenha de *fato posterior*, que possibilite algum tipo de recurso”. A expressão *soberania do veredicto* foi introduzida em 1946, mantida em 1967 e suprimida pela EC nº 1 de 1969. Não deveria figurar, segundo Cretella Jr., em regra jurídica constitucional por estar implícita a regra no Cód. Proc. Penal, quando trata das possibilidades de apelação e da impugnação de veredictos prolatados pelo júri – v. CRETELLA JR., op. cit., p. 470.

¹⁴ DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção*, 1989, p. 70.

¹⁵ CRETELLA JR., op. cit., p. 760.

¹⁶ FERREIRA, op. cit., p. 332.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, art. 91, *caput* e seguintes, p. 62-63.

¹⁸ Analisando o art. 12 da Constituição imperial, afirma José Carlos Rodrigues: “Donde resulta que o poder eleitoral é sem duvida nenhuma o primeiro poder político, do qual derivão todos os outros” (sic) – v.: BRASIL. Constituição política do Império do Brasil. Seguida do Acto adicional, da lei da sua interpretação e de outras notas analysada por um juriscultor e novamente anotada com a leis regulamentares, decretos, avisos, ordens, e portarias que lhe são relativas, por José Carlos Rodrigues, 1863, art. 12, p. 15.

¹⁹ OLIVEIRA, Almir de. Direito constitucional brasileiro e direitos humanos. *Separata da Revista de Informação Legislativa*, ano 20, n. 79, p. 180, jul./set. 1983.

²⁰ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Analysada e anotada por José Carlos Rodrigues, 1863, art. 1., p. 7. O tratado de 1825, em que Portugal reconheceu a soberania brasileira, foi assinado, do lado lusitano, pelo diplomata inglês Charles Stuart, munido que estava de poderes especiais por parte de D. João VI – v. SOARES, op. cit., p. 44.

²¹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Op. cit., art. 6, IV, p. 14.

²² Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as liberdades públicas surgidas no final do século XVII não constituem senão a primeira geração dos direitos fundamentais. Esses direitos definem “a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado. E, limitando o poder, deixam de fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade” – v. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 1999. p. 6.

²³ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Op.cit., art. 173 a 179, 1863, p. 137-161.

²⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo : Max Limonad, v. 1, 1953. p. 41.

²⁵ QUIRINO, Célia Galvão, MONTES, Maria Lúcia. *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo : Ática, 1987. p. 48-49.

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 49.

²⁷ OLIVEIRA, op.cit., p. 185.

²⁸ OLIVEIRA, op.cit., p. 188.

²⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no entanto, de forma diligente observa: “A Constituição de 1946 seguiu de perto o modelo traçado pela Lei Magna de 1891 e, particularmente, pela de 1934. Em muitos pontos, procurou reagir frontalmente contra as práticas e os hábitos que a ditadura de Vargas imprimira à vida nacional – v.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: (emenda constitucional n. 1, de 17-10-69, com as alterações introduzidas pelas emendas constitucionais até a 27, de 27-11-85)*. 6. ed. 1986. p. 6.

³⁰ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda nº 1, de 1969. v. 1, abril de 1970, p. 25.

³¹ Muito já se discutiu sobre a natureza do texto decorrente da Emenda n. 1 de 1969. Seria uma nova Constituição? José Cretella Júnior situa a Constituição de 1967 como a sexta do país; o texto alterado de 1969 ele o considera como a sétima Constituição do país, pois, segundo ele: “Preferimos denominar de Constituição a Carta Constitucional de 1969, tantas foram as alterações feitas, no texto emendado de 24 de janeiro de 1967” – v. CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 36-42 e 45. Orlando Soares identifica a Constituição de 1967 com a instituição da *Sexta República* e a de 1969 com o da *Sétima República* – v. SOARES, op. cit., p. 78-86. José Afonso da Silva observa que “afinal promulgado em 17.10.69, como *EC I à Constituição do Brasil*, para entrar em vigor em 30.10.69. Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*” – v. SILVA, op. cit., p. 80. Em sentido contrário, Pontes de Miranda, ao discorrer sobre a Emenda n. 1 de 1969, sempre a ela se refere como vinculada antologicamente à Lei Maior de 1967, razão que inclusive justifica o nome que dá aos seus comentários – v.: MIRANDA, op. cit., 1970. Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta: “Esta Emenda n. 1 não modificou substancialmente a Constituição. É certo que não se limitou a burlar a redação anterior. Modificou-a em muitos pontos significativamente. Não lhe alterou o sistema, contudo, nem lhe deformou o espírito. Assim, nem formalmente, nem substancialmente, há razão para denominar-se Constituição de 1969 a Emenda n. 1 à Constituição de 1967” – v. FERREIRA FILHO, op. cit., 1986, p. 45.

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. cit., 1987. art. 152, p. 68.

³³ FERREIRA FILHO, op. cit., 1986, p. 573.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. cit., art. 152, III, 1987. p. 68.

³⁵ FERREIRA FILHO, op. cit., 1986, p. 575.

³⁶ MIRANDA, op. cit., 1970, p. 56.

³⁷ De toda e qualquer forma, inúmeros julgados consultados, que embora não tenham sido diretamente citados no corpo principal do presente item, são indicados em notas de rodapé.

³⁸ O art. 215 do Regimento Interno do STF estabelece: “A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal ou por seu Presidente” – v.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno de 15-10-80. In: Código de Processo Civil. Coord. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Revista dos Tribunais, 1997. p. 870.

³⁹ Prescreve o art. 216 do Regimento Interno do STF: “Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” – v.: Op. cit., p. 870.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença estrangeira – homologação – sistema de delibação – limites do juízo deliberatório – pressupostos de homologabilidade – ausência de autenticação consular da certidão de trânsito em julgado – condenação da parte sucumbente a verba honorária – possibilidade – recusa de homologação por ausência de um de seus requisitos – extinção do processo sem julgamento do mérito. *Sentença estrangeira contestada n. 4.738*. Estados Unidos versus União Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão de 24 de nov. 1994. *Diário do Judiciário*, p. 8871, 07 abr. 1995. Disponível na Internet: <www.stf.gov.br/A:\nph-brs(2).html> (inclusão no site: 20-4-95; última alteração: 09-11-99).

⁴¹ Para outra decisão relacionada à sentença apresentada, vide o precedente: *se-1945, RTJ-81/347, RTJ-93/40, RTJ-95/1017, RTJ-115/1089, RTJ-49/148, RTJ-124/471, RTJ-93/514, RTJ-104/971, RTJ-13/92*.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indexação pedido, homologação, sentença judiciária estrangeira, posse, guarda, filho menor. Autos, comprovação, irregularidade, citação, réu, domicílio, Brasil, recusa, subordinação, justiça estrangeira. Impropriedade, pedido, descumprimento, requisitos, homologação, violação, princípio constitucional, soberania. in0026, sentença estrangeira, citação, irregularidade. *Sentença estrangeira n. 3.457*. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Acórdão 27-8-87. *Diário do Judiciário*, 19-out.-87. p. 21.776. Disponível na Internet: <www.stf.gov.br/A:\nph-brs(3).html> (última alteração, 12-3-99).

⁴³ A fim de consultar decisões correlatas, v.: *se-2114, RTJ-87/384; se-2311, RTJ-89/742; se-2512, RTJ-89/743; se-2582, RTJ 99/28; se-2609, se-2225, se-2227, se-2522, RTJ 87/782; se-1529, RTJ 8/274*.

⁴⁴ Legislação diretamente relacionada à espécie: Lei-Del. 4.657/42, Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, art. 12; Lei-5.869/73, CPC, art-89; Regimento Interno do STF, ano-1980, art. 216, art. 217 inc. 1, art. 217 inc. 2. Reza o art. 12 da LICC: “É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Empregado, consulado estrangeiro, rescisão contratual, falta grave consulado estrangeiro, despedida justa IN0471, imunidade de jurisdição, renúncia, Estado Estrangeiro, inquérito trabalhista, período de prova, *probatton*, sujeição, recusa. *Apelação cível n. 9.690/SP*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Acórdão 31-ago-88. *Diário do Judiciário*, 13-03-92, p. 2922. Disponível na Internet: <www.stf.gov.br/A:\nph-brs(4).html> (implantação no site, 13-4-92; última alteração 19-8-94).

⁴⁶ Decisões relacionadas à Apelação Cível relatada, vide: AC-9681, RTJ-65/24, PETA-56466, RTJ-66/727, AC-9686-6, RTJ-121/47, AC-9687-4, RTJ-111/949,

AC-9684-0, RTJ-104/990, ACOR-298, RTJ-104/889. Legislação pertinente ao caso, vide LICC-42, Lei de Introdução ao Código Civil, art. 17; Lei-del-005452/43, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 482, b, h, arts-492, 493, 853. Diz o art. 17 da LICC: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Competência jurisdicional – justiça estadual – julgamento – ação penal – apreensão – arma de fogo – uso privativo – forças armadas – réu – civil – não caracterização – contrabando – inexistência – ofensa – lei de segurança nacional. *Conflito de competência n. 22.889/RJ*. Relator: Ministro Gilson Dipp. Acórdão 28-04-99. *Diário do Judiciário*, 24-mai.-99, p. 91. Disponível na Internet: <<http://www.stj.gov.br/neta/cgi/nph-brs?s1='soberania+nacional'.../index.html&r=1&f=G&l=200>>

⁴⁸ Legislação também aplicável, v. Lei n. 7.170/83.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Legitimidade passiva – banco comercial – manifestação – correção monetária prefixada – CDB – RDB – descabimento – denúncia da lide – União Federal – cabimento – aplicação imediata – Lei – ordem pública – contrato – aplicação financeira – abrangência – processo – andamento – decorrência – soberania nacional – impossibilidade – alegação – direito adquirido. *Recurso Especial n. 117784/SP*. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Acórdão 02-09-97. *Diário do Judiciário*, 01-dez.-97, p. 62.739. Disponível na Internet: <<http://www.stj.gov.br/neta/cgi/nph-brs?s1='soberania+nacional'.../index.html&r=2&f=G&l=200>>

⁵⁰ Legislação atinente: Lei 8.177/91, art. 27. Outros recursos especiais relacionados ao relatado: Resp-184556/SP, DJ, 29-mar.-99, p. 173; Resp-150730/SP, DJ, 06-abr.-98, p. 106; e muitos outros.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Comerciante – propositura – ação ordinária – cobrança – representação diplomática especial – país estrangeiro – competência jurisdicional – justiça brasileira – julgamento – inadimplemento – contrato – direito civil – embaixada estrangeira – caracterização – ato – gestão – inaplicabilidade – imunidade diplomática – inexistência – direito internacional – norma jurídica – determinação – reconhecimento – imunidade – jurisdição – embaixada estrangeira – ofensa – soberania nacional. *Agravo de Instrumento n. 757/DF*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Sessão 21-08-90. *Diário do Judiciário*, 01-out.-90, p. 10.448. Disponível na Internet: <<http://www.stj.gov.br/neta/cgi/nph-brs?s1='soberania+nacional'.../index.html&r=3&f=G&l=200>>

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. MS 6494/MG. Conselho Federal e Internacional Ilimitado dos Garimpeiros Pedristas

Mineradores e Joalheiros – CONFECAPE versus Ministério Público Federal. Relator: Ministro José Delgado. Sessão 21-09-99. *Diário do Judiciário*, 30-set.-1999, p. 367. Disponível na Internet: <<http://www.stj.gov.br/neta/cgi/nph-brs?s1='soberania+nacional'.../index.html&r=4&f=G&l=200>>

⁵³ O mandado de segurança não foi provido pelo STJ, cuja decisão, na sua parte final, assim está fundamentada: “É plenamente sabido que a competência do Superior Tribunal de Justiça, por ser fixada pela Constituição Federal, é de natureza fechada, o que impossibilita a fixação de interpretação ampliativa. Na espécie, conforme demonstrado acima, não há previsão de competência do STJ para processar e julgar, originariamente, o presente *mandamus* pelo que, com apoio no artigo 212, do RISTJ, o indefiro”.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Civil – acusação – execução – crime – ofensa – Forças Armadas – rejeição – denúncia – juiz auditor – ausência – tipicidade – desprovemento – recurso da acusação – manutenção da decisão – juízo – primeira instância – unanimidade. *Recurso Criminal, RCFO n. 5952-6/PA*. Relator: Ministro Eduardo Pires Gonçalves. Sessão 11-09-90. *Diário do Judiciário*, 16-nov.-90, v. 1890-01. Disponível na Internet: <<http://www.stm.gov.br/scripts/samples/search/webhits.exe/j.../pesquisa.htm&CiHiliteType=Full>>

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Ministério Público Militar – interposição – recurso criminal – decisão – juiz auditor – rejeição – denúncia – civil – acusado – ofensa – Forças Armadas – unanimidade – desprovemento – recurso da acusação – ausência – tipicidade. *Recurso Criminal, RCFO n. 6135-0/SP*. Relator: Ministro José do Cabo Teixeira de Carvalho. Sessão 10-03-94. *Diário do Judiciário*, 09-mai.-94, v. 994-01. Disponível na Internet: <<http://www.stm.gov.br/scripts/samples/search/webhits.exe/j.../pesquisa.htm&CiHiliteType=Full>>

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Contas do Governo. Parecer Prévio. Priorização do ensino superior em detrimento do ensino fundamental. Extrapolação da dotação orçamentária pelas empresas estatais. Pouca transparência nas operações do PROER. Ineficiência na cobrança de créditos inscritos em Dívida Ativa. Ausência nos Balanços Gerais da União, de forma clara e detalhada, a destinação dos recursos provenientes do PND. Entidades financeiras privadas socorridas pelo PROER, não identificadas sob a alegação de sigilo bancário. Parecer Prévio pela regularidade das contas. Unanimidade dos votos. Recomendação. - Sigilo bancário. Considerações sobre o assunto. *Contas do Governo 1996 - Plenário - Ata 21/97*. Relator: Ministro Paulo Afonso Martins de Oliveira. Sessão, 10-jun-1997. *Diário Oficial da União*, 26-jun-1997. p. 13.279. Disponível na Internet: <www.tcu.../&p=1&SECT5=ADJ&r=1&f=G&s1='soberania+nacional'&d=C001&l=100> (incluído e atualizado em 07-07-97).

⁵⁷ Entre algumas razões técnicas para a aprovação das contas do governo, exercício 1996, podem ser elencadas as seguintes, que são as primeiras e fundamentais: “CONSIDERANDO que os Balanços Gerais da União e o Relatório da Secretaria do Tesouro Nacional traduzem a execução dos Orçamentos Fiscal, da Seguridade Social e de Investimento das Empresas Estatais, bem como o comportamento das Receitas e Despesas dos diversos órgãos e entidades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e das Funções Essenciais à Justiça; CONSIDERANDO que o Relatório que acompanha as Contas do Governo contém detalhadas e minuciosas informações sobre a execução dos programas incluídos no orçamento anual quanto à execução da programação financeira de desembolso; CONSIDERANDO que no Relatório apresentado pelo Ministro-Relator ao Plenário do Tribunal de Contas da União estão registrados e analisados os atos e fatos contábeis, econômicos, financeiros, orçamentários e patrimoniais realizados pelo Governo no exercício de 1996; CONSIDERANDO que o Relatório sobre as Contas do Governo contém as informações necessárias para o Congresso Nacional analisar os reflexos da administração financeira e orçamentária federal sobre o desenvolvimento econômico e social do país; CONSIDERANDO que a análise técnica sobre as Contas prestadas pelo Presidente da República, bem como este Parecer Prévio, não interferem nem condicionam o posterior julgamento pelo Tribunal das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, bem como daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário, consoante o disposto no art. 71, II, da Constituição Federal; e CONSIDERANDO o disposto no art. 181 do Regimento Interno, É DE PARECER que os Balanços Gerais da União representam adequadamente a posição financeira, orçamentária e patrimonial da União em 31 de dezembro de 1996, bem como o resultado das operações, de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade aplicados à Administração Pública Federal, estando assim as contas prestadas pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Professor Fernando Henrique Cardoso, em condições de serem aprovadas pelo Congresso Nacional. Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de junho de 1997” – v. *Op. cit.* Disponível na Internet, site já citado, 53 p., p. 1-2.

⁵⁸ *Op. cit.* Disponível na Internet, site já citado, 53 p., p. 49-50.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação formulada pela Associação Brasileira da Indústria Gráfica. Licitação promovida pela SAE para aquisição de equipamentos de reprodução gráficos sem autorização presidencial. Órgão isento desta obrigação. Conhecimento. Negado provimento. Arquivamento. *Decisão 326/96 – Plenário – Ata 22/96.* Relator: Ministro

Paulo Affonso Martins de Oliveira. Sessão 05-06-96. *Diário Oficial da União*, p. 11.791. Disponível na Internet: <<http://www.tcu.../&p=1&SECT5=ADJ&R=3&F=G&s1='soberania+nacional'&d=C001&l=100>> (incluído em 05-07-96, atualizado em 29-08-96, 3p.)

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria Operacional. INPA. MCT/PR. Considerações sobre a área de pesquisa científica e tecnológica do país, bem como sobre os recursos humanos, financeiros e materiais de que dispõe. Política Governamental para o setor. Envio de Relatório às entidades competentes. *Auditoria Operacional*, DC-0038-06/93-1. Entidade: Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia – INPA. Relator: Ministro Homero Santos. Sessão 09-03-93. *Diário Oficial da União*, 17-mar.-93, p. 3.358. Disponível na Internet: <<http://www.tcu.../&p=1&SECT5=ADJ&r=2&f=G&s1='soberania+nacional'&d=C001&l=100>> (incluído e atualizado em 06-04-93, 8 p.).

⁶¹ O reconhecimento da soberania em relação ao INPA e o voto aparentemente contrário a esse reconhecimento assim foi expresso pelo Relator Ministro Homero Santos: “Os critérios escolhidos pela competente equipe da IRCE-AM que serviram de base para a seleção do INPA como órgão da presente Auditoria Operacional não podiam ser mais adequados, haja vista os aspectos de cunho econômico-social que neles encontram-se contemplados. 2. No tocante às atividades-fins daquele instituto, há que se ressaltar os aspectos de desenvolvimento da região e fortalecimento da *soberania nacional*, mais especificamente a defesa e preservação da Região Amazônica, os quais são, em parte, possibilitados pela contribuição dada pelas pesquisas e projetos de competência do INPA. 3. No que diz respeito à origem estrangeira dos recursos utilizados por aquele instituto, segundo abordado pela própria Equipe e ainda enfatizado pela nobre Inspectora-Regional, o fato de serem estes oriundos de outros países pode levar o Brasil a um certo comprometimento de sua *soberania* por ficar implícita nessa relação a existência de uma contrapartida futura que compense o investimento feito por esses países naquela área, contrariando ainda aos *interesses nacionais* que justamente nortearam a própria criação do Instituto. 4. Quanto à escassez de recursos a que se encontra submetida a entidade auditada, é importante ressaltar que um órgão como o INPA, cujas atividades são, na sua maioria, de pesquisa, não pode prescindir de apoios financeiros, uma vez que os programas por ele desenvolvidos tendem, por sua própria natureza, a contabilizar apenas despesas. 5. Não vejo, portanto, como seria possível a uma instituição de objetivos sociais tão relevantes e trabalhos quase que exclusivamente voltados para a pesquisa sobreviver à margem de recursos, ainda que externos. 6. Na verdade, o País vive uma fase de total incapacidade de gerar poupança, razão pela qual as restrições financeiras para crescer e implantar medidas nas áreas em foco tem sido compensada pelo apoio internacional. Tanto que o próprio Relatório brasileiro para a ECO-92 sugeriu a

captação de recursos externos, resultando, em essência, num dos princípios ambientais e de desenvolvimento sustentável subscrito pelos países participantes da referida Conferência, cuja 'Declaração do Rio' também foi denominada 'Carta da Terra' (grifos nossos) – v. *Op. cit.* Disponível na Internet: <<http://www.tcu.../p=1&SECT5=ADJ&r=2&f=G&s1='soberania+nacional'&d=C001&l=100>> (8 p., p. 6-7).

Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofia*. 2. ed., 8. reimpr. Traducción de Alfredo N. Galletti. México : Fondo de Cultura Económica, 1991. 1206 p.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984. 405 p.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 22, de 18-3-1999. 22. ed., atual. e ampliada. São Paulo : Saraiva, 1999. 273 p.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 27, de 28-11-1985. 32. ed. São Paulo : Saraiva, 1987. 124 p.
- BRASIL. *Constituição política do Império do Brasil*: seguida do Acto adicional, da lei da sua interpretação e de outras notas analysada por um juriconsulto e novamente anotada com a leis regulamentares, decretos, avisos, ordens, e portarias que lhe são relativas. por José Carlos Rodrigues. Rio de Janeiro : Eduardo & Henrique Laemmert, 1863. 274 p.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Comerciante – propositura – ação ordinária – cobrança – representação diplomática especial – país estrangeiro – competência jurisdicional – justiça brasileira – julgamento – inadimplemento – contrato – direito civil – embaixada estrangeira – caracterização – ato – gestão – inaplicabilidade – imunidade diplomática – inexistência – direito internacional – norma jurídica – determinação – reconhecimento – imunidade – jurisdição – embaixada estrangeira – ofensa – soberania nacional. *Agravo de Instrumento n. 757/DF*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Sessão 21-08-90. *Diário do Judiciário*, 01-out.-90, p. 10.448. Disponível na Internet: <<http://www.stj.gov.br/netacgi/nphbrs?s1='soberania+nacional'.../index.html&r=3&f=G&l=200>>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Competência jurisdicional – justiça estadual – julgamento – ação penal – apreensão – arma de fogo – uso privativo – forças armadas – réu – civil – não caracterização – contrabando – inexistência – ofensa – lei de segurança nacional. *Conflito de competência n. 22.889/RJ*. Relator: Ministro Gilson Dipp. Acórdão 28-04-99. *Diário do Judiciário*, 24-mai.-99,

p. 91. Disponível na Internet: <<http://www.stj.gov.br/netacgi/nphbrs?s1='soberania+nacional'.../index.html&r=1&f=G&l=200>>

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Legitimidade passiva – banco comercial – manifestação – correção monetária prefixada – CDB – RDB – descabimento – denúncia da lide – União Federal – cabimento – aplicação imediata – Lei – ordem pública – contrato – aplicação financeira – abrangência – processo – andamento – decorrência – soberania nacional – impossibilidade – alegação – direito adquirido. *Recurso Especial n. 117784/SP*. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Acórdão 02-09-97. *Diário do Judiciário*, 01-dez.-97, p. 62.739. Disponível na Internet: <<http://www.stj.gov.br/netacgi/nphbrs?s1='soberania+nacional'.../index.html&r=2&f-G&l=200>>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. *MS 6494/MG*. Conselho Federal e Internacional Ilimitado dos Garimpeiros Pedristas Mineradores e Joalheiros – CONFEGAPE versus Ministério Público Federal. Relator: Ministro José Delgado. Sessão 21-09-99. *Diário do Judiciário*, 30-set.-1999, p. 367. Disponível na Internet: <<http://www.stj.gov.br/netacgi/nphbrs?s1='soberania+nacional'.../index.html&r=4&f=G&l=200>>
- BRASIL. Superior Tribunal Militar. Civil – acusação – execução – crime – ofensa – Forças Armadas – rejeição – denúncia – juiz auditor – ausência – tipicidade – desprovemento – recurso da acusação – manutenção da decisão – juízo – primeira instância – unanimidade. *Recurso Criminal, RCFO n. 5952-6/PA*. Relator: Ministro Eduardo Pires Gonçalves. Sessão 11-09-90. *Diário do Judiciário*, 16-nov.-90, v. 1890-01. Disponível na Internet: <<http://www.stm.gov.br/scripts/samples/search/webhits.exe/j.../pesquisa.htm&CiHiliteType=Full>>
- BRASIL. Superior Tribunal Militar. Ministério Público Militar – interposição – recurso criminal – decisão – juiz auditor – rejeição – denúncia – civil – acusado – ofensa – Forças Armadas – unanimidade – desprovemento – recurso da acusação – ausência – tipicidade. *Recurso Criminal, RCFO n. 6135-0/SP*. Relator: Ministro José do Cabo Teixeira de Carvalho. Sessão 10-03-94. *Diário do Judiciário*, 09-mai.-94, v. 994-01. Disponível na Internet: <<http://www.stm.gov.br/scripts/samples/search/webhits.exe/j.../pesquisa.htm&CiHiliteType=Full>>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Empregado, consulado estrangeiro, rescisão contratual, falta grave consulado estrangeiro, despedida justa IN0471, imunidade de jurisdição, renúncia, Estado Estrangeiro, inquérito trabalhista, período

- de prova, *probation*, sujeição, recusa. *Apelação cível n. 9.690/SP*. Relator: Ministro Néri da Silveira. Acórdão 31-ago-88. *Diário do Judiciário*, 13-03-92, p. 2922. Disponível na Internet: <www.stf.gov.br/A:\nph-brs(4).html> (implantação no site, 13-4-92; última alteração 19-8-94).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indexação pedido, homologação, sentença judiciária estrangeira, posse, guarda, filho menor. Autos, comprovação, irregularidade, citação, réu, domicílio, Brasil, recusa, subordinação, justiça estrangeira. Impropriedade, pedido, descumprimento, requisitos, homologação, violação, princípio constitucional, soberania. in0026, sentença estrangeira, citação, irregularidade. *Sentença estrangeira n. 3.457*. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Acórdão 27-8-87. *Diário do Judiciário*, 19-out.-87, p. 21.776. Disponível na Internet: <www.stf.gov.br/A:\nph-brs(3).html> (última alteração, 12-3-99).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno de 15-10-80. In: Código de Processo Civil. Coord. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença estrangeira – homologação – sistema de delibação – limites do juízo delibatório – pressupostos de homologabilidade – ausência de autenticação consular da certidão de trânsito em julgado – condenação da parte sucumbente a verba honorária – possibilidade – recusa de homologação por ausência de um de seus requisitos – extinção do processo sem julgamento do mérito. *Sentença estrangeira contestada n. 4.738*. Estados Unidos versus União Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão de 24 de nov. 1994. *Diário do Judiciário*, p. 8871, 07 abr. 1995. Disponível na Internet: <www.stf.gov.br/A:\nph-brs(2).html> (inclusão no site: 20-4-95; última alteração: 09-11-99).
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria Operacional. INPA. MCT/PR. Considerações sobre a área de pesquisa científica e tecnológica do país, bem como sobre os recursos humanos, financeiros e materiais de que dispõe. Política Governamental para o setor. Envio de Relatório às entidades competentes. *Auditoria Operacional*, DC-0038-06/93-1. Entidade: Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia – INPA. Relator: Ministro Homero Santos. Sessão 09-03-93. *Diário Oficial da União*, 17-mar.-93, p. 3.358. Disponível na Internet: <http://www.tcu.../&p=1&SECT5=ADJ&r=2&f=G&s1='soberania+nacional'&d=C001&l=100> (incluído e atualizado em 06-04-93, 8 p.).
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Contas do Governo. Parecer Prévio. Priorização do ensino superior em detrimento do ensino fundamental. Extrapolação da dotação orçamentária pelas empresas estatais. Pouca transparência nas operações do PROER. Ineficiência na cobrança de créditos inscritos em Dívida Ativa. Ausência nos Balanços Gerais da União, de forma clara e detalhada, a destinação dos recursos provenientes do PND. Entidades financeiras privadas socorridas pelo PROER, não identificadas sob a alegação de sigilo bancário. Parecer Prévio pela regularidade das contas. Unanimidade dos votos. Recomendação. – Sigilo bancário. Considerações sobre o assunto. *Contas do Governo 1996 – Plenário – Ata 21/97*. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Sessão, 10-jun-1997. *Diário Oficial da União*, 26-jun-1997, p. 13.279. Disponível na Internet: <www.tcu.../&p=1&SECT5=ADJ&r=1&f=G&s1='soberania+nacional'&d=C001&l=100> (incluído e atualizado em 07-07-97).
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação formulada pela Associação Brasileira da Indústria Gráfica. Licitação promovida pela SAE para aquisição de equipamentos de reprodução gráficos sem autorização presidencial. Órgão isento dessa obrigação. Conhecimento. Negado provimento. Arquivamento. *Decisão 326/96 – Plenário – Ata 22/96*. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Sessão 05-06-96. *Diário Oficial da União*, p. 11.791. Disponível na Internet: <http://www.tcu.../&p=1&SECT5=ADJ&R=3&F=G&s1='soberania+nacional'&d=C001&l=100> (incluído em 05-07-96, atualizado em 29-08-96, 3p.).
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, v. 1, 1992.
- DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção*. Prefácio por Raul Machado Horta. Rio de Janeiro : Aide, 1989. 129 p.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. S. Paulo : Saraiva, v.1, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: (Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-69, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais até a de n. 27, de 27-11-85)*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1986. 756p.
- _____. *Comentários à constituição de 1988*. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1990.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. 189 p.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo : Max Limonad, v. 1, 1953.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, tomo 1, abril de 1970.
- OLIVEIRA, Almir de. Direito Constitucional brasileiro e direitos humanos. *Separata da Revista de Informação Legislativa*, ano 20, n. 79, p. 180-196, jul./set. 1983.

- QUIRINO, Célia Galvão, MONTES, Maria Lúcia. *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo : Ática, 1987. 102 p.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1972. 380 p.
- SIÉYÈS, Emmanuel Joseph Comte. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* Org. e introd. Aurélio Wander Bastos. Tradução por Norma Azeredo. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1988. 155 p.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo : Malheiros, 1994. 768 p.
- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil: (promulgada em 05.10.1988)*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993. 864 p.
- VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho constitucional comparado*. Traducción e introducción por Pablo Lucas Verdú. Madrid : Espasa-Calpe, 1983. 727 p.

Responsabilidade civil do advogado

Paulo Luiz Netto Lôbo

Sumário

1. Normas de regência. 2. Elementos constitutivos da responsabilidade civil. 3. O advogado como fornecedor de serviços na relação de consumo. 4. Presunção da culpa e imputação de responsabilidade ao advogado. 5. Inversão do ônus da prova e as hipóteses de exclusão da culpa do profissional. 6. Responsabilidade objetiva por vício do serviço advogado. 7. Superação da distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado.

1. Normas de regência

O advogado responde civilmente pelos danos que causar ao cliente¹. A responsabilidade é a contrapartida da liberdade e da independência do advogado. O advogado tem obrigação de prudência (*obligation de prudence*). Incorre em responsabilidade civil o advogado que, imprudentemente, não segue as recomendações do seu cliente nem lhe pede instruções para as seguir. Na hipótese de consulta jurídica, o conselho insuficiente deve ser equiparado à ausência de conselho, sendo também imputável ao advogado a responsabilidade civil². O parecer não é apenas uma opinião, mas uma direção técnica a ser seguida, e quando é visivelmente colidente com a legislação, a doutrina ou a jurisprudência, acarreta danos ao cliente que o acompanha. Questão ainda não respondida, inteiramente, diz respeito à natureza e ao alcance dessa responsabilidade.

Paulo Luiz Netto Lôbo é Doutor em Direito, Professor da UFAL e da UFPE.

No direito positivo brasileiro, são as seguintes as normas gerais de regência da responsabilidade civil do advogado:

a) art. 133 da Constituição Federal, que estabelece a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão. É norma de exoneração de responsabilidade, não podendo os danos daí decorrentes serem indenizados, salvo no caso de calúnia ou desacato. Essa peculiar imunidade é imprescindível ao exercício da profissão, que lida com a contradição e os conflitos humanos;

b) art. 159 do Código Civil, regra básica da responsabilidade civil subjetiva, que permanece aplicável aos profissionais liberais;

c) art. 32 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), que responsabiliza o advogado pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa;

d) art. 14, § 4º, do Código do Consumidor, que abre importante exceção ao sistema de responsabilidade objetiva, na relação de consumo dos fornecedores de serviço, ao determinar a verificação da culpa, no caso dos profissionais liberais.

2. Elementos constitutivos da responsabilidade civil

Tendo em vista o desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil, nos últimos anos, a responsabilidade civil do advogado assenta-se nos seguintes elementos:

a) o ato (ou omissão) de atividade profissional;

b) o dano material ou moral;

c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano;

d) a culpa presumida do advogado;

e) a imputação da responsabilidade civil ao advogado.

O advogado exerce atividade, entendida como complexo de atos teleologicamente ordenados, com caráter de permanência. A atividade de advocacia não é livre, posto

que dependente de requisitos, qualificações e controles previstos em lei, inserindo-se no conceito amplo de relação de consumo, pois o advogado é prestador de serviço profissional. A atividade obriga e qualifica como culposa a responsabilidade pelo dano decorrente de qualquer de seus atos de exercício.

A culpa perdeu progressivamente o lugar privilegiado que ostentava, com o crescimento das hipóteses de responsabilidade objetiva. Contudo, no que respeita ao profissional liberal, ela ainda é elemento fundamental, conquanto sempre presumida, como demonstraremos a seguir.

O dolo, entendido como intenção maliciosa de causar prejuízo a outrem, é espécie do gênero culpa, no campo da responsabilidade civil. Aproxima-se da culpa grave, que o direito sempre repeliu. O dolo é qualificado em caso de lide temerária, quando o advogado estiver coligado com o cliente para lesar a parte contrária. É gravíssima infração à ética profissional e, também, acarretará responsabilidade solidária, assim por dano material (emergente e lucros cessantes) como por dano moral. Ao contrário da culpa, em que o dano terá de ser indenizado na dimensão exata do prejuízo causado pelo advogado, o dolo em lide temerária acarreta um *plus* ao advogado, porque é obrigado solidário juntamente com a parte contrária, inclusive naquilo que apenas a este aproveitou indevidamente.

A lide temerária, no entanto, não se presume, nem pode ser decretada de ofício pelo juiz, na mesma ação. Tampouco basta a prova da temeridade, que pode ser resultado da inexperiência ou da simples culpa do advogado. Deverá ser apurada em ação própria, contra ele proposta pelo próprio cliente, incumbindo a este o ônus da prova da existência do dano, da temeridade da lide, e da coligação com a parte contrária.

A imputação da responsabilidade é direta ao advogado, que praticou o ato de

sua atividade causador do dano, não podendo ser estendida à sociedade de advogados de que participe.

Considera-se nula a cláusula de irresponsabilidade no contrato de prestação de serviços de advocacia. Não se pode excluir responsabilidade por atos próprios, sobretudo em face do que dispõe o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

3. O advogado como fornecedor de serviços na relação de consumo

Nas relações de consumo, o advogado autônomo, quando exerce sua profissão, é um fornecedor de serviços, sujeito à legislação de tutela do consumidor. Quando exerce a profissão, em relação de emprego, não é fornecedor e não está sujeito imediatamente à responsabilidade por fato do serviço, mas sim seu empregador, em virtude da atividade permanente que exerce.

A responsabilidade culposa *tout court* dos profissionais liberais é incompatível com o sistema de proteção do consumidor, porque significaria sua exclusão das regras e princípios do Código do Consumidor, o que não ocorreu. Também não seria hipótese de responsabilidade objetiva, porque a lei impõe a “verificação da culpa”.

Para o Código do Consumidor, havendo dano em virtude do fato do serviço, imputável (responsável) é o fornecedor, sem consideração à culpa. Sendo profissional liberal, é o responsável presumido.

Ressalte-se que o Código do Consumidor não excluiu o profissional liberal das regras sobre responsabilidade do fornecedor. Se assim fosse, tê-lo-ia retirado de seu campo de aplicação, no artigo 3º. Também não o remeteu à responsabilidade negocial do direito comum das obrigações; sua responsabilidade é extranegocial, nas relações de consumo. Não impôs ao consumidor o ônus de provar a alegação do dano pelo fato do serviço

do profissional liberal. Em suma, a ele aplicam-se todas as regras e princípios incidentes à relação de consumo, exceto quanto a não ser responsabilizado sem ficar caracterizada sua culpa, afastando-se a responsabilidade objetiva que prevalece contra os demais prestadores de serviços.

4. Presunção da culpa e imputação de responsabilidade ao advogado

Presume-se que o advogado autônomo é culpado pelo defeito do serviço, salvo prova em contrário, por ser a presunção *juris tantum*. Não se pode cogitar, em hipótese de culpa presumida, de se atribuir o ônus da prova ao cliente, porque tornaria ineficaz a presunção.

Cabe ao cliente provar a existência do serviço, ou seja, a relação negocial entre ambos, e a existência do defeito de execução, que lhe causou danos, sendo suficiente a verossimilhança da imputabilidade. Cabe ao advogado provar, além das hipóteses comuns de exclusão de responsabilidade, que não agiu com culpa (em sentido amplo, inclui o dolo). Se o profissional liberal provar que não se houve com imprudência, negligência, imperícia ou dolo, a responsabilidade não lhe poderá ser imputada.

Essa é a inteligência possível do § 4º do art. 14 do Código do Consumidor, que impõe a verificação da culpa para responsabilizar o profissional liberal pelos defeitos do serviço que prestou.

A tendência mundial da legislação de proteção do consumidor é da responsabilidade extranegocial do fornecedor, fazendo-se abstração do negócio jurídico que está subjacente a qualquer relação de consumo. A mudança de rumo é aguda, com relação ao direito comum das obrigações, pois neste seria enquadrada na responsabilidade negocial, originando-se a indenização por perdas e danos do inadimplemento culposo ou do adimple-

mento incompleto ou defeituoso. O direito do consumidor rompe o princípio da relatividade subjetiva das obrigações negociais, projetando uma transeficácia que alcança terceiros atingidos pelo dano provocado pelo produto ou serviço, não figurantes do negócio jurídico.

Outra tendência do direito do consumidor, nessa área, é a franca adoção da responsabilidade (extranegocial) objetiva. A culpa esteve sempre no centro da construção doutrinária liberal da responsabilidade civil, tendendo à socialização dos riscos, como preço a pagar por todos para o desenvolvimento da livre iniciativa. O advento do direito do consumidor revelou uma face do problema que se desconsiderava: o consumidor não dispõe das mesmas condições de defesa do fornecedor, no mercado de consumo. Uma das características do consumidor (o cliente do advogado o é) diz respeito à vulnerabilidade jurídica, que o direito presume, independente de ser o fornecedor de serviços uma macroempresa ou um prestador isolado. De qualquer forma, a responsabilidade objetiva, na relação de consumo, não é absoluta ou integral, uma vez que admite exonerações, em benefício do fornecedor de serviços, tais como a culpa exclusiva da vítima, a prova de não prestação do serviço, a prova da inexistência do defeito do serviço que teria causado o dano, o caso fortuito e a força maior e, conquanto muitos não admitam, o risco do desenvolvimento (o Código do Consumidor refere a “adoção de novas técnicas”). Assim, surpreende que o Código do Consumidor brasileiro tenha excepcionado os profissionais liberais dessa linha de tendência, ao exigir a verificação da culpa.

Todavia, a interpretação da regra legal deve ser feita de modo a dar cumprimento ao princípio constitucional de proteção ao consumidor (artigo 170, V, da Constituição Federal), ou seja, no sentido mais favorável ao consumidor, particularmente nos

seguintes pontos: a) natureza da culpa; b) ônus da prova da culpa.

No estágio atual do direito, a culpa na responsabilidade civil pode sofrer as seguintes graduações:

a) é requisito, sem a qual não há ilícito nem se poderá imputar responsabilidade a alguém pelo dano: responsabilidade culposa;

b) é requisito, mas presume-se existente, em determinadas situações: culpa presumida;

c) nem sempre é requisito para quem deu causa ao dano (por fato do homem, porque evidentemente se exclui nas hipóteses de fato do animal ou de coisa), sendo dispensável para quem se imputa a responsabilidade: responsabilidade transubjetiva;

d) não é requisito, sendo dispensável a verificação de sua existência, bastando o dano para imputação da responsabilidade: responsabilidade objetiva.

A responsabilidade culposa *tout court* dos profissionais liberais é incompatível com o sistema de proteção do consumidor, porque significaria sua exclusão das regras e princípios do Código, o que, como já acima demonstramos, não ocorreu. Também não seria hipótese de responsabilidade objetiva, porque a lei impõe a “verificação da culpa”. Não é hipótese de responsabilidade transubjetiva, pois a imputação de responsabilidade recai diretamente sobre o fornecedor de serviços e não sobre outrem. Assim, a hipótese “b” é a mais razoável e adequada.

A culpa presumida constitui um avanço na tendência evolutiva que aponta para a necessidade de não se deixar o dano sem reparação, interessando menos a culpa de quem o causou e mais a imputar a alguém a responsabilidade pela indenização. Por isso, cresceram as hipóteses em que a lei ou a jurisprudência consideram que a culpa é presumida, cabendo ao imputável contraditá-la. Para o Código do Consumidor, havendo dano em virtude do fato

do serviço, imputável (responsável) é o fornecedor, sem consideração à culpa. Sendo profissional liberal, é o responsável presumido.

Pontes de Miranda³ ressalta a conexão entre culpa presumida e inversão do ônus da prova, ao comentar o inciso III:

“Os que são apontados como devedores de reparação, no artigo 1.521, III, têm o ônus da prova de não-culpa; os que o apontaram têm de dar prova de que havia o vínculo contratual entre o agente e o responsável e o dano derivasse de ato previsto no artigo 1.251, III”.

5. Inversão do ônus da prova e as hipóteses de exclusão da culpa do profissional

O princípio da inversão do ônus da prova é um dos esteios do sistema jurídico de proteção do consumidor. Sem ele, a efetividade do sistema fica comprometida. Não foi por acaso que se transformou em um dos principais alvos dos adversários do Código do Consumidor, quando o projeto de lei tramitava no Congresso Nacional.

O princípio transfere ao responsável pelo dano o ônus de provar que não foi culpado por ele, ou que não houve dano, ou que o culpado foi exclusivamente a vítima, ou que houve fato que pré-excluiu a contrariedade a direito. Não é novidade no direito brasileiro, como já se demonstrou à *outrance*, tendo o próprio Código Civil, ao início deste século, rendido-se a sua evidência, em determinadas situações de responsabilidade civil.

O Código do Consumidor, no artigo 6º, VIII, elevou a inversão do ônus da prova a direito básico do consumidor, positivando o princípio em regra geral e estruturante, a que se subordina qualquer operação hermenêutica. De um modo geral, o juiz poderá determiná-lo, mesmo quando não seja exigível, sempre que se convencer da verossimilhança das alega-

ções do consumidor. Porém, deixa de depender do convencimento do juiz, tornando-se obrigatório, quando resultar de responsabilidade por culpa presumida ou de responsabilidade objetiva.

No caso do fornecedor de serviços, em geral, cabe-lhe o ônus da contraprova, em hipóteses que a lei delimita em *numerus clausus*:

- a) não houve defeito no serviço, e, portanto, dano ao consumidor;
- b) a culpa pelo defeito foi exclusivamente do consumidor;
- c) o dano foi pré-excluído, uma vez que o suposto defeito decorreu da adoção de novas técnicas.

Além delas, devemos cogitar de outras hipóteses de pré-exclusão de contrariedade a direito, previstas no direito obrigacional comum, também aplicáveis ao fornecedor de serviços, supletivamente, como o caso fortuito e a força maior, a legítima defesa e o estado de necessidade.

As hipóteses a) e c) são de natureza objetiva, não envolvendo culpa em sentido estrito. Poderiam ser enquadradas no âmbito da responsabilidade sem culpa. Na hipótese a), cuida-se de comprovar a inexistência do defeito alegado pelo consumidor; não se questiona se houve culpa ou não do fornecedor pelo possível defeito ou evento danoso. Na hipótese c), o defeito é desconsiderado (pré-excluído pela lei) porque se comprova que corresponde, em exata dimensão, à utilização de novas técnicas, segundo o estágio dos avanços tecnológicos na área específica de serviços, que não podem ser obstados por argumentos desse jaez; a culpa não desempenha qualquer papel.

A culpa aparece apenas na hipótese b), mas não em relação ao fornecedor. O defeito e o dano existem, não são objeto de controvérsia, mas o fornecedor inverte a imputação ao consumidor, comprovando que foi ele que os provocou, ou terceiro, por negligência, imprudência ou imperícia. A culpa exclusiva do consumidor, no

caso dos serviços, é sempre mais difícil que no caso de produtos, máxime em se tratando de advocacia; todavia ocorre, como nos seguintes exemplos: o depoimento pessoal do cliente, que contradiz a linha de defesa do advogado; a falta de entrega de documento, imprescindível para o caso; a falta de adiantamento para pagamento do preparo do recurso; o prejuízo decorrente de negociação diretamente feita pelo cliente com a parte adversária, sem conhecimento do advogado.

A correta inteligência do § 4º do art. 14 do Código do Consumidor, como parte de todo um regime legal e jurídico específico, não pode conduzir a outro resultado, porque senão teria dito que o profissional liberal dele estaria inteiramente excluído, permanecendo sob a égide do regime comum do Código Civil, e da responsabilidade subjetiva ou culposa.

Diz o § 4º que o profissional liberal sujeita-se ao regime do Código do Consumidor e ao princípio constitucional de proteção, mas que sua responsabilidade pessoal será apurada mediante verificação de culpa. Em outras palavras, acrescenta-se, para ele, mais uma hipótese de exclusão de responsabilidade: quando provar que não lhe cabe culpa pelo defeito ou dano, na prestação do serviço.

Nessa hipótese, o dano irressarcido significa exceção ao princípio da reparação integral ou de reposição da vítima à situação anterior⁴. Não está abrangida pela hipótese b), porque nesta o fornecedor não procura liberar-se de culpa, mas sim imputá-la ao consumidor ou a terceiro.

Demonstramos acima que a situação específica do profissional liberal correspondia à responsabilidade por culpa presumida. A culpa presumida tem por efeito prático justamente a inversão do ônus da prova. É assim em todas as hipóteses consagradas no direito comum, desde quando a legislação brasileira passou a presumir a culpa do transportador. Presume-se que o profissional

liberal é culpado pelo defeito do serviço, salvo prova em contrário, por ser a presunção *juris tantum*. Não se pode cogitar, em culpa presumida, de se atribuir o ônus da prova ao consumidor, porque tornaria ineficaz a presunção.

Não somente por essas razões do regime jurídico, mas de inteligência dos termos empregados pelo § 4º do artigo 14 do Código do Consumidor, chega-se a essa conclusão. Quando se diz “verificação de culpa” não se diz que deve ser provada por quem alega o defeito do serviço. Diz-se que não poderá ser responsabilizado se a culpa não for “verificada” em juízo, porque o profissional conseguiu contraporá-la. Repita-se: é inquestionável a compatibilidade desse preceito com o artigo 6º, VIII, que impõe o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova.

Não contemplaria o mandamento legal de “facilitação da defesa de seus direitos” se ao consumidor se impusesse o ônus de provar a culpa do profissional pelo defeito do serviço, que existe e não é objeto de discussão, máxime em questões de elevada especialização e complexidade técnica, em desprezo ao princípio da presunção de culpa. O STJ⁵ já firmou jurisprudência, no mesmo sentido de facilitação da defesa, que a ação de responsabilidade por dano decorrente da prestação de serviços médicos pode ser proposta no foro do domicílio do autor, apesar dos termos do art. 14, § 4º, do Código do Consumidor.

Cabe ao consumidor de serviço, do profissional liberal, provar a existência do serviço, ou seja, a relação de consumo entre ambos, e a existência do defeito de execução, que lhe causou danos, sendo suficiente a verossimilhança da imputabilidade. Cabe ao profissional liberal provar, além das hipóteses comuns de exclusão de responsabilidade dos demais fornecedores de serviços, que não agiu com culpa.

6. Responsabilidade objetiva por vício do serviço advogado

A responsabilidade com culpa presumida, referida no Código do Consumidor, é relacionada exclusivamente ao fato do serviço, ou seja, quando o serviço causar dano à pessoa ou ao patrimônio do consumidor. A responsabilidade por vício do serviço (defeito de inadequação, oculto ou aparente) do advogado ou de qualquer profissional liberal é idêntica à dos demais fornecedores de serviços, sem qualquer restrição. A regra de exceção, prevista no § 4º do artigo 14 do Código do Consumidor, não alcança as hipóteses de vícios do serviço, previstas nos artigos 18 e seguintes, em prejuízo do consumidor. Compreende-se que, em se tratando de dano, impõe-se a verificação da culpa. Em casos tais, o dano é consequência da má execução ou da inexecução culposa do serviço devido. Contudo, o vício (salvo quando também provocar dano) não é consequência, mas característica da própria execução defeituosa. A responsabilidade por vício é objetiva, não envolve necessariamente indenização por dano nem verificação de culpa.

O princípio de defesa do consumidor estaria seriamente comprometido se, para exercer as alternativas em caso de vício do serviço (reexecução do serviço, restituição da quantia paga ou abatimento proporcional do preço), dependesse de verificação de culpa do profissional⁶.

7. Superação da distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado

Ao longo do século XX, na teoria da responsabilidade civil em geral, notadamente com relação aos profissionais liberais, predominou, no direito brasileiro, uma distinção ou dicotomia que se transformou quase em petição de princípio: a obrigação ou é de meios ou é obrigação de resultado.

Como regra geral, a doutrina dominante diz que o profissional liberal assume obrigação de meios, sendo excepcionais as obrigações de resultado. Na obrigação de meios, a contrariedade a direito reside na falta de diligência que se impõe ao profissional, considerado o estado da arte da técnica e da ciência, no momento da prestação do serviço (exemplo: o advogado que comete inépcia profissional, causando prejuízo a seu cliente). O profissional não prometeria resultado, mas a utilização, com a máxima diligência possível, dos meios técnicos e científicos que são esperados de sua qualificação.

A farta jurisprudência dos tribunais brasileiros utiliza essa dicotomia como pré-requisito para imputar a responsabilidade ou não do profissional liberal. Se o profissional se houve com diligência, pouco importa o resultado obtido, excluindo-se sua responsabilidade, liminarmente. Essa orientação dominante resultou em dificuldades quase intransponíveis para as vítimas de prejuízos causados pelos profissionais liberais, quando não conseguem provar que a obrigação por eles contraída é de resultado. No caso dos advogados, a configuração de sua obrigação como de resultado era e é quase impossível. Assim, restam os danos sem indenização, na contramão da evolução da responsabilidade civil, no sentido da plena reparação. Já sustentamos essa tese, sem reflexão mais aprofundada⁷. Hoje, não pensamos mais assim.

A dicotomia, obrigação de meios ou obrigação de resultado, não se sustenta. Afinal, é da natureza de qualquer obrigação negocial a finalidade, o fim a que se destina, que nada mais é que o resultado pretendido. Quem procura um advogado não quer a excelência dos meios por ele empregados, quer o resultado, no grau mais elevado de probabilidade. Quanto mais renomado o advogado, mais provável é o resultado pretendido, no senso comum do cliente. Todavia, não se pode

confundir o resultado *provável* com o resultado necessariamente *favorável*. Assim, além da diligência normal com que se houve na prestação de seu serviço, cabe ao advogado provar que se empenhou na obtenção do resultado provável, objeto do contrato que celebrou com o cliente.

O cliente que demanda o serviço do advogado para redação de algum ato jurídico (parecer, contrato, estatuto de sociedade etc.) tem por finalidade evitar que algum problema futuro venha a lhe causar prejuízo. Tem-se assim obrigação de meios como de resultado, o que torna inviável a dicotomia. Quando o cliente procura o advogado, para ajuizar ação, não pretende apenas o patrocínio mais diligente, mas a maior probabilidade de resultado favorável. Em qualquer dessas situações, cabe ao advogado provar que não agiu com imprudência, imperícia, negligência ou dolo, nos meios empregados e no resultado, quando de seu serviço profissional redundar dano.

Dessarte, é irrelevante que a obrigação do profissional liberal classifique-se como de meios ou de resultado. Pretendeu-se que, na obrigação de meios, a responsabilidade dependeria de demonstração antecipada de culpa; na obrigação de resultado, a inversão do ônus da prova seria obrigatória⁸. Não há qualquer fundamento para tal discriminação, além de prejudicar o consumidor que estaria com ônus adicional de demonstrar ser de resultado a obrigação do profissional.

A exigência à vítima de provar que a obrigação foi de resultado, em hipóteses estreitas, constitui o que a doutrina denomina *prova diabólica*. A sobrevivência dessa dicotomia, por outro lado, é flagrantemente incompatível com o princípio constitucional de defesa do consumidor (art. 170, V, da Constituição), alçado a condicionante de qualquer atividade econômica, em que se insere a prestação de serviços dos profissionais liberais.

Somente é possível harmonizar a natureza de responsabilidade subjetiva ou

culposa do profissional liberal, que o próprio Código de Defesa do Consumidor consagrou, com o princípio constitucional de defesa do consumidor, se houver aplicação de dois princípios de regência dessas situações, a saber, a presunção da culpa e a conseqüente inversão do ônus da prova. Ao advogado e ao profissional liberal qualquer, e não ao cliente, impõe-se o ônus de provar que não agiu com dolo ou com culpa, na realização do serviço que prestou, exonerando-se da responsabilidade pelo dano.

No mesmo sentido, veja-se a lição de Jorge Mosset Iturraspe⁹, para quem essa distinção não favorece a tutela do consumidor de serviços e sempre foi utilizada na doutrina e na jurisprudência para amparar os prestadores de serviços, atenuando o rigor de suas obrigações, construindo um âmbito de inadimplemento contratual admitido. Diz ainda o autor que a qualificação das obrigações como de meios desvincula o dever do devedor do compromisso de alcançar um resultado de interesse do credor, juridicamente protegido, ou seja, o de lograr um resultado benéfico.

“A tutela do consumidor se reforça, na medida em que se considera cada serviço como um resultado e uma finalidade em si mesmo, que responde ao interesse do credor, e na medida em que a prova sobre a impossibilidade ou aleatoriedade deve produzi-la o devedor do serviço, pois do contrário será considerado como inadimplente responsável”.

Notas

¹ As Ordenações Filipinas, Livro 1, Título XLVIII, 10, já determinavam que, “se as partes por negligência, culpa, ou ignorância de seus procuradores receberem em seus feitos alguma perda, lhes seja satisfeito pelos bens deles”.

² Cf. ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Responsabilidade civil dos advogados*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985. p. 18.

³ *Tratado de Direito Privado*. Tomo 8. Rio de Janeiro : Borsoi, 1972. p. 134.

⁴ Cf. JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris : Dalloz, 1992. p. 129.

⁵ R. Esp. 80.276/95-SP. 4ª Turma, DJU de 25-3-96.

⁶ Cf. NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*. Brasília : Ed. Brasília Jurídica, 1996. p. 60.

⁷ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Comentários ao Estatuto*

da Advocacia. 2.ed. Brasília : Ed. Brasília Jurídica, reimpressão de 1999. p. 139-41.

⁸ Cf. PRUX, Oscar Ivan. Um novo enfoque quanto à responsabilidade civil do profissional liberal. In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 19, jul/set. 1996. p. 205.

⁹ La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios, desde la perspectiva del consumidor. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre : [s.n.], março 1998. p. 250.

A clareza da lei e a necessidade de o Juiz interpretá-la

Morton Luiz Faria de Medeiros

Sumário

1. Introdução. 2. Importância da interpretação. 3. Interpretação da lei. 4. Interpretação da lei clara. 5. Conclusões.

“Sem a interpretação, a lei, isolada em sua abstração e generalidade, seria letra morta. A interpretação dá vida à lei” (Maggiore¹).

1. Introdução

O trato diuturno com a aplicação do Direito, ou seja, com sua realização prática, sem o que se confinaria, infértil, em redomas de pura elucubração e nenhum valor para o desenvolvimento humano, por vezes nos distancia da atividade que a antecede e lhe impõe direção: a interpretação.

Tão natural, espontâneo parece ser o uso da interpretação que, não raro, dela não nos apercebemos, ou dela não apreendemos todos os caracteres, à semelhança do homem, que extrai do ar, mesmo sem o enxergar ou sentir, a base provisional de sua vida. No entanto, merece ele estudo acurado, tão logo se nos põem problemas que permanecem não satisfatoriamente decifrados, a despeito de não serem só de hoje conhecidos.

Tal, parece-nos, é o caso da interpretação das leis cujas expressões literais não são contraditadas *a priori*, tão acentuada é sua “clareza”: deve o aplicador, diante dessa hipótese, acatar incontinenti a compreensão

Morton Luiz Faria de Medeiros é especialista em Direito e Cidadania.

uníssonas que da lei se faz, ou hesitar, para incutir-lhe elementos novos? E mais: ainda que opte pela primeira posição, estará ele no exercício de verdadeira *interpretação*?

Eis as indagações primárias que motivam esta singela exposição, que pretende partir da enunciação do sentido de “interpretar”, para desembocar no esclarecimento da noção de “lei clara” e de seu manuseio pelos jurisconsultos.

2. Importância da interpretação

Tão clara quanto a necessidade de imposição de certas regras de convívio para que a sociedade apresente, internamente, harmonia idônea a sua perpetuação é a importância de serem apreendidas – ou no mínimo apreensíveis – tais regras pelo corpo social. Com efeito, nenhuma valia apresentaria um texto normativo escrito que pretendesse regular as relações em determinada comunidade se nessa não houvesse quem pudesse entendê-lo – além, obviamente, de seu elaborador. Daí é que se deduz o papel da interpretação jurídica, qual seja o de reconhecer nos símbolos utilizados pela norma (palavras escritas ou transmitidas oralmente pela tradição) um *significado*, e, a partir dele, orientar as condutas sociais.

No entanto, é certo que os símbolos nada significam se tomados isoladamente, conforme nos lembra Tércio Sampaio Ferraz Júnior². Por isso é que, se guardamos, intimamente, um símbolo que nos lembra alguém (*verbi gratia*, “More”), ele, certamente, nada representará para outrem, incapaz de idealizar a que nos reportamos ao utilizarmos aquele símbolo. Demonstrate, assim, que interpretar é, primordialmente, extrair *significado* dos símbolos (= signos), vale dizer, compreendê-los.

Se a função do intérprete jurídico se adstringisse à *compreensão*, já lhe seria bastante tormentosa, uma vez que a percepção de cada signo, isoladamente (incursão *semântica*) e, após, agrupado (incursão *sintática*), é problema sem solução

objetiva, não obstante sua antigüidade. Porém, ao jurista impõe-se, também, determinar a *força* e o *alcance* dos símbolos, ou seja, “conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento”³. Não lhe basta, portanto, poder idealizar o símbolo (v.g., associar ao símbolo “mansão” a idéia de “casa, residência”), mas, além disso, determinar-lhe sua extensão (no exemplo citado, construir a imagem de “faustosa” residência).

Em face de tão grave e complicado múnus, deve-se municiar o intérprete de balizas que imponham a sua compreensão um sentido básico, sob pena de ver ruir o intuito comunicativo que se subsume à linguagem, compondo uma nova “Torre de Babel” onde os símbolos não guardassem um conteúdo objetivo mínimo indispensável à comunicação. Destarte, uma vez que os símbolos nada significam *de per se*, esse conteúdo mínimo seria engendrado com sua utilização, seu *emprego*. Disso surgiria uma perplexidade, à razão em que se observa a possibilidade de um signo apresentar vários usos diversos ou, *a contrario sensu*, signos diversos possuírem um idêntico uso. Todavia, há de se considerar que tal possibilidade, ainda que ocorrente, não é ilimitada, *id est*, os símbolos se prestam a um número *limitado* de empregos, o que facilita sua compreensão, mas não a resolve.

Não é difícil imaginar o ruído na comunicação se o emissor utilizar certo símbolo com um fim e o receptor compreendê-lo em outro, como, por exemplo, se respondêssemos a alguém que nos perguntasse se já havíamos concluído a monografia da disciplina “Hermenêutica Jurídica” com a frase “estamos caminhando” e o interlocutor não compreendesse por que caminharíamos se havia tanto a se pesquisar... Contudo, se este possuísse mais arguta percepção, concluiria que já havíamos iniciado o trabalho e nele estávamos nos empenhando, com o fito de concluí-lo, lançando mão dos mesmos signos! Cumpre

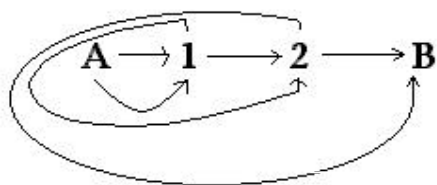
ao receptor, pois, identificar o uso que o emissor faz das palavras enunciadas, partindo de análises das mais variadas ordens (v.g., contexto, tom de voz, gestos, determinação no olhar), no afã de aperfeiçoar a comunicação. Por isso é que fazemos nossas, mais uma vez, as palavras de Tércio Ferraz Júnior⁴, para quem interpretar “é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade cursiva”.

3. Interpretação da lei

A cultura romano-cristã, que inspirou a criação de nosso ordenamento jurídico, elegeu a *lei* como veículo mais importante para enunciar as regras sociais, ou seja, é ela a mais comumente utilizada difusora de símbolos. Nela, contudo, não se esgota o Direito, por ser este muito mais dinâmico, fluente, vivo, enquanto aquela parece “engessar”, em seu corpo, as normas de conduta convenientes à vontade da classe dominante em determinado momento histórico. Assim, assiste razão a Porto Carreiro⁵, ao advertir que

“o Direito acompanha as transformações sociais, o mesmo não ocorrendo com a lei, que não evolui. Ela, para seguir de perto a transformação de seu conteúdo, tem de ser substituída por outra, já que, realmente, é a cristalização do que está sendo, naquele momento, revestido.”

Fazendo uso da simbologia, componente indispensável à nossa exposição, ousamos representar graficamente a defasagem da lei perante os fenômenos sociais da seguinte maneira:



Queremos, com isso, demonstrar que os movimentos sociais, representados pelas curvas, não são lineares, além de se apresentarem muito mais complexos do que a evolução seguida pela lei, que, entre os momentos “A” e “B”, é modificada retilínea e episodicamente. Desse modo, entre os instantes “A” e “1”, a lei é a mesma, conquanto variem tanto os fatos sociais a serem por ela regulados. Se “entre um invento novo científico e sua aplicação – aduz Porto Carreiro⁶ – sempre decorreu um grande espaço de tempo”, que dirá entre a eclosão de novo fato social e sua recepção por lei...

Dessa constatação surge uma dificuldade que há muito atormenta os juriconsultos: como pode a lei, sendo imutável, ser aplicada em diferentes momentos históricos e manter seu compromisso com a justiça? Apesar da insolubilidade desse mistério, cumpre-nos reiterar a advertência de que o *Direito* não cabe na estreiteza da *lei*. Diga-se mais: o Direito é conteúdo, enquanto é a lei apenas uma de suas formas. Assim, se o regime jurídico começa a extravasar as tessituras da lei, é mister que se valha o Direito de outras formas, aptas a mantê-lo sempre ombreado à evolução social, em que sempre buscará seu fim mais lúdimo – a justiça. A ilustrar essa constatação, imortal é a lição do professor Mário Moacyr Porto⁷, assim burilada:

“A lei não esgota o Direito, como a partitura não exaure a música. Interpretar é recriar, pois as notas musicais, como os textos de lei, são processos técnicos de expressão, e não meios inextensíveis de exprimir.”

Para isso, relembremos que ao intérprete não cumpre apenas *compreender* os signos, como pareceu crer Clóvis Beviláqua⁸ ao defender que “interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras”, mas, também, “perquirir seu valor” (determinar a força e o alcance), consoante defendera Roberto de Ruggiero⁹, “o que investe o intérprete de uma função social

de alto coturno, tanto mais quanto esta tarefa procura delimitar a extensão das relações oriundas da disposição examinada e interpretada.”

O próprio Porto Carreiro¹⁰ enuncia lição lapidária, segundo a qual, quando “a situação histórica se modifica e com ela o próprio Direito, muitas vezes o aplicador se vê na contingência de encontrar uma nova aplicação para uma forma antiga, até que outra lei seja concebida”. Dessarte, lançando mão de mais uma metáfora, imagine-se que sejam a lei e o fato social dois blocos amarelos que se encaixam perfeitamente em um dado momento. Após certo tempo, recebe o fato social novas nuances (azuis, por exemplo), acabando por deformar sua cor (para verde) e seu encaixe com a lei. Esta, por seu turno, tem de ver remodelado seu encaixe, até ser substituída por uma lei “verde”.

Com essa preocupação, erigiu nossa “Lei de Introdução ao Código Civil” (Decreto-lei nº 4.657/42), verdadeiro vestíbulo de todo o ordenamento jurídico pátrio, em seu art. 5º, princípio dos mais valiosos para a interpretação das leis, exarado nesses termos:

“Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

É patente, nesse dispositivo, a utilização de um *código fraco*, ou seja, uma seletividade a que tenham acesso tanto o emissor quanto o receptor da comunicação interpretativa, marcada por sua flexibilidade, maleabilidade na utilização dos signos. Não sem razão: esse magnífico corpo legal exprime a pequenez da lei perante o Direito e, em última análise, lembra-nos o brilhante professor Luís Roberto Barroso (1996, p. 248), “o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do direito”.

Atingimos, finalmente, patamar tal que nos permite duvidar da possibilidade de ser

a lei, por algum instante, clara. Porém, um estudo mais rigoroso nos obriga a reconhecer que alguns preceitos – ainda que por tempo limitado – despertam nos intérpretes idêntica seletividade, vale dizer, idéias unívocas de seus signos, como o inscrito na primeira parte do *caput* do art. 10 do Código Civil brasileiro: “A existência da pessoa natural termina com a morte”.

É compreensível que haja quem repete o referido preceito uma tal obviedade que se faz despicienda sua presença em um estatuto legal: está *claro* que não há mais pessoa, se não há mais vida. Não obstante, essa obviedade pode ter-se evidenciado no passado e na maioria dos casos contemporâneos, mas não mais se reveste de caráter absoluto hoje, em face da possibilidade que a evolução das ciências médicas engendrou de se manter “vivo” um paciente (com o coração pulsando), mesmo após sua morte cerebral. Estaria ele vivo ou morto, nesse caso? Tal questionamento não pode ser respondido, à obviedade, nas estreitas barreiras da lei isolada, mas ampliando-seas com os conhecimentos filosóficos, biológicos, sociológicos, éticos e quejandos.

Torna-se necessária uma última indagação: quando a lei parecer clara, soar uniforme para todos os seus receptores, deve ela, mesmo assim, ser submetida ao intrincado processo de interpretação? Ou ainda: há, efetivamente, lei clara em absoluto?

4. Interpretação da lei clara

Difundiu-se com sucesso, na cultura ocidental em que foi-se abeberar nosso Direito, o aforismo *In claris cessat interpretatio*, ou *In claris non fit interpretatio*, para significar que a lei clara, só por ser clara, é isenta de interpretação.

Ao contrário do que indicam as aparências – e o campo das aparências muito tem despertado no Direito a necessidade de se precaver contra o império absoluto das leis –, o citado brocardo em latim não possui origem romana, e sim medieval, quando

surgiu “como reação às sutilezas dos glosadores e visava à certeza do direito”¹¹. Com efeito, lembra-nos Porto Carreiro¹² que Ulpianus, tendo vivido em uma época de grande instabilidade sócio-econômica em Roma, “traduziu essa convulsão social pelos ensinamentos de que, apesar de claro, em seus termos, o ‘edito por pretor’ devia ser interpretado, para que se adaptasse às novas condições sociais do Império Romano”.

A majestade da lição de Ulpianus só pode ser atenuada, ironicamente, pela interpretação, haja vista ter ele condicionado a interpretação de leis claras a momentos convulsivos da sociedade, adotado o pressuposto de que “o legislador tem obrigação de exprimir os anseios jurídicos de sua época”¹³, e, passada a época, valiam-se os juriconsultos da interpretação para mudar o Direito. A interpretação era vista, assim, como medida excepcional, se diante da “lei clara”.

Muito menos tolerável, é de se observar contudo, foi o respeito absoluto ao aforismo já mencionado pugnado pelos liberais revolucionários do século XVIII e mantido no século seguinte, no “afã obsedante de evitar a incerteza, o arbítrio, na aplicação da lei”¹⁴, posteriormente albergado nas disposições preliminares do Código Civil napoleônico adotadas na Bélgica. Tão emblemático era o culto ilimitado da lei como única expressão do Direito¹⁵ àquela época que Bugnet “chegou ao ponto de admitir não conhecer o direito civil, mas só o Código Civil”¹⁶, *i.e.*, para evocar as precisas palavras de Alípio Silveira¹⁷, “ainda que o juiz esteja convencido de que outro era o significado realmente querido pelo legislador, deverá prevalecer o sentido literal, muito embora anule êle os verdadeiros fins da disposição legal, e ainda que êle vá contra o espírito da lei”.

Felizmente, a pesquisa nas obras consultadas nos reporta o atual desprezo, uníssonos na doutrina, pelo velho brocardo medieval, tão conscientes estão os juristas

da verdade alçada a preâmbulo deste estudo: mesmo para se verificar a clareza de uma lei, mister é interpretá-la, afinal como poderia ser tal clareza percebida, se permanecessem cegos seus aplicadores? Alípio Silveira¹⁸, contudo, reproduz a denúncia do italiano Francesco Degni, formalizada neste sentido:

“A jurisprudência, ao invés, se mantém rigorosamente vinculada ao antigo sistema. Tôdas as nossas Côrtes Supremas, de fato, têm constantemente mantido a máxima de que a função interpretativa é possível apenas nos casos nos quais a lei apresenta um sentido duvidoso ou obscuro, não já quando a disposição seja clara, já que o *magistrado*, em tal caso, *não deve fazer outra coisa senão aplicar a lei, e não pesquisar-lhe a razão*, para dar-lhe um sentido diverso daquele que resulta das palavras.” (grifado adrede)

É intrigante – e mesmo preocupante – que justamente em sede jurisprudencial, em que se exerce uma das mais importantes e sublimes formas de aplicação do Direito e da lei, constate-se maior apego à vetusta parêmia *In claris cessat interpretatio*. Não estariam eles cientes da “alta missão de, ao aplicar a lei, aplicar sua finalidade social e as exigências do bem comum” ou de “vencer os óbices criados por leis reacionárias ou prenes de individualismo”, a que se reporta Oscar Tenório¹⁹? Para nossa decepção pessoal, a resposta é negativa para um significativo número de julgadores²⁰.

Tornou-se comum, realmente, a transferência de culpa por uma decisão injusta do Juiz para a lei, a que – alega – tem o dever incondicionado de respeitar “literalmente”, em nome de uma imparcialidade ou neutralidade absolutamente nocivas ao Direito. Nesse particular, ressaltem-se as palavras de Luís Barroso (1996, p. 253), para quem “a neutralidade pode ser perversa quando estão em jogo os interesses de partes política, social e economicamente

desiguais”, e do insigne Rui Barbosa, assim expressas:

“Entre os que destroem a lei e os que a observam, não há neutralidade admissível. Neutralidade não quer dizer impassibilidade, quer dizer imparcialidade, e não há imparcialidade entre os direitos e a injustiça.”²¹

Não se pode conceber, em qualquer hipótese, que o nobre papel de julgar seja banalizado diante das leis claras, para significar aplicação “automática”, imediata, irrefletidamente. Mesmo nos casos que, com frequência, aportam nas salas dos tribunais, “o Julgador tem de examinar caso por caso e já possuir, em seu acervo intelectual, os resultados de outros julgados”²², aos quais se deteve, como pesquisador responsável, para a consecução da justiça.

Surge, então, uma justificativa, revelada nas próprias palavras, acima transcritas, por Francesco Degni: para os julgadores encomiastas da acientífica parêmia, interpretar envolve um rigoroso processo de conhecimento, por meio do qual penetram profundamente na análise do ordenamento jurídico como um todo, levando em conta seus mais diversos e amplos critérios (gramatical, lógico, histórico e sociológico, dentre outros), o que nos permite concluir que *interpretar é, também, pesquisar*. Ressalte-se, de antemão, que o sentido por eles dado à interpretação e tão vorazmente repellido em nada se distancia do que adotamos como arrimo neste trabalho, já nas primeiras linhas: o de *compreensão qualificada* dos signos, por que se perscrutam sua *força* e seu *alcance*. Coaduna-se, portanto, com a concepção *zetética* do termo. Por outro lado, porém, revela-se sua opção pela concepção *dogmática* de interpretação, diante das chamadas “leis claras”, já que lhes basta tão-somente “aplicar a lei”, como se digitam números em uma calculadora para se obter resultado de uma operação matemática complexa...

Pode-se dizer que os corifeus da desnecessidade de interpretação de leis claras lançam mão de uma interpretação exclusi-

vamente *especificadora*, fulcrada no pensamento de que “para elucidar o conteúdo da norma não é necessário sempre ir até o fim das suas possibilidades significativas, mas até o ponto em que os problemas pareçam razoavelmente decidíveis”²³, no intuito de que “os conflitos sejam decidíveis com um mínimo de perturbação social”²⁴.

Não é esse, decerto, o que reputamos correto. Uma primeira leitura crítica do posicionamento dos “meros aplicadores” da lei leva-nos a neles identificarmos o sinal odioso da preguiça, da resignação desidiosa, da inapetência para a pesquisa à vista de norma “manifestamente cristalina”. Causa-nos repugnância a constatação de que, mesmo nos tribunais, a pesquisa, a indagação de origem filosófica, inspiração sociológica e cunho jurídico, que deveria provocar nos Juízes o desconforto e a angústia próprios do quebramento de uma das leis de Deus – “Não julgarás!” – e, por via de conseqüência, incutir-lhes o senso de responsabilidade e reflexão para *designar* o destino de uma pessoa, uma família, uma sociedade toda até, não é devida e suficientemente valorizada.

Enxerga-se, ainda hoje, o apego a amontoados de leis e ementas de acórdãos que jamais expressarão, plenamente, em suas apertadas linhas, o fundamento fático sobre que se erigiram²⁵. Recorre-se ao conveniente expediente do assentimento “com o Relator”, em fuga ao debruçamento sobre um caso que mereça mais apurado exame ou ao qual deva ser aplicada norma mais justa, a partir de um pedido de abertura de vistas. Cite-se, por permanecer sempre poética, encantadora e magistral, a lição de Piero Calamandrei (1996, p. 356), à guisa de conclusão deste parágrafo:

“acima de tudo, o drama do juiz é a rotina, que, insidiosa como uma doença, o desgasta e o desencoraja até fazê-lo sentir sem revolta que decidir da honra e da vida dos homens tornou-se para ele uma prática administrativa ordinária.”

Avulta resplandecente, neste plano, a missão de *fundamentar* as decisões incumbida a todos os Juízes em Estados democráticos de Direito. Despidas as decisões de fundamentação racional, abre mão o magistrado, precisamente, do alicerce da liberdade que lhe confere o ordenamento jurídico para decidir com justiça em todos os casos: a *justificação* de seu juízo de valor, a ser arrostada com a aceitabilidade geral dos jurisdicionados, o que vem caracterizar seu discurso como *persuasivo*, mais que meramente *informativo*. Preciosa, pois, a advertência de Chaím Perelman, transcrita por Sérgio Nojiri (1999, p. 96):

“o papel do juiz não é simplesmente inclinar-se diante de uma conclusão: o juiz deve julgar, e julgar quer dizer tomar uma decisão. Essa decisão deve ser motivada, e motivada em direito.”

O próprio Nojiri (1999, p. 100), encarando a importância da *fundamentação* das decisões judiciais para a consolidação do Estado democrático de Direito, assevera que, “se não há como aferir tecnicamente qual a decisão ontologicamente correta”, a “qualidade da operação pode ser avaliada através do exame do conteúdo da fundamentação da decisão judicial”.

Eis onde reside o perigo da adoção – hoje fartamente exaltada – das “súmulas vinculantes” sem possibilidade prática de revisão: impor ao Juiz – sob pena até de crime de responsabilidade para o magistrado “desobediente” – que limite sua fundamentação, em certos casos, à invocação de um comando sumulado, em nada distinto das leis sujeitas à ambigüidade e vagueza, sem perscrutar de suas razões originárias, é subtrair impiedosamente do magistrado sua mais cara prerrogativa – a de julgar segundo seu livre convencimento, objetivamente justificado.

Deve-se considerar, em contrapartida, até por apego à dialética bem ou mal aqui esposada, a problemática dos magistrados, ao menos dos magistrados brasileiros: com tão impressionante volume de processos,

cujos autos se prostram amontoados sobre suas mesas e nas estantes de desaparelhados cartórios judiciários, para decidir, ao que se some a precária infra-estrutura logística e humana de que dispõem na sua lida diuturna para a realização da justiça, como poderiam dedicar tempo suficiente para dispensar a todas as causas dias de reflexão particular, pesquisas aprofundadas e decisões lapidares, sem o risco de incidirem em uma das facetas mais incriminadas da injustiça, qual seja a *morosidade* na prestação jurisdicional? Somente para fins ilustrativos, recorde-se que “os ministros do Supremo [STF brasileiro] julgam num dia útil o equivalente a dois anos de atividades da Suprema Corte dos Estados Unidos”²⁶.

Apesar de essa contra-argumentação não poder ser negligenciada, serve ela tão-só como atenuante, não como justificadora da deficiência de pesquisa nos campos judiciários, porquanto, buscando o Juiz fundamentos razoáveis e consentâneos com sua consciência de justiça, respaldada na da coletividade, satisfaz ele não apenas o pleito desta de pacificação social, mas também acalenta sua alma, aflita com a possibilidade de vir a julgar mal. É também à sua íntima convicção de estar agindo com justiça que se presta a pesquisa, a verdadeira interpretação das normas a serem aplicadas. Valhamo-nos, uma vez mais, e com o mesmo encantamento, do magistério de Calamandrei (1996, p. 351), que confessava não conhecer outro ofício que exigisse,

“de quem o exerce, mais que o do juiz, um forte senso de viril dignidade, aquele senso que impõe buscar na sua *consciência*²⁷, mais que nas ordens alheias, a justificação de seu modo de agir, e de rosto descoberto assumir plenamente a responsabilidade por ele.”

Juiz pesquisador é, em última análise, como visto, juiz *eticamente responsável*.²⁸

Para concluir, e utilizando os conhecimentos já *supra* aduzidos, resta-nos enfrentar uma última questão: existe, realmente, uma lei absolutamente clara?

Embora tenhamos fartamente associado o qualificativo “clara” à lei no decorrer do presente estudo, deve-se proceder a algumas “lapidações” lingüísticas. De fato, comece-se pela comprovação de que o que se apresenta “claro” para um intérprete pode não o ser, em absoluto, para outro²⁹, como ocorre, por exemplo, com os diferentes *usos* que se fazem de um mesmo símbolo de acordo com a região do país em que for realizada a interpretação, mormente em países com dimensões continentais como a do nosso. Isso ocorre em virtude da linguagem empregada tanto pelo Direito Positivo quanto pela Ciência do Direito, observação apontada por Sérgio Nojiri (1999, p. 92):

“Mesmo utilizando-se de termos técnicos ou científicos, mais apurados e menos imprecisos que os usados na linguagem ordinária do cotidiano, é lícito se afirmar que a linguagem jurídica possui, basicamente, as mesmas características da linguagem natural³⁰, que contém expressões ambíguas, palavras vagas e de textura aberta.”

Ademais, por determinado período histórico, a lei pode parecer clara, em virtude de sua compreensão ser genericamente idêntica para todos a quem ela é aplicável, nas hipóteses então ocorrentes nesse período. Contudo, em face da dinâmica da evolução social, podem surgir novas hipóteses para as quais a aplicação da lei antiga, nos moldes em que sempre foi feita, redundaria em injustiça intolerável. A tal fenômeno atribui a Semiótica a denominação de *textura aberta da linguagem*, consistente, para Nojiri (1999, p. 93), na constatação de que todas as palavras são *potencialmente* vagas, porquanto “suas condições de aplicação não estão delimitadas em todas as direções possíveis, pois sempre podemos imaginar casos ou circunstâncias frente às quais o uso do termo não dita sua aplicação.”

Com isso, faz-se mister que sua clareza seja “relativizada” pelo tempo, que enri-

quece a realidade de matizes não antevistos pelos legisladores que a elaboraram, como pontificou Porto Carreiro³¹: “Atualmente, com a extraordinária velocidade que anima os fatos sociais em transformação, é mais do que uma simples cautela, por ser uma obrigação social, o exame exegetico da lei que vai ser utilizada,” em inequívoca menção à inexistência de “clareza” (imune a interpretação, como queriam os por ele criticados) absoluta da lei³².

De tudo, pode-se rematar: há lei clara, até quando o espectro da Justiça, em atitude de autodefesa, não a obnubile.

5. Conclusões

As simples conclusões a que nossa pesquisa nos guiou, no descortinar das questões que nos propusemos resolver de início, já foram propriamente expressas no correr de todo o trabalho, sob a roupagem de marcantes perorações (as mais das vezes transcritas dos grandes mestres) ou entrelinearmente escondidas na contingência singela dos períodos e parágrafos.

Sumariadas, entretanto, impõe-se-nos afirmar quão importante se mostrou a análise zetética da interpretação, com ligeiras incursões pelos prados da comunicação, para o desenvolvimento de nosso trabalho: a partir dela, foi-nos revelada sua irresistível necessidade diante de qualquer texto normativo, com o duplo objetivo de “determinar, não apenas, o sentido da norma, mas também o seu alcance, a sua extensão, a sua adaptação aos casos concretos”³³, vale dizer, seu *conteúdo e aplicação*.

Desse ponto, prosseguiu-se para a *compreensão qualificada* da lei, quando se firmou o descompasso existente entre sua evolução e a da sociedade, perplexidade só pelo *Direito* – muito mais amplo – obviada, ao mesmo tempo em que afastávamos da lei predicados classicamente a ela aderidos: a neutralidade, a imparcialidade, o distanciamento dos fatos histórico-sociais. Fez-se evidenciar que uma verdadeira interpretação deve ser, necessariamente, *contextualizada*.

Por derradeiro, e já atingido o âmago do objeto desta monografia, concluímos pela impropriedade do aforismo *In claris cessat interpretatio*, acabando por formular fundada crítica – impregnada mais do suave aroma da convocação que do azedume do escárnio – à atividade jurisdicional diante das “leis claras”, no desempenho da quase sacra missão de julgar: é imprescindível – e urgente – o aprofundamento das incursões inquiridoras dos Juízes na direção do processo, ainda que se postem diante da “clareza” da lei, que, de resto, jamais expirará limpidez em caráter absoluto.

Notas

¹Apud GUSMÃO, Paulo Dourado de. Interpretação da lei: espécies e resultados. In: *Introdução ao estudo do direito*. 16. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 243.

²FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Dogmática hermenêutica ou a ciência do direito como teoria da interpretação. In: *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 257.

³ Id., ib., p. 256.

⁴ id., ibid., p. 260.

⁵ CARREIRO, C. H. Porto. A prática do direito. In: *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 222.

⁶ Op. cit., p. 223.

⁷ PORTO, Mário Moacyr. Estética do direito. *Revista do Curso de Direito da UFRN*. Natal: UFRN, v. 1, n. 1, p. 17-27, jan./jun. 1996. p. 26.

⁸ Apud CARREIRO, op. cit., p. 222.

⁹ Apud CARREIRO, id. ibid.

¹⁰ Op. cit., p. 225.

¹¹ SILVEIRA, Alípio. O “in claris cessat interpretatio” e seu declínio. In: *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1968, p. 41.

¹² Op. cit., p. 224.

¹³ CARREIRO, op. cit., p. 224.

¹⁴ SILVEIRA, op. cit., p. 41.

¹⁵ Essa identificação quase exclusiva da noção de direito com o momento de sua criação, lembra-nos Javier de Lucas (1997, p. 282), deve-se ao modelo de legitimidade emanado da Revolução Francesa, em que “*el auténtico poder es el legislativo, porque es la translación directa de la soberanía nacional*”.

¹⁶ Apud GUSMÃO, op. cit., p. 152.

¹⁷ Op. cit., p. 40.

¹⁸ Op. cit., p. 38.

¹⁹ Apud CARREIRO, op. cit., p. 267.

²⁰ Ressaltem-se, porém, as iniciativas louváveis de alguns de nossos magistrados, lembrados por Fábio Ataíde Alves (1998, p. 3), ao deferir, por exemplo, “a liberação de FGTS, para tratamento de filho com AIDS, apesar de não representar [então] uma hipótese legal expressa” (TRF – 4ª Região, Quinta Turma, Rel. Marga Inge Barth Tessler, julg. 19/10/95, AC 441672/95), ou ao admitir “regimes de cumprimento de pena especiais, quando acometidos os apenados de enfermidades graves”, como o câncer e a AIDS (TRF – 2ª Região, Primeira Turma, julg. 13/9/95, ACR 215193/95, pub. DJ 17/10/95, p. 70.788). O próprio autor encontra no Código Civil helvético a raiz da proliferação dessa conduta, já que este “no primeiro artigo abriu espaços para o juiz, na falta das fontes formais, aplicar a norma ‘segundo a regra que ele estabelecerá se legislador fosse’”.

²¹ Apud ACCIOLY, Hildebrando. A neutralidade. In: *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 307.

²² CARREIRO, op. cit., p. 254.

²³ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 294.

²⁴ Id., ibid., p. 293.

²⁵ Não sem razão, portanto, ensinou-nos Benjamin Cardozo que o juiz, mais que um mero intérprete da lei, deve ser “intérprete das aspirações e convicções dos homens e mulheres do seu tempo”. (Apud FAGUNDES, Miguel Seabra. Contribuição da jurisprudência à evolução do direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 126, nov. 1949. p. 21.)

²⁶ VEJA. São Paulo: Abril, ed. 1575, n. 48, dezembro 1998. p. 38.

²⁷ Grifo não original.

²⁸ O memorável jurista potiguar Seabra Fagundes, já nos idos da década de 40, acentuava o papel da jurisprudência na evolução do Direito brasileiro, diversas vezes até antecipando-se ao legislador, ao mencionar, a título exemplificativo, as decisões a respeito dos novos sentidos dados, àquela época, ao *habeas corpus*, aos embargos de declaração, ao acidente de trabalho e à *reclamação*; do reconhecimento de filhos naturais; da presunção de culpa do preponente por ato do preposto, entre outras. (Op. cit., p. 18-24)

²⁹ Na metáfora de Hans Kelsen (1998, p. 390), o Direito a aplicar forma “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação”.

³⁰ Contraposta à chamada *linguagem formalizada*, que caracteriza, v.g., a geometria pura.

³¹ Op. cit., p. 223.

³² Prova de dificuldade que tais é aduzida por Octacílio Paula Silva (1994, p. 315), ao denunciar a malograda tentativa de Leibniz de “matematizar o pensamento jurídico”, cujo fracasso se reconheceu em virtude “da multivocidade ou equívocidade do idioma e, também, pela erupção imprevisível de novos

fatos que inevitavelmente quebram as linhas do projetado sistema”, vale dizer, do paradigma estanque sobre o qual se pretendia edificar a Ciência do Direito.

³³ SILVEIRA, op. cit., p. 41.

Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando. A neutralidade. In: *Manual de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 1978. p. 303-320.
- ALVES, Fábio Wellington Ataíde. *Sistemas modernos de hermenêuticas aplicados pelo julgador pátrio*. 1997. Não publicado.
- BARROSO, Luís Roberto. Saber jurídico convencional, teoria crítica do direito e direito alternativo. A síntese necessária. In: *Interpretação e aplicação na constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 245-261.
- CALAMADREI, Piero. De certas tristezas e heroísmos da vida dos juízes. In: *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. Tradução por Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1995. p. 345-369. Tradução de Elogio dei giudici scritto da un avvocato.
- CARREIRO, C. H. Porto. A prática do direito. In: *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro : Editora Rio, 1976. p. 221-267.
- DE LUCAS, Javier. Sobre la interpretacion juridica. In: *Introducción a la teoria del derecho*. Valência : Tirant lo Blanch, 1997. p. 281-296.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. Contribuição da jurisprudência à evolução do direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro : Forense, v. 126, nov. 1949. p. 18-24.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Dogmática hermenêutica ou a ciência do direito como teoria da interpretação. In: *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1994. p. 255-308.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Interpretação da lei: espécies e resultados. In: *Introdução ao estudo do direito*. 16. ed. rev. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p. 243-247.
- KELSEN, Hans. A interpretação. In: *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução por João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 387-397. Tradução de Reine Reichtelehre.
- NOJIRI, Sérgio. Fundamentação e linguagem. In: *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo : RT, 1999. p. 89-104.
- PORTO, Mário Moacyr. Estética do Direito. *Revista do Curso de Direito da UFRN*. Natal : UFRN, v. 1, n. 1, jan./jun. 1996. p. 17-27.
- SILVA, Octacílio Paula. *Ética do magistrado* (à luz do direito comparado). São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- SILVEIRA, Alípio. O “in claris cessat interpretatio” e seu declínio. In: *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v.1, 1968. p. 37-43.
- VEJA. São Paulo : Abril, ed. 1575, n. 48, dezembro 1998. p. 38.

Harmonização tributária no Mercosul: da utopia à realidade

Jamile Bergamaschine Mata Diz

O desafio da harmonização tributária está em buscar um razoável equilíbrio entre a soberania e a submissão. Trata-se, portanto, de avaliar as opções disponíveis para a adequação dos sistemas tributários nacionais a medidas não-discriminatórias, do ponto de vista da livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais, sem perder de vista a necessidade de preservar um certo grau de autonomia dos Estados-partes de uma determinada união.

A coordenação das políticas macroeconômicas, imposição determinada pelo Tratado de Assunção, em seu art. 1º, reforça a necessidade de serem aprimorados os mecanismos tributários existentes em cada um dos países-membros. Contudo, não é tarefa fácil requerer aos Estados que simplesmente sacrifiquem suas receitas em prol de um objetivo ainda em fase de construção. A construção de cenários para o processo de harmonização das políticas tributárias do Mercosul deve ter como ponto crucial dois aspectos polêmicos. O primeiro deles diz respeito à supressão das barreiras fiscais, entendendo-se por tais não somente os direitos alfandegários, mas também os controles fronteiriços atualmente vigentes, principalmente em matéria de impostos indiretos, como o IVA (imposto sobre o valor agregado, existente no Uruguai e Argentina) e o ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de transportes

Jamile Bergamaschine Mata Diz é Professora de Direito da Universidade Federal de Viçosa/MG.

e comunicações, existente no Brasil). Já o segundo está diretamente ligado aos impostos indiretos, que geralmente perfazem a cota máxima de arrecadação de cada Estado.

Além disso, os setores descontentes com a integração buscam avaliar somente os efeitos que a supressão das barreiras alfandegárias irá surtir em relação aos produtos mais sensíveis, não se concentrando em discutir um modelo que privilegie tanto os produtos que certamente irão enfrentar dificuldades, em consonância com aqueles que se integrarão tranquilamente ao processo.

Antes de passarmos para uma discussão acerca das questões tributárias, devemos fazer algumas reflexões. Para que haja uma harmonização legislativa, deve-se reconhecer um órgão dotado de competência supranacional, e que seja encarregado de elaborar as normas que irão vigorar para os países-membros. Tal órgão deverá vir dimensionado pelo tratado ou acordo que foi celebrado pelos Estados-partes. Se o tratado criar uma ordem jurídica supranacional, a harmonização dar-se-á mediante os instrumentos veiculados por esse órgão. Ao contrário do sistema europeu, o Tratado de Assunção não implica a aceitação ou aplicação de um direito comunitário, pelo menos durante o período de transição, isto é, descartou-se o princípio da supranacionalidade até 31 de dezembro de 1994, e até o presente momento não foram envidados maiores esforços no sentido de efetivá-lo.

“Assim, para o momento, está descartada a possível aceitação de um regime de ‘direito comunitário’, pois o Protocolo de Ouro Preto não previu órgãos supranacionais, nos moldes dos existentes na União Européia. O funcionamento eficaz de um mercado comum implica a adoção, por parte das autoridades comunitárias, de decisões que a Constituição atribui privativamente

aos órgãos nacionais, no sistema vigente nos países-membros do Tratado de Assunção, aos Poderes Legislativo e Judiciário. Será necessário, então, prever a possibilidade de atribuir esses poderes ao conselho ou a outro órgão comunitário, como, por exemplo, um Parlamento, reformulando-se também as Constituições dos Estados-partes para o atendimento às necessidades de harmonizar as legislações internas às peculiaridades do mercado comum”¹.

A harmonização pode ser definida como a adoção, em nível comunitário, de regras que tendem a assegurar o bom funcionamento do mercado comum e as normas que devem-se conformar com as legislações nacionais. Nesse caso, estaríamos na presença de uma legislação em duas fases: uma comunitária, que se impõe aos Estados-membros, e outra, nacional, que cria direitos e impõe obrigações aos particulares, conforme previsto nas normas do direito comunitário.

O alcance das disposições com efeitos tributários do Tratado pode-nos levar a distinguir vários tipos de harmonização, tais como: uma harmonização fiscal limitada ao funcionamento da união aduaneira; uma harmonização fiscal orientada a uma completa eliminação de fronteiras e uma harmonização programada que, projetando-se o conjunto da fiscalidade, limita-se em concreto a determinados aspectos dos sistemas tributários, em função tanto do estabelecimento quanto do bom funcionamento do mercado comum proposto. Trata-se de uma harmonização vertical que prevê modificações somente nos setores que efetivamente condicionam a criação de um mercado comum, quais o sejam as políticas macroeconômicas.

Observando-se o processo de constituição do Mercosul, percebe-se que o Tratado de Assunção prioriza a formação de um mercado comum, não se limitando

apenas a uma harmonização vinculada à união aduaneira. A harmonização no Tratado pode-se definir em dois pontos básicos. Em primeiro lugar, partindo dos princípios inspiradores do Tratado e dos objetivos do Mercosul e, em segundo lugar, analisando-se as disposições do Tratado que aludem ao mecanismo tributário (primordialmente o sistema fiscal).

Os princípios inspiradores podem ser extraídos da natureza adotada pelo Mercosul e do sistema econômico regido pelo Tratado de Assunção, do qual se depreende o caráter neoliberal no que concerne à sua estrutura interna e em relação à natureza de suas “trocas” exteriores.

Os mais importantes princípios encontrados e que possuem maior incidência na harmonização tributária são: a economia de mercado, inspirada nos postulados do liberalismo econômico; a igualdade de tratamento e o princípio da não-discriminação. Pode-se afirmar que a interação entre esses princípios será determinante para a continuação do processo de harmonização tributária já iniciada (com a adoção de uma tarifa externa comum), tendo sempre presente que existem limitações de caráter técnico e que a essas se deve somar outras de natureza política que, definitivamente, marcam o ritmo e a intensidade do processo harmonizador.

A harmonização como um todo é um processo contínuo e controlado de auto-adaptação das estruturas que reagem entre si devido às características de seus objetivos e das metas definidas em comum. Assim, os ajustes das estruturas fiscais influem decisivamente nas econômicas e vice-versa, pois, por ser o instrumento tributário (fiscal) um elemento econômico, o crescimento econômico deve procurar adequar-se à correlativa evolução da estrutura do sistema. Logo, a cada nível de crescimento econômico se deve teoricamente corresponder uma determinada estrutura fiscal, e por isso o nível de harmonização tributária

está, em parte, limitado pela conseqüente harmonização das estruturas econômicas, dado que ambos os processos são interdependentes.

A necessidade desse processo evolutivo é evidente e está explícita nos projetos da formação de uma união aduaneira, porque esta dificilmente poderá subsistir mantendo-se no simples estado aduaneiro. Logo, a supressão de barreiras aduaneiras traz como conseqüência a aparição de outros obstáculos para a finalização dos fluxos comerciais, até então ignorados pelo simples fato de que seu nível de ação se restringia ao nível de proteção tarifária.

A etapa da união aduaneira, que elimina certas dificuldades, não implica uma completa harmonização tributária, pelo contrário, o dinamismo do sistema conduz a uma fase de estagnação, na qual se manifesta a necessidade de se harmonizarem as legislações. A harmonização desembocará provavelmente na unificação das estruturas econômicas e sociais e esta última etapa exigirá a instituição de um poder central.

De qualquer forma que se conceba a harmonização, seja como meio de organizar a coexistência entre as diferentes legislações nacionais, seja como manifestação da vontade de unificar as estruturas tributárias e financeiras, o certo é que o avanço da mesma requererá uma evolução paralela na marcha da integração econômica. Se não se conseguir tal resultado, os efeitos da harmonização da base ou da estrutura de determinados impostos podem ser neutralizados pela manipulação de alíquotas ou, inclusive, com práticas administrativas de gestão e aplicação dos tributos, por parte dos Estados-partes.

A coexistência pacífica dos sistemas exigida no curso do processo integracionista encerra-se na harmonização tributária em limites demasiadamente estreitos, dado que os Estados alegam autonomia em matéria de política econômica, financeira

e tributária. Ao abrigo dessas fronteiras fiscais, os Estados podem efetuar diversas manipulações, principalmente quanto aos tipos impositivos.

Sob a ótica das perspectivas técnicas, devem-se destacar os distintos níveis de atuação previstos pelo Tratado de Assunção, no âmbito da harmonização, cujo objetivo se configura no mercado comum, e um dos principais instrumentos é a aproximação das políticas macroeconômicas.

Não obstante, no Tratado de Assunção, a integração não vem expressamente prevista para todos os graus do processo de forma homogênea, havendo um cronograma preciso para a fase da zona de livre comércio. Em todas as demais fases, o meio de atuação se reduz à simples expectativa da cooperação. Como expressão da soberania e autonomia nacional, a cooperação, de certa forma, está dependendo dos interesses nacionais e das sólidas estruturas econômicas, que encontram na manutenção da autonomia estatal a melhor das proteções. Isso explica as tendências centrífugas dos interesses nacionais, que constituem a principal dificuldade da adequação de uma política de harmonização. Chega-se, então, a outro fator impeditivo e que dificulta uma cabal harmonização tributária: os aspectos políticos.

Com efeito, a harmonização afeta a soberania (em seu sentido tradicional) dos Estados, dado que o sistema tributário não só se constitui na fonte essencial de recursos públicos, mas é também o instrumento moderno da política econômica e social.

As limitações políticas marcam o trecho da harmonização dos sistemas tributários, na medida em que esta comporta a renúncia dos Estados a uma parte importante de suas prerrogativas tradicionais e do maior pilar das receitas governamentais: os tributos.

Está claro que o princípio de imposição, qualquer que seja o critério escolhido (de

destino ou de origem), só pode ser aplicado se obtivermos uma harmonização tributária, pelo menos naqueles setores nos quais a diversidade da presença tributária dá lugar mais facilmente a distorções econômicas. A harmonização deve estender-se pelo menos a todos os impostos diretos e indiretos, tanto no que diz respeito ao sistema de imposição como aos tributos individualmente.

O primeiro aspecto a ser analisado é o dos sistemas tributários nacionais vigentes, que não são apenas fruto da mente do legislador, mas em mínima parte sua estrutura depende essencialmente do ambiente em que são aplicados e ao qual devem-se adaptar.

Se os diferentes Estados-partes do Mercosul não possuírem um mínimo de uniformidade no tocante a esses fatores, a harmonização do sistema tributário será praticamente impossível. Os recursos tributários, para o balanço de cada Estado, e esse é o inconveniente mais importante, converter-se-iam em um problema de fato, no sentido de que determinados volumes de bens, produzidos em cada um dos Estados-partes, significariam uma igual imposição a todo o Mercado Comum, provocando para alguns países um excesso de entradas devidamente exigidas por este Estado e para outros uma deficiência de entradas comparativamente insolúveis.

O problema se complica ainda mais se formos analisá-lo sob o ponto de vista dinâmico; se em dado momento as exigências financeiras de um Estado o induzem à introdução de modificações em seu sistema tributário, conseqüentemente, a necessidade de se manter a harmonização provocaria distorções no sistema tributário dos demais, sem que os mesmos sentissem necessidade de fazê-lo.

Sinteticamente, os recursos tributários de cada balanço estatal seriam a soma das próprias exigências com as exigências dos demais, criando dispersões e desequilíbrios nos balanços públicos facilmente percebidos.

Para evitar tais desequilíbrios, não haveria outro recurso senão elevar uma parte das finanças nacionais a um plano intercomunitário com um sistema financeiro do tipo federal, ou de formas de compensação para os distintos balanços públicos. Para alguns autores, o sistema financeiro do tipo federal é condição necessária para que se aperfeiçoe a harmonização. A harmonização tributária pressupõe não somente um princípio de harmonização econômica, mas também uma política unitária dos Estados, já que existem incompatibilidades com a soberania da Fazenda Nacional de cada um dos Estados-partes. E, por isso, deve-se esperar que o mercado comum evolua de uma discriminação economicamente unitária por parte dos países-membros, para que se tente compor uma forma de federalismo, ainda que imperfeita.

A harmonização é condição necessária para que o mercado comum funcione como se fosse um só país, isto é, sem que os tributos impliquem controles fronteiriços e sem que as diferenças provoquem distorções econômicas que possam vir desajustar os esforços já desenvolvidos para o êxito efetivo do Mercosul. Como já colocado, a análise mais complexa em termos de tributação deverá ser dirigida aos impostos indiretos e àqueles incidentes sobre o consumo, que, além de necessitarem de uma maior fiscalização, possuem maior valor arrecadatório e repercussão final sobre o consumidor.

Quanto às especificidades de cada sistema tributário, nota-se que o Brasil possui uma imposição interna de 15,88% do PIB, onde 54,16% provêm da arrecadação dos impostos sobre o consumo. Já a Argentina possui uma imposição interna de 11,06% do PIB e o Uruguai 18,15%, sendo que desses totais 75,32% e 61,46%, respectivamente, da arrecadação vêm dos impostos sobre o consumo. O Paraguai apresenta uma imposição de 7,96% do PIB, onde os impostos sobre o consumo representam um total de 52,89%².

Em linhas gerais, considerando-se os tributos indiretos mais importantes em cada país, tem-se:

Brasil

a) Imposto sobre produtos industrializados (IPI) – de competência da União, conforme artigo 153, IV, da Constituição Federal de 1988. Atinge os valores resultantes de transformações (beneficiamento) ocorridas nos produtos durante a fase produtiva. Sua alíquota é variada por adotar o princípio da seletividade, tributando de forma desigual os produtos, de acordo com o interesse econômico de aumentar, controlar ou diminuir seu consumo.

b) Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) – de competência dos Estados, previsto no art. 155, I, *b*, da CF/88. É o típico imposto sobre o valor agregado do Brasil, com alíquotas girando em torno de 7% a 25%, tendo como característica a não-cumulatividade, ou seja, desconta-se no valor a pagar os montantes já pagos em operações anteriores. Por ser de competência estadual, a maior implicação está nas alíquotas variadas, uma vez que há liberdade para cada Estado da Federação estabelecer a sua.

c) Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) – de competência dos Municípios, consoante o art. 156, III da CF/88. É o imposto sobre consumo de caráter municipal. Grava todos os serviços executados dentro da área de dado Município, devendo-se excetuar aqueles que já forem gravados pelo ICMS. A alíquota é determinada por cada ente municipal.

Argentina

a) Imposto sobre o valor agregado (IVA) – é imposto federal e tem como fato gerador diversas operações individuais, entre elas: a venda de coisas móveis; obras,

locações e serviços previstos em lei e importações. Como todos os impostos existentes sobre o consumo, é de caráter não-cumulativo. Possui alíquotas variáveis, que giram em torno de 18% atingindo um máximo de 27%. Há isenção para a água natural, o pão comum, o leite em pó vendido ao consumidor final e todas as operações de exportação.

b) Imposto sobre o consumo específico – é de competência federal. Recai sobre a fabricação de alguns produtos, como o tabaco, as bebidas alcoólicas, entre outros. É arrecadado de forma cumulativa.

c) Imposto sobre os ingressos brutos (Turnover) – é imposto a ser cobrado pelas províncias. Grava o exercício habitual dos atos de comércio, indústria, profissões autônomas, locações de bens, execução de obras e prestação de serviços. É de caráter plurifásico cumulativo, sendo sua base de cálculo o montante da receita bruta oriunda de vendas, serviços ou locações, ou qualquer atividade comercial, excluindo-se os valores relativos ao IVA. As alíquotas variam de 0,25% a 20%. Em geral, entretanto, tributava-se o setor primário com 1%, o industrial com 1,5%, o de serviços com 2,5% e o financeiro com 4,5%. A tendência recente é o aumento das alíquotas incidentes sobre a atividade comercial varejista e a redução e/ou eliminação da tributação sobre as atividades industriais.

Uruguai

a) Imposto sobre o valor agregado (IVA) – tal como na Argentina, é de competência federal. É um imposto de base ampla, incidente sobre a circulação de bens e prestação de serviços, multifásico, não-cumulativo, com alíquotas básicas de 22% a 12%, aplicadas para bens de primeira necessidade e certos serviços. A alíquota é aplicada por fora, quer dizer, o imposto não constitui base de cálculo de si mesmo.

b) Imposto específico interno (IMESI) – também de competência federal, esse

imposto constitui a base de cálculo do IVA. Grava a primeira venda dos produtos também onerados com o valor agregado. A alíquota varia de produto a produto. Por adotar o regime de imposição baseado no país de destino, grava as importações e não incide sobre as exportações.

c) Imposto sobre o patrimônio líquido – apesar de ser um imposto patrimonial, é de certa relevância, vez que pode atingir o consumidor final, dentro de uma base impositiva indireta. Recai sobre o patrimônio líquido das pessoas físicas e jurídicas. Possui alíquotas progressivas, sendo que será de 0,7% a 3% em se tratando de pessoa física e 2% sobre pessoa jurídica que não seja instituição financeira.

Paraguai

a) Imposto sobre o valor agregado (IVA) – de competência federal, foi criado pela Lei nº 125/91. Tem como fato gerador a venda de bens, a prestação de serviços e a importação de bens. A base de cálculo é o valor das operações. A alíquota é de 10%. Para as importações, entretanto, foi introduzido, em janeiro de 1994, um regime especial que resultou numa alíquota efetiva de 2%. Há isenções para os produtos agropecuários em estado bruto, petróleo importado, exportações, etc.

b) Imposto seletivo sobre o consumo – também de competência federal, instituído em agosto de 1992. Fatos geradores são a primeira comercialização de alguns bens nacionais (cigarros, fumo, bebidas, álcool, combustíveis, etc.) e os produtos estrangeiros. Possui uma alíquota que varia de 40% (gasolina aditivada) a 3% (cigarros).

Nota-se que há inúmeras disparidades entre os sistemas tributários adotados por cada um dos países-membros do Mercosul. Além de possuírem métodos diferenciados de imposição, divergem também nos mecanismos de controle e fiscalização de cada ente tributário.

Destarte, não se pode olvidar que a crise econômica ocorrida no início dos anos 80 afetou significativamente o nível de receitas de todos os países que assinaram o Tratado de Assunção. A adoção de medidas protecionistas, que culminaram na efetivação de setores subsidiados, muitas vezes ameaçou o desenvolvimento de um mercado comum do Cone Sul.

Apesar de estar na fase de união aduaneira, em que se estabelece um regime de taxação diferenciada para os países que integram o “bloco” mediante a criação de uma tarifa externa comum (TEC), o Mercosul estabeleceu uma maneira disforme de união aduaneira ao prescrever uma lista de exceções de produtos que não fariam parte da tarifa externa, ficando assim no nível intermediário entre a Zona de Livre Comércio e a União Aduaneira. Percebe-se, nesse caso, que os países ainda estão sendo tomados por certos sentimentos extremamente nacionalistas.

Outro ponto delicado no tocante à formação do Mercosul diz respeito às legislações *antidumping*. Por ser um processo complexo, que envolve inúmeros interesses, é necessário que as legislações *antidumping* atuem eficazmente. Porém, deve-se evitar que sejam usadas como meios de distorção da concorrência entre produtores dos Estados-partes, transformando-se em um instrumento de proteção disfarçada dos produtores menos eficientes.

Mesmo tendo enfrentado graves obstáculos à sua conformação, o Mercosul ainda tem grandes chances de ser efetivamente implementado. Os países signatários do Tratado de Assunção já realizaram diversas modificações nas matérias tributárias. A Argentina vem realizando profundas modificações em seu sistema tributário desde 1975, quando foi implantado o IVA, que substituiu o Imposto sobre Compras e Vendas, que gerava um efeito cascata. A preocupação com a retirada de impostos com efeitos cumulativos está de

acordo com uma política de maior inserção no mercado internacional, o que, conseqüentemente, favorece a formação de um mercado comum.

Já o Paraguai pretende instituir uma nova ordem jurídica tributária, caminhando para uma maior descentralização. Entre as recentes alterações na legislação tributária, destacam-se a redução das alíquotas do imposto seletivo e a redução da tributação das mercadorias exportadas, seja por meio do imposto de importação, seja por meio do IVA.

A grande reformulação no sistema tributário uruguaio ocorreu na década de 70. Em 1972, foi introduzido o IVA, principal fonte de receita do Estado, e feitas outras alterações nos impostos de renda e no IMESI.

O Brasil possui uma alta carga tributária que onera quase todo o processo de industrialização e comercialização. Os altos custos operacionais, bem como uma política monetária que desfavorece a produção têm contribuído para que o Brasil seja colocado como o grande vilão do Mercosul. Iniciativas de substituição dos impostos indiretos (ICMS e IPI) pelo IVA demonstram que talvez, neste momento, as autoridades políticas estejam atentando para a real necessidade da inserção do nosso país no contexto mundial.

“Em síntese, as políticas tributárias dos países-membros do Mercosul ainda estão voltadas, predominantemente, para a solução dos seus problemas internos, embora se forme lentamente a consciência de adaptar o sistema tributário à realidade da integração”³³.

Finalmente, espera-se que os Estados-partes esqueçam as antigas rivalidades, bem como comecem a pensar no ideal integracionista como uma meta a ser alcançada em benefício de todos, mesmo que para isso sejam realizados alguns sacrifícios. O caminho da integração é árduo e demorado, como foi demonstrado

pela experiência européia, mas, se eficazmente obtido, trará inúmeras vantagens a todos aqueles que efetivamente participarem.

O temor de que um país perca sua soberania ao participar de um processo integracionista é infundado e irreal, vez que muitos países atualmente, entre eles o Brasil, possuem apenas uma “soberania virtual”. Talvez o processo de integração venha justamente aprofundar laços e fortalecer regiões que antes estavam sob o jugo de interesses alienígenas, puramente exploradores. Cabe agora aos entes competentes tomarem medidas para que a integração do Cone Sul não seja vista apenas como mais um sonho, tal como o foi a ALADI e ALALC, mas sim como um objetivo ao qual podemos aspirar.

Notas

¹ FIGUEIRAS, Marcos Simão. *Mercosul no contexto latino-americano*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1996. p. 119.

² Dados obtidos em 1995. Anais do VII Congresso Nacional da Fea-USP.

³ BORDIN, Luís Carlos V., LAGEMANN, Eugenio. Análise comparativa das estruturas tributárias dos países do Mercosul. In: *Revista Indicadores Econômicos FEE*. Porto Alegre : [s.n.], v. 22, n. 3, nov. 1994.

Bibliografia

ABREU, Marcelo de Paiva, LOYO, Eduardo H. M. M. Globalização e regionalização: tendências da economia mundial e seu impacto sobre os interesses agrícolas brasileiros. *Estudos de Política Agrícola*. [S.l. : s.n.], n. 5, jan. 1994. Relatórios de pesquisas IPEA.

ACCIOLI, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 2.ed. 5. tiragem. São Paulo : Saraiva, 1985.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Lições de Direito Comunitário*. [S.l.] : Coimbra Editora, v. 1, 1993.

BARBOSA, Rubens Antônio. Liberalização do comércio, integração regional e Mercado Comum do Sul: o papel do Brasil. *Revista de Economia Política*. São Paulo : [s.n.], v. 13, n. 1, 1993.

BASSO, Maristela, MICALLI, Isabella. Os tratados de Assunção e de Maastricht: perspectivas para as integrações latino-americana e européia. *Revista de Estudos Jurídicos*. [S.l. : s.n.], v. 22, n. 67, 1993.

BENITEZ GOMEZ, Juan Alberto. *Problemas tributários que planteam el Mercosur*. Montevideo : Facultad de Derecho, Universidade de la Republica, 1993.

_____. La supresion de las fronteras fiscales. *Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur*. Buenos Aires : Facultad de Derecho, Universidade de la Republica, s.d.

CARAZZA, Roque Antonio. *O regulamento no Direito Tributário brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo : LTr, 1994.

CASTRO, Glese de. O Brasil é campeão mundial de impostos. *O Estado de S. Paulo*, 27 set. 93.

_____. *Os impostos sobre o consumo no Mercosul*. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte : Faculdade de Direito Milton Campos v.1, n. 1, s.d.

FERNANDES, Edison Carlos. *Sistema tributário do Mercosul*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

FIGUEIRAS, Marcos Simão. Aspectos jurídico-tributários do Mercosul. In: *Boletim do CELA* (Centro de Estudos Latino Americanos), ano 3, n. 3, s.d.

_____. *Mercosul no contexto latino-americano*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1996.

FORTE, Umberto. *União Européia: direito das comunidades européias e harmonização fiscal*. São Paulo : Malheiros, 1995.

KEEFE, Thomas Andrew. *Problemas que dificultan el proceso de crear una zona de libre comercio hemisférica por el año 2005 y algunas soluciones*. 5º Encontro Internacional de Direito da América do Sul. Buenos Aires, junho de 1996. (mimeo).

LIPOVTSKY, Jaime César, LIPOVTSKY, Daniel Andrés. *Mercosul: estratégia para a integração*. São Paulo : LTr, 1994.

MICHEL, Gian Antonio. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978.

MOURÃO, F. Albuquerque *et al.* *O Mercosul e a União Européia*. Coimbra : Faculdade de Direito, Curso de Estudos Europeus, 1994.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

Os 500 anos da participação popular no Brasil

Fábio Wellington Ataíde Alves

Sumário

1. Introdução. 2. Período pré-republicano. 3. A República. 3.1. A República Velha. 3.2. A Nova República.

1. Introdução

Cinco milhões de brasileiros controlam a casa grande, enquanto aos demais cabe a senzala. Essa meditação do sociólogo Herbet de Souza resume na verdade em que bases foi construída a nossa sociedade. O sistema muda, mas não o controle. Aliás, ele não se renova, apenas se transforma.

A aristocracia escravocrata formada a partir do colonialismo ainda não se superou. Serve de paradigma para o que hoje se chama de oligarquia exploradora do trabalho assalariado. A casa grande e senzala não se expiraram. Como diz Betinho, chamam-se agora “mansão e favela”¹.

A construção da sociedade brasileira não estimulou, principalmente nos planos políticos, a independência da senzala, cujo confinamento, atenuado por poucas concessões “benevolentes”, serviu à formação de um indivíduo acomodado, ordenado, com o domínio. É a política da antecipação. A casa grande sempre se antecipa na concessão de “direitos”, frustrando a conquista deles pela senzala.

Nesse contexto, passaremos a analisar a participação política do cidadão brasileiro – do índio, do escravo, do negro, do

Fábio Wellington Ataíde Alves é Juiz de Direito/RN e aluno da especialização em Direito e Cidadania pela UFRN.

imigrante, do estrangeiro, do pobre enfim – na construção de nossa sociedade.

2. Período pré-republicano

A exclusão começa já com o nosso primeiro habitante: o índio. O sistema o escravizou, sendo ele o responsável pela construção dos primeiros alicerces do sistema de domínio. Milhões foram dizimados. A eles se juntariam, escravos, imigrantes e pobres.

Primeiro as sesmarias e depois as capitanias hereditárias, que poderiam ter sido a nossa primeira tentativa de reforma agrária, surgem como gênese da vocação para o culto ao latifúndio, ainda hoje não vencido. Quanto maior a extensão de terra maior o poder. O donatário da capitania exercia amplos poderes em suas poses. Estão prontas as bases de um poder dominante cuja vida e morte não dependem do povo que o gera.

Um dos primeiros instrumentos de participação política na sociedade colonial surgiu a partir das câmaras municipais, de que não poderiam participar mecânicos, operários, degredados, judeus e peões². Os menos prestigiados integravam a sociedade de algum modo, mas não participam de sua vida política.

Note-se que os escravos – negros ou índios – não possuíam sequer personalidade jurídica, mas já poderiam ser sujeitos passivos de direito penal. Daí a grande incongruência. Como coisas, não podiam se autodeterminarem, mas o sistema concebia essa autodeterminação para infligirem a lei penal.

A análise do direito penal em muito serve para compreender como funcionava axiologicamente a estrutura colonial. Na Inconfidência Mineira, apenas o alferes Joaquim José da Silva Xavier foi condenado à morte. Igualmente, na Balaiada, as penas mais severas couberam aos membros menos prestigiados do movimento. Já no início do século XIX, a Inglaterra conseguiu avocar competência para julgar os

seus habitantes que violassem a lei penal brasileira³.

No Brasil-colônia, a participação de maior importância adveio quando da expulsão dos holandeses. Índios lideraram lutas armadas. Mas, como se verá, em todo o decorrer da história, poucos foram os momentos cuja participação da classe excluída mereceu crédito. As conquistas do povo brasileiro sempre foram por antecipação. O poder dominante sempre esteve pronto para agir ou fazer concessões ante a menor inquietação, punindo severamente os que ousavam não se acomodarem. Nem na independência da colônia houve participação da massa. Os conselhos de D. João VI, antes de seu retorno a Portugal, para D. Pedro resumem bastante esse espírito: “Pedro, se o Brasil se separar, antes seja para ti, que me hás de respeitar, do que para algum desses aventureiros”⁴. É a política da antecipação.

Com a Independência adveio a Constituição outorgada de 1822, inspirada na Carta de Luís XVIII (1814). Ressalte-se que o Imperador, na elaboração dessa carta fundamental, havia enviado textos para sugestão popular. Nada mais que simulação. De fato, a participação política ficou restrita, na nova ordem constitucional, a quem detivesse renda satisfatória, denotando a inclinação do Poder para os mais favorecidos. O voto censitário⁵ exigia renda mínima para o eleitor ou o candidato. Como não havia sigilo, o controle da massa votante estava assegurado. O poder moderado surgido guarda aspectos semelhantes com o papel hoje desenvolvido pela imprensa.

Temendo concorrências, a Inglaterra entra na luta com o regime escravista brasileiro. Surge a lei Eusébio de Queiroz em 1850, proibindo o tráfico de escravos. A casa grande, insatisfeita, traz os imigrantes, proibidos no entanto de adquirirem terras por posse ou doação. Na verdade, aqui se cristaliza que os novos habitantes vieram como mão-de-obra alternativa à escrava. A atividade latifundiária exportadora estava prote-

gida. Não podiam adquirir terras os pequenos produtores porque a autonomia deles não interessava ao Rei.

O recrutamento da massa popular sempre foi útil nos momentos difíceis. Na guerra do Paraguai (1864-1870), negros eram convocados com a promessa de liberdade. Senhores de engenho enviavam escravos em troca de seus filhos. Começa aqui um grande momento da participação popular no Poder. Não só dos negros, mas o exército garantiu a possibilidade de acesso principalmente dos pobres, e com chances de crescimento pelos próprios méritos. Estruturado a partir da guerra do Paraguai, o exército seria o protagonista da queda do monarca anos mais tarde⁶.

3. A República

3.1. A República Velha

O advento da República em 1889 apenas aspirou um governo de participação popular. Não foi dessa vez que a casa grande e a senzala deixaram de existir. A federação consagrava o poder regional – aquele mesmo que na colônia permanecia nas mãos do donatário... Talvez por isso Amaro Cavalcanti tenha sinalizado a possibilidade de o novo regime significar “apenas uma mudança de nome ou de formas externas, mas igualmente carecedor de benefícios reais para o país e para a nação”⁷.

Três foram os ideais da República: o liberal, defendido pelos latifundiários do café; o jacobino, aspirador de uma maior participação popular, e o positivista, inspirado nos ensinamentos de A. Comte.

Deve ser dado bastante valor a tais ideais porque eles persistem na vida política nacional, mesmo quando dela não participam mais os militares. Para os positivistas, o povo teria direitos sociais e individuais, mas com ordem, sem a qual não há progresso. Eles dominaram os dois primeiros governos da República Velha. Nos seus primeiros anos, a República precisa-

va de segurança e ordem para se estabelecer. Pode-se dizer que os ideais positivistas somente vieram ser ressuscitados por ocasião do Golpe de 1964.

Amaro Cavalcanti também discorreu sobre o seu descontentamento com a República da qual ninguém participara, porque ao poder político não interessava. São ainda atuais suas palavras:

“O assunto não admite tergiversação: se queremos lealmente a República, proclamada a 15 de novembro de 1889, como regime de governo, capaz de fazer a prosperidade do país e da nação, é, antes de tudo, mister, que a *pratiquemos* com todo o patriotismo, e não, subordinando os princípios da democracia e da liberdade aos interesses mesquinhos da politicagem ou a outras preocupações menos dignas do momento”⁸.

A pretensão de ordem e progresso se contradiz com a possibilidade de conquistas de direitos. Sem luta não há direitos. Com efeito, os militares concebiam apenas a luta armada, contra um inimigo. Esse pensamento em muito impediu, durante toda a história, a anuência com movimentos populares pela luta de direitos. Tais movimentos eram vistos como inimigos, notadamente porque concebido ingenuamente que a luta por direitos era uma luta contra o Estado. E até poderia sê-lo quando o Estado toma a massa postulante como inimiga⁹.

No campo da participação popular, deve-se destacar a concessão pela Constituição de 1891 de naturalização tácita a todos os “estrangeiros, que, achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro de seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o animo de conservar a nacionalidade de origem”. Concedia-se naturalização, e portanto cidadania, aos imigrantes do País. Nessa Constituição, o voto passou a ser universal entre os masculinos, excluídas mulheres, analfabetos, mendigos, menores de 21 anos, pa-

dres e soldados. Mas ainda não permanecia secreto.

Com Floriano Peixoto (1891-1894), surge um modelo misto, positivista combinado com o jacobinista. Com ordem, fazem-se concessões ao povo. É a célula embrionária do estilo mais tarde conhecido por populismo¹⁰.

A eleição de Prudente de Moraes (1894-1898) representou a retomada dos ideais liberais, permanecidos sem grandes mudanças até o fim da República Velha em 1930. Sob o seu governo, caiu a Canudos dos excluídos (1896).

Eleições efetivamente disputadas somente seriam possíveis em 1910, entre Hermes da Fonseca e Rui Barbosa, cujo vencedor já conhecemos. Rui elege a “fraude oficial, mãe de todas, abrigo de todas e de toda vitória previamente descontada”¹¹. Para ele, que noutra oportunidade já tinha dito ser o voto “a primeira arma do cidadão”¹², consumou-se na candidatura de então “o mais atrevido estelionato eleitoral, de que jamais foi vítima este povo”¹³.

3.2. A Nova República

No momento da Revolução de Trinta, ressurgiu o pensamento já preconizado por D. João VI. O político mineiro Antônio Carlos alvitrou: “Façamos a revolução antes que o povo a faça”¹⁴. É a velha política da antecipação. Como na independência de 1822, a Revolução de 1930 assinala a ausência das massas.

A partir de Getúlio Vargas, surgem alguns instrumentos de participação popular. O voto, também extensivo às mulheres, passou a ser secreto, mesmo porque já começava a desaparecer o interesse pelo voto público, desprezível para o controle da massa urbana. O País começava a deixar de ser rural e os coronéis locais já “não tinham” tanto poder decisivo na eleição.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 garantiu, sem ressalvas, o sufrágio universal e direto e o voto secreto (art. 134).

O período ditatorial advindo com o Gol-

pe de 1964 sem dúvida foi o que mais tolheu a participação popular. Já nos primeiros dois meses, fundado no Ato Institucional nº 1, Castelo Branco cassou e suspendeu os direitos políticos de mais de quatrocentas pessoas. O AI nº 2 possibilitava o fechamento do Congresso. Pelo AI nº 3 caberia à Assembléia a eleição dos governadores e vices, em sessão “pública” e votação nominal (art. 1º).

A Constituição do Brasil de 1967 fez ressalvas ao voto secreto (art. 143). O Presidente elege-se por um “colégio eleitoral, em sessão pública e mediante votação nominal” (art. 76). Lembre-se que voto público remete a tempos de controle. A Emenda Constitucional de 1969 mantém a eleição presidencial por votação nominal em sessão pública (art. 74).

O ponto alto do regime ocorreu em 1968, com o AI nº 5. O Presidente legislava. Suspensos os direitos políticos e as garantias constitucionais. O pacote de abril de 1977 instituiu os senadores biônicos (art. 41, § 2º, CF/69). A eleição do governador e de seu vice faz-se “pelo sufrágio de um colégio eleitoral” (art. 13, § 2º, CF/69, com Emenda Constitucional 8/77). Outras mudanças houve. O poder já não emanava do povo, a despeito do que proclamara o texto constitucional vigente¹⁵. Alexandre de Moraes¹⁶ traz à memória que já então Paulo Lopo Saraiva advertia: “A indicação dos governadores dos Estados, a nomeação de um Senador e a designação dos prefeitos das Capitais e de outras cidades brasileiras atestam a falência do nosso Federalismo e a ascensão de um Unitarismo, despido de qualquer formulação jurídica”.

“Não há tortura no Brasil”. Essa célebre frase proferida em 1970 pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid¹⁷ resume o espírito: mentira¹⁸ e controle.

Sobre tais bases, coube à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 edificar o Estado Democrático de Direito. O voto secreto é obrigatório entre 18 e 70 anos e facultativo para os analfabetos¹⁹ e entre os de 16 e 18 anos e os maiores de 70 anos de idade. As garantias constitucionais

foram ampliadas e redimensionou-se a função do Ministério Público. Inaugura-se também a possibilidade de reeleição para o chefe do Executivo (EC 16/97), o que privilegia – segundo Michel Temer – o “princípio da participação popular”²⁰.

A proteção do consumidor; o direito de informação; a proteção criminal dos direitos fundamentais; os crimes hediondos; os crimes de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; o princípio do devido processo legal; a inadmissão de provas ilícitas; o princípio da presunção da inocência; a proteção do civilmente identificado; a ação privada supletiva; o princípio da publicidade; a informação ao preso e a sua família; a condenação por erro judiciário; a gratuidade do registro de nascimento e da certidão de óbito; a gratuidade do *habeas corpus*; do *habeas data* e dos atos necessários à cidadania e, finalmente, a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais²¹ são algumas das novidades no novo texto constitucional asseguradoras de uma participação política, se não absoluta, mas plena.

Sem nenhum precedente na história, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aclama como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º). E, sem dúvida, forte tem sido o poder de mobilização popular em defesa desses princípios, marcante nas “diretas já” e decisivo no *impeachment* de um Presidente da República em 1992. Na “senzala” ainda existe vida.

O povo não deve esperar merecer os direitos, mas lutar por eles. Para tanto, apresentam-se eficazes como meios o processo judiciário (ações judiciais), o processo eleitoral (eleições), o processo legislativo (produção de leis) ou o processo político em sentido amplo, realizado por meio dos partidos, das associações, da imprensa, dos

institutos de oposição, constitucionalmente protegidos etc. Enfim, mister se faz ocupar todos os meios de participação.

Se vivo estivesse, quiçá Rui já não mais elege-se o voto “a primeira arma do cidadão”, porque nem sempre se pode esperar o próximo pleito eleitoral para se conquistar direitos necessários agora. Já não mais se concebe o cidadão como apenas um eleitor, porque o partido também não é o “único operador político”²² na sociedade atual. Cidadão é o “participante da vida do Estado”²³, não sendo precipitado adiantar, sob a reflexão de Marilena Chaui, que a luta pelo direito é uma luta pela cidadania.

Notas

¹ VICENTINO, Cláudio, DORICO, Gianpaolo. *História do Brasil*. São Paulo : Scipione, 1997. p. 5 e 463.

² *Idem, Ibidem*, p. 87.

³ *Idem, Ibidem*, p. 158.

⁴ *Idem, Ibidem*, p. 160.

⁵ Cf. art. 70, § 1º, 1, Constituição de 1891; art. 108, parágrafo único, “c”, Constituição de 1934.

⁶ *Ibid*, p. 258.

⁷ CAVALCANTI, Amaro. *Regime federativo e a república brasileira*. Brasília : Ed. Universidade de Brasília, 1983. p. 339.

⁸ CAVALCANTI, Amaro. *Op. cit.*, p. 336.

⁹ Sobre o “inimigo objetivo” no Estado Totalitário: LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988, *passim*.

¹⁰ VICENTINO, Cláudio, DORICO, Gianpaolo. *Op. cit.*, p. 276.

¹¹ BARBOSA, Rui. *Campanhas presidenciais*. São Paulo : Livraria Editora Iracema LTDA, v. 4, s./d. p. 326.

¹² *Idem, Ibidem*, p. 314.

¹³ *Idem, Ibidem*, p. 326.

¹⁴ VICENTINO, Cláudio, DORICO, Gianpaolo. *Op. cit.*, p. 330.

¹⁵ “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido” (art. 1º, § 1º, Constituição ou emenda constitucional de 1969).

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo : Atlas, 1999. p. 253.

¹⁷ *Brasil dia-a-dia*. São Paulo : Editora Abril, 1990. p. 66.

¹⁸ Sobre a importância da mentira no Totalitarismo: LAFER, Celso. *Op. cit.*, p. 246.

¹⁹ Observe que os analfabetos já tinham – se tornado alistáveis com a emenda constitucional nº 25/85, supressora da alínea “a” do § 3º do art. 147 da Constituição de 1969.

²⁰ TEMER, Michel. *Constituição política*. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 27. *Apud* MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 227.

²¹ Respectivamente: art. 5º, XXXII, XXXIII, XLI, XLIII, XLIV, LIV, LVI, LVII, LVIII, LIX, LX, LXIII, LXXV, LXXVI, LXXVII e § 1º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²² MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 247.

²³ *Idem, Ibidem*, p. 198.

O parcelamento do imóvel rural via fração mínima de parcelamento frente à função social da propriedade

Élcio Cruz de Almeida e
Crysthian Drummond Sardagna

Sumário

1. Introdução. 2. Imóvel rural e função social da propriedade (conceitos gerais). 2.1. Imóvel rural. 2.2. Função social da propriedade (uma visão moderna). 3. Disposições constitucionais referentes á função social da propriedade (artigos 184 e 186). 4. Estatuto da Terra. 5. O Código Civil. 6. A legislação infraconstitucional e a fração mínima de parcelamento. 7. Conclusão.

1. Introdução

A função social da propriedade é um princípio de vasta interpretação que atualmente vem sendo discutido no Brasil, não só em relação à propriedade agrária, como também com vistas à propriedade urbana. Em relação à propriedade agrária, a função social adquire uma maior relevância, não somente pela crise social em que vivemos, mas, principalmente, por ser essa propriedade a responsável pela produção de bens vitais à sobrevivência do homem e de todos os animais.

Por essa razão, estudos sobre o tema foram feitos e permitiram que se definisse um tamanho mínimo para a propriedade agrária, para que ela possa vir a cumprir a sua função social, tal como prescrito no artigo 65 da Lei nº 4.504/64, que criou o Módulo Rural.

Entretanto, após a edição dessa lei, na regulamentação do citado artigo 65, permitiu-se o parcelamento do imóvel rural abaixo do módulo, via instituto da Fração Mínima de Parcelamento, que, além de quebrar o

Élcio Cruz de Almeida é Mestre em Ciências Biológicas, Bacharel em Direito, Pós-graduado em Direito Público e Professor de Direito agrário da UFV – Universidade Federal de Viçosa.

Crysthian Drummond Sardagna é Bacharel em Direito pela UFV – Universidade Federal de Viçosa.

princípio da função social da propriedade, fere princípios constitucionais, previstos nos artigos 5º, inciso XXIII, 184 e 186 da nossa Lei Maior, os quais trazem o princípio basilar da nossa Reforma Agrária, com a extinção dos minifúndios, bem como o artigo 53 do Código Civil brasileiro, quanto à questão da indivisibilidade dos imóveis.

2. Imóvel rural e função social da propriedade (conceitos gerais)

Em um primeiro momento, antes de entrarmos especificamente no tema, objeto central do presente estudo, devemos ter em mente a conceituação dos institutos jurídicos do Imóvel Rural e da Função Social da Propriedade, para que o assunto possa ser melhor trabalhado.

2.1. Imóvel rural

O imóvel rural é um bem individuado, cujo conceito varia segundo a ótica do Direito Civil, do Direito Administrativo e do Direito Agrário.

Para o Direito Civil, o imóvel rural é um bem corpóreo, divisível ou indivisível, conforme as circunstâncias da lei, situado em zona rústica. O Código Civil, em seus artigos 43 e 44, oferece conceito.

Assim, o imóvel rural, bem como o imóvel urbano, são bens individuados e caracterizados, distintos dos demais, possuindo aspectos próprios e peculiares, sejam eles físicos (localização, área, limites e confrontações, condições da vegetação, entre outros) ou jurídicos (matrícula, registro, transcrição no Registro Imobiliário, entre outros).

Para o Direito Administrativo, os imóveis podem ser de domínio público federal, estadual, municipal ou autárquico, independentemente de sua localização e de serem urbanos ou rurais.

Para o Direito Agrário, após muito se discutir sobre a definição legal do que vem a ser o imóvel rural, a Lei nº 8.629, de 25-2-93, em seu artigo 4º, inciso I, conceituou o imóvel rural da seguinte forma:

“Imóvel Rural é o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial”.

Anteriormente, o imóvel era considerado rural tão-somente pelo fato de estar localizado fora do perímetro urbano, não importando a atividade que nele era desenvolvida, tendo como base o conceito da localização do imóvel, formando a chamada Teoria da Localização.

Hoje em dia, dentro da ótica agrarista, vigora o conceito da destinação que se dá ao imóvel. Com isso, o que se observa é a atividade exercida no imóvel, pouco importando onde a propriedade esteja localizada. Dessa forma, a definição do imóvel como rural ou como urbano baseia-se, atualmente, na Teoria da Destinação.

Por seu turno, tem-se como imóvel urbano aquele situado no perímetro urbano que não seja explorado para fins agrários e os localizados fora do limite da zona urbana que não tenham dimensão suficiente para serem rurais ou que sejam explorados para fins urbanos, como residências, sítios de recreio ou atividades comerciais.

2.2. Função social da propriedade (uma visão moderna)

É comum falar-se em função social da propriedade, tendo nossa Constituição Federal consagrado esse princípio em diversos dispositivos. Com isso, tem-se que a definição do que vem a ser a função social da propriedade se vincula à observância dos requisitos legais, isto é, conceitua-se o instituto tendo por base o cumprimento das exigências estabelecidas no texto constitucional.

Contudo, o que não se tem referido é que existem diversas funções sociais que variam de acordo com o tipo de propriedade. Analisando nosso sistema normativo, podemos perceber a existência de funções sociais da propriedade que se diferenciam conforme o

tipo de propriedade que se apresenta, afirmando-se que as propriedades exercem várias funções sociais.

A função social da propriedade pode ser utilizada mesmo como elemento constitutivo do conceito jurídico de propriedade. A moderna doutrina prega não ser mais a propriedade um direito absoluto, como viam os juristas anteriores. No entanto, não se pode negar que a propriedade tem algo de absoluto, de sagrado. E esse aspecto absoluto da propriedade é a sua função social, que constitui, em síntese, o seu perfil constitucional.

A melhor concepção da função social é a de que ela se afirma como um elemento constitutivo do conceito de propriedade, importando dizer que a função social não é um elemento externo, um mero adereço do direito de propriedade, mas um elemento interno sem o qual não se aperfeiçoa o suporte fático de tal direito, identificando-se com o próprio conteúdo da propriedade.

Tal posicionamento foi adotado pelo grande doutrinador José Afonso da Silva, que entende ser a função social um elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade.

Com isso, não se trata de atribuir ao proprietário um poder ilimitado, que será posteriormente restringido pela aplicação da função social da propriedade, mas o próprio direito de propriedade já nasce limitado pela função social que esta deve cumprir.

A função social da propriedade é um conceito jurídico com termos indeterminados, sendo tal característica não um fato de limitação à sua aplicação, mas se constitui elemento de potencialização do instituto.

A funcionalização do direito de propriedade atinge todas as espécies de propriedade, variando mesmo pelo tipo de função social. A própria garantia ao desenvolvimento do núcleo familiar já se constitui uma função socialmente relevante.

Assim, a função social não é, necessariamente, coletiva.

De acordo com grande parte de nossos doutrinadores, apresenta-se uma enorme di-

ficuldade entre os Tribunais em se aplicar o princípio da função social da propriedade em sua integralidade. Os poucos que assim procedem são denominados alternativos.

Podemos verificar, entretanto, que a aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade nada tem com o Direito Alternativo, mas se constitui importante alternativa de direito para a resolução dos conflitos envolvendo a propriedade.

Nesse sentido, mostra-se significativo o Projeto de Novo Código Civil, em fase final de tramitação, que veio a incorporar o princípio da função social da propriedade como eixo fundamental, com reflexos em todos os campos do Direito Civil.

Mas talvez seja necessário mais do que um novo código para alterar a interpretação dos aplicadores do Direito. A solução para tal fato parece ser a produção de uma doutrina fiel aos princípios elencados na Constituição Federal.

Alguns doutrinadores italianos, por seu turno, têm uma visão um pouco mais radical. Afirma Eros Roberto Grau que a propriedade que não cumpre sua função social não existe e, como consequência, não merece proteção e deveria ser objeto de perdimento e não de desapropriação. De forma ainda mais incisiva, afirma Pietro Perlingieri que o proprietário só recebeu do ordenamento jurídico aquele direito de propriedade na medida em que respeite aquelas obrigações, na medida em que respeite a função social do direito de propriedade. Se o proprietário não cumpre e não realiza a função social da propriedade, ele deixa de ser merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico, desaparecendo o direito de propriedade.

3. Disposições constitucionais referentes à função social da propriedade (artigos 184 e 186)

A Constituição Federal de 1988, em seu Título III, Capítulo III (artigos 184 a 191), dispõe sobre a Política Agrícola e Fundiária e sobre a Reforma Agrária.

Nesse ponto, podemos observar que o legislador constitucional incorporou, para a definição dos objetivos da Lei Maior, institutos de Direito Agrário previstos nas diversas legislações.

Segundo a Carta Magna, todo o processo de política agrícola e fundiária, bem como da Reforma Agrária, deve-se basear em um pilar com aspectos inafastáveis perante a nova ordem constitucional, que vem a ser o cumprimento da função social da propriedade, cujo conceito já foi apresentado. E tal assertiva encontra respaldo no disposto no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal, de acordo com o qual “a propriedade deverá cumprir sua função social”.

Nessa linha de raciocínio, dispõe o *caput* do artigo 184 da Constituição Federal:

Art. 184. “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

A redação do artigo 184 supratranscrito, quando vincula a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária ao não-cumprimento da função social do imóvel rural, remete-nos ao disposto no artigo 186 do texto constitucional, o qual define os critérios a serem observados para que a função social seja cumprida.

Art. 186. “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Frente ao texto do artigo 186 da Constituição Federal de 1988, no que tange à função social da propriedade, devemos destacar o disposto no inciso IV do referido artigo, que se refere à necessidade de se proporcionar o bem-estar do rurícola, seja ele proprietário ou trabalhador do meio rural. Nesse artigo, a Constituição cuidou expressamente da função social da propriedade imobiliária rural.

Daí se depreende que a função social é cumprida quando a propriedade rural é objeto, entre outros aspectos, de uma exploração racional e, sobretudo, favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Isto é, a função social se baseia na possibilidade de o rurícola alcançar progresso social e econômico com a exploração da terra, e não somente que ele consiga apenas “sobreviver” com tal atividade.

Para tanto, é pacífico o entendimento de que se mostra indispensável que a propriedade rural, além de possuir qualidades naturais e técnicas adequadas e racionais de exploração, tenha uma dimensão compatível com o desenvolvimento que se busca alcançar e que a Constituição Federal defenda explicitamente.

Nesse ponto, deparamo-nos com uma prática constante e habitual, sobretudo no interior dos Estados, e que leva ao surgimento de um problema de difícil solução, ponto central do presente estudo, qual seja, o parcelamento dos imóveis rurais em propriedades com áreas inferiores àquela necessária para o desenvolvimento econômico e social do proprietário e do trabalhador rural, conforme previsto no texto constitucional.

E tal prática se mostra respaldada por dispositivos legais infraconstitucionais, que permitem que o imóvel rural seja parcelado em propriedades de áreas diminutas, sendo flagrante o desrespeito aos princípios de ordem constitucional, como veremos a seguir.

4. Estatuto da Terra

O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), tido por alguns como o Código Agrário brasileiro, no que se refere à questão da função social da propriedade, foi seguido pela Constituição Federal em seu artigo 186.

Assim, dispõe o artigo 2º, §1º, do Estatuto da Terra sobre a função social da propriedade:

Art. 2º – “É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta lei.

§ 1º – A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- assegura a conservação dos recursos naturais;
- observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam”.

Quanto à questão do parcelamento do imóvel rural, que vem a ser o loteamento, o desmembramento ou a divisão de uma propriedade em dois ou mais imóveis, em áreas inferiores às consideradas necessárias ao desenvolvimento do proprietário e do trabalhador rural, conforme vimos acima e discutiremos mais detalhadamente à frente, a Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra) traz disposição clara e enfática sobre a matéria. Assim estabelece o *caput* do artigo 65 do referido estatuto:

Art. 65 – “O imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural”.

Em consequência de tal preceito legal, apresenta-se mais um instituto jurídico de grande importância para o nosso estudo, o

Módulo Rural, previsto no artigo 4º, inciso III, do Estatuto da Terra.

Segundo o Professor Rafael Augusto de Mendonça Lima, “o módulo rural é o imóvel rural com área mínima suficiente para que uma família possa viver e progredir com a sua exploração”. O módulo rural é definido para cada região do país e para cada tipo de atividade a ser nele praticada. Em termos práticos, o módulo rural é uma unidade de medida agrária, variável de região para região, de acordo com o tipo de exploração, sendo empregado para definir o tamanho da propriedade familiar e, por conseguinte, definir latifúndio e minifúndio.

O módulo rural é a unidade de medida agrária que determina as dimensões mínimas necessárias à manutenção e ao desenvolvimento do rurícola, permitindo o progresso deste e de toda a sua família. Com isso, o estabelecimento de um módulo rural, diferenciado para cada região, busca fazer com que a propriedade rural cumpra sua função social, conforme estabelecido pela Constituição Federal.

Por tal fato o Estatuto da Terra não permite o parcelamento do imóvel rural, seja por qualquer uma de suas modalidades (loteamento, desmembramento ou divisão), caso venham a se formar propriedades menores do que o módulo definido para cada região, pois, se tal ocorresse, surgiriam, como de fato surgem, imóveis com áreas tão pequenas que não permitiriam ao proprietário e ao trabalhador rural, com seu trabalho, manter-se e se desenvolver, elementos fundamentais da função social da propriedade.

Criam-se, a partir daí, os denominados minifúndios, tão combatidos pela política de reforma agrária, quanto os latifúndios, este por ser anti-social e outro por ser anti-econômico, configurando, nesse aspecto, o embasamento do artigo 53, inciso II, do Código Civil e o artigo 184 da Constituição Federal de 1988. Mesmo porque são extremamente prejudiciais à ordem econômica do meio rural, e por que não dizer, de todo o

país. O minifúndio é o exemplo clássico do imóvel rural de área inferior ao módulo, que não propicia ao rurícola as condições necessárias à sua manutenção e ao seu progresso.

5. O Código Civil

O Código Civil brasileiro, em seu Livro II, Título Único, ao tratar das diferentes classes de bens, dispõe na seção IV sobre as coisas divisíveis e indivisíveis. O artigo 53 do citado diploma legal assim estabelece:

Art. 53: “São indivisíveis:

I – os bens que se não podem partir sem alteração na sua substância;

II – os que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou vontade das partes”.

De acordo com a visão científica, todo corpo é suscetível de divisão. No mundo jurídico, o critério da divisibilidade é outro, não se podendo assentar a mesma regra presente no campo da ciência física. Exige a ciência jurídica a ingerência de outro requisito, além da possibilidade de divisão material, qual seja, que a fragmentação respeite as qualidades essenciais do todo.

Sendo assim, o jurista se vale do critério utilitarista e assenta que o bem será indivisível se o fracionamento resultar na sua desvalia econômica, isto é, se as partes resultantes perderem substância econômica.

Com isso, faz-se associar duas idéias inspiradoras da divisibilidade jurídica, quais sejam, de um lado o econômico e, de outro lado, a conservação, nas frações resultantes, das qualidades essenciais do todo.

Fazendo-se uma rápida análise do citado dispositivo legal, tendo em vista o artigo 65 da Lei 4.504/64, temos que, quando se diz que são indivisíveis, mesmo divisíveis fisicamente, os bens assim determinados por lei, podemos, por interpretação analógica, concluir que nessa situação se encontram os imóveis rurais que não podem ser parcelados em área inferior ao módulo rural.

Em todos os casos de indivisibilidade imposta por lei, não há que se cogitar da possibilidade natural de o bem ser fracio-

nado, porque a razão de política legislativa sobreleva.

6. A legislação infraconstitucional e a fração mínima de parcelamento

Quando da leitura do artigo 65 do Estatuto da Terra, podemos vislumbrar que em hipótese alguma o imóvel rural poderá ser dividido em área inferior ao módulo rural.

Assim também dispõe o Código Civil, em seu artigo 53, inciso II, atendendo ao princípio da viabilidade econômica, segundo o qual o imóvel não pode ser dividido de forma a se tornar economicamente inexplorável e improdutivo.

O Decreto nº 62.504/68 buscou regulamentar o artigo 65 da Lei nº 4.504/64, que tem como objetivo evitar a proliferação de novos minifúndios, haja vista que estes inviabilizam o cumprimento da função social pela propriedade rural, conforme já esclarecido.

O mencionado artigo 65 nada dispõe sobre a possibilidade do desmembramento do imóvel rural quando da construção de obras de utilidade pública, as quais venham a possibilitar o desenvolvimento do meio rural. Assim, o Decreto nº 62.504/68, em seu artigo 2º, determina tal possibilidade, mas somente quando o desmembramento visar à construção de obras com fim diverso do que consta no artigo 4º, inciso I, do Estatuto da Terra – a saber, imóvel rural. Tais obras devem comprovadamente se destinar a um dos fins elencados no Decreto (conforme artigos 1º e 2º, incisos I e II, do Decreto nº 62.504/68).

Já o Decreto nº 63.053/68, tendo em vista a previsão de concessão de crédito para aquisição de quota ideal pertencente a herdeiros-condôminos, quanto à questão da transmissão *causa mortis*, consiste em medida de política agrícola que tenciona evitar a divisão do imóvel rural em área de dimensão inferior à do módulo, impedindo a proliferação de minifúndios e glebas improdutivas.

Dessa forma, visa-se à concessão de crédito, para financiar os condôminos a adquirirem as quotas, com vistas a eliminar os condomínios, porém sem que o mesmo perca a sua essência agrária, conforme estabelece o artigo 65 da Lei nº 4.504/64.

A Lei nº 5.868/72, em seu artigo 8º, § 1º, cria o instituto da fração mínima de parcelamento, combinando seu entendimento com o artigo 65 da Lei nº 4.504/64. Esse instituto agride os princípios do Estatuto da Terra, pois permite que o imóvel seja desmembrado em área inferior ao módulo rural. Ao estabelecer que deve prevalecer a menor área entre o módulo rural e a área de fração mínima, a Lei nº 5.868/72 fere princípios gerais do Direito Agrário, pois permite a criação de imóveis rurais que, pelo seu tamanho inferior ao módulo, não irão permitir o progresso e o desenvolvimento social de qualquer família média rural, sendo contrária ao artigo 53, inciso II, do Código Civil e aos artigos 5º, XXIII, e 184 da Constituição Federal, uma vez que quebra a essência e os objetivos econômicos e sociais da propriedade agrária.

Incluindo-se na categoria de Lei Ordinária, e sendo posterior ao Estatuto da Terra, a Lei nº 5.868/72 contradiz expressamente os mencionados artigos do Código Civil e da Constituição Federal, bem como o artigo 65 do Estatuto da Terra, pois trata de forma diversa sobre a mesma matéria.

De fato, a Lei nº 5.868/72 foi criada conforme o processo legislativo previsto na Constituição Federal. Todavia, o instituto da fração mínima de parcelamento desrespeita os princípios da ordem social, previstos pela Constituição Federal. Logo, é possível concluir que a criação da fração mínima de parcelamento não atende aos princípios da nova ordem constitucional, vigente a partir de 1988, quando permite a divisão do imóvel rural em área inferior ao módulo rural.

Na esteira das legislações concernentes à questão do parcelamento do imóvel rural, a Instrução/INCRA nº 17-B estabelece o procedimento necessário ao parcelamento da

propriedade rural para fins urbanos e para fins agrícolas (apresentação de documentos, comprovante da quitação de imposto, memoriais descritivos do imóvel, etc.).

No subitem 4.7.4, a referida Instrução estabelece que a área mínima de cada lote não poderá ser inferior ao módulo da exploração prevista ou à fração mínima de parcelamento, da respectiva zona típica, confirmando o instituto criado na Lei nº 5.868/72, devendo prevalecer a de menor área. Aqui transparece que o próprio órgão que deveria fazer valer o disposto no Código Civil e na Constituição Federal, no caso o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, veio a regulamentar o instituto da fração mínima, contrariando disposições constitucionais, sacramentando a possibilidade de fracionar propriedades agrárias abaixo do módulo rural da região, permitindo que tais imóveis rurais não cumpram sua função social.

7. Conclusão

Frente à análise do artigo 53, inciso II, do Código Civil e dos artigos 5º, XXIII, 184 e 186 da Constituição Federal de 1988 e de todos os demais textos legais que regulamentam a questão do parcelamento do imóvel rural, manteve-se a linha de entendimento de que o imóvel não deve ser parcelado em áreas inferiores ao módulo rural, em consonância com o preceito constitucional da função social da propriedade e com princípios de Direito Agrário (artigo 65 da Lei nº 4.504/64).

A Lei nº 5.868/72 estabeleceu um instituto que turvou o entendimento então sedimentado pelo Estatuto da Terra, pois, com a criação da fração mínima de parcelamento, surgiu uma instabilidade com relação à resolução dos problemas daí surgidos, e permitiu a proliferação de minifúndios improdutivos, contrariando a política vigente para o mundo agrário, especificamente a política da reforma agrária.

Nossa Carta Magna elevou a função social da terra (artigos 5º, XXIII, 184 e 186) ao

nível de princípio, sendo que tal função só poderá ser atingida pela propriedade rural se, entre outros fatores, for considerada produtiva e favorecer o bem-estar do rurícola. Se o módulo é a menor unidade admitida para que uma propriedade seja considerada produtiva, qualquer lei ou decreto que permita a existência de um imóvel com dimensão inferior ao módulo, portanto aquém da possibilidade de cumprir a função social, será contrário à nova ordem constitucional.

Portanto, a criação do instituto jurídico da fração mínima de parcelamento, apesar da legalidade da Lei nº 5.868/72 frente ao Estatuto da Terra, vem a ferir o princípio constitucional da função social da propriedade e o da indivisibilidade dos imóveis (artigo 53, inciso II, do Código Civil), pois as práticas no parcelamento do solo rural, como meio instituidor de propriedades em tamanhos ínfimos, que não permitem alcançar o bem-estar e o progresso social e econômico do proprietário e do trabalhador rural, são

claramente conflitantes com os preceitos da ordem social-constitucional, que a nosso ver deve ser repensada e modificada, a fim de objetivamente enquadrar a propriedade agrária dentro dos princípios da Lei Maior, que deverá sempre prevalecer.

Bibliografia

- BORGES, Paulo Tormim. *Institutos básicos de direito agrário*. São Paulo : Editora Saraiva, 1994.
- BRASIL. *Código Civil*. 50. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1999.
- FALCÃO, Ismael Marinho. *Direito agrário brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação e prática*. Bauru : EDIPRO, 1995.
- LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito agrário*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- RIPPEL, Alexandre Gonçalves. *O direito agrário em debate*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

A sucessão do cônjuge e do companheiro no Direito Civil vigente e no projetado

Dilvanir José da Costa

Sumário

1. Introdução. 2. A sucessão do cônjuge no Código Civil. 3. Concorrência do cônjuge com colaterais e com estranhos. 4. A influência do regime de bens sobre o legado de usufruto. 5. A sucessão do companheiro. 6. Direito de herança e de meação decorrente de sociedade. 7. A sucessão do cônjuge no Projeto de Código Civil. 8. O regime de bens no Projeto. 9. A união estável no Projeto. 10. A sucessão do companheiro no Projeto. 11. O concubinato no Projeto. 12. Conclusão.

1. Introdução

Depois do sistema da posse, da promessa de compra e venda e do usucapião, resolvemos enfrentar outro tema complexo e polêmico na área patrimonial do Direito Civil.

O critério adotado para esta exposição é a análise, interpretação e crítica do sistema vigente, a fim de tornar menos complexo o estudo. A referência aos antecedentes pode tornar-se indispensável para justificar determinada reforma ou alteração, assim como o exame do Projeto do novo Código Civil mostrará as tendências ou perspectivas do instituto em nosso direito.

2. A sucessão do cônjuge no Código Civil

A sucessão do cônjuge tem vinculação com os seguintes temas: ordem da vocação hereditária, sucessão necessária ou legítima, regimes de bens, formas de dissolução da sociedade conjugal, conceito de usu-

Dilvanir José da Costa é Professor de Direito Civil nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Doutor em Direito Civil e Advogado.

fruto e de direito real de habitação, direito de sucessão e de condomínio decorrente do respectivo regime de bens do casamento.

O cônjuge está em terceiro lugar na ordem da vocação, sendo chamado à sucessão na falta de descendentes e de ascendentes do *de cuius* (art. 1.611, *caput*). Os irmãos estão em quarto lugar.

O cônjuge não é herdeiro necessário, ou seja, pode ser afastado da sucessão por disposição testamentária (art. 1.725). Necessários são os descendentes e os ascendentes, que só podem ser privados de metade da herança (art. 1.721), salvo por indignidade ou por deserção, que os podem privar de tudo. Embora o artigo 1.725 do Código disponha, de forma ampla, que, “para excluir da sucessão o cônjuge ou parentes colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio, sem os contemplar”, lei posterior veio derogá-lo, atribuindo a determinados cônjuges (casados sob regime diverso da comunhão universal de bens) direitos sucessórios especiais, com o caráter impositivo ou de ordem pública. Tais são o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido (concorrendo o sobrevivente com filhos) e o usufruto da metade dos bens (concorrendo com ascendentes do *de cuius*) (§ 1º do art. 1.611, introduzido pela Lei 4.121/62). O cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal de bens, terá direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, sendo o único daquela natureza a inventariar (§ 2º do art. 1.611).

O principal efeito do parágrafo primeiro foi instituir um legado necessário de usufruto em favor do cônjuge sobrevivente casado sob regime diverso da comunhão universal de bens, em concorrência com herdeiros necessários. Disposição testamentária não poderá afastar esse direito mínimo do cônjuge, de caráter protetivo, assim como não poderá afastar a herança necessária dos descendentes e dos ascendentes. Poderá ser ampliado com doações em vida e *causa mortis*, desde que não prejudiquem a legítima ou metade obrigató-

ria dos herdeiros necessários. A jurisprudência, inclusive do STJ e do STF, tem admitido a compensação ou exclusão do legado *ex lege* de usufruto, diante das vantagens auferidas sob o regime da comunhão parcial (participação nos aquestos), ou mesmo em face de doações que compensem o legado *ex lege* sem a ressalva de poder acumular. As circunstâncias podem influir na decisão.

Eis, a propósito do legado *ex lege* de usufruto, alguns pontos assentados pela doutrina e pela jurisprudência:

O cônjuge usufrutuário como legatário necessário

A propósito, conclui Gustavo Tepedino:

“Os resultados até aqui alcançados, nos parágrafos anteriores, levam-nos à convicção de que a Lei nº 4.121/62, através da instituição do usufruto viual, estabelecendo a reserva em usufruto da metade ou da quarta-parte do patrimônio hereditário, segundo concorra ou não com descendentes, tornou o cônjuge supérstite herdeiro legitimário no direito positivo brasileiro.

O caráter imperativo do art. 1.611, § 1º, não parece suscetível a dúvidas. O preceito, ao visar à proteção do cônjuge sobrevivente, a despeito, insista-se, de suas reais e efetivas necessidades materiais, estabeleceu uma determinada tutela *ex lege*, similar àquela concedida aos descendentes (e ascendentes) do *de cuius*, aos quais é garantida, mesmo contra o testamento, fração do patrimônio hereditário” (p. 77-78).

O benefício poderá ser ampliado voluntariamente até o limite do respeito à legítima dos herdeiros necessários – Não acumulação presumida com outras vantagens voluntárias, inclusive com a participação significativa nos aquestos

“O usufruto deixado à viúva em testamento pode coexistir com o le-

gal, desde que, juntos, não sacrificuem a legítima dos descendentes e ascendentes.

“Admitamos que haja o *de cujus* deixado a parte disponível da herança para a viúva, com ele casada no regime da separação de bens, deixando apenas ascendentes. Se pudesse o usufruto incidir sobre a parte da legítima, toda a herança iria reverter em benefício unicamente da viúva: metade em consequência da deixa testamentária e metade em usufruto legal.

É patente que o testador quis deixar à viúva precisamente em usufruto somente os bens designados no testamento e não ‘cumular’ a referida deixa com o benefício legal do usufruto.”

(TJRJ, 1º Gr. Câms. Cíveis nos Embs. na Ap. 70.335-RJ, j. em 16-12-71, ac. cit. por Arnaldo Wald. In: *Direito das Sucessões*. 10. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 221).

“Viúva com direito ao usufruto sobre um quarto dos bens do *de cujus*, que deixou filhos (art. 1.611, § 1º do CC). Testamento que deixa à viúva o usufruto da parte disponível dos bens do *de cujus*. Redução dessa parte a 1/4, para que não se atinja a legítima dos filhos (art. 1.727 do CC). Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, in RJTJSP 55/139).

“Usufruto Vidual. Autora já beneficiada no testamento com a parte disponível dos bens do *de cujus*. Recebimento de mais uma quarta parte, prevista no art. 1.611, § 1º, do Código Civil que oneraria a legítima dos herdeiros. -

“É ampla a liberdade, cabendo ao intérprete elucidar se houve intenção de conceder outras vantagens, além das asseguradas na lei, no caso de legado em favor do cônjuge.

O usufruto deve recair em bens da metade disponível, deixando íntegra a legítima. -

“ O fato de ter constado do testamento que os bens eram deixados sem prejuízo do usufruto previsto na lei em nada altera a questão, já que o testador não podia onerar, daquela forma, a legítima dos herdeiros necessários.”

(TJSP, Ag. 156.966-1-SP, 7.11.91, RJTJESP 135/309).

“Usufruto vidual. Direito inexistente. Viúva que, embora casada sob o regime da comunhão parcial de bens, é meeira nos aquestos. Inteligência do art. 1.611, § 1º, do CC.

Precedente do STF. Recurso especial não conhecido.

“Não se justifica realmente a proteção legal a quem, embora casado, como no caso, sob o regime da comunhão parcial, em decorrência do fato jurídico da comunhão dos aquestos, fique em situação prática de desnecessidade. É o que também registra, com razão, o v. acórdão, o qual a propósito evoca precedente da Suprema Corte havido em hipótese similar à presente (RTJ 110/808-812). Do voto do Rel. Min. Rafael Mayer extraio este excerto pertinente à espécie:

‘Ora, o dispositivo em questão tem o inequívoco sentido de amparo à mulher que fica desprovida de bens que pertenciam ao marido, em consequência do regime matrimonial de bens.

‘Se, no entanto, a viúva, pelo reconhecimento de sua participação na metade dos aquestos, já tem uma situação correspondente à que lograria se o regime fosse o da comunhão universal, não há razão alguma de se lhe atribuir, ademais, o usufruto em parte dos bens que excedem des-

sa metade. O usufruto é compensação pelo que não teria recebido.’

“Não há, como se nota, negativa de vigência do art. 1.611, § 1º, do CC, em face da interpretação teleológica que se lhe deve atribuir.”

(STJ, REsp. 34.714-6—SP, Rel. Min. Barros Monteiro, vu, RT 710/178 e RSTJ 64/210).

“Sucessão. Cônjuge supérstite casada sob regime de separação de bens. Usufruto legal. Direito inexistente. Viúva contemplada no testamento com bens em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto. Inteligência do art. 1.611, § 1º, do CC. Recurso não conhecido.” (STJ, REsp. 28.152-4-SP, 30-5-94, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, vu, RT 713/219).

3. Concorrência do cônjuge com colaterais e com estranhos

A questão polêmica que se coloca é esta: não concorrendo com descendentes nem com ascendentes, mas com irmãos ou outros colaterais do *de cuius* e até com estranhos, haveria o direito de usufruto legal do cônjuge e em que proporção? Argumentar-se-á que o cônjuge está na frente dos colaterais, na ordem da vocação, e que, portanto, recolheria toda a herança nessa hipótese. Mas ocorre que o cônjuge não é herdeiro necessário e ainda pode ser afastado da sucessão por disposição testamentária (art. 1.725), exceto quanto ao usufruto previsto no § 1º do art. 1.611 *somente quando concorra com descendente e ascendente*. Na hipótese de concorrer com irmãos e até com estranhos, *por disposição testamentária*, é que surge a dúvida que suscitamos. Admita-se que o testamento atribua toda a herança a um colateral ou mesmo a um estranho. Ficaria o cônjuge privado do usufruto dito vidual ou *ex lege*?

A redação do § 1º do artigo 1611 é péssima, como se pode conferir:

“ O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta-parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*”.

Usufruto da quarta-parte “se houver filhos”. Por que não “descendentes”? (Como, aliás, corrigiu o Projeto de Código Civil - art. 1.855). E se houver somente netos? Neto é mais jovem e carente do que filho. Já houve quem opinasse que em concorrência com neto o cônjuge teria direito à metade...

A segunda parte do texto diz: “ ... e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*”. Bastaria dizer: “se não houver descendentes” ou, de forma mais explícita e ampla: “se não houver descendentes, embora sobrevivam outros herdeiros”.

A redação truncada tem levado os comentaristas em geral a somente considerar duas hipóteses:

a) em concorrência com filhos: usufruto da quarta-parte;

b) em concorrência com ascendentes: usufruto da metade.

Paira dúvida sobre a concorrência com neto, com os colaterais e com estranhos. A Lei 8.971/94 incorreu nos mesmos defeitos de redação (art. 2º). Os mais argutos comentaristas, para buscar a interpretação consentânea com o bom senso e a lógica, chegam a desprezar a expressão “embora sobrevivam ascendentes”, a exemplo de Marco Aurélio Viana, que grifou o que interessa ao sentido apropriado do texto, assim:

“O usufruto incide na *quarta-parte* dos bens do *autor da herança*, se houver *filhos deste ou do casal*, ou à *metade se não houver filhos*, embora sobrevivam ascendentes do “*de cuius*”. (*Curso de DC*, v.6, *Del Rey*, 1993, p. 77).

Diante da má redação da lei, outra interpretação seria a de que o § 1º do artigo 1.611 constitui norma excepcional, que só se aplica nas hipóteses estritamente previstas. Mas seria um absurdo que o cônjuge fosse protegido em relação aos descendentes e ascendentes e não o fosse em face dos colaterais e até de estranhos. Tanto mais quando o *caput* do artigo coloca o cônjuge antes dos colaterais na ordem da vocação. Seria contrário ao sistema do Código.

Por isso optamos pela interpretação baseada no argumento *a fortiori* ou “com mais forte razão”. O intérprete pode completar o sentido da lei, extraindo da mesma os efeitos lógicos e óbvios, embora não explícitos. Concorrendo com colaterais ou com estranhos, o cônjuge sobrevivente tem direito ao usufruto sobre o total dos bens ou, na pior hipótese, sobre a metade. Nunca ficaria em situação pior do que se concorresse com ascendente.

A lei abstrata é mais ampla do que determinados casos concretos, mas é menos compreensiva do que todas as hipóteses reguláveis. Donde a regra moderna de hermenêutica, segundo a qual o aplicador da lei é quem lhe dá a forma última e o conteúdo final, em função dos fatos reguláveis. O verdadeiro direito é o concreto ou aplicado.

4. A influência do regime de bens sobre o legado de usufruto

A primeira grande distinção entre os regimes de bens no casamento consiste na sua divisão em regime legal ou supletivo e regime convencional ou de livre escolha dos nubentes. O primeiro é a regra consagrada pelo Código e que recai sobre todos os casamentos em que os interessados nada dispuseram a respeito. O segundo é o regime escolhido pelos nubentes, formalmente ou por escritura pública, antes de se casarem (pacto antenupcial), o qual afasta a incidência do regime supletivo. Existe ainda, excepcionalmente, o regime obrigatório da separação de bens, imposto aos casamentos celebrados com infra-

ção de determinadas regras, visando punir, prevenir ou acautelar interesses das partes (art. 226).

Os regimes principais, previstos no Código, no que interessa à questão em debate, vão desde a comunhão universal até a separação total ou absoluta de bens. No meio termo, colocam-se os regimes da comunhão parcial e da separação parcial. Na comunhão universal, comunicam-se ou se tornam comuns todos os bens dos cônjuges existentes no momento do casamento e os adquiridos posteriormente, gerando um condomínio ou comunhão entre os mesmos, em partes iguais. É o que vigorou em nosso país, como regra ou regime supletivo, até o advento da Lei do Divórcio, em 1977, quando passou a vigorar o regime legal supletivo da comunhão parcial, mais justo e equitativo e compatível com as regras de qualquer sociedade. Por esse novo regime legal supletivo, cada cônjuge conserva, como propriedade sua exclusiva, os seguintes bens: a) os que já possuía na data do casamento; b) os que vier a adquirir por doação ou herança durante o casamento; c) os que adquirir por subrogação ou com o produto da alienação de bens seus exclusivos. Sob esse regime, só se comunicam os bens adquiridos onerosamente por ambos ou cada um dos cônjuges, durante o casamento, com a presunção de que ambos colaboraram na aquisição, como se fora uma sociedade em igualdade de condições.

Os regimes de separação se distinguem em separação simples, com os mesmos efeitos práticos da comunhão parcial, e separação total ou absoluta, em que nem mesmo os bens adquiridos durante o casamento, em nome de cada cônjuge, comunicam-se, isso por força de disposição clara, explícita e expressa no respectivo pacto antenupcial, sob pena de a simples referência a “separação de bens” se considerar separação simples, com os mesmos efeitos práticos da comunhão parcial (comunicação dos aquestos). Também o re-

gime da separação legal obrigatória tem os efeitos da comunhão parcial ou da separação simples (comunhão dos aquestos), conforme assentado pela Súmula 377 do STF.

Em conclusão, quem se casa hoje no país está sujeito à regra do regime da comunhão parcial de bens. Se optar pelo regime da comunhão universal ou da separação absoluta, terá que firmar a escritura pública de pacto antenupcial. Não basta constar no termo de casamento que o regime é da comunhão universal ou da separação total.

Para ter direito ao legado necessário de usufruto, o § 1º do artigo 1.611 exige que o casamento *não seja pela comunhão universal de bens*. Depois dessa norma, a Lei do Divórcio (1977) instituiu, como regime supletivo, o da comunhão parcial, ou seja, da comunhão dos aquestos ou dos bens adquiridos onerosamente com a colaboração presumida de ambos os cônjuges. Diante do novo regime legal, afastando a comunhão universal como regra, a interpretação e aplicação do referido parágrafo passou a ter maior interesse. Dúvidas surgiram, na doutrina e na jurisprudência, sobre a aplicabilidade do § 1º ao casamento sob comunhão parcial e sob separação obrigatória, ficando finalmente pacificado que, em princípio, aplicar-se-ia, eis que somente não se aplicaria diante do regime da comunhão universal. Outras dúvidas surgiram, conforme já analisado *supra*. Mas o que deve ser levado em conta, na justa interpretação e aplicação do preceito, é a situação particular de cada sucessão. Há hipóteses de comunhão parcial em que os cônjuges nada possuíam e adquiriram patrimônio razoável ou mesmo considerável durante o casamento, comunicando-se tudo como se fora comunhão universal, em que o § 1º exclui o direito de usufruto. Aliás, isso é o que geralmente acontece sob o regime legal da comunhão parcial e o casamento de jovens. Há hipóteses, pelo contrário, de comunhão parcial

em que os cônjuges nada adquiriram juntos, prevalecendo o efeito do regime como se fora de separação total. Podem até ocorrer distorções, em que o cônjuge afortunado, casado sob comunhão parcial, sobreviva ao outro com poucos recursos e venha a gozar do usufruto de até metade desses módicos bens, com sacrifício injusto da mãe viúva e pobre do cônjuge falecido. Donde o método de hermenêutica recomendável ser o teleológico ou busca da finalidade do usufruto vidual em cada caso concreto, que é dar segurança econômica ao cônjuge sobrevivente e não enriquecê-lo em prejuízo dos herdeiros.

5. A sucessão do companheiro

O § 3º do artigo 226 da Constituição federal reconheceu a *união estável* entre o homem e a mulher como *entidade familiar, para efeito de proteção do Estado*. Surgiu assim, ao lado da família legítima, resultante do casamento civil, o novo conceito de família *natural ou de fato*, decorrente da união estável entre o homem e a mulher. Coube à lei ordinária definir a união estável criadora da nova entidade familiar e atribuir-lhe os mesmos direitos e garantias da família legítima, facilitando, inclusive, a sua conversão em casamento, para completa identidade material e formal. Aliás, a falta de forma legal – casamento civil – é praticamente a diferença entre a família legítima e a união estável. Com efeito, o casamento se prova cabalmente com a simples certidão do registro civil, inclusive no inventário, enquanto a união estável não convertida requer comprovação prévia por meio de ação própria e sentença.

A Lei 8.971, de 29-12-94 (regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão), foi que primeiro regulou, de forma incompleta, os direitos dos companheiros ou conviventes.

No artigo 2º, definiu companheiro como o resultante da união estável com mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, e companheira a re-

sultante da mesma união com homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo. Por união estável entendeu a *convivência comprovada por mais de cinco anos* ou aquela *de que resultou prole*. Antes de tudo, preocupou-se com a distinção entre concubinato puro e impuro ou adúlterino, para não amparar as uniões atentatórias à família constituída legalmente, ou aquelas que não possam se converter em casamento. Em seguida, fixou em “mais de cinco anos” o prazo de convivência necessária ou a alternativa da “existência de prole”.

Mas esses dois requisitos alternativos não satisfizeram ao legislador. A fixação de prazo pareceu um critério arbitrário e sem flexibilidade para atender à variedade dos fatos. Pior foi o critério da simples existência de prole. Uma relação sexual esporádica pode gerar um filho sem constituir a convivência *more uxorio*.

Por isso o artigo 1º da Lei 9.278, de 10-5-96 (regula o § 3º do art. 226 da CF), veio dispor:

“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Entendemos que o critério *supra*, mais amplo e flexível, derogou, por incompatibilidade, os requisitos do artigo 1º da Lei 8.971/94. Mas prevalece o texto na parte relativa ao direito de alimentos com base na Lei 5.478/68.

Mas é no que interessa a esta exposição que prevalece o artigo 2º da Lei 8.971/94, o qual reproduz, em relação aos companheiros, o que dispõem o artigo 1.611 e seu § 1º do Código Civil, relativamente aos cônjuges. Assim, o inciso III do artigo 2º da Lei 8971/94 reproduz o *caput* do artigo 1.611, atribuindo ao companheiro sobrevivente a totalidade da herança, na falta de descendentes e de ascendentes, mas sempre com a ressalva do artigo 1.725, conforme já exposto em relação ao cônju-

ge. Os incisos I e II reproduzem, relativamente ao companheiro, o § 1º do artigo 1.611 do CC, relativo ao cônjuge: atribuem-lhe o direito de usufruto nas mesmas condições e proporções, com o mesmo caráter de legado necessário e inafastável. A mesma omissão quanto à concorrência do companheiro com colaterais ou com estranhos instituídos por testamento.

A união estável é a nova entidade familiar. Na ausência de um regime convencional de comunhão universal de bens entre os conviventes, a disciplina da sucessão do cônjuge se aplica ao companheiro. Nem mais nem menos.

Quanto ao § 2º do artigo 1.611 do CC, que atribui ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal de bens, o direito real de habitação sobre o imóvel residencial destinado à residência da família, o parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96 cuidou de reproduzi-lo em favor do companheiro, como demonstração de que as duas leis devem ser harmonizadas no sentido de igualar os direitos do companheiro aos do cônjuge.

6. Direito de herança e de meação decorrente de sociedade

Não se confundem os dois conceitos. A sucessão foi a grande novidade introduzida pelo artigo 2º da Lei 8.971/94, completada pelo parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96, ao lado do direito a alimentos.

Diverso é o direito ao condomínio, em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito, sobre os bens adquiridos pelos conviventes na constância da união estável, a título oneroso, os quais passaram a ser considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, salvo se a aquisição ocorrer por subrogação dos adquiridos antes da união (art. 5º e § 1º da Lei 9.278/96, que dispensou a prova de colaboração exigida pela jurisprudência – Súmula 380 do STF). A convivência na união estável passou a ter os mesmos efeitos da convivência no casamento, no to-

cante a alimentos, sucessão e participação nos aquestos. Até o pacto antenupcial entre os cônjuges veio a ter o seu correspondente no contrato escrito entre os companheiros (art. 5º, *caput*, parte final da Lei 9.278/96).

Conversão da união estável em casamento

Os conviventes podem hoje, de comum acordo e em qualquer tempo, requerer ao oficial do registro civil de seu domicílio a conversão da união estável em casamento (art. 8º da Lei 9.278/96).

Varas da família

Até o advento da Constituição de 1988 e suas leis reguladoras, os efeitos patrimoniais do concubinato se limitavam à partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum comprovado, na devida proporção, decorrente de sociedade de fato (art. 1.363 do CC e Súmula 380 do STF), bem como à indenização por serviços prestados, tudo postulado perante as varas cíveis e até na Justiça do Trabalho. Com a transformação do concubinato puro em união estável (conversível em casamento), os concubinos ganharam *status* de companheiros ou conviventes, fazendo jus a alimentos por rescisão culposa da união (art. 7º da Lei 9.278/96) e ao direito de sucessão por morte do companheiro (art. 2º da Lei 8.971/94), além de conservar os direitos decorrentes da sociedade de fato, já agora em partes iguais e independente de prova de esforço comum, salvo estipulação contrária em contrato escrito (art. 5º da Lei 9.278/96).

Todos esses direitos são hoje postulados perante as varas de família (art. 9º da Lei 9.278/96) e, comprovada a existência de união estável, mediante habilitação no respectivo inventário.

7. A sucessão do cônjuge no Projeto de Código Civil

O Projeto do novo Código Civil, que acaba de ser aprovado com emendas no

Senado Federal e devolvido à Câmara dos Deputados, já foi adaptado à Constituição de 1988 e reflete a melhor doutrina e a jurisprudência predominante sobre os problemas da família. A propósito da sucessão do cônjuge, começa por exigir, como requisito do seu direito sucessório, que não esteja separado judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, ao tempo da morte do outro, salvo prova de que a separação de fato não foi por culpa do sobrevivente

(Emenda 307 ao art. 1853). O cônjuge adquiriu o *status* de *herdeiro necessário*, ao lado dos descendentes e dos ascendentes (art. 1.872). Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, metade dos bens da herança, constituindo a *legítima*. Além da legítima, o cônjuge poderá ser beneficiado com a parte disponível ou com legado, em testamento (art. 1.876). Em concorrência com descendentes, o cônjuge não participará da sucessão se casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (art. 1.852, I). Essa restrição não ocorrerá quando concorrer com ascendentes (art. 1.852, II). Em concorrência com descendentes, o cônjuge receberá quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Se for ascendente dos herdeiros, não receberá menos da quarta parte da herança (art. 1.855). Concorrendo com ascendente em primeiro grau, receberá um terço da herança. Concorrendo com um só ascendente ou com ascendente de segundo grau, receberá metade da herança (art. 1.864). Na falta de descendente e de ascendente, receberá a herança por inteiro (art. 1.865), só podendo ser afastado por testamento *da metade*, como herdeiro necessário (arts. 1.813 e 1.873). Qualquer que seja o regime de bens, o cônjuge terá o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, sendo o único dessa natureza, sem prejuízo de sua par-

ticipação na herança (art. 1.854). Além de herdeiro necessário, o cônjuge receberá herança em propriedade *plena* e não apenas usufruto. O sistema do Projeto se aproxima do adotado pelo Código Civil português, com a redação do Decreto-Lei nº 496/77.

8. *O regime de bens no Projeto*

É livre a estipulação do regime de bens entre os nubentes (art. 1.667). Poderá ocorrer a alteração parcial do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges (Emenda 249 ao parágrafo único do art. 1.667). Na falta de convenção, ou sendo nula ou ineficaz, vigorará o regime da comunhão parcial (art. 1.668). Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer outro regime regulado, reduzindo-se a termo a preferência (Emenda 250 ao parágrafo único do art. 1.668). É obrigatório o regime da separação, sem comunhão de aquestos, nas seguintes situações: a) inobservância das causas suspensivas da celebração do matrimônio; b) em relação ao maior de 60 anos; c) havendo dependência de suprimento judicial. No regime da separação absoluta, o cônjuge pode, sem autorização do outro, alienar ou gravar de ônus reais seus próprios bens imóveis, bem como prestar fiança ou aval (art. 1.675). *A contrario sensu...*

9. *A união estável no Projeto* (conceito, requisitos, deveres, regime de bens, conversão)

Em título denominado “Da União Estável”, introduzido pela Emenda nº 283 do Senado, após o artigo 1.751, foi reconhecida como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os companheiros como se casados fossem por mais de cinco anos consecutivos”. Restabelece-se assim o critério da Lei 8.971/94. Mas o prazo poderá ser reduzido para três anos, quando houver filho comum. Não se

constituirá a união estável se ocorrerem os impedimentos e as causas suspensivas matrimoniais previstas no Código, sobretudo a consangüinidade e a afinidade próximas. Os companheiros terão deveres de lealdade, respeito e assistência entre si, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Salvo convenção válida que firmarem, seu regime de bens será o da comunhão parcial. A união poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no registro civil.

10. *A Sucessão do companheiro no Projeto*

A sucessão do companheiro ou companheira, regulada pelo Projeto por meio da Emenda nº 300 do Senado, após o artigo 1.813, ocorrerá nas seguintes condições:

I – se concorrer com filhos comuns: a mesma cota atribuída por lei ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança: a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis: direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis: direito à totalidade da herança.

Essa herança em propriedade plena terá o caráter necessário ou inafastável, salvo quanto ao inciso IV, quando poderá ser afastado da metade, sob pena de a união estável receber tratamento melhor do que o casamento...

11. *O concubinato no Projeto*

Dispõe finalmente o Projeto, ao tratar da união estável, que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Ao assim dispor, o Projeto afasta de cogitação qualquer relação (sexual, obviamente) eventual entre o homem e a mulher, a qual constituiria, no máximo, prestação de serviço eventual.

Sendo não eventuais ou ganhando frequência, habitualidade e estabilidade, mas presente o impedimento matrimonial, ca-

racterizariam o mero concubinato, sem os efeitos atuais da união estável. Teriam os efeitos econômicos vigentes antes da Constituição de 1988 e das leis reguladoras da união estável, sobretudo os decorrentes da sociedade de fato (art. 1.363 do CC), gerando participação nos lucros, ou da prestação de serviços, gerando salários, tudo nos termos da Súmula 380 do STF e jurisprudência posterior. Isso se aplica até nas uniões homossexuais, em que figura o maior impedimento ao casamento e à união estável, cujo requisito constitucional é ser entre o homem e a mulher (§ 3º do art. 226); mas sem qualquer conotação com o Direito de Família e das Sucessões.

12. Conclusão

Ao reconhecer a união estável como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado, o § 3º do artigo 226 da CF deu o grande passo para a abertura, flexibilização e pluralismo do conceito de família. E as leis reguladoras, ao consagrarem o direito de alimentos e de sucessão entre os companheiros, além de presumirem a sociedade ou condomínio, em partes iguais, nos bens adquiridos na constância da união, colocaram nosso Direito de Família em nível dos mais avançados do mundo civilizado. O Projeto de Código Civil, por meio de duas emendas atualizadoras do Senado, virá aperfeiçoar as conquistas da união estável, atribuindo-lhe o regime patrimonial da comunhão parcial de bens como regime legal ou supletivo (Emenda 283), além de atribuir ao companheiro o direito de participar da sucessão do outro em propriedade plena sobre os bens (Emenda 300), conforme acima exposto.

Fecha-se, dessa forma, o círculo das igualdades: entre os filhos de qualquer condição, entre os cônjuges e agora entre as entidades familiares.

Os códigos civis, como sistemas lógicos de direito privado, sempre repudiaram ou desconhecaram a existência jurídica do

concubinato, considerado forma deturpada ou marginalizada de família. Napoleão Bonaparte teria dito: “os concubinos driblam a lei, a lei se desinteressa deles”.

Mas o concubinato foi-se destacando como realidade social, em conseqüência de fatores econômicos e sociais. Os autores apontam como principais a falta de recursos financeiros e, paradoxalmente, a prosperidade, que levam as pessoas a recorrer ao apoio econômico de outras. Também a independência econômica das mulheres contribuiu para a opção pela união livre.

Em princípio, só tinham o amparo das regras gerais do Código Civil, atinentes ao Direito das Obrigações, como os princípios da sociedade e do enriquecimento sem causa. Como fatores jurídicos da evolução, apontam a suavização das regras do casamento e as próprias leis especiais de amparo às uniões livres. Somente por meio da jurisprudência e de leis especiais foi sendo acolhido o concubinato, gradativamente, dado o seu caráter multiforme e a dificuldade de sua definição e sistematização jurídica. Como sempre, o direito se origina dos fatos e evolui com os mesmos, numa recíproca interferência e adaptação. Se os fatos conduzem o direito, a este também cumpre direcionar os fatos numa sociedade racional, evitando sua deformação, como a pretensão de estender a união estável aos homossexuais, como entidade familiar. Como acentuou Miguel Reale – ao ser interpelado sobre a omissão do concubinato em seu Projeto –, “a família não deve ter por horizonte o concubinato”. E muito menos homossexual...

Bibliografia

- Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. *Rev. Dir. Civil*, RT, v. 77, s.d. p. 11-17.
- CAIO MÁRIO da Silva Pereira. *Instituições*. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 6.

- CHAVES, Antônio. O usufruto vidual instituído pela Lei 4.121/62. In: *Revista dos Tribunais*. n. 470 s.d. p. 55-70.
- MIRANDA JR., Darcy Arruda, et. al. *Código Civil nos Tribunais*. 1.ed. São Paulo : Jurídica Brasileira, art. 1611 e §§.
- FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do companheirato. In: *Boletim Técnico da OAB-MG*. [S.l.] : OAB, jan. 1996. p. 9-23.
- GIL, Otto E. V. A união estável e a Lei 8.971/94. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília : Senado Federal, SSETec, n. 127, p 77-81.
- GUSMÃO, Paulo Dourado e outros. *O Direito na década de 1990 (em homenagem a Arnoldo Wald)*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- LEPAGE, Francine. *Vivre en union de fait au Québec*. 2. ed. Québec : Publications du Québec, 1992.
- MATTOS, Walmir. O usufruto vidual. *Revista de Direito Civil*. RT, v. 51, p 16-42.
- MOURA, Mário de Aguiar. *Concubinato: teoria e prática*. Porto Alegre : Síntese, 1979.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil*. São Paulo : Saraiva, 1999.
- NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *O companheirismo : uma espécie de família*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato: novos rumos*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1997.
- ORLANDO GOMES. *Sucessões*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- Projeto de Código Civil (com as emendas do Senado Federal). Organização e notas de JM Leoni Lopes de Oliveira. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1998.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 4, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Casamento e concubinato: efeitos patrimoniais*. 2. ed. Rio de Janeiro : Aide, s./d.
- RODRIGUES, Lia Pallazzo. O concubinato na Constituição de 1988. *Revista Direito Civil*. RT, v. 53, p. 17-20.
- SOARES, Orlando. *União estável*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- SWENSSON, Walter Cruz. Usufruto vidual e usufruto legal. *Revista Direito Civil*. RT, v. 41, p 52-61.
- TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo et al. *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, s./d.
- TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. 2.ed. Rio de Janeiro : Forense, s./d.
- VIANA, Marco Aurélio. *Curso de Direito Civil*. v. 6. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.
- WALD, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 10ed. São Paulo : RT.
- . Os efeitos da Lei 6.515 no direito sucessório. *Revista Direito Civil*. [s.l.] :RT, v. 6, p. 17-23.

Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente: notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais

Carlos Octaviano de M. Mangueira

Sumário

1. Considerações iniciais – o aparente conflito entre a liberdade econômica e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 2. O direito de propriedade. 2.1. A função social da propriedade. 2.2. A proteção ao meio ambiente como elemento conformador do perfil do direito de propriedade. 3. A interferência na propriedade imobiliária rural por motivos ambientais. 3.1. As áreas de preservação permanente. 3.2. A reserva florestal legal. 3.3. A não-indenização das APPS e das reservas legais – regra geral. 3.4. Casos em que pode haver desapropriação por restrições ambientais à propriedade. 3.4.1 O esvaziamento econômico da propriedade. 3.4.2. As áreas de preservação permanente decretadas. 3.4.3. Os parques e as florestas públicas. 3.4.4 O problema das avaliações. 3.4.5. A possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária por motivos ambientais. 4. Considerações finais.

1. Considerações iniciais – o aparente conflito entre a liberdade econômica e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Talvez uma das maiores inovações da Constituição Federal de 1988 seja a expressa previsão de direitos para as futuras gerações, que é um dos objetivos da elevação da proteção ao meio ambiente como princípio conformador da ordem econômica. De fato, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado também tem de ser considerado em relação aos que virão no futuro, que estão, assim como nós,

Carlos Octaviano de M. Mangueira é Professor da UNIPE – Centro Universitário de João Pessoa e mestrando em Direito Público (UFPE).

protegidos em seus direitos fundamentais¹. Nesse sentido é a previsão do art. 225, *caput*, da Constituição:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, (...) impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”².

A limitação dos recursos naturais, a sua lenta recuperabilidade no tempo, faz com que a preocupação com os direitos fundamentais das gerações futuras seja, aparentemente, contraposto à livre iniciativa e ao direito de propriedade. Com efeito, há sempre de se perscrutar, no estudo do direito de propriedade, se o seu uso causará danos às futuras gerações, especialmente em matéria ambiental.

“A liberdade para empreender e a liberdade das presentes e futuras gerações de desfrutarem de um ambiente ecologicamente equilibrado estão unidas no modo de produção constitucionalmente apresentado e a análise de uma deve ter seu reflexo na outra, procurando uma compatibilização do exercício de ambas”³.

Em relação à propriedade imobiliária rural, que é bem de produção e, portanto, objeto de atenção de toda a ordem econômica, temos que é de alta relevância o aspecto ambiental, pois a defesa do meio ambiente é princípio da ordem econômica e requisito para o cumprimento da função social da propriedade imobiliária rural, o que faz concluir que qualquer atividade econômica, mesmo calcada na valorização do trabalho e da livre iniciativa – fundamentos da ordem econômica –, deve atender aos princípios constitucionais que regem essa mesma ordem econômica, entre os quais figura a defesa do meio ambiente.

Dessa forma, uma compatibilização entre a livre iniciativa e a preservação ambiental deve passar obrigatoriamente pelo estudo sobre o direito de propriedade e sua função social, pois tais noções é que

nos darão a exata conformação do conteúdo atual do direito de propriedade.

2. O direito de propriedade

A importância do direito de propriedade ao longo da história é indiscutível para o desenvolvimento social. Desde as mais remotas eras, até os dias atuais, o direito de propriedade vem tendo destacada posição, que suplanta as fronteiras do mundo meramente jurídico, variando sua concepção conforme a época de que se trata.

Num passado mais recente, o direito de propriedade oscilou da sua concepção absoluta – que teve origens no Estado Liberal clássico e a consagração legislativa no Código Civil francês de 1804 – até uma caracterização mais restrita desse direito, em que apenas as propriedades individuais sobre os bens de consumo eram permitidas, originadas nas constituições socialistas⁴.

No mundo atual, o sistema capitalista e a propriedade privada, inclusive dos bens de produção, são plena e genericamente consagrados. Ocorre que o direito subjetivo que caracterizava a propriedade no Código Civil francês de 1804 e outras teorias direcionalmente opostas sobre a propriedade privada não mais subsistem. A tese de Diguít, no início deste século, que afirmou ser a propriedade não mais um direito, e sim uma função, negando a própria existência dos direitos subjetivos, não gerou uma aceitação pacífica⁵. As teorias comunistas/socialistas⁶, que negam a própria existência do direito de propriedade em relação aos bens de produção, também saem do cenário constitucional em que antes existiam, em quase todo o mundo. Resta a doutrina civilista tradicional e dominante, que considera o direito de propriedade ainda como um direito subjetivo, porém cada vez mais sujeito a limitações, que vêm a comprimir esse direito, sem afetar o seu caráter subjetivo⁷.

Tal direito subjetivo de propriedade, contudo, não é mais caracterizado pela

contraposição uso do bem (direito) *versus* abstenção geral (dever), entendendo-se que o conteúdo próprio do direito – seu conteúdo mínimo, sem o qual o direito se desnatura – é, hoje em dia, muito mais complexo do que essa regra simplória caracterizadora dos direitos subjetivos. Daí por que alguns autores falam que o direito de propriedade continua sendo um direito subjetivo, porém sem a nota característica de direito absoluto com que lhe dava o Estado Liberal, como ensina Ballarín Marcial:

“A propriedade, pois, segundo eu penso, continua como um direito subjetivo e não uma função (...). Mas a propriedade, se bem não seja uma função, tampouco é um direito absoluto. É um direito relativo. (...) É um direito, pois, a serviço de interesses harmonizados entre si, que transcende ao puramente individual”⁸.

É por essa razão que o direito subjetivo de propriedade previsto no Código Civil brasileiro mudou com a incidência das normas constitucionais. O direito, em si, mudou sensivelmente, especialmente pela incidência do princípio da função social da propriedade, o que faz com que tal direito não seja mais caracterizado só pela liberdade de ação do proprietário, contraposta a um dever geral (*erga omnes*) de todos respeitarem a propriedade, que a caracteriza, mas também os deveres e obrigações a cargo do titular do direito de propriedade⁹.

2.1. A função social da propriedade

É nesse sentido que incide o princípio da função social da propriedade: estabelecendo ao proprietário, além do poder de usar e dispor do bem, podendo reivindicá-lo de quem quer que injustamente o detenha, a obrigação de agir de determinada maneira, positivamente, a fim de cumprir a função social de sua propriedade, justificando e legitimando o próprio direito por meio desse comportamento¹⁰. Nas palavras de Isabel Vaz:

“O mais importante parece ser a tônica de ‘relatividade’ que o regime

constitucional imprime a todos os tipos de propriedade, pelo fato de, ao lado da garantia, impor-lhes limitações dimensionais negativas e obrigações de agir positivas, como as que se encontram no art. 182 e seus parágrafos”¹¹.

Daí por que se diz que a propriedade atual é um direito (poder), mas também é uma função (dever), sendo este último aspecto o que estabelece o conteúdo daquele direito¹². Stefano Rodotà diz¹³, com extrema precisão, que o princípio da função social da propriedade se manifesta sobre o direito de propriedade de três maneiras essenciais: (a) privando determinadas faculdades do domínio, como no caso a ser estudado, da instituição de espaços de preservação ambiental, que não poderão ser utilizados pelo proprietário ou terão sua utilização limitada; (b) criando condições para que o proprietário possa exercer o seu direito, como, p. ex., quando a Constituição vincula o cumprimento da função social da propriedade rural ao aproveitamento racional e adequado (art. 186); e (c) obrigando o proprietário a agir positivamente, como faz o art. 182, § 4º, da Constituição, que obriga o proprietário de imóvel urbano a utilizá-lo e aproveitá-lo, sob pena das sanções enumeradas nos incisos I a III do referido parágrafo.

Em qualquer caso, é importante notar que a função social é um princípio que age dentro do próprio conteúdo do direito de propriedade, razão pela qual não pode ser confundida com as limitações externas ao direito de propriedade, que são restrições posteriores à constituição do direito, como, por exemplo, a instituição de servidões por parte do Poder Público. Por essa razão, é pertinente a afirmação de José Afonso da Silva:

“(A função social) constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se – e sempre se apoiaram – em outros

títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia. A função social (...) introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um *interesse* que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo”¹⁴.

É a função social, portanto, princípio que se manifesta na estrutura do direito de propriedade, de que decorre que as interferências causadas na propriedade pelo princípio da função social são algo absolutamente diverso dos seus limites externos, pois são “limitações” que surgem com o próprio direito, sendo-lhe intrínsecas e contemporâneas¹⁵.

O princípio da função social da propriedade é positivado na Constituição Federal de 1988 em várias passagens. No art. 5º, refere-se às propriedades em geral, posto que inserido no capítulo dos direitos e garantias individuais. Já no art. 170, trata-se do princípio da função social da propriedade dos bens de produção, princípio ordenador da ordem econômica nacional.

Não obstante a percepção de que o delineamento final do direito de propriedade é dado pela legislação infraconstitucional, não há como deixar de notar que, especificamente quanto à propriedade rural, a própria Constituição já lhe dá os traços definitivos, ao estabelecer no art. 186 as condições para o exercício desse direito¹⁶. Trata-se aqui de propriedade sobre bem de produção – propriedade privada submetida a função social, cf. art. 170, II e III, da CF, cujo descumprimento da função social acarreta principalmente a sanção de desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária, prevista no art. 184 do texto constitucional. Os requisitos para o cumprimento da função social da proprie-

dade rural são: produtividade, preservação do meio ambiente, observância das legislações trabalhistas e sociais e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores. Há, contudo, expressa ressalva à desapropriação-sanção no art. 185 da Constituição, que ressalva a incidência dessa forma desapropriatória sobre as propriedades produtivas. Esse artigo cristaliza na Constituição Federal o entendimento segundo o qual a única forma de aproveitamento do imóvel rural é a sua exploração econômica integral, deturpando o conceito de rural como bem de produção vinculado a uma função social e trazendo com isso reflexos do mesmo teor para a legislação infraconstitucional. Por exemplo, a Lei nº 8.629/93, que regulamenta a função social da propriedade rural, reafirma o disposto no art. 185: só os imóveis improdutivos serão objeto de desapropriação para fins de reforma agrária. Esse entendimento equivocado, de imóvel rural desvinculado dos demais aspectos da função social, também está em outro trecho da Constituição: art. 153, § 4º, quando também conceitua o imóvel rural beneficiado pelo ordenamento como aquele meramente produtivo, na medida em que vincula esse aspecto (produtividade) à progressividade extrafiscal do imposto territorial rural.

Os exemplos apontados são condenáveis, na medida em que consolidam uma mentalidade de exploração econômica do imóvel rural, relegando a um segundo plano os demais aspectos da função social desse tipo de propriedade: o aspecto da legislação social, do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores e a proteção ao meio ambiente.

2.2. A proteção ao meio ambiente como elemento conformador do perfil do direito de propriedade

Além do caráter meramente econômico da propriedade imobiliária rural, estabelecido sob o signo da produtividade, a Constituição Federal também prevê que a função social do imóvel rural só será

cumprida quando houver utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (art. 186, II).

É fácil notar a coerência da Constituição, e a conseqüente importância da vinculação da função social à proteção do meio ambiente, na medida em que este é direito das presentes e futuras gerações, vinculado ao direito à vida, o que explica porque a defesa do meio ambiente também é princípio conformador da ordem econômica (art. 170, VI).

Nesse ponto, o texto constitucional expressou o que antes vinha implícito, ampliando a noção de função social da propriedade, quando a coloca também como fundamento do direito de propriedade no Brasil.

No que interessa mais detidamente aos objetivos deste trabalho, significa tudo isso que, entre os comportamentos impostos ao proprietário de imóveis rurais e as imposições restritivas das faculdades do domínio, estão aqueles relativos à proteção ambiental, naquilo que já se consagrou denominar função socio-ambiental da propriedade.

Dissemos que a Constituição de 1988 só explicitou o que já existia porque a previsão da função social da propriedade já constava na Constituição de 1967 (art. 157, III, e posteriormente art. 160, III, na Emenda de 1969). No que se refere ao conteúdo específico desse aspecto do direito de propriedade, que é fornecido pela legislação ordinária, cabe lembrar que o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) já trazia, há mais de trinta anos, a previsão de que:

“Art. 2º (...)

§ 1º. A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: (...)

c) assegura a conservação dos recursos naturais.”

O Código Florestal (Lei nº 4.771/65) também contém a previsão de interferência no direito de propriedade por motivos ambientais, mediante a instituição de

espaços a serem protegidos em maior ou menor grau, tendo por fim a preservação do meio ambiente. Além disso, importantes definições como meio ambiente, degradação da qualidade ambiental, poluição, poluidor etc. já existem desde a Lei nº 6.938/81.

Portanto, os instrumentos para a efetiva proteção ambiental vinculada à noção de direito de propriedade que cumpre uma função social já existiam antes da Constituição de 1988. Não podemos concordar, por essa razão, com Maria Luísa Faro Magalhães – além de outros que sustentam a mesma opinião – quando afirma que a Constituição de 1988 trouxe verdadeira “reciclagem” no instituto da função social, tornando seu conteúdo mais amplo, com objetivos de caráter ambiental¹⁷.

O que se vê é que a propriedade rural, já há algum tempo, vem sendo definida pelo ordenamento de modo a que sua utilização econômica se dê em consonância com o meio ambiente, o que veio a se tornar definitivamente explícito e incontroverso na Constituição de 1988. Mais recentemente, a Lei nº 8.629/93 definiu a utilização adequada dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente¹⁸, afastando, inclusive, do conceito de áreas aproveitáveis em um imóvel rural aquelas de efetiva preservação permanente e as demais áreas protegidas pela legislação ambiental¹⁹.

A importância da noção de função socio-ambiental da propriedade se manifesta, sobremaneira, na percepção de que a interferência na propriedade não é interferência no direito de propriedade, quando proveniente da função social, posto que é a própria configuração desse direito. Por isso, quando o Poder Público interfere na propriedade rural, estabelecendo espaços a serem ambientalmente protegidos, não se está, via de regra, diante de limitações ao direito de propriedade, tampouco diante de desapropriações de fato ou indiretas, não ensejando qualquer inden-

zação ao proprietário, conforme será visto a seguir.

3. A interferência na propriedade imobiliária rural por motivos ambientais

É importante repetir que a Constituição Federal nos dá a conformação geral do direito de propriedade, mas que este é delimitado pela legislação infraconstitucional, tendo enumerado, inclusive, exemplos desta. De outra forma não poderia ser, pois quanto mais próxima da base da pirâmide normativa, mais específica será a norma, tornando o direito concreto, exigível.

É por isso que a função socio-ambiental da propriedade imobiliária rural tem um conteúdo amplo, na Constituição (especialmente arts. 5º, 170, 186 e 225), e um conteúdo específico, dado pela legislação. No que atine aos fins deste trabalho, as condicionantes ambientais da propriedade constam especialmente da Lei nº 8.629/93 e do Código Florestal (Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965), mas não se restringem a essas leis, conforme lembra Roxana C. Brasileiro Borges:

“(...) o conteúdo específico do direito de propriedade depende dos bens ambientais presentes nos espaços territoriais especialmente protegidos, sobre os quais podem incidir os mais diversos diplomas legais ao mesmo tempo”²⁰.

De fato, estabelecem as leis ambientais várias áreas a serem especialmente protegidas nos imóveis rurais, o que é, em regra, dever do Poder Público, conforme o art. 225, § 1º, III, da Constituição²¹. Entre essas áreas, destacam-se as de preservação permanente e as de reserva legal, que por sua incidência mais geral merecem um estudo mais detalhado, que verifique a concreta operacionalização do direito de propriedade diante dessas incidências.

3.1. As áreas de preservação permanente

As áreas ou florestas de preservação permanente são espaços territoriais prote-

gidos definidos no Código Florestal. Pelas razões já expostas acima, não entendemos que essas áreas sejam restrições ou limitações às propriedades, a despeito do que consta no art. 1º do Código Florestal²². Isso porque a configuração do próprio direito de propriedade, nos casos em que venham a existir as áreas de preservação permanente, fica condicionada à sua manutenção.

As áreas de preservação permanente foram equiparadas às reservas ou estações ecológicas, por força do art. 18 da Lei 6.938/81:

“Art. 18. São transformadas em reservas ou estações ecológicas, sob a responsabilidade do IBAMA, as florestas e demais formas de vegetação permanente, relacionadas no art. 2º da Lei 4.717, de 15 de fevereiro de 1965 – Código Florestal, e os pousos das aves de arribação protegidas por convênios, acordos ou tratados assinados pelo Brasil com outras nações.”

No entanto, apesar da mudança de nome, não houve alteração significativa do regime jurídico de tutela desses bens ambientais, razão pela qual manteremos, neste trabalho, a denominação já consagrada pela doutrina e jurisprudência.

As áreas definidas no art. 2º do Código Florestal são de preservação permanente “pelo só efeito” daquela lei. São as chamadas áreas de preservação permanente legais, ou *ope legis*²³. São espaços de proteção impositiva e integral, não sendo portanto passíveis de qualquer exploração²⁴, e destinam-se basicamente à proteção das águas e dos solos²⁵.

São exemplos de áreas de preservação permanente por imposição legal as vegetações situadas ao longo dos rios, ao redor de lagoas, no topo de morros, nas encostas etc. Portanto, essas áreas, constituídas pelo Código Florestal, devem ser protegidas (preservadas) em qualquer imóvel rural que tenha as características naturais enumeradas no art. 2º da lei. Essa nota de

generalidade é, portanto, a grande característica dessas áreas de preservação permanente.

Existem áreas de preservação permanente criadas por ato do Poder Público (art. 3º do Código Florestal), onde também é vedada qualquer forma de exploração econômica, só se justificando a utilização do espaço para o fim determinado pelo Código Florestal, que é a proteção ao meio ambiente. Essas áreas de preservação permanente criadas pelo Poder Público só diferem das outras criadas pela lei devido à sua especificidade, o que faz com que, mesmo que hajam florestas destinadas a um dos fins consagrados no art. 3º do Código²⁶, a sua constituição como espaço especialmente protegido da espécie área de preservação permanente só se concretize após a sua declaração por meio de ato administrativo (normativo) estatal.

Apesar da diferença quanto à forma de criação, e conseqüentemente quanto à generalidade de umas e a especificidade de outras, é bom lembrar que todas as áreas de preservação permanente – como de resto todos os espaços especialmente protegidos por razões ambientais – só podem ser alteradas ou suprimidas por lei, cf. o disposto no art. 225, § 1º, III, da Constituição.

Fica a dúvida quanto à possibilidade de existirem áreas de preservação permanente onde não houver florestas ou vegetações. Uma solução é a que entende só poder haver preservação permanente – mesmo em relação às áreas criadas pelo Código Florestal – em florestas já existentes, pois o que a lei protege é a floresta e não a área²⁷. Tal entendimento, *data venia*, não tem grande sustentação, até à vista do próprio direito posto. O próprio Código Florestal prevê a possibilidade de existirem florestas de preservação permanente plantadas, no seu artigo 18, que diz:

“Nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o reflorestamento ou o florestamento de preservação permanente, o Poder Público

Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário.”

Portanto, não resta dúvida que as áreas especificadas no art. 2º do Código Florestal serão de preservação permanente, exista ou não vegetação primitiva, podendo ser (re)florestandas pelo proprietário do imóvel ou pelo Poder Público, em caráter subsidiário, ocasião em que as despesas para a recomposição florestal da área poderão ser cobradas do proprietário²⁸.

O Poder Público, nessas situações de reflorestamento das áreas de preservação permanente, o fará sem desapropriar o imóvel, só havendo a remota possibilidade de indenização quando se tratar de áreas de preservação permanente administrativas e com culturas, ocasião em que apenas estas serão indenizadas²⁹.

3.2. A reserva florestal legal

A reserva florestal legal é outra forma de espaço territorial especialmente protegido definido no Código Florestal. Seu aspecto mais característico é o de ser uma área obrigatória em todos os imóveis rurais, pois a lei fala na área “de cada propriedade”³⁰, consistindo num percentual da área total do imóvel rural, onde não é permitido o corte raso da vegetação.

Na região Norte e no norte da região Centro-Oeste, a reserva legal é de 50%, elevando-se esse percentual para 80% quando a cobertura arbórea for composta de fitofisionomias florestais³¹. Nas demais áreas do país, inclusive as de cerrado, mesmo que inseridas nas regiões anteriormente citadas, a reserva legal será o correspondente a 20% da área de cada imóvel (arts. 16 e 44 do Código Florestal).

Pelo seu caráter obrigatório em todo o território nacional, é fácil notar que as reservas legais não se confundem com as áreas de preservação permanente, apesar de que, pela nova redação do art. 44 do Código Florestal (§ 7º), estas podem ser computadas na área daquelas. As áreas de preservação permanente são localizadas de

acordo com a ocorrência dos bens ambientais a que visam proteger e não podem ser exploradas em nenhuma hipótese. Já as reservas florestais legais são os espaços especialmente protegidos que se destinam à proteção da *biodiversidade*³², pois a proibição do corte raso, de modo contínuo e em todas as regiões do país, faz com que a preservação de todas as formas de vida existentes seja mais efetiva.

Para que isso realmente ocorra, diz a lei ser obrigatória a averbação dessa área na matrícula ou registro do imóvel, não sendo possível a sua alteração em caso de transmissão ou de desmembramento da área (art. 16, § 2º, e art. 44, § 1º, do Código Florestal). Como a reserva legal deve ser preservada em cada propriedade, em caso de desmembramento ou mesmo em caso de vários imóveis contíguos pertencentes a um mesmo proprietário, cada um dos novos imóveis terá de ter averbada na sua matrícula a área da reserva florestal legal. Esses dispositivos, além da própria exigência genérica de averbação da reserva legal, foram acrescentados ao Código Florestal pela Lei nº 7.803, de julho de 1989, a partir de quando se tornaram exigíveis³³. A área da reserva legal deve ser localizada pelo próprio proprietário, quando for de 50% ou 80% da área do imóvel (região Norte e parte norte da região Centro-Oeste), e pela autoridade competente, nos demais casos (art. 16, 'a', da Lei 4.771/65). Na prática, entretanto, não é observado o cumprimento dessa legislação. Nesse sentido noticia Antonio Silveira Ribeiro dos Santos:

“Em levantamento que fizemos em alguns Cartórios de Registro de Imóveis de cidades do interior de São Paulo, verificamos que poucos são os registros se levarmos em conta o número de propriedades rurais. Já por sua vez a Coordenadoria de Licenciamento Ambiental e Proteção de Recursos Naturais da Secretaria do Meio Ambiente de

São Paulo informou-nos que conta atualmente com 300.000 ha preservados como Reserva Legal, devidamente averbados, o que é ínfimo ante a extensão territorial do Estado (...)”³⁴.

Recentemente o Código Florestal foi alterado pela Medida Provisória nº 1.956-47/2000, que já é reedição de várias outras MPs anteriores. Entre as alterações perpetradas, já adiantamos a previsão de que as florestas e demais formas de preservação permanente sejam computadas como sendo reserva legal (inclusão do parágrafo 4º ao artigo 16). O problema é que essas áreas continuarão dispensadas da averbação na matrícula do imóvel, mesmo “fazendo parte” da reserva legal. Tal alteração permite, portanto, que nem toda a reserva legal seja averbada, o que certamente trará imprecisão à delimitação da reserva legal, tornando inviável na prática a fiscalização do Estado, no exercício do seu poder de polícia ambiental.

Outra das novas previsões da referida MP é a compensação da área da reserva legal, caso a mesma já esteja comprometida por “usos alternativos do solo”, nos imóveis rurais situados na região amazônica. Diz a lei:

“Em se tratando de reserva legal a ser instituída em áreas já comprometidas por usos alternativos do solo, o proprietário poderá optar, mediante aprovação do órgão federal de meio ambiente, pela sua compensação por outras áreas, desde que pertençam aos mesmos ecossistemas, estejam localizadas dentro do mesmo Estado e sejam de importância ecológica igual ou superior à da área compensada.”

Ora, como dissemos acima, a reserva legal é o único espaço territorial especialmente protegido que tem a finalidade de proteger a biodiversidade, exatamente pela sua característica de continuidade em todo o território nacional. A alteração citada vem retirar essa característica fundamental, desfigurando completamente o instituto.

Acerca dessa bizarrice, ponderou Paulo Affonso Leme Machado:

“O § 4º do art. 44 (...) vai autorizar a destruição dos 50% da atual reserva legal florestal, permitindo que ela seja implantada em outro local. As reservas legais florestais amazônicas passam a ser aleatórias. O parágrafo novo tem até uma parte que pode seduzir quem não conhecer o quadro administrativo do IBAMA e dos estados amazônicos, pois está escrito que as novas áreas devem ser ‘de importância ecológica igual ou superior à área compensada’. A administração federal não tem estrutura para fazer essa análise, como também não se deu um critério objetivo para ser feita essa avaliação”³⁵.

À vista do art. 225, § 1º, III, e § 4º, da Constituição Federal, consideramos inconstitucional o novel parágrafo 4º do artigo 44, introduzido por medida provisória, atualmente de nº 1.956/2000. Isso porque a Floresta Amazônica, além de ser patrimônio nacional, com utilização “dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente”, tem, em suas reservas legais, espaços territoriais especialmente protegidos, cuja utilização não pode comprometer “a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção”. O que se vê nessa alteração do Código Florestal é a aniquilação do instituto da reserva legal na região amazônica, já que há a possibilidade de o proprietário rural que derrubar a floresta se enquadrar no citado parágrafo 4º, alegando que sua área já estaria “comprometida por usos alternativos do solo”, o que ensejaria a possibilidade da compensação da área derrubada por outra³⁶.

Inova ainda a citada medida provisória (art. 2º) na proibição de conversão de áreas de florestas em áreas agrícolas, quando já houver alguma área desmatada no imóvel que se encontre abandonada, subutilizada ou utilizada inadequadamente. Tal norma acarretará situações em que o proprietário

ficará impossibilitado de efetuar o corte raso em mais de 80% da área do imóvel, caso já tenha sido desmatada uma área inferior aos 20% possíveis, mas restem não utilizados ou subutilizados.

Resta saber se a reserva legal é obrigatória também nos imóveis rurais públicos. Alguns autores, com base no art. 16, *caput*, do Código Florestal³⁷, afirmam que a reserva legal só deve existir em propriedades particulares:

“A Reserva Florestal Legal decorre de normas legais que limitam o direito de propriedade, da mesma forma que ‘as florestas de preservação permanente’ previstas, também, na Lei 4.771/65 (Código Florestal). Diferenciam-se no que concerne à dominialidade, pois a Reserva Florestal Legal do art. 16 e do art. 44 do Código Florestal somente incide sobre o domínio privado, sendo que as Áreas de Preservação Permanente incidem sobre o domínio privado e público”³⁸.

Outros dizem que a reserva florestal legal incide sobre a propriedade pública, também, porque não haveria nenhuma exceção feita pelo Código Florestal em relação aos imóveis rurais públicos³⁹.

A solução da questão não pode ser buscada sem relevar a questão da função social da propriedade. Assim, Eros Grau afirma que a função social é função social dos bens de produção, consagrada no art. 170 da Constituição. Outras propriedades existentes consistem num direito individual e por isso são dotadas de uma função individual, para a qual a incidência da norma contida no art. 5º, XXIII, é só uma regra sem qualquer justificativa ante a sua inefetividade⁴⁰. De acordo com a Constituição Federal, os imóveis rurais públicos – incluídas as terras devolutas – devem ser destinados preferencialmente ao plano nacional de reforma agrária (art. 188). Ora, os imóveis públicos destinados à reforma agrária são destinados a particulares – por

título de domínio inegociáveis por dez anos ou concessão de uso –, que nesses imóveis realizam atividades econômicas, apesar de os mesmos ainda permanecerem públicos.

Por outro lado, relembre-se que a idéia de reserva florestal legal está vinculada à idéia de continuidade, para fins de preservação da biodiversidade nacional. Por esse motivo, seria insensato concluir que os imóveis rurais públicos podem quebrar essa unidade, não tendo de respeitar as proibições de corte raso como qualquer outro proprietário.

Assim, não há por que não concluir pela obrigatoriedade da averbação da reserva florestal legal nesses imóveis. Mesmo que se entenda dispensada a obrigatoriedade da reserva legal nas áreas em que esta for de 20% da área do imóvel, ante o disposto no art. 16, *caput*, do Código Florestal⁴¹, deve-se perceber que o art. 44 não faz essa referência expressa, sendo razoável concluir que, na região amazônica, está o Poder Público também obrigado a averbar a reserva legal na matrícula de seus imóveis rurais, inclusive – e especialmente – aqueles destinados à reforma agrária.

A reserva legal pode ser instituída em áreas onde a vegetação, primitiva ou não, esteja devastada. Aqui deve-se atentar para o seguinte detalhe: o artigo 7º da já referida MP nº 1.956/2000 expressamente revogou o 99 da Lei nº 8.171/91, que previa a obrigatoriedade de recomposição da reserva legal, quando a cobertura arbórea desta área estivesse devastada, à razão de 1/30 por ano⁴². Não existindo mais essa obrigatoriedade de reflorestamento, é de se considerar que, na região amazônica, o proprietário poderá compensar essa área devastada da reserva legal por outra, pertencente ao mesmo ecossistema e de igual importância ecológica (nova redação do art. 44 do Código Florestal), conforme dissemos acima. Mas todas essas alterações nas leis que disciplinam a reserva legal não retiraram a obrigatoriedade de sua instituição em todos os imóveis rurais. Nos

imóveis rurais situados na Amazônia, repita-se, pode haver a compensação da reserva legal por outras áreas. Não havendo outras áreas para serem oferecidas à compensação, a reserva deve ser instituída mesmo em locais sem cobertura arbórea. Nos demais locais do país, onde não é permitida a compensação, deve haver reserva legal em todos os imóveis rurais, públicos ou privados, mesmo que não haja cobertura natural a ser preservada. Nesses casos, deve-se cumprir o art. 18 do Código Florestal, citado acima, dando a possibilidade de reflorestamento pelo Poder Público Federal, sem desapropriação do imóvel.

Finalmente, é de se atentar que a exploração da madeira nas florestas situadas na região amazônica deve ser feita por meio de um sistema de manejo sustentado, obedecendo à área de reserva legal (50 ou 80%) e às áreas de preservação permanente, quando for o caso⁴³. Manejo sustentado é a utilização econômica da floresta com a sustentação econômica do ecossistema objeto do manejo⁴⁴, ou, como diz A. J. Leslie, tal sistema consiste em

“aprovechar la madera a um ritmo anual que no supere el de producción del bosque que se trate y sin perjudicar su capacidad de suministrar otros bienes y servicios. Esto vale para cualquier parte del mundo y en todo momento, independientemente de si la madera es un objetivo primordial o subsidiário de la ordenación forestal”⁴⁵.

3.3. A não-indenização das APPS e das reservas legais – regra geral

Em regra, o Poder Público não tem de indenizar pela instituição de áreas de preservação permanente e reservas legais, porque tais espaços protegidos fazem parte da configuração intrínseca do direito de propriedade⁴⁶. São áreas que, por caracterizarem o aspecto ambiental da função social da propriedade, não podem ser

consideradas isoladamente, destacadas da propriedade em si. Esclarece Luis Henrique Paccagnella que:

“(...) a preservação da qualidade ambiental na propriedade rural, conforme a Constituição, é pressuposto da existência do direito de propriedade, conferido pelo Constituinte.

Logo, a definição de espaços territoriais protegidos, impostos em caráter geral a todos os proprietários, não constitui restrição ou intervenção no direito de propriedade, mas sim condição para o reconhecimento jurídico deste último⁴⁷.

É importante notar, no trecho citado acima, que o autor não faz qualquer referência à limitação administrativa, como geralmente o faz a doutrina em geral⁴⁸. Limitações administrativas à propriedade são sempre medidas de caráter geral, igualmente gratuitas e que geram obrigações para o proprietário, mas impostas com fundamento no poder de polícia do Estado, que o faz para “condicionar” o exercício do direito de propriedade. Já a preservação ambiental nos imóveis rurais, quando tem origens constitucionais que repousam na própria idéia de função social da propriedade, caracteriza os limites internos à propriedade, que são os limites que antecedem o próprio direito de propriedade, de que são indissociáveis, verdadeiros elementos de um todo⁴⁹. Daí a afirmação que o direito de propriedade, em relação à propriedade imobiliária rural, é o direito de propriedade com certas características peculiares relativas à proteção do meio ambiente. É, portanto, o direito de propriedade *com* reserva legal e áreas de preservação permanente, quando for o caso. A partir daí é que podem advir as chamadas limitações administrativas, externas ao direito.

Deve-se atentar para a característica da generalidade, o que afasta da regra de não indenizar as reservas legais decretadas administrativamente. Com efeito, somente

as áreas de preservação permanente criadas pelo Código Florestal em seu art. 2º e as reservas legais é que são imposições gerais, bastando a simples ocorrência da hipótese de incidência da norma para que tais espaços venham a ser protegidos por lei⁵⁰.

Em decorrência, é impróprio falar em desapropriação quando o espaço protegido for uma reserva legal ou uma área de preservação permanente⁵¹, pela razão de que a instituição desses espaços importaria em esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade. Logo, não é difícil perceber que a nossa jurisprudência tem incorrido, *data venia*, em grandes equívocos, como o seguinte:

“(...) as matas de preservação permanente são indenizáveis, visto que, embora proibida a derrubada pelo proprietário, persiste o seu valor econômico e ecológico⁵².

A tendência predominante nos tribunais é a da indenização por limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade particular, quando revestida de vegetação legalmente considerada de preservação permanente. A impropriedade do raciocínio começa no seu enunciado, pois vimos que as áreas de preservação permanente criadas por lei não são limitações administrativas ao direito de propriedade, porque nascem com o próprio direito de propriedade, do qual são inseparáveis. Logo, o entendimento jurisprudencial não guarda a menor harmonia com os pressupostos caracterizadores da propriedade constantes em nosso ordenamento jurídico. E mesmo entendendo-se que está a se tratar de limitação administrativa, deve-se notar que estas não são indenizáveis, conforme os ensinamentos correntes na doutrina⁵³.

Não obstante, o que se vê é a profusão de ações por apossamento administrativo contra o Poder Público, tendo em vista a interdição da propriedade, ou de parte dela, por razões ambientais e a conseqüente inviabilização do seu uso econômico⁵⁴. Ora,

o apossamento administrativo, ou desapropriação indireta, ocorre quando há apossamento de bem particular pelo Poder Público, sem obediência ao devido processo legal da desapropriação (Decreto-lei nº 3.365/41 e legislação pertinente). Em relação à instituição de reservas legais e às áreas de preservação permanente *ope legis*, ante a sua generalidade, não há como falar em afetação ao conteúdo econômico da propriedade. Na verdade, a exploração econômica da propriedade só pode dar-se dentro daquilo que o conteúdo do direito de propriedade permite e da forma também prevista em lei. Nesse sentido foi o entendimento do Exmo. Ministro Celso de Mello, que asseverou:

“A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o *dominus* venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nela existentes⁵⁵”.

Esse entendimento, ao nosso ver ainda imperfeito por considerar os espaços protegidos do Código Florestal como “limites”, é, de certa forma, útil, na medida em que esclarece que o aproveitamento econômico da propriedade não é de toda a extensão da propriedade, mas daquilo permitido pelo ordenamento, o que ocorre sem desfigurar o próprio direito de propriedade.

3.4. Casos em que pode haver desapropriação por restrições ambientais à propriedade

3.4.1. O esvaziamento econômico da propriedade

Há certos casos, contudo, em que o direito de propriedade, anteriormente existente, não mais subsiste, ante imposições estatais que visam à proteção do meio ambiente. São casos, distintos dos anteriormente estudados, em que a propriedade é restringida em sua integridade,

cabendo indenização por desapropriação indireta. Nesses casos, inviabilizado o uso econômico da propriedade, há que ser transferido o domínio do bem para o Estado.

Por outro lado, esclarece Antonio Herman V. Benjamin que não cabe qualquer indenização quando “o Poder Público, procedendo em conformidade com o suporte constitucional da função sócio-ambiental, regrar a forma do uso, privilegiar – ou mesmo interditar – usança em detrimento de outras⁵⁶”.

O problema é que os proprietários, ante qualquer instituição de espaço protegido por razões ambientais em sua propriedade, acham-se limitados na exploração econômica do imóvel, que muitas vezes jamais havia sido explorado. Alegam tais proprietários, em juízo, que estão impossibilitados de realizar a exploração madeireira no local, não se lembrando das áreas de reserva legal, das APPs e até das proibições do Código Florestal acerca da exploração madeireira, como, *v. g.*, os arts. 10, 12, 15, além do art. 3º da Medida Provisória nº 1.956/2000.

Portanto, mesmo nos casos em que esteja a se alegar a desapropriação indireta, por não se tratar de proteção ambiental inerente ao próprio direito de propriedade, necessária se faz uma análise pormenorizada, a fim de saber se realmente o imóvel rural afetado era explorável economicamente, de que modo e em que extensão.

3.4.2. As áreas de preservação permanente decretadas

A instituição das áreas de preservação permanente, previstas abstratamente no art. 3º do Código Florestal, mas só efetivadas por ato do Poder Público, podem ser indenizadas?

Entende Paulo Affonso Machado que tais áreas, por afetarem apenas um ou alguns proprietários, devem ser indenizadas⁵⁷. Parte o autor da premissa que as áreas de preservação permanente são limi-

tações administrativas, com as de ordem geral não ensejando indenização, o que não ocorre com as limitações específicas. De fato, numa primeira análise é fácil concluir que tais áreas só existem quando declaradas pelo Estado, o que afasta, em tese, a característica de generalidade dessas APPs.

O argumento não deve ser tomado como uma regra única e geral, se considerarmos que as APPs não são limitações administrativas, mas, antes disso, constituem o próprio direito de propriedade. Mais importante ainda, é preciso saber se sua instituição vai inviabilizar a exploração econômica do imóvel e se não é possível realizar nenhuma outra atividade econômica no local. Mais uma vez é Antonio Herman V. Benjamin que assevera:

“As APPs do art. 3, conforme o caso, devem ser indenizadas, especialmente quando:

a) faltar-lhes o traço da generalidade (afetar um ou poucos proprietários);

b) não beneficiarem, direta ou indiretamente, o proprietário; e

c) sua efetivação inviabilizar, por inteiro, a totalidade do único (hipótese raríssima) ou de todos os possíveis usos da propriedade, respeitando, evidentemente, o lapso prescricional, que corre da promulgação do ato administrativo de regência”⁵⁸.

3.4.3. Os parques e as florestas públicas

Outra possibilidade de indenização por motivos ambientais é quando o Poder Público elimina a possibilidade de o particular opor seu direito de propriedade contra terceiros, dando ao bem uma destinação que visa ao uso da população. Nesses casos é impositiva a desapropriação do bem.

O Código Florestal, em seu art. 5º, prevê que o Poder Público poderá criar parques que terão por fim a “preservação de atributos excepcionais da natureza”, cuja proteção deverá ser integral, conciliada com

o aproveitamento para fins educacionais, recreativos e científicos. Pela definição, percebe-se que os parques, destinados que são ao uso do povo, devem ser bens públicos, de uso especial (Código Civil, art. 66, II), e, portanto, são incompatíveis com o domínio privado. Por essa razão, devem ser indenizados.

O conceito de parque nacional é antigo, como lembra Paulo de Bessa Antunes⁵⁹, e vem do Decreto Legislativo nº 03/48:

“As regiões estabelecidas para a proteção e conservação das belezas cênicas naturais e da flora e fauna de importância nacional das quais o público pode aproveitar-se melhor ao serem postas sob a superintendência nacional.”

Seguem o mesmo regime dos parques as florestas públicas, previstas no mesmo art. 5º do Código Florestal, estas podendo ocorrer em áreas não florestadas, destinadas a atingir esse fim. Também devem ser bens públicos, razão pela qual a sua instituição origina o direito subjetivo à indenização.

3.4.4. O problema das avaliações

Havendo desapropriação por razões ambientais, seja indireta ou não, há que se indenizar o proprietário do imóvel rural. Prevê a Constituição Federal que tal indenização deve ser justa (art. 5º, XXIV). A discussão nesse ponto é saber: em caso de desapropriação, a cobertura florestal deve ser indenizada? Com que valor? Quais os critérios a serem seguidos para que seja alcançado o princípio constitucional da justa indenização?

O que se verifica na prática é o pedido de indenização total das florestas por parte dos proprietários rurais, quando sobre sua propriedade é instituída alguma unidade de conservação, ou ainda quando o imóvel é desapropriado por interesse social para fins de reforma agrária.

Entendemos que a cobertura florestal, nos casos de desapropriação, deve ser indenizada. Algumas ponderações, no entanto, merecem ser feitas. Em primeiro

lugar, jamais deve olvidar-se que as florestas são acessórios naturais do solo (Cód. Civil, arts. 43, I, e 61, I), para os quais na maioria das vezes o proprietário nada investiu, o que deve ser sopesado nas avaliações desses bens⁶⁰. As áreas de preservação permanente e as reservas legais não são indenizáveis. Qualquer pedido de indenização por esses motivos deve ser, sem hesitação, rechaçado pelo Judiciário. Só o que exceder a essas delimitações do próprio direito de propriedade é que deve ser avaliado para fins de indenização⁶¹. Nesse sentido há interessante julgado do Tribunal de São Paulo, em ação de desapropriação indireta originada da declaração de utilidade pública que criou o Parque Estadual da Serra do Mar, entendendo que:

“Portanto, a partir da vigência do Código Florestal fixaram-se as limitações ao direito de propriedade, tendo o Governo do Estado, no uso de suas atribuições legais e com fundamento no referido diploma legal (artigo 5º), criado o Parque Estadual. Por isso mesmo (...) a pretensão da autora havia de estar circunscrita ao que excedesse às restrições impostas pelo Código Florestal, nunca tão extensiva a ponto de se considerar o apossamento administrativo pelo Estado, para fins de indenização total da área.

Na espécie, a petição inicial deveria ter-se referido à indenização desse excesso a ser demonstrado”⁶².

Dessa forma, a indenização da cobertura florestal deverá se restringir àquilo que exceder a reserva legal e às áreas de preservação permanente, quando houver. A razão é simples: a reserva legal não pode ser utilizada para corte raso de madeira e as áreas de preservação permanente são espaços de proteção integral, portanto intocáveis.

Vista a floresta indenizável sob esse ângulo, há que se avaliá-la corretamente, ou seja, no processo de desapropriação –

direta, proposta pelo Poder Público, ou indireta, proposta pelo proprietário –, deve ser realizado um detalhado inventário florestal do lugar, em que serão pormenorizadas as espécies vegetais existentes, seu valor bruto e, após, serão diminuídos os custos de sua extração, transporte e comercialização. Dessa mesma opinião é Antônio Silveira Ribeiro dos Santos, que adverte:

“(...) se o valor bruto da cobertura florestal for menor ou insuficientemente maior que o custo de sua exploração, em termos de compensação de investimento, não há que se falar em indenização da vegetação, mas apenas do terreno e das possíveis benfeitorias.

Vejam a esquematização seguinte: avaliação bruta da cobertura florestal – (menos) custo da exploração = viabilidade/inviabilidade econômica de exploração”⁶³.

Prossegue o autor, ponderando que devem ser considerados também como fatores redutores da indenização da cobertura florestal: o proprietário não ser do ramo madeireiro; o fato de que, na maioria das vezes, o proprietário não adquiriu a área para exploração de madeira, mas para a realização de outras atividades econômicas ou mesmo especulação imobiliária; a inviabilidade de acesso e, conseqüentemente, de exploração comercial da madeira etc.⁶⁴.

Além disso, há um aspecto para o qual os nossos tribunais ainda não deram a devida atenção: a preservação dos bens ambientais pode trazer, ao revés de esvaziamento econômico da propriedade, a sua valorização, pois hoje em dia as atividades econômicas relacionadas ao turismo ecológico são altamente lucrativas. Dessa forma, em desapropriações parciais, por exemplo, pode o proprietário ter, no seu remanescente não desapropriado, uma promissora fonte de lucros decorrentes dessas novas perspectivas de utilização econômica das propriedades rurais⁶⁵.

O tratamento legislativo dado à matéria de indenizações de coberturas florestais consta na Lei nº 8.629/93, que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, entre os quais está o art. 186, que caracteriza a função social do imóvel rural. Diz essa lei em seu art. 12 que:

“Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos:

(...)

§ 2º - Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel.”

Verifica-se que, nesses casos, a parte indenizável da cobertura florestal é incluída no valor da terra nua, não podendo o resultado final ser superior ao valor venal do imóvel. Não há mais que se falar, portanto, em indenização de cobertura florestal – quando for o caso – de modo diverso do que trata a citada norma, pois trata-se de lei que se aplica a todas as modalidades desapropriatórias de imóveis rurais, pois é lei geral, regulamentadora dos dispositivos constitucionais referentes à função social da propriedade rural, e não só da reforma agrária. Ainda é rara a verificação da incidência dessa norma na jurisprudência, em parte porque a atual redação do citado artigo foi acrescentada por medida provisória somente desde junho de 1997 (atualmente MP nº 1.997-36, de 10-3-2000).

3.4.5. A possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária por motivos ambientais

Outra possibilidade de interferência no direito de propriedade por motivos ambientais seria a desapropriação direta, pelo Poder Público Federal, para fins de reforma

agrária, das propriedades rurais que não cumprissem a sua função social, com indenização em títulos da dívida agrária, de acordo com a previsão do art. 184 da Constituição Federal. Trata-se aqui de típica desapropriação-sanção, a punir aqueles que não fazem cumprir a função social de suas propriedades.

A Constituição caracteriza a função social da propriedade imobiliária rural por meio do cumprimento simultâneo dos requisitos de produtividade, preservação do meio ambiente, respeito aos direitos trabalhistas e contratuais e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

O artigo 185, inciso II, da Constituição prevê que a propriedade produtiva não é suscetível de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Os critérios para a auferição da produtividade vêm previstos na Lei nº 8.629/93, consistindo basicamente em dois índices – o grau de utilização da terra e o grau de eficiência da exploração – a serem calculados em cada caso concreto.

Da leitura dos referidos dispositivos constitucionais chega-se à seguinte perplexidade, resumida na indagação: é possível haver propriedades rurais que não cumpram a função social – por agressão ao meio ambiente, p. ex. – e, contudo, não possam sofrer a sanção constitucional típica para tal comportamento, a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária? Domingos Sávio Dresch da Silveira questiona:

“Aparente contradição surge quando verificamos que o inciso II do artigo 185 da Constituição Federal exclui da desapropriação para fins de reforma agrária a denominada desapropriação-sanção, a propriedade produtiva. Tal previsão, se interpretada isoladamente, nos conduziria à curiosa situação da impossibilidade de ser desapropriado o imóvel rural que houvesse se tornado produtivo em razão da derrubada indiscri-

minada de significativa extensão da mata atlântica (ofensa ao elemento ecológico) e com a utilização de trabalho infantil escravo (ofensa ao elemento social)”⁶⁶.

A questão suscita dúvidas em boa parte da doutrina, concluindo a maioria que o art. 185, II, é uma exceção constitucional à norma constante no art. 184⁶⁷. Ocorre que tal entendimento simplifica a questão, fazendo *tabula rasa* do art. 186 e, conseqüentemente, do art. 170, III, da Constituição, em total desprezo à noção de função social da propriedade, já que apenas faz a subsunção desapropriação – exceção à desapropriação.

Alguns outros entendem que o termo “propriedade produtiva”, citado pelo art. 185 como insuscetível de desapropriação, quer dizer na verdade “propriedade produtiva que cumpra sua função social”. Em outras palavras, a propriedade produtiva só seria insuscetível de sofrer a desapropriação-sanção se, também e ao mesmo tempo, preservar o meio ambiente e observar as disposições que regulam as relações de trabalho, tendo exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores⁶⁸. Essa opinião, embora aparentemente adequada, pois pondera o princípio da função social, leva-nos a concluir pela inutilidade do artigo 185, II, da Constituição, pois o mesmo conteria um truísmo: a não-possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária da propriedade que cumpra sua função social é a própria interpretação *a contrariu sensu* do art. 184.

A posição que nos parece mais acertada é a defendida por José Afonso da Silva. Diz esse autor que o Estado tem um poder geral de desapropriação previsto no art. 5º da Constituição e que o artigo 184 prevê uma forma especial de desapropriação para fins de reforma agrária, já que a indenização é paga em títulos da dívida pública. Por essa razão, conclui o autor que

“(…) o art. 185 contém uma exceção à desapropriação especial autorizada

no art. 184, não ao poder geral de desapropriação por interesse social do art. 5º, XXIV. Quer dizer, desde que se pague a indenização nos termos do art. 5º, XXIV (em dinheiro), qualquer imóvel rural pode ser desapropriado, por interesse social, para fins de reforma agrária e melhor distribuição da propriedade fundiária”⁶⁹.

Portanto, entendemos que, além das desapropriações outras, algumas decorrentes da instituição de espaços ambientais especialmente protegidos, também pode o imóvel rural ser desapropriado para fins de reforma agrária, pelo não-cumprimento da função social, com fundamento nos arts. 5º, 184 e 186 da Constituição. Saliente-se o que já foi aventado acima, quando se falou da reserva florestal legal: após desapropriado, o imóvel, agora público mas utilizado por particulares, deverá continuar a obedecer os espaços protegidos.

4. Considerações finais

Outras conclusões foram expostas ao longo do trabalho, mas, em última análise, servem de premissas para o que se quis demonstrar, sintetizado nas seguintes afirmações:

O direito de propriedade dos imóveis rurais, bens de produção por excelência, só são garantidos quando cumprida a sua função social, que no caso específico dos imóveis rurais vem explicitada no art. 186 da Constituição Federal.

Entre as condições para o exercício do direito de propriedade, impostas pelo princípio da função social, está a utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, pela primeira vez explicitados no texto constitucional.

No mister de dar efetividade a essa preservação, deve o Poder Público instituir espaços a serem especialmente protegidos por razões ambientais nos imóveis rurais, entre os quais ressaltam as áreas de preservação permanente – agora conheci-

das por reservas ou estações ecológicas – e as áreas de reserva florestal legal; estas últimas atualmente ameaçadas em face de medida provisória que altera o seu regramento jurídico no Código Florestal (MP nº 1.956/2000). De qualquer forma, por sua generalidade, nem a reserva legal nem as áreas de preservação permanente ensejam desapropriação quando instituídas em propriedades rurais.

Outras áreas ambientais podem ensejar desapropriação, quando de sua instituição, além da possibilidade de desapropriação por interesse social por descumprimento do requisito ambiental da função social da propriedade (entendimento ainda não pacífico). Em qualquer dos casos, porém, a avaliação da cobertura florestal deve ser realizada com muita cautela, para que não se torne fonte de enriquecimento ilícito, inclusive com a aplicação da norma do artigo 12 da Lei nº 8.629/93, em sua nova redação, recentemente introduzida por medida provisória.

Por essas razões, esperamos ter demonstrado a importância dos espaços especialmente protegidos por razões ambientais e a sua ligação com a função social da propriedade, padecendo ânsias de que a malsinada Medida Provisória nº 1.956/2000 seja declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e que a Administração Pública torne efetiva a sua atividade fiscalizatória, decorrente do poder (dever) de polícia ambiental, a fim de que possamos, nós e as futuras gerações, ter realmente direito a um meio ambiente equilibrado, direito humano fundamental.

Notas

¹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo : Max Limonad, 1997. p. 267-268.

² De semelhante teor, a previsão da Declaração do Rio de Janeiro, oriunda da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, diz que “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades das gerações presentes e

futuras”. *Apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 93.

³ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*, op. cit., p. 232-233.

⁴ Para uma visão geral sobre algumas dessas constituições socialistas, que garantiam as propriedades individuais sobre os bens de consumo, mas não a propriedade dos bens de produção, ver: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 249-251.

⁵ Apesar de, visivelmente, ter influenciado as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), marcos legislativos da noção de função social da propriedade.

⁶ Tomamos as expressões como sinônimas, fazendo-o apenas para facilitar as finalidades didático-expositivas do trabalho. Para uma síntese da polêmica entre o significado das expressões e sua polissemia, ver PIANCOLA, Cesare. Socialismo. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de política*. 11. ed. Tradução por Carmen Varriale *et alli*. Brasília : Ed. UnB, 1998. p. 1196-1197.

⁷ Ver MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 112-119.

⁸ MARCIAL, A. Ballarin. Função social da terra: evolução do princípio jurídico do direito de propriedade rural. *Revista de Direito Agrário*. Ano 10, n. 12, 2. semestre de 1994, p. 27.

⁹ Nesse sentido, MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. Cit., p. 119. Chega o autor a dizer que, diante dessa realidade, a concepção de direito subjetivo é imprestável, sugerindo que o direito de propriedade seja entendido como uma “situação jurídica subjetiva” do proprietário em relação ao ordenamento jurídico, que estabelece os delineamentos do direito de propriedade. Entendemos, *data venia*, que qualquer que seja o nome atribuído, a idéia é a mesma, qual seja, o direito de propriedade não tem hoje o mesmo conteúdo que tinha em épocas passadas, especialmente à época em que vigorava, com toda a sua força, o conceito do art. 524 do Código Civil.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Cit., p. 248-258, especialmente p. 256.

¹¹ VAZ, Isabel. *Direito Econômico das propriedades*. Rio de Janeiro : Forense, 1992, p. 332.

¹² VAZ, Isabel. Op. loc. citis.

¹³ Citado por MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. Op. cit., p. 125 e 128-138.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 274.

¹⁵ Os termos e idéias são análogos aos de BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a

hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista da ESMape*. V. 2, n. 5, p. 33-67, especialmente p. 46-49.

¹⁶ CF/88, art. 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (I) aproveitamento racional e adequado; (II) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (III) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; (IV) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

¹⁷ MAGALHÃES, Maria Luísa Faro. Função social da propriedade e meio ambiente: princípios reciclados. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993. p. 150.

¹⁸ “Art. 9º (...), § 2º - Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade; § 3º - Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.”

¹⁹ Lei nº 8.629/93, art. 10, IV.

²⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTR, 1999. p. 116.

²¹ “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) III - definir, em todas as Unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.”

²² “Art. 1º. As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.”

²³ BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Cit.*, p. 58.

²⁴ Cf. interpretação *a contrariu sensu* do art. 16 do Código Florestal, que diz: “As florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos artigos 2º e 3º desta Lei, são suscetíveis de exploração, obedecendo as seguintes restrições: (...)”.

²⁵ “O art. 2º do Código Florestal, em seu *caput*, diz: ‘Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas...’ Enumera oito alíneas, sendo que a primeira alínea comporta três itens. Poderíamos agrupar as alíneas *a, b, c*, como visando à proteção das águas e as alíneas *d, e, f, g, h*, como objetivando a proteção do solo.” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 419).

²⁶ Diz o art. 3º da Lei 4.771/65 (Código Florestal): “Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas: a) a atenuar a erosão das terras; b) a fixar as dunas; c) a formar as faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias; d) a auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares; e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico; f) a asilar exemplares de fauna ou flora ameaçados de extinção; g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas; h) a assegurar condições de bem-estar público”.

²⁷ Nesse sentido é a opinião de MUKAI, Toshio. *Estudos e pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 15-16.

²⁸ Cf. o entendimento de MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. *Cit.*, p. 420.

²⁹ Esse assunto será melhor desenvolvido no item 3.4, abaixo.

³⁰ Nesse sentido ver: PACCAGNELLA, Luis Henrique. Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. *Revista de Direito Ambiental*. Ano 2, n. 8, outubro-dezembro de 1997. p. 10.

³¹ Cf. a nova redação do art. 44 dada pela Medida Provisória nº 1.956-47, de 2 de março de 2000.

³² “Diversidade biológica, ou biodiversidade, refere-se à variedade de vida no planeta terra, incluindo: a variedade genética dentro das populações e espécies; a variedade de espécies da flora, da fauna e de microorganismos; a variedade de funções ecológicas desempenhadas pelos organismos nos ecossistemas; e a variedade de comunidades, *habitats* e ecossistemas formados pelos organismos.” (Base de Dados Tropical. <http://www.bdt.org.br>, citado por: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. *Cit.*, p. 209).

³³ Cf. entendimento do STJ no Resp. nº 58.937-SP, *verbis*: “ADMINISTRATIVO. CÓDIGO FLORESTAL. RESERVA LEGAL. AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. A averbação, no Registro de Imóveis, da reserva legal só é exigível após a publicação da Lei nº 7.803, de 1989, que acrescentou parágrafos ao artigo 16 da Lei nº 4.771, de 1965, um dos quais prevendo expressamente essa obrigação. Recurso especial não conhecido.” (*DJU* de 06-10-1997).

³⁴ SANTOS, Antonio Silveira Ribeiro dos. Reserva legal: importância e proteção jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. Ano 2, n. 8, outubro-dezembro de 1997. p. 137.

³⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *O direito ambiental e a proteção das florestas no século XXI*, <http://www.merconet.com.br/direito/florestas.html>, em 15/11/1999.

³⁶ Dessa mesma opinião, MACHADO, Paulo Affonso Leme. O direito ambiental e a proteção das florestas no século XXI. Op. cit.

³⁷ “As florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos arts. 2º e 3º desta Lei, são suscetíveis de exploração, obedecidas as seguintes restrições: (...)”

³⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *direito ambiental brasileiro*. Op. cit., p. 435.

³⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. Op. cit., p. 128. Da mesma opinião, BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. Op. cit., p. 60.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 252.

⁴¹ “As florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos artigos 2º e 3º desta Lei, são suscetíveis de exploração, obedecidas as seguintes restrições: (...)”

⁴² Assim dizia a Lei 8.171/91: “A partir do ano seguinte ao de promulgação desta Lei, obriga-se o proprietário rural, quando for o caso, a recompor em sua propriedade a Reserva Florestal Legal, prevista na Lei 4.771/65, com a nova redação dada pela Lei 7.803/89, mediante o plantio, em cada ano, de pelo menos um trinta avos da área total para complementar referida Reserva Florestal Legal (RFL).”

⁴³ Art. 3º da Medida Provisória nº 1.885-42, de 22 de outubro de 1999.

⁴⁴ Definição do art. 1º, § 2º, do Decreto nº 1.282/94, com a redação dada pelo Decreto nº 2.788/98.

⁴⁵ *Apud* MARQUES, José Roque Nunes. *Direito ambiental: análise da exploração madeireira na Amazônia*. Cit., p. 166.

⁴⁶ Vide item 1.3., acima.

⁴⁷ PACCAGNELLA, Luis Henrique. Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. Op. cit., p. 15.

⁴⁸ Da opinião que os espaços especialmente protegidos são limitações administrativas ao direito de propriedade, só a título de exemplo: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 567-575; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. Cit., p. 424 e 435.

⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente, cit., p. 47-48.

⁵⁰ O antecedente da norma (hipótese) é: (a) ser proprietário de um imóvel rural com áreas em tais situações – hipótese que gerará o conseqüente ‘proteger tais áreas, sendo vedado qualquer tipo de exploração’ – Cód. Florestal, art. 2º; e (b) ser proprietário de imóvel rural – hipótese que gerará o conseqüente ‘proteger tais áreas, sendo vedado o corte raso (Cód. Florestal, arts. 16 e 44).

⁵¹ Ou, como são denominadas hoje em dia as APPs nos imóveis particulares, “reservas ecológicas”, cf. a Lei nº 6.938/81.

⁵² STF, RE nº 140.224-SP, RTJ nº 147, p. 990.

⁵³ Ver, p. ex., MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 567-575.

⁵⁴ Vide, a esse respeito, os seguintes artigos: CUSTÓDIO, Helita Barreira. Indenização ou compensação financeira por limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade revestida de vegetação de preservação permanente: impossibilidade jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. Ano 3, n. 12, outubro-dezembro de 1998, p. 7-25; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. As ações de desapropriação indireta propostas em face da criação do Parque Estadual da Serra do Mar pelo Decreto Estadual n. 10.251, de 30-8-77. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino - Divisão Jurídica*. N. 19, agosto-novembro de 1997, p. 211-227; e BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. Cit., p. 33-67.

⁵⁵ STF, RE nº 134.297-SP, <http://www.stf.gov.br>, em 17-11-1999.

⁵⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. Op. cit., p. 56.

⁵⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. Cit., p. 425.

⁵⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. Cit., p. 62.

⁵⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro : Renovar, 1990. p. 83.

⁶⁰ Entendendo, entre outras conclusões, que os acessórios naturais do solo não são passíveis de indenização, ver: CUSTÓDIO, Helita Barreira. Indenização ou compensação financeira por limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade revestida de vegetação de preservação permanente: impossibilidade jurídica. Cit., p. 20-21.

⁶¹ Dessa mesma opinião, ver SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Indenização de reservas naturais pela CF. *Tribuna do Direito*. N. 76, agosto de 1999, p. 38.

⁶² Apelação Cível nº 182.677-2. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. N. 136, maio-junho de 1992, p. 102.

⁶³ SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Indenização de reservas naturais pela CF. Cit.

⁶⁴ SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Op. loc. citis.

⁶⁵ Nesse sentido, ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999. p. 259.

⁶⁶ SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da, XAVIER, Flávio Sant'Ánna (orgs.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 21.

⁶⁷ Dessa opinião, entre outros: PAULSEN, Leandro. O direito de propriedade e os limites à desapropriação. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da, XAVIER, Flávio Sant'Ánna (orgs.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 138; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996. Este autor é enfático em seu posicionamento de que “é forçoso concluir que poderá haver propriedade descumpridora de sua função social, mas livre desta modalidade expropriatória, por ser produtiva (...)” (os grifos são do original).

⁶⁸ Seguem esse entendimento SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. cit., p. 21-22; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *A função ambiental da propriedade rural*. Cit., p. 196-200; e VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária*. São Paulo : LED, 1997. p. 251.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p. 751-752.

Bibliografia

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro : Renovar, 1990.

_____. *Direito ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista da ESMAPÉ*. [S.l. : s.n.], v. 2, n. 5, s./d. p. 33-67.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo : LTR, 1999.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. As ações de desapropriação indireta propostas em face da criação do Parque Estadual da Serra do Mar pelo Decreto Estadual nº 10.251, de 30-8-77. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino - Divisão Jurídica*. [S.l. : s.n.], n. 19, agosto-novembro de 1997. p. 211-227.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Indenização ou compensação financeira por limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade revestida de vegetação de preservação permanente: impossibilidade jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. [S.l. : s.n.], ano 3, n. 12, outubro-dezembro de 1998. p. 7-25.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo : Max Limonad, 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *O Direito ambiental e a proteção das florestas no século XXI*. <http://www.merconet.com.br/direito/florestas.html>, em 15-11-1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1992.

MAGALHÃES, Maria Luísa Faro. Função social da propriedade e meio ambiente: princípios reciclados. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo : RT, 1993. p. 147-151.

MARCIAL, A. Ballarin. Função social da terra: evolução do princípio jurídico do direito de propriedade rural. *Revista de Direito Agrário*. [S.l. : s.n.], ano 10, n. 12, 2. semestre de 1994. p. 26-34.

MARQUES, José Roque Nunes. *Direito ambiental: análise da exploração madeireira na Amazônia*. São Paulo : LTR, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo : Malheiros, 1999.

MUKAI, Toshio. *Estudos e pareceres de direito administrativo*. São Paulo : Atlas, 1997.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. Função socioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal. *Revista de direito ambiental*. [S.l. : s.n.], ano 2, n. 8, outubro-dezembro de 1997. p. 5-19.

PAULSEN, Leandro. O direito de propriedade e os limites à desapropriação. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da, XAVIER, Flávio Sant'Ánna (orgs.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 130-149.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. Indenização de reservas naturais pela CF. *Tribuna do Direito*. [S.l. : s.n.], n. 76, agosto de 1999. p. 38.

_____. Reserva legal: importância e proteção jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. [S.l. : s.n.], ano 2, n. 8, outubro-dezembro de 1997. p. 136-138.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.
- SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da, XAVIER, Flávio Sant'Ánna (orgs.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 11-25.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária*. São Paulo : LED, 1997.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

Aristófanis e As Vespas: o desencanto com o Direito na Literatura Ática

Arnaldo Moraes Godoy

O mundo ático sedimenta as origens do ocidente. Política, Filosofia, Medicina, Direito, Teatro, Literatura, Química, Matemática, História, Física, sempre há um referencial helênico: Platão, Xenofonte, Hipócrates, Aristófanis, Hesíodo, Demócrito, Tales, Heródoto, Arquimedes, Aristóteles.

Oliver Taplin, entusiasta da cultura grega, anotou:

“Os gregos formularam e exploraram muitas das questões que ainda hoje tornam o terreno instável debaixo de nossos pés. Por que ser bom? Qual a melhor organização da sociedade? Serão as relações internacionais essencialmente egoístas? Devem os médicos preservar sempre a vida? Qual a origem do mundo? Será o universo feito de uma substância de base? Será que os ganhos da vitória compensam sempre as perdas? Serão os interesses dos homens e das mulheres inevitavelmente conflituosos? Como podemos encarar a aparente injustiça e o desequilíbrio da vida?”¹

A essas tantas questões podemos acrescentar que foram também os gregos quem indagaram acerca dos contornos da Justiça (e nesse sentido o Livro V da *Ética a Nicômaco*, do Estagirita, é muito expressivo) e do funcionamento dos tribunais. Inerente a qualquer abordagem sobre o

Arnaldo Moraes Godoy é Procurador da Fazenda Nacional, especialista em Filosofia no Brasil: aspectos éticos e políticos pela UEL-Londrina e mestrando em Filosofia do Direito pela PUC-São Paulo.

mundo ático encontra-se o estudo do poder², da ocupação profissional das pessoas³, do modelo jurídico⁴, das sanções⁵, do monopólio da violência⁶, dos julgamentos⁷, do aparecimento da lei escrita⁸, da posição jurídica da mulher⁹, das relações jurídicas decorrentes da questão do crédito¹⁰, dos magistrados¹¹.

A produção literária grega não deixou de manifestar-se sobre os efeitos das questões atinentes ao Direito na vida das pessoas. Há resíduos dessa preocupação na epopéia (Homero, Hesíodo), na lírica (Safo), na filosofia (Platão, Aristóteles), na tragédia (Ésquilo, Sófocles), na comédia (Aristófanes), na historiografia (Heródoto, Tucídides, Xenofonte, Políbio, Plutarco), na oratória (Lísias, Isócrates, Demóstenes). Em cada um desses gêneros literários, os gregos imprimiram a marca de sua originalidade. Nos dizeres de Donald Schüler, historiador da Literatura Grega:

“A literatura grega repete, com variações, a tentativa de recuperar o mundo que, ao recuar, faz-se mistério. A epopéia explora as origens do universo e do homem, procurando compreender a ação sobre o mundo, projeto que é desenvolvido pelos historiadores. Enquanto os autores épicos se voltam ao que se passa em torno deles, os líricos devassam a subjetividade. Insatisfeitos com as respostas fornecidas pela tradição, os filósofos abrem trilhas em que se locomove a razão. A insegurança do homem diante de um mundo ameaçador aparece na tragédia. A necessidade de atuar na vida social e política desenvolveu a oratória”.¹²

Podemos acrescentar que a comédia castiga e satiriza as instituições. É o *Ridendo dicere verum*, o rindo dizer a verdade, de que Horácio nos dá conta, *Sátiras, 1,1, 245*¹³. Aristófanes, o mais famoso comediógrafo da antiguidade grega, deixou-nos *As Vespas*, peça escrita por volta de 422 a.C. A comédia é uma sátira ao sistema ateniense de tribunais do júri. Revela uma mordaci-

dade e um desencanto para com a vida judiciária. Porém, antes de sua análise, vejamos algo da justiça ateniense, paradigma no mundo ático.

O Direito Grego é menoscabado em face de outros direitos antigos, especialmente do Direito Romano, esse último muito importante na formação do jurista¹⁴. Não nos esqueçamos, porém, a advertência de Luiz Fernando Coelho, para quem:

“A civilização grega é o ponto de partida para o estudo e compreensão da cultura ocidental”.¹⁵

Os gregos publicizaram a administração da Justiça, vencendo uma primitiva fase de justiça familiar, como indicado nos estudos de Fustel de Coulanges¹⁶, de A. Jardé¹⁷, de Gernet¹⁸ e de Gustave Glotz¹⁹. Réu e acusador se reuniam em local determinado, levando parentes e amigos, que atestariam as boas intenções da parte. A solidariedade jurídica elevaria o número de votos, garantindo a vitória de um dos litigantes. Na época clássica, teriam nascido os tribunais, como centro de encontro para desempate das solidariedades religiosas e familiares sob a tutela do Estado, o que, na lição de Mário Curtis Giodani²⁰, indica o espírito democrático que animara a organização das instituições atenienses, como preocupação de se assegurar harmonicamente a soberania e os direitos do indivíduo.

Entre os tribunais, havia o Areópago, o mais antigo, que, de acordo com a lenda, fora instituído pela deusa Atena por ocasião do julgamento de Orestes. Esse último, irmão de Ifigênia, filho de Agamêmnon e de Clitmnestra, vingou o pai, assassinando a mãe, que tinha traído Agamêmnon, entregando-se a Egisto. Para Plutarco, o Areópago fora criado por Sólon²¹. Também havia o Tribunal dos Éfetas, criado por Drácon, dividido em câmaras especiais.

Para os fins do presente estudo, o mais importante era o Tribunal dos Heliastas, um dos principais elementos da vida ateniense, que fora criticado na comédia de

Aristófanes. Anualmente, sorteavam-se seis mil jurados (*dikastaí, heliastaí*) entre os cidadãos inscritos, maiores de trinta anos. Os sorteados eram designados juízes heliastas e nessa qualidade prestavam juramento (*hórkos heliastikós*). Eram divididos em dez seções (*dikastéria*) de quinhentos membros: os restantes mil jurados eram suplentes. O Tribunal dos Heliastas tinha competência para acompanhar e julgar as causas em geral, de âmbito público e privado, e muitos de seus membros eram pessoas de idade, de pequena e média condição, que eram pagos para o desempenho da função. Como o juiz recebia três óbulos por dia para participar das sessões do tribunal, a judicatura transformou-se no principal meio de vida para muitos cidadãos atenienses. É aí que se centra a comédia que vamos comentar, e que identifica o desencanto literário para com o modelo judiciário ateniense.

Aristófanes fez estreitar *As Vespas* em 422 a.C. Mário da Gama Kury, que traduziu a comédia do grego para o português, resume o enredo:

“Filoclêon (que significa amigo de Clêon, orador, general, político controvertido, demagogo corrupto) é fanático pelas sessões do tribunal. Seu filho Bdeliclêon (inimigo de Clêon) tenta curá-lo de sua mania judicatória e, como último recurso, segrega-o em sua própria casa. Os componentes do coro (velhos jurados como Filoclêon) chegam em frente à sua casa, fantasiados de vespas, antes do amanhecer para levá-lo com eles ao Tribunal, e o ajudam como podem em sua tentativa de escapar da prisão domiciliar a que o filho o sujeita. Há uma escaramuça entre os jurados e os escravos de Bdeliclêon, seguindo-se uma discussão entre Filoclêon e Bdeliclêon quanto aos méritos e defeitos da instituição do júri, na qual Filoclêon a defende alegando os benefícios que obtém pessoalmente graças ao sistema. Rebatendo,

Bdeliclêon demonstra que na realidade os jurados são meros instrumentos dos governantes, que desviam em benefício próprio o grosso da arrecadação destinada a alimentar o povo necessitado. O coro se deixa convencer e persuade Filoclêon a julgar somente os casos ocorrentes em seu próprio lar, começando pelo de Labes, o cão de guarda da casa, que furtou um queijo na despensa. Graças a um ardil do filho, Filoclêon é induzido sem perceber a absolver o criminoso, o primeiro réu que ele deixava em liberdade em toda sua longa vida de jurado. Bdeliclêon então resolve reeducar o pai para a vida social, e melhorar suas roupas e maneiras, passando a levá-lo a jantares. Os resultados são desastrosos, pois Filoclêon embriaga-se, insultando os demais convidados, pondo-se afinal à frente dos componentes do coro para dançar indecentemente”.²²

O debate entre pai e filho centra-se na oposição das idéias em relação ao tribunal. Para o pai, o tribunal é bom porque lhe traz vantagens pessoais. Para o filho, o tribunal é ruim porque os jurados são meros instrumentos dos governantes. De qualquer forma, tomando-se uma ou outra opinião, a conclusão é a mesma: o desencanto.

A comédia começa com um diálogo entre Sosias e Xantias, escravos de Filoclêon. Incumbidos de guardar o velho, não deixando com que ele vá para o Tribunal, os dois personagens explicam aos espectadores a doença que ataca Filoclêon.

Diz Xantias:

“Se vocês estão curiosos por saber, façam silêncio: vou dizer qual é mesmo a doença de meu senhor: é a paixão pelos tribunais. A paixão dele é julgar; ele fica desesperado se não consegue ocupar o primeiro banco dos juízes. A noite ele não goza um instante de sono. Se por acaso fecha os olhos, o próprio espírito fica

olhando para a clepsidra. A paixão dele pelo voto no tribunal é tão grande que faz ele acordar apertando três de seus dedos, como se oferecesse incenso aos deuses, em dia de lua nova. (...) Logo depois do jantar ele pedia as sandálias, corria para o tribunal em plena noite e adormecia lá, colado a uma coluna como uma ostra à concha. (...) Com receio de não ter a pedrinha para o voto, ele tinha no jardim de sua casa um canteiro de pedrinhas, que renovava sem parar. Esta era a sua loucura.”²³

O texto traz um personagem de comportamento patológico. Sua obsessão com o tribunal, com o poder de julgar, subsume algo não revelado. Sutilmente, Aristófanes nos questiona acerca dos motivos determinantes que levam o julgador à corte. Na visão do teatrólogo grego, certamente não é o amor à justiça...

Mais a frente, Filoclêon exige que possa sair. Diz:

“Que é que vocês estão querendo fazer? Vocês não vão mesmo me deixar julgar? Dracontidas vai ser absolvido!”²⁴

Fica claro que, mesmo sem ouvir as partes, Filoclêon já pensara em condenar o réu. Filoclêon tinha ganas de condenar, sempre. E diz logo em seguida:

“O deus de Delfos me respondeu um dia que eu morreria no momento em que um acusado escapasse de minhas mãos.”²⁵

Aristófanes nos indica que seu personagem julgador nada julgava. Ele apenas condenava. E as condenações sugerem um certo prazer, sem o qual Filoclêon não poderia viver. Discutindo com o filho, que queria prendê-lo em casa, mais uma vez Filoclêon manifesta seus desvios patológicos:

“Sou mesmo um infeliz! Se eu pudesse matar você! ... Mas, com quê? Depressa! Uma espada ou uma sentença condenatória!”²⁶

O conceito que Filoclêon fazia da justiça é diverso do externado pelos filósofos clássicos, exceto pelos cínicos, embora a visão do personagem de Aristófanes seja ainda mais pessimista. Se para um pensamento mais rebelde a justiça poderia ser a lei do mais forte, para Filoclêon a justiça era palco para seu prazer ou para suas arengas pessoais. Quanto a esse último aspecto, Filoclêon desafia seu filho:

“Se vocês não me deixarem em paz, vamos brigar na justiça.”²⁷

O filho responde ao pai, e a resposta denota pouquíssimo respeito:

“Você é um trambiqueiro sem-vergonha e atrevido, mas pouco inteligente.”²⁸

Porém, centrando seus valores no critério dinheiro, responde Filoclêon:

“Trambiqueiro, eu? De jeito nenhum! Você não me dá agora o valor que eu tenho; só vai dar quando provar o gosto delicioso da herança de um velho juiz.”²⁹

Todos os outros juízes, travestidos de vespas (que têm embaixo da barriga um ferrão penetrante e picam todo mundo com ele) vão até a casa de Filoclêon, para convocá-lo para mais uma sessão do tribunal. Com a chegada das vespas, em passagem muito substancial, diz o escravo guardião da casa:

“Não se preocupe; com apenas algumas pedras vou obrigar todo esse enxame de juízes a debandar.”³⁰

Comparar juízes a um enxame de vespas é atitude que indica destemor e até certo atrevimento por parte de Aristófanes, que continua a comédia, com o coro dos juízes-vespas, que se incitam para o julgamento. Dizem as vespas:

“Hoje é o julgamento de Laques.

Todos dizem que seu cofre ficou recheado de dinheiro. É por isso que ontem Clêon, nosso sustentáculo, nos disse para irmos cedo, com raiva para três dias, para punir um malandro pela roubalheira dele.”³¹

A “raiva de três dias” e a predisposição para condenar são evidentes. Essa evidência é potencializada quando os juízes-vaspas, falando em direção à casa, dirigem-se para Filoclêon:

“Vamos, caro amigo! Levante-se! Não se deixe devorar assim pelo ressentimento! Hoje temos que julgar um desses ricaços que entregaram a Trácia. Vamos mandá-lo ao suplício!”³²

Filoclêon tenta explicar por que não consegue sair de casa:

“Meus amigos! Estou secando de impaciência depois de ouvir vocês dessa janela, mas não posso ir cantar com vocês. Que é que vou fazer? A minha gente toma conta de mim porque estou pegando fogo para ir com vocês, juntar nossas urnas e pronunciar alguma sentença condenatória.”³³

Que diferença, por exemplo, entre Filoclêon (que só pensava em condenar) e a prosaica figura do chamado bom juiz Magnaud, capitão da jurisprudência sentimental, julgador de primeira instância na França, no início do século XX, que nas palavras de Carlos Maximiliano:

“Imbuído de idéias humanitárias avançadas, o magistrado francês redigiu sentenças em estilo escorreito, lapidar, porém afastadas dos moldes comuns. Mostrava-se clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo para com os opulentos e poderosos. (...) Na esfera criminal e correccional, e em parte na civil, sobressaiu o bom juiz, com exculpar os pequenos furtos, amparar a mulher e os menores, profligar erros administrativos, atacar privilégios, proteger o plebeu contra o potentado.”³⁴

Filoclêon é a antítese do bom juiz Magnaud, e ambos se afastam de um modelo imaginário e desejável de juiz.

Voltando ao texto de Aristófanes, Filoclêon quer fugir, quer ir para o tribunal:

“Que meio? Procurem! Faça qualquer negócio, tão grande é o meu

desejo de percorrer os bancos do tribunal para dar meu voto.”³⁵

Os juízes continuam tentando ajudá-lo e Filoclêon, em desespero, faz importante observação acerca de seu destino:

“Está bem, assim seja! Estou nas mãos de vocês. Se me acontecer alguma desgraça, lembrem-se de me enterrar por baixo do tribunal depois de me terem banhado com suas lágrimas.”³⁶

Externando seu lado corrupto, Filoclêon pede ajuda de réus que deverá julgar. Assim:

“Vocês, Smicítion, Tisiades, Crêmon, Feredipno, todos que têm processos durante este ano, não vêm me socorrer? Quando, afinal, vocês me ajudarão, se não for agora, antes de eu ser trancado outra vez?”³⁷

As vespas-juízes, já no tribunal, mandam meninos tentar convencer Bdeliclêon a libertar o pai, mandam também recados para Filoclêon:

“Digam a ele para vir combater um inimigo do governo, merecedor sem dúvida alguma da morte, pois ele se atreve a pretender que não deve haver processos nem julgamentos!”³⁸

Aristófanes traz personagens que identificam um total descrédito do comediógrafo para com as coisas, fatos e temas da justiça, traduzindo desencanto entre Literatura e Direito. Aristófanes nos dá conta de juízes vingativos. Por exemplo, assim se dirigem aos escravos que prendiam Filoclêon:

“Vocês não tardarão a receber o castigo merecido; os três vão aprender a conhecer os homens de caráter rancoroso, justo e sereno.”³⁹

Os juízes ameaçam o filho de Filoclêon:

“Muito bem; você ainda não está no jardim e nem saiu da rua, como diz o provérbio. O que você sofre hoje não é nada; você vai ver quando o promotor denunciar os seus crimes e intimar os seus cúmplices na conspiração.”⁴⁰

Interessante a tradução, no uso da expressão “promotor”. Em Atenas, não havia Ministério Público⁴¹. Qualquer um poderia denunciar (*eisangelía*). Daí a proliferação de acusadores e denunciadores, os *sicofantas*. Esses objetivavam os cidadãos ricos e a fúria acusadora só era refreada pelo temor das multas, decorrentes das denúncias infundadas. Aristóteles via nos *sicofantas* bajuladores danosos e vis⁴².

Filoclêon insiste com o filho. Quer continuar julgando:

“Você bem merece; por mim, prefiro a vida que você quer que eu abandone, em vez da maior prosperidade. Um processinho recheado é um prato que me agradaria muito mais.”⁴³

O filho tenta chamar o pai para a realidade. E a rudeza de Aristófanes é impressionante. Diz Bdeliclêon:

“Você não percebe que é um brinquedo desses homens que você reverencia como se estivesse num culto? Você é um escravo e não percebe.”⁴⁴

Filoclêon insiste, ainda com mais veemência:

“Que criatura é mais feliz, mais afortunada do que um juiz? Que vida é mais gostosa do que a dele? Que animal é mais temível, principalmente na velhice?”⁴⁵

Filoclêon está seguro do seu múnus. Diz:

“E este salário me serve de proteção contra todos os males, e de armadura contra todos os projéteis; (...) Isto não é uma verdadeira soberania, igual à de Zeus? Falamos de nós como do próprio Zeus. Se fazemos barulho em nosso tribunal, todos os parentes gritam: ‘Ah! Zeus! Que tempestade desaba sobre o tribunal!’”⁴⁶

Bdeliclêon afirma que o pai é, na verdade, um servo do Estado, que ganha pouco, mas que tem a impressão de ter muito poder. Para Bdeliclêon, o pai não tem

poder nenhum; apenas vive dos restos, das sobras dos advogados nas negociatas:

“Então ouça: você poderia ser tão rico quanto todos os outros colegas seus; mas esses eternos aduladores do povo lhe tiram os meios. Você reina sobre uma porção de cidades, desde o Mar Negro até a Sardenha, e sua única satisfação é esse salário miserável; e eles ainda lhe pagam avarentamente e gota a gota, como o óleo na mecha de um lampião; na realidade eles querem que você seja pobre, e vou lhe dizer a razão disto: é porque você conhece a mão que te alimenta, e ao menor sinal você se lança sobre o inimigo que ela escolhe para ser atacado por você.”⁴⁷

Finalmente, filho e pai chegam a um acordo. Bdeliclêon deixará o pai em casa, julgando os escravos. Diz:

“Está bem! Está bem! Se você gosta tanto de ser juiz, não é necessário sair de casa para isto; fique aqui e julgue seus escravos.”⁴⁸

E continua:

“Você vai fazer tudo como no tribunal. Se sua escrava abrir a porta da despensa sem você ver, você aplicará a ela uma simples multa, como você faria no tribunal. Tudo se passará na ordem conveniente; se o sol estiver de fora desde cedo, você julgará em pleno sol; se estiver chovendo ou nevando, você instruirá o processo em frente à sua lareira; se por acaso você se levantar ao meio-dia, não precisa ter receios de ser excluído pelo juiz-presidente.”⁴⁹

Também, os poderes de Filoclêon seriam aumentados:

“Além disto, se o advogado estiver falando demais e você sentir fome, você não terá de sofrer por isto; vingue-se do advogado.”⁵⁰

O advogado era uma figura interessante no mundo ático. Os litigantes usavam a palavra e aqueles que não confiavam em

seus talentos oratórios valiam-se da redação de profissionais (*logógrafos*) que preparavam os discursos. Os *logógrafos* recebiam por suas peças. Havia também o socorro da redação de amigos (*synégoros*). Réu e autor podiam pedir ao tribunal que os ajudassem na escolha de amigos com mais facilidade de expressão. A autorização era raramente recusada, exigindo-se apenas, no caso do advogado amigo, que ele não cobrasse pelos serviços.

É o caso da famosa defesa feita por Demóstenes, em prol de Ctesifonte, que propusera ao conselho uma moção em favor de uma coroa de ouro para Demóstenes. Ctesifonte foi processado por Ésquines, e Demóstenes teve de defendê-lo. A defesa de Demóstenes torna-se sua própria defesa⁵¹. A defesa pessoal era comum na época e o exemplo de Sócrates é recorrente, segundo Platão⁵², além dos comentários de Stone⁵³, de Mossé⁵⁴ e de René Kraus⁵⁵. Frise-se, pois, que o advogado surge do trabalho do *logógrafo*.

Voltando ao texto, Filoclêon está preocupado com seus rendimentos:

“Você me leva a tomar uma decisão, mas ainda não disse quem vai me pagar o meu salário de juiz.”⁵⁶

Filoclêon julgará um cachorro acusado de roubar pedaço de queijo. O cachorro foi absolvido... É que Filoclêon estava indisposto, nem ele mesmo acreditava na absolvição, dizendo:

“Me diga: ele foi mesmo absolvido?”⁵⁷

Ele não aceitou o que fez. Perguntava:

“Como vou suportar a idéia de ter absolvido um acusado? Que será de mim? Deuses veneráveis! Me perdoem! Fiz isso tudo sem querer; este não é o meu hábito”.⁵⁸

Com o tempo, Filoclêon perdeu o gosto pelo tribunal. Embriagado, insultou um juiz num banquete. A resposta veio em forma de bravata. Disse o convidado:

“Você pode ter certeza de que amanhã pagará por tudo isso que está

fazendo, abusando desta falta de vergonha de mocinho pretensioso. Viremos todos nós, os juízes, intimar você a comparecer no tribunal!”⁵⁹

A resposta de Filoclêon demonstrava um novo homem:

“Essa não! Me intimar! Isto é velhacaria! Vocês sabem que já não posso nem ouvir a palavra ‘processo’? Não! Não! Agora tenho outros passatempos; joguem fora as urnas! Afinal, vocês irão embora? Onde está o juiz? Que ele vá se enforcar!”⁶⁰

Aristófanes satirizou os tribunais do júri em Atenas, imaginando a figura de um velho que fazia as vezes de juiz e que, trancado por seu filho, foi chamado a participar do tribunal pelos outros juízes, simbolicamente equiparados às vespas. As falas indicam uma visão cética e irreverente para com o mundo do Direito. Aristófanes se propunha a divertir, e o final de suas comédias era sempre inusitado⁶¹.

Ao imaginar um juiz irresponsável, Aristófanes se adiantava quase dezesseis séculos em um problema colocado por Mauro Cappelletti, que anotou:

“A exigência de limites à responsabilidade judicial só pode ser esclarecida à luz do valor ou valores que tais limites pretendam proteger”.⁶²

Seria muito exigirmos criatividade de Filoclêon. Foi o mesmo Cappelletti quem observou:

“Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno de nosso século.”⁶³

Ao invectivar um julgador corrupto, uma justiça de chicanas, Aristófanes adiantou-se na imagem de Piero Calamandrei, para quem:

“Aquele que entra num tribunal trazendo na sua pasta — em vez de boas e honradas razões — mani-

gâncias secretas, solicitações ocultas, suspeitas sobre a corruptibilidade dos juízes e esperanças na sua parcialidade, não se admire, ao aperceber-se de que em vez do templo seguro da Justiça, se acha numa alucinante barraca de feira.”⁶⁴

A perspectiva de Aristófanes, que se projeta nas civilizações mais recentes (e na nossa própria), sintetiza aquela herança helênica, que nos dá conta A. J. Toynbee⁶⁵, cujo sentido cosmopolita também foi apreendido por outros historiadores da cultura, como M. Rostovtzeff⁶⁶, Antonio Freire⁶⁷, André Bonnard ⁶⁸ e A. R. Burn⁶⁹. Nesse sentido, a comédia de Aristófanes ganha foros de universalidade ao traduzir um sentimento comum, de desconfiança, para com certos aspectos da vida dos tribunais.

Notas

¹ TAPLIN, Oliver. *Fogo grego*. p. 3 – 4.

² LIMA FILHO, Acacio Vaz de. *O poder na Antigüidade*: aspectos históricos e jurídicos.

³ CROISSET, Maurice. *La civilisation de la Grèce Antique*. p. 225 e ss.

⁴ MAC DOWELL, Douglas M. *The Law in Classical Athens*, p. 41 e ss.

⁵ HALL, Margaretha Debrunner. Even dogs have erinyes: sanctions in athenian practice and thinking, In: *Greek Law in its political setting*. p. 73 e ss.

⁶ COHEN, David. *Law, violence and community in Classical Athens*. p. 119 e ss.

⁷ CAREY, Christopher. *Trials from Classical Athens*. p. 102 e ss.

⁸ GAGARIN, Michael. *Early Greek Law*. p. 51 e ss.

⁹ SEALEY, Raphael. *Women and Law in Classical Greece*. p. 12 e ss.

¹⁰ MILLETT, Paul. *Lending and borrowing in Ancient Athens*. p. 24 e ss.

¹¹ MOSSÉ, Claude. *Les institutions grecques*. p. 113 e ss.

¹² SCHÜLER, Donaldo. *Literatura grega*. p. 8.

¹³ TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças gregas e latinas*. p. 142.

¹⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. p. 31.

¹⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Introdução histórica à Filosofia do Direito*. p. 1.

¹⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*.

¹⁷ JARDÉ, A. *La Grèce Antique et la vie grecque*. p. 199 e ss.

¹⁸ GERNET, Louis. *Droit et institutions em Grèce Antique*. p. 157 e ss.

¹⁹ GLOTZ, Gustave. *La cité grecque*. p. 241 e ss.

²⁰ GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia*. p. 201.

²¹ PLUTARCO, *Vidas paralelas*. v. 1, p. 189.

²² KURY, Mário da Gama. *Introdução em As vespas*, de Aristófanes. p. 7 – 8.

²³ ARISTÓFANES, *As vespas*. p. 17–18.

²⁴ Idem, *ibidem*. p. 20.

²⁵ Idem, *ibidem*. p. 20.

²⁶ Idem, *ibidem*. p. 21.

²⁷ Idem, *ibidem*. p. 23.

²⁸ Idem, *ibidem*. p. 23.

²⁹ Idem, *ibidem*. p. 23.

³⁰ Idem, *ibidem*. p. 25.

³¹ Idem, *ibidem*. p. 25.

³² Idem, *ibidem*. p. 27.

³³ Idem, *ibidem*. p. 28 – 29.

³⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. p. 95.

³⁵ ARISTÓFANES. *As vespas*. p. 30.

³⁶ Idem, *ibidem*. p. 31.

³⁷ Idem, *ibidem*. p. 33.

³⁸ Idem, *ibidem*. p. 33.

³⁹ Idem, *ibidem*. p. 35.

⁴⁰ Idem, *ibidem*. p. 37.

⁴¹ CROISSET, Maurice. *La civilisation de la Grèce Antique*. p. 129.

⁴² ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. p. 77.

⁴³ ARISTÓFANES. *As vespas*. p. 38.

⁴⁴ Idem, *ibidem*. p. 38.

⁴⁵ Idem, *ibidem*. p. 40.

⁴⁶ Idem, *ibidem*. p. 42.

⁴⁷ Idem, *ibidem*. p. 45.

⁴⁸ Idem, *ibidem*. p. 48.

⁴⁹ Idem, *ibidem*. p. 48.

⁵⁰ Idem, *ibidem*. p. 48.

⁵¹ DEMÓSTENES. *Oração à Coroa*. p. 21 e ss.

⁵² PLATON. *Apologíá Sócrates*. *I dikí tou Sócratou*.

⁵³ STONE, I. F. *O julgamento de Sócrates*.

⁵⁴ MOSSÉ, Claude. *O processo de Sócrates*.

⁵⁵ KRAUS, René. *Sócrates*.

⁵⁶ ARISTÓFANES. *As vespas*. p. 48.

⁵⁷ Idem, *ibidem*. p. 63.

⁵⁸ Idem, *ibidem*. p. 63.

⁵⁹ Idem, *ibidem*. p. 76.

⁶⁰ Idem, *ibidem*. p. 76.

⁶¹ BOWRA, C. M. *História de la Literatura Grieca*. p. 131.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. p. 30.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*. p. 31.

⁶⁴ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. p. 22.

- ⁶⁵ TOYNBEE, A. J. *A herança dos gregos*. p. 87 e ss.
⁶⁶ ROSTOVITZEFF, M. *História da Grécia*. p. 236 e ss.
⁶⁷ FREIRE, Antonio. *Estudos de cultura greco-latina*. p. 225 e ss.
⁶⁸ BONNARD, André. *Civilização grega: da Ilíada ao Pártenon*. p. 227 e ss.
⁶⁹ BURN, A. R. *The Penguin History of Greece*. p. 213 e ss.

Bibliografia

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990.
 ARISTÓFANES. *As vespas*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1996.
 ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. São Paulo : Hucitec, 1995.
 BONNARD, André. *Civilização grega: da Ilíada ao Pártenon*. Lisboa : Editorial, s.d.
 BOWRA, C.M.. *História de la Literatura Grieca*. México : Fondo de Cultura Económica, 1983.
 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Lisboa : Livraria Clássica Editora, s.d.
 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.
 COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro : Forense, 1981.
 COHEN, David. *Law, violence and community in Classical Athens*. Cambridge : Cambridge University Press, s. d.
 COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo : Hemus, 1975.
 CROISSET, Maurice. *La civilization de la Grèce Antique*. Paris : Payot & Rivages, 1994.
 DEMÓSTENES. *Oração à Coroa*. In: *Antologia da eloquência universal*. Rio de Janeiro : Ediouro, s.d.
 FREIRE, Antonio. *Estudos de cultura greco-latina*. Porto : Livraria Apostolado da Imprensa, 1960.
 GAGARIN, Michael. *Early Greek Law*. Los Angeles : University of California Press, 1989.
 GERNET, Louis. *Droit et institutions en Grèce Antique*. Paris : Flammarion, 1982.
 GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia*. Petrópolis : Vozes, 1992.
 GLOTZ, Gustave. *La cité grecque*. Paris : Éditions Albin Michel, 1988.
 HALL, Margareta Debrunner. *Even dogs have erinees: sanctions in athenian practice and thinking*. Artigo In: *Greek Law in its political setting*, Ed. De L. Foxhall e A.D.E. Lewis. Oxford : Clarendon Press, 1996.
 JARDÉ, A.. *La Grèce Antique et la vie grecque*. Paris : Librairie Delagrave, s.d..
 KRAUS, René. *Sócrates*. Rio de Janeiro : Editora Vecchi, 1960.
 LIMA FILHO, Acácio Vaz de. *O poder na Antigüidade: aspectos históricos e jurídicos*. São Paulo : Ícone, 1999.
 MAC DOWELL, Douglas M.. *The Law in Classical Athens*. Ithaca, New York : Cornell University Press, 1995.
 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro– São Paulo : Freitas Bastos, 1965.
 MILLETT, Paul. *Lending and borrowing in Ancient Athens*. Cambridge : Cambridge University Press, 1994.
 MOSSÉ, Claude. *La vita quotidiana della donna nella Grecia Antica*. Milano : RCS Libri, 1997.
 _____. *O processo de Sócrates*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1990.
 PLATON. *Apologia Socratus, I dikí tou Socratou*. Atenas : Cactus, 1992.
 PLUTARCO. *Vidas paralelas*. São Paulo : Paumape, 1991.
 ROSTOVITZEFF, M. *História da Grécia*. Rio de Janeiro : Editora Guanabara Koogan S.A., 1986.
 SCHÜLER, Donald. *Literatura grega*. Porto Alegre : Mercado Aberto, 1985.
 SEALEY, Raphael. *Women and Law in Classical Greece*. Chapel Hill : The University of North Carolina. Press, 1990.
 STONE, I.F.. *O julgamento de Sócrates*. São Paulo : Cia. Das Letras, 1996.
 TAPLIN, Oliver. *Fogo grego*. [S.l.]: Gradiva, 1990.
 TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças gregas e latinas*. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
 TOYNBEE, A. J. *A herança dos gregos*. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1984.

A ação de destituição do pátrio poder

Antonio Cezar Lima da Fonseca

Sumário

Introdução. 1. O pátrio poder. 1.1. Generalidades. 1.2. Características. 2. A destituição do pátrio poder. 2.1. Tipos de destituição. 2.2. As hipóteses legais de perda do pátrio poder. 2.3. Competência, legitimidade e procedimento. 2.4. Destituição e sentença penal condenatória. 2.5. A sentença de destituição. 2.6. A destituição e a intervenção do Ministério Público.

Introdução

Os temas de Direito de Família têm ocupado nosso dia-a-dia desde que fomos classificados funcionalmente como Procurador de Justiça junto à 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul. Essa Câmara é uma daquelas especializadas em Direito de Família em nosso Estado. Entre seus fascinantes assuntos, um desses é o que diz respeito ao pátrio poder ou poder parental.

A ação de destituição de pátrio poder, a rigor, é tema que não tem sido vislumbrado detidamente pela doutrina. Em geral, integra tratados de Direito de Família, que tratam do pátrio poder em geral, na ótica material, simplesmente. As posições doutrinárias, no mais das vezes, repetem-se desde a vigência do anterior Código de Menores (Lei nº 6.697/79).

Nossa pretensão neste modesto estudo é contribuir para o aprimoramento de tão importante instituto, mostrando algumas

Antonio Cezar Lima da Fonseca é Procurador de Justiça no RS.

polêmicas existentes na matéria e propondo algumas soluções, na ótica do Direito da Criança e do Adolescente.

1. O pátrio poder

O pátrio poder, tal como concebido, é oriundo do Direito Romano. Sua denominação vem de *patria potestas*, instituto que significava um direito *absoluto* do pai sobre seus filhos, porque fundado no poder do *Pater Familiaes* (o pai).

A terminologia *pátrio poder*, a rigor, hoje, diante do avanço constitucional na matéria, até mereceria uma “arejada”, uma “renovada”, aliás, proposta por grande parte da doutrina nacional. Ocorre que há muito não temos mais um “pátrio poder” como entendiam os romanos e o nosso Direito Civil anterior à Constituição Federal. Temos um feixe de atribuições (direitos e deveres) a cargo dos pais (pai e mãe), a serem exercidos de forma simultânea¹ (conjuntamente), em comum acordo, um verdadeiro “poder parental”², um “poder de proteção” ou mesmo um “pátrio dever”³. Na verdade, o instituto não é mais ligado unicamente ao poder absoluto do pai sobre seus filhos e não se entende o tal poder com aquela “severidade” de antanho. Ademais, não se pode ignorar o pátrio poder da mãe sobre os filhos e nem a fiscalização judiciária nesse campo. No entanto, aquele termo é o consagrado; é o que vem sendo utilizado inclusive em obras recentes sobre o assunto, pelo que continuamos tradicionais e fiéis àquela terminologia: pátrio poder. O tema tem implicações de Direito Constitucional, Direito Civil, Penal e Menorista.

O *pátrio poder* engloba um direito subjetivo, sobre a pessoa dos filhos, e um direito objetivo, sobre os bens desse filho. Trata-se de um poder *complexo*, daí por que se diz tratar-se de um “feixe” de direitos e obrigações, mas exercido sempre no melhor interesse do filho, na sua proteção integral como criança ou adolescente.

Como sabemos, o *pátrio poder* não se confunde com a *guarda dos filhos*. A regra é que o pátrio poder (e a tutela) englobe a guarda, mas esta pode separar-se daquele, porque é apenas *um dos seus atributos*⁴. A guarda pode existir sem o pátrio poder, v.g., quando os pais, por ato voluntário, entregam o filho a terceiro. Quando a guarda do filho é legitimamente (acordo judicial, por exemplo) conferida apenas a um dos pais na separação do casal, o outro genitor não pode exercê-la fundado apenas no pátrio poder. Mas isso não significa que não possa orientar-lhe a criação e a educação, insurgindo-se até judicialmente quanto aos atos de guarda do outro cônjuge. Ambos (pátrio poder e guarda) *são direitos* e devem ser respeitados na medida de suas desigualdades.

Inúmeros *conceitos* têm sido dados ao pátrio poder, alguns ressaltando apenas o poder parental (do pai e da mãe) sobre o filho, sem vislumbrar a promoção pessoal deste, que, ao fim e ao cabo, é o que interessa presentemente. Daí por que a correção do pensamento de Silvio Rodrigues, para quem

“o pátrio poder é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”⁵.

No mesmo sentido é o conceito proposto por José Antonio de Paula Santos Neto, para quem

“o pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar”⁶.

O pai e a mãe, conjunta ou separadamente, são os *titulares* do pátrio poder, um *munus* público, como garante a Cons-

tituição Federal nos arts. 226, § 5º, e 229⁷; no art. 384, *caput*, do Código Civil; no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸ (ECA). Na tutela, porque sucedâneo do pátrio poder, igualmente, o tutor detém o pátrio poder sobre o tutelado ou pupilo; na mera guarda, o pátrio poder é conservado com os pais ou conferido a terceiro. Os ascendentes não o detêm, salvo se postulado pela via adequada.

Não é direito absoluto, como disse Galeno Lacerda⁹, cedendo ao interesse maior do filho.

1.1. Generalidades

A destituição do pátrio poder é uma das sanções do Estado imposta aos pais, ou a apenas um deles, relativamente ao pátrio poder, porque existem sanções penais que dizem respeito ao pátrio poder, como veremos. Tais sanções podem ser impostas ao tutor também, porque o tutor desempenha o pátrio poder.

A *destituição* é a própria perda do pátrio poder, nos termos do art. 395 e incisos do Código Civil¹⁰. Fala-se, igualmente, em extinção e suspensão do pátrio poder, pelo que importa distingui-los para os fins deste trabalho.

O art. 392 e incisos¹¹ do Código Civil refere-se a casos de *extinção* do pátrio poder. São as hipóteses legais de extinção, ali elencadas em *numerus clausus*, ou seja, não podemos *descobrir* outra causa não prevista em lei, para *extinguir* o pátrio poder. A extinção não é sanção, mas término do pátrio poder, seja por causa natural (morte) ou prevista em lei (emancipação). Na extinção, pode haver ou não a intervenção judicial, ou seja, a sentença não é da sua essência. Como disse Elias: *ela ocorre de forma não traumática*¹².

O art. 394 do Código Civil¹³ trata da *suspensão* do pátrio poder, que é outra das sanções, ou uma *inibição do pátrio poder*¹⁴ imposta aos pais. A sentença é de sua essência, porque só por via judicial pode ser decretada. Na suspensão, ocorre uma

paralisação temporária no exercício do pátrio poder, imposta a um ou a ambos os pais, ou seja, findo o prazo fixado pela autoridade, restaura-se o exercício¹⁵.

Muitas vezes, a destituição é providência necessária e prévia para outras medidas protetivas. Na adoção, por exemplo, se os pais não emitirem seu consentimento, impõe-se a prévia destituição do pátrio poder (AC-595112699, Rel. Sérgio Gischkow Pereira, 8ª CCível).

Apenas dos casos de perda, cassação ou destituição do pátrio poder trataremos neste estudo.

1.2. Características

O *pátrio poder* é um instituto de direito privado, mas de importância primordial à órbita pública, tanto que a própria lei penal o considera em inúmeros dispositivos. Nos crimes dolosos praticados contra filho, tutelado ou curatelado, prevê-se a incapacidade (perda) do exercício do pátrio poder (art. 92, inc. II, CP); pode existir circunstância agravante da pena criminal (art. 61, II, “e”, CP); pode configurar-se crime de abandono material (art. 244, CP), de entrega de filho a pessoa inidônea (art. 245, CP), abandono intelectual (art. 246, CP) ou desleixo de guarda e vigilância (art. 247, CP).

Na Lei nº 8.069/90 (ECA), mesma forma, outros dispositivos de cunho penal dizem respeito ao pátrio poder. Se o pai, *v.g.*, promove a entrega do filho a terceiro, mediante paga ou recompensa, responde pelo art. 238, com pena de até quatro anos de reclusão.

Verifica-se, ainda, a obrigatoriedade de participação do Ministério Público nos processos em que se discute pátrio poder (art. 82, II, CPC). Destarte, isso mais acentua o *caráter público* das suas normas.

Ao lado dos direitos que o compõem, a lei impõe deveres ou proibições para aqueles que exercitam o pátrio poder. Em regra, o pátrio poder é *indisponível*, isto é, ninguém pode dele descartar-se, como se

não tivesse existido, sendo que o juiz não está adstrito ao impulso das partes. O pátrio poder impõe-se tanto aos pais quanto aos filhos. Disso decorre ser *inalienável e intransferível*: os titulares do pátrio poder não podem negociá-lo, de qualquer forma, com terceiros. Daí dizer Caio Mário que é *incompatível com a transação*¹⁶.

O filho menor e não emancipado não pode unilateralmente considerar-se fora do pátrio poder, nem os pais desconsiderá-lo. Em princípio, é *irrenunciável*. Dizem alguns que em apenas dois casos é possível a renúncia: na adoção e na emancipação. Não concordamos, porque tais hipóteses são de extinção do pátrio poder (art. 392, II e IV, CC).

O entendimento de que o pátrio poder podia ser *delegado*, pelos pais ou pelo magistrado restou superado com o advento do ECA (art. 33, § 2º), ou seja, o pátrio poder é *indelegável*. Ocorre que norma da anterior legislação (Código de Menores, art. 21) previa a delegação do menor a terceiro “para prevenir a ocorrência de situação irregular de menor”. Hoje, com o instituto da guarda, não se justifica a delegação do pátrio poder, porque se permite que o guardião supra a falta eventual dos pais ou responsável, com a ordem do juiz.

Algumas pessoas, que detêm filho de outrem por certo período de tempo, ajuízam ações visando *regularizar* a situação fática da criança, até pretendendo sua adoção. Amparam-se, geralmente, na tese do abandono da criança pelos pais, ou pelo não-exercício do pátrio poder durante o tempo de guarda fática, o que, em tese, ratificaria aquele abandono. Via de regra, o pátrio poder é *imprescritível*, ou seja, não é porque os pais não o exerceram durante certo período temporal que o pátrio poder possa, como num passe de mágica, ou como numa “usucapio”, ir parar em definitivo nas mãos dos detentores da guarda do menor. Não sofre os efeitos da *decadência*. Por ser matéria de ordem pública, como dissemos, não se pode

presumir esteja a criança abandonada. O abandono da criança não se presume. Em tais casos, devemos evitar a aplicação da “teoria do fato consumado” e verificar se houve o *abandono efetivo* da criança, pelos pais. Se estes visitam os filhos, mandam cartas, enviam avós ou parentes a visitá-lo, mesmo dentro de suas raras possibilidades de tempo, não significa o abandono do filho. Por outro lado, os detentores da guarda de fato não adquirem “direito” à adoção da criança apenas porque os genitores não a levaram consigo. Daí por que se assegura aos pais o direito de reclamar seus filhos (por busca e apreensão), independente do advento temporal, contra aqueles que ilegalmente os detenham (art. 384, VI, CC).

As normas de pátrio poder têm *caráter protetivo* à criança e ao adolescente, ou seja, visamos seu *melhor interesse*¹⁷. No conflito entre os direitos de pátrio poder, entre os pais, ou entre eles e o melhor interesse da criança, este sempre prevalece. Sabe-se que os pais dirigem a educação dos seus filhos, mas incumbe ao Estado velar (*rectius*: fiscalizar) para que tal *diretriz* não seja desvirtuada, ao ponto de prejudicar a formação moral das crianças. Quando algum dos pais, que não tem a guarda do filho, divergir da orientação educacional ou de vigilância imposta ao filho, incumbe levar o caso ao Poder Judiciário, que decidirá à vista dos interesses do menor (art. 21, ECA). Como sabemos, não se permite justiça de mão própria, ou seja, não é porque se trata do pai ou da mãe se vá permitir medidas autoritárias, impeditivas ou obstativas, na guarda de outrem. Tivemos um caso em que uma mãe pretendia submeter o filho, que tinha sob guarda, a uma cirurgia delicada, quando o pai se opôs a isso, ingressando com medida judicial. Em outra oportunidade, duas crianças (meninas), que estavam sob a guarda da mãe, foram levadas, por esta e seu novo companheiro, para residirem em campo de naturistas (nudismo). O genitor das

crianças, que não tinha a guarda, mas detinha o pátrio poder, entendendo tal ato de guarda e de pátrio poder da mãe prejudicial ao interesse moral das crianças, ajuizou ação visando reverter a guarda. Como se vê, o exercício do pátrio poder, além de não ser absoluto, está sujeito à fiscalização.

2. A destituição do pátrio poder

A destituição (perda) de pátrio poder é solução amarga, porque atinge em cheio o pátrio poder. Assim, deve ser utilizada apenas em casos muito especiais, apenas quando não se encontrar solução consensual, adequada e fiscalizada pelo Poder Público, para controlar o conflito entre os detentores do pátrio poder e o filho.

Trata-se de medida gravosa, antipática, mas tantas vezes necessária, que atinge os direitos mais elementares da pessoa humana: atinge o direito da personalidade (porque pode haver posterior adoção e até troca de nome da criança); atinge o Direito Natural da pessoa, da constituição de prole e de origem; atinge o direito dos pais de criarem e terem consigo os seus filhos (art. 384 e incs., CC); atinge o direito dos filhos de serem criados e educados no seio da sua família natural (art. 19, ECA). Enfim, a ação deve ser pensada, só utilizada como o último recurso (a *ultima ratio*, como dizem os penalistas) contra o mau desempenho (causa culposa) dos pais em relação aos seus filhos.

Às vezes, temos visto um certo desvirtuamento nesse tipo de ação, um certo exagero, para nós, fruto de açodamento e até desvio do instituto. Existem hipóteses de *suspensão do pátrio poder* em que se ajuíza a destituição, como se fosse uma ação comum, sendo que, em inúmeros casos, tem-se exigido até a prévia destituição de pátrio poder, como mero óbice processual, formal, para outra medida que imediatamente se impõe no interesse da criança. Deixa-se de lado o “melhor interesse da criança”, para abraçar-se as

picuinhas formais do processo, violando-se a sua efetividade, a finalidade de proteção à criança e ao adolescente. Existem casos de prova mal formada, prova mal produzida, prova precária, em que, mesmo assim, ajuíza-se temerariamente a ação de destituição de pátrio poder, como se esta fosse a cura para todos os males da criação e da má orientação dos pais. Não se pode olvidar que o instituto está para proteger a criança e não para ser utilizado como sanção de um pai contra o outro, ou até contra ambos.

Não se retira o pátrio poder para atender apenas à pretensão dos adultos que pretendem-lhe a adoção. Não. Verifica-se se a retirada do pátrio poder está ao encontro dos interesses da criança.

Destarte, como ensina José Raimundo Gomes da Cruz, *a destituição aparece como sanção com eficácia plena para remover situação de fato contrária aos interesses do menor*¹⁸.

Na ação de destituição de pátrio poder, embora apareça uma certa “litigiosidade” entre autor-réu, o processo não traz uma “lide”, um litígio entre eles. Claro, há subjacente um conflito de pretensões, porque o autor quer retirar o pátrio poder da parte adversa, relativamente ao filho. Todavia, a ação deve ser vislumbrada sob a ótica da criança e do adolescente, que nela tem seus *interesses* discutidos. Destarte, a sentença decide interesses, nela não é o autor ou o réu que saem *vencedores*, mas a criança que é protegida. A decisão, portanto, funda-se naquilo que é o melhor interesse da criança, a sua proteção integral. *A ação é de jurisdição voluntária*, portanto, sendo que nela assegura-se o contraditório, como corolário da importância dos direitos discutidos.

Assim a lição do Des. José Maria Rosa Tesheiner¹⁹:

“Assim, as mesmas razões que levaram o Código de Processo Civil a incluir a ação de remoção de tutor entre os procedimentos de jurisdição

voluntária nos levam a caracterizar como tal a ação de suspensão ou destituição do pátrio poder, regulada pelos arts. 155 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

2.1. Tipos de destituição

Há certa falta de sintonia na doutrina se a perda do pátrio poder (por meio da destituição) tem caráter definitivo ou temporário, ou seja, se os pais perdem o pátrio poder para sempre ou em prazo variável podem recuperá-lo. Para a maioria da doutrina, cessada a causa motivadora da destituição, o pátrio poder pode ser recuperado²⁰. Diz-se, então, que, muitas vezes, cessadas as causas que conduziram à destituição ou à suspensão do pátrio poder e *transcorrido um período mais ou menos longo de consolidação, pode o poder paternal ser devolvido aos antigos titulares*²¹. Para outros, somente a prova robusta pode determinar a reintegração dos pais ao pátrio poder²², sendo que ainda se diz que *embora seja permanente pode restabelecer-se o poder anteriormente outorgado, dentro de cinco anos, contados da imposição da penalidade*²³. Na lei menorista de 1927, permitia-se expressamente a reintegração do pátrio poder. (art. 45).

Data venia, entendemos que a destituição é definitiva, porque tratamos da mais grave “sanção” prevista em lei a ser imposta aos pais. Afinal, se o caso em julgamento não está previsto em lei, nas hipóteses estritas e fechadas do art. 395 do CC, não é caso de destituição, mas sim de suspensão do pátrio poder ou quiçá outra medida. Isso compete ao juiz observar fundamentadamente em sua sentença, porque, em vislumbrando que o pai pode emendar-se, não deve impor a sanção mais grave (destituição), quando pode impor a menos grave (suspensão ou outra medida). Em nossa vida funcional, não vimos pais destituídos de pátrio poder emendarem-se ou mesmo buscarem reintegração na *patria potestate* perdida.

O que leva a pensar-se que o pátrio poder pode ser devolvido aos pais, no caso de *destituição* de pátrio poder, por restabelecimento ou reintegração, é o puro interesse dos pais e não o dos filhos. Os pais emendam-se visando recuperar o pátrio poder, mas podem recuperá-lo quando suspenso, e não quando destituídos. Mas essa “recuperação” dos pais muitas vezes pode não mais ser benéfica ao interesse da criança, porque o tempo é inclemente nos sentimentos de cada pessoa.

Veja-se que, na prática, como poderemos saber se o pai ou a mãe não irão mais castigar imoderadamente o filho (art. 395, inc. I, CC), se não entregarmos a criança a seus cuidados? Por outra, podemos correr o risco de o pai reincidir no castigo imoderado e até matar a criança?! Quantas vezes os estudos psicológicos e psiquiátricos enganam-se a respeito do comportamento das pessoas. Isso é comum no Direito Penal, com os estudos que aconselham o livramento condicional de condenados.

Como podemos ter a certeza de que o pai não vai mais deixar o filho em abandono se não o deixarmos novamente sob sua guarda (art. 395, inc. II, CC)? Podemos correr o risco de o pai/mãe mudarem-se para outra região e igualmente por lá abandonarem seu filho? Tivemos caso em que o pai mudou-se para outro Estado da federação com o filho e deixou a justiça da infância e da juventude a ver navios, diligências e precatórias. Como podemos saber se o pai/mãe deixaram em definitivo de praticar atos contrários à moral do filho (art. 395, III, CC), sem submeter a criança ou o adolescente, novamente, ao risco da convivência com os pais, às vezes, com conseqüências imprevisíveis? O pai que pratica atos sexuais com a filha pode emendar-se? Esse ato não deixou seqüelas na criança ou adolescente?

Na tentativa infrutífera dessa “recuperação” do pátrio poder perdido, obviamente, nova ação teria de ser ajuizada e

novo percurso processual teria de ser percorrido, quando os mesmos sofrimentos à criança seriam impostos. Tais sofrimentos, repetidos, s.m.j., não é atendimento ao “melhor interesse”. Ao contrário, seria uma violência inominável.

A destituição de pátrio poder, portanto, é medida definitiva²⁴, porque determina a mudança no *status quo* da criança; porque está regrada *estritamente* na lei e é matéria de *ordem pública*. Isso significa que, na notícia de ocorrência de alguma das suas hipóteses (art. 395, CC), o juiz deve ter a sensibilidade de verificar se não ocorreu, no caso em julgamento, *um abuso* do pátrio poder, temporário, de menor gravidade, para não impor de imediato a destituição e sim a suspensão do pátrio poder ou outra medida de proteção. Daí por que devemos pesquisar profundamente a prova e meditar muito antes de adotar a sanção extremada.

Aqueles que vislumbram a possibilidade de os pais regenerarem-se, em atos de extrema gravidade praticados contra o filho, atos marcantes e psicologicamente danosos, tanto que são causa de perda do pátrio poder, como disse, pensam apenas nos direitos dos pais. Na suposta dor que devem sentir com a perda do pátrio poder, olvidando-se que a reincidência em tais casos pode ser fatal à criança e ao adolescente.

Há de se atentar, por outro lado, que as hipóteses do art. 395 do Código Civil, de pouca danosidade ou tentadas, podem perfeitamente ser enquadradas no art. 394 do mesmo diploma. Veja-se que todas aquelas (art. 395, CC) são *formas qualificadas* de *abuso* de pátrio poder, são *faltas aos deveres paternos*, como diz o art. 394, só que mais graves e com caráter de irreversibilidade. Se têm caráter de irreversibilidade, a medida adequada é a destituição pura e simples, mas sem volta; se os pais podem ser “recuperados”, então que não se imponha a destituição. Destarte, lúcida a observação do Prof. Silvio Rodrigues²⁵,

porque *mais rigoroso deve ser o juiz no exame do pedido de destituição, do que no de suspensão*.

Segundo lecionou o clássico Edgard de Moura Bittencourt²⁶, a destituição do pátrio poder não deve ser decretada, mas substituída pela suspensão, medida temporária, se o pai ou a mãe, infratores de seus deveres, revelam *intenção de corrigir-se*. A descoberta dessa intenção de corrigir-se compete aos figurantes do processo, ao juiz, ao Promotor e às partes, forte na prova da instrução. Para isso é preciso ter altas sensibilidade e paciência.

Como se vê, tanto a destituição quanto a suspensão têm previsão expressa na lei civil e são taxativas²⁷. São diversas as medidas, diversos seus requisitos. A destituição, repetimos, tem o caráter de perda definitiva do pátrio poder, daí por que se diz “destitui-se do pátrio poder”; por isso, no mínimo, deve ser *nomeado tutor* ao menor e/ou colocado em programa de abrigo ou em família substituta.

A destituição do pátrio poder, por seu turno, pode ser *total ou parcial*. Daqui se define se a destituição pode abranger apenas determinados filhos, ou deve ser imposta a todos. Muitos autores defendem a última solução.

A destituição é *total* quando abrange não só todos os direitos que compõem o pátrio poder (art. 384 e incisos do CC e art. 22, ECA), mas também quando atinge toda a prole. Impõe-se a destituição a todos os filhos, mesmo àqueles não envolvidos na hipótese legal. Na destituição *parcial*, a perda dá-se relativamente a alguns direitos, porque o pai/mãe pode, v.g, conservar o direito de administração dos bens do filho, sendo que, na parcial, a destituição também pode dizer respeito apenas a filho determinado.

Essa divisão da destituição em parcial/total é possibilitada no Direito Civil francês, como nos ensina José Raimundo Gomes da Cruz (op. loc. cit.). Isso se justifica, sob pena de o juiz não ter como agir para evitar uma injustiça.

Como se escreveu, a maioria da doutrina vislumbra a destituição como abrangedora (obrigatória) de toda a prole (por todos: Maria Helena Diniz²⁸). No entanto, veja-se o caso de pai que castiga imoderadamente apenas um dos seus filhos, ou abandona apenas um filho adolescente, por qualquer motivo.

Suponhamos hipótese de o pai desconfiar de adultério da mulher relativamente a certo filho, porque estaria afastado do lar comum durante a época da concepção. Quanto a este, o genitor anima-se a dirigir-lhe castigos imoderados, tratando-o diversamente dos demais filhos. É justo que perca o pátrio poder relativamente àqueles outros filhos que trata adequadamente? Pode até ser que tal pai tenha de sofrer um acompanhamento legal ou psiquiátrico, mas a perda de pátrio poder a toda a prole, nesse caso, implicará ferimento ao melhor interesse das demais crianças. Tivemos um caso, v.g., em que o magistrado destituiu o pátrio poder quanto a um filho e o suspendeu quanto a outro. Não se pode dizer que isso esteja errado, porque tais medidas atenderam ao “melhor interesse das crianças”. Destarte, o caso concreto é que demonstrará a melhor solução. Assim, pode perder-se de forma parcial o pátrio poder, mesmo no caso quando se atinge apenas um dos pais.

2.2. As hipóteses legais de perda do pátrio poder

A destituição (perda) do pátrio poder rege-se pelo disposto no Código Civil e na Lei nº 8.069/90 (ECA). Não há exclusão de um pelo outro diploma legal, antes, interpenetram-se.

Com efeito, dispõe o art. 24 da Lei nº 8.069/90 (ECA) que a perda do pátrio poder será decretada judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na lei civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

O art. 22 do ECA, por seu turno, refere que aos pais incumbe o dever de sustento,

guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

A lei civil a que se refere o art. 24 é o Código Civil, que no art. 395 e incisos estabelece:

“Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe: I - que castigar imoderadamente o filho; II - que o deixar em abandono; III - que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”.

Os direitos, deveres e obrigações dos pais, previstos no art. 22 do ECA, por seu turno, são, basicamente, aqueles do art. 384 e incisos do Código Civil. Temos que à motivação de perda do pátrio poder, do art. 395 do CC, a lei estatutária ainda acresceu aos pais o dever de obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Isso significa que, se o juiz determinar certa medida em prol da formação da criança ou de determinado adolescente e os pais deixarem de cumpri-la, estarão sujeitos à sanção de perda do pátrio poder. Tal interpretação funda-se no próprio art. 22 do ECA, porque, ao lado dos deveres de sustento, guarda e educação, o dispositivo ainda acresceu essa outra obrigação, colocando-a no mesmo patamar das demais.

O art. 395 do CC, por seu turno, a rigor, prevê que apenas a exacerbação maldosa do exercício de alguns direitos inerentes ao pátrio poder, estes previstos no art. 384 do CC, é causa da perda do pátrio poder.

Assim, se compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos menores (inc. I, art. 384), exigindo-lhes obediência (inc. VII), tendo-os em sua companhia e guarda (inc. II), reclamando-os de quem ilegalmente os detenha (inc. VI), o desvirtuamento gravoso de tais direitos implica sanção de perda do pátrio poder. Note-se, porém, que não basta o mero descumprimento de uma ou de todas as obrigações elencadas no art. 22, ou no art. 384 do CC,

para a perda do pátrio poder, mas, sim, como dizem Cury, Garrido e Marçura, *devendo ficar caracterizada a inescusabilidade da ação ou omissão*²⁹.

Essa inescusabilidade é determinante, a nosso sentir, para a imposição da sanção da perda do pátrio poder, porque o juiz deve sempre e sempre averiguar a possibilidade de “acertar” a criança em sua família natural.

Consoante dispõe o *inc. I, art. 395, CC*, os pais perderão o pátrio poder se castigarem imoderadamente o filho. O castigo exagerado, vedado em lei, não se resume ao físico, mas também ao psicológico, porque ambos podem chegar à tortura.

Embora alguns entendam que não há qualquer direito de os pais castigarem fisicamente os filhos, ao que vemos uma menção meramente filosófica, a leitura do *inc. I-art. 395, CC*, dá a entender pela existência da possibilidade de se impor aos filhos um *castigo moderado*, físico ou psicológico. Na verdade, a vida e a lei o demonstram, para toda ilicitude existe um castigo.

Obviamente, identifica-se um *jus corrigendi* a cargo dos pais relativamente aos seus filhos. Na vida funcional, temos visto que, via de regra, quando o pai não exercita o *jus corrigendi* aos filhos, a vida o faz pelas vias mais dolorosas e implacáveis. Já vi alguns reclamando: “Eu nunca fui agredido pelo meu pai e agora venho apanhar da Polícia...”.

Ora, é aos pais que compete a criação e a educação dos filhos, bem como *exigir-lhes* a prestação de obediência e respeito (*incs. I e VII, art. 384, CC*). Não se trata de mera faculdade outorgada aos pais, mas um verdadeiro poder-dever, porque na vida a criança encontrará limites, no dever de obediência, no dever de hierarquia funcional, enfim. É a previsão legal. Muitas vezes, a supressão de benefícios, ou vantagens usufruídas pelos filhos, são meras supressões de regalias, *castigos psicológicos* que se revelam inúteis, que

nem de longe tocam a sensibilidade de alguns filhos. Ficam, portanto, “sanções” vazias de significado. Assim, só resta ao pai exercer devidamente o *jus corrigendi*.

O que a lei visa coibir não é a palmada, o castigo físico, em si, mas veda-se a *agressão* pura e simples, a agressão gratuita, exagerada, a brutalidade, a estupidéz. O castigo é lícito³⁰, pelo que pode o pai aplicá-lo ao filho, *com o propósito de emendá-lo*, como ensina Silvio Rodrigues, *a infração ao dever só se caracteriza quando for excessivo o castigo*³¹.

Mas, como o magistrado poderá aquilatar se houve ou não um rigor excessivo no exercício do *jus corrigendi*? Muitas vezes, qualquer comum sabe quando presente uma agressão desmedida, seja porque imotivada, seja porque estúpida, contra uma criança ou adolescente, mas outras vezes, não. José Antonio de Paula Santos Neto propõe que, *para aquilatar o excesso, sopesará o juiz a faixa etária em que se encontra o menor, bem como suas condições de desenvolvimento físico e psicológico*³². Com efeito, há certa diferença entre o pai agredir a socos e a pontapés uma criança (até doze anos, como dispõe o ECA) e assim fazê-lo quanto a um adolescente de dezessete anos. Já vimos casos de o filho adolescente agredir imoderadamente o pai e a mãe. Isso deve ser bem pensado, portanto.

A agressão desmedida do pai ao filho, obviamente abusiva, *pode* redundar em violação da lei penal, porque *pode* configurar o crime de maus tratos (art. 136, CP), em face do abuso dos meios de correção ou disciplina. Em o agente ministerial, que oficia na ação de perda do pátrio poder, tendo ciência de tal agressão, deve providenciar no envio da prova de materialidade ao seu colega de Ministério Público para a competente ação penal, *se for o caso*. Tratamos de ação penal pública incondicionada.

Na verdade, muitas vezes a agressão abusiva não passa de um furor colérico,

passageiro, do pai ou da mãe. Pode nunca ter-se agredido o filho, mas, em razão de momentâneo desvio psicológico do pai ou da mãe, pode vislumbrar-se, aparentemente, a hipótese legal. Isso deve ser investigado, sob pena de sérias injustiças. Tivemos um caso, v.g., em que a mãe, desesperada porque desempregada, perdeu a paciência pela teimosia da criança. Alguns passantes viram apenas a agressão e denunciaram-na ao agente ministerial. Este, imediatamente, ajuizou uma ação de destituição e obteve liminarmente, sem ouvir a parte adversa, o afastamento da criança de sua mãe. Obviamente, um exagero corrigido pela Corte.

A *segunda hipótese* legal dá-se quando os detentores do pátrio poder deixam a criança ou o adolescente em *abandono* (art. 395, inc. II, CC).

Os pais (ou detentor do pátrio poder) têm o direito de ter seus filhos em sua companhia e guarda (art. 384, inc. II, CC), reclamando-os de quem injustamente os detenha (inc. VI). Em contrapartida, os filhos também têm o direito a serem criados e educados no seio da sua família (art. 19, ECA). A criança e o adolescente devem ser educados e criados no seio de sua família natural, entendendo-se esta como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (arts. 19 e 25, ECA). Destarte, os direitos dos filhos são os deveres dos pais.

Na situação de *abandono*, os pais violam os seus deveres, relativamente à guarda, à criação e à educação. Priva-se o filho da necessária subsistência, negando-se-lhe alimentos, saúde, moradia, instrução, enfim, deixando-o na rua à própria sorte. O abandono não precisa ser total, mas a causa deve ser devidamente perquirida, porque, muitas vezes, a causa de abandono é a própria pobreza, ou seja, não é porque os pais deixem os filhos na rua, sem alimentos, que necessariamente há o abandono. É preciso, portanto, perquirir as causas do abandono, sabido que a

pobreza não é motivo de perda do pátrio poder (art. 23, ECA), assim como não o motiva o baixo nível cultural ou a falta de outros recursos materiais. Como se sabe, existem outras soluções para resolver o problema da criança (art. 23, parágrafo único, ECA, v.g.), sem atingir os pais com a sanção de perda do pátrio poder. Daí por que se diz que o abandono deve ser intencional (RT-761/371).

O abandono também implica a violação do dever de guarda dos filhos.

A *guarda*, ensina Caio Mário da Silva Pereira³³, tem *caráter dúplice*, porque é um dever atribuído aos pais, e ao mesmo tempo um direito. É um dos liames do feixe de direitos componente do pátrio poder. Está ligada a uma situação jurídica, ou a uma situação de fato juridicamente protegida. Na situação jurídica, pode também ser um instituto (art. 33 § 1º, e art. 34, ECA); na situação fática, é a criticada expressão *posse dos filhos*.

Difere a companhia da guarda e não tratamos de mero jogo de palavras, porque há sentido prático nisso. Muitas vezes discute-se a mera companhia sob a alegação de estar em discussão a guarda. Via de regra, como ensinava Edgard de Moura Bittencourt³⁴, a companhia, que é um direito, está contida na guarda. Mas esta é mais do que um direito, “é sobretudo um dever, que se impõe mediante sanções civis e até criminais”. As visitas à criança, por exemplo, daqueles que estão privados da guarda ou do exercício do pátrio poder, configuram casos de companhia.

A mãe, mesmo casando-se novamente, não perde qualquer direito à guarda de seus filhos. Nem mesmo o adultério da mãe, se não prejudicial aos interesses da criança, justifica a perda de guarda ou companhia de seus filhos.

A perda do pátrio poder por abandono não significa isenção da obrigação alimentar a cargo dos pais.

A *terceira hipótese* de destituição dá-se pela prática de atos contrários à moral e

aos bons costumes (inc. III, art. 395, CC). Note-se mesmo a tentativa de atos contrários à moral já configura o atentado aos bons costumes, ou seja, não é porque não tenha sido consumado o crime de atentado violento ao pudor ou o crime de estupro que o pai (ou a mãe) não possa perder a guarda do filho (a).

Atos contrários à moral e aos bons costumes são aqueles atos que ferem a integridade moral, o comportamento decente e digno das crianças e adolescentes.

Como sujeitos de direitos, as crianças e adolescentes têm todos os direitos da pessoa humana, relativos à dignidade, à moral, ao ensino, enfim, *gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana*, como dispõe o art. 3º do ECA.

Os atos atentatórios à moral e aos bons costumes podem estar sendo praticados *junto* ao menor, isto é, não é preciso que as crianças sejam diretamente atingidas com o proceder dos pais para a decretação de perda do pátrio poder. Basta a potencialidade do perigo, para que uma medida seja tomada. No mínimo, há abuso, o que é causa de suspensão do pátrio poder.

Inúmeras hipóteses podem configurar a violação do dispositivo. Se os pais convivem com viciados em substâncias entorpecentes, utilizando-se de drogas na presença dos filhos; se praticam atos imorais; se praticam ou tentam praticar atos de abuso sexual contra os filhos; se convivem com pessoas nas mesmas condições, na prática de atos depravados, em presença dos filhos; pais que incentivam o filho ao ilícito, civil ou penal. Enfim, são todos os atos que contaminam a formação moral dos filhos, como diz Silvio Rodrigues³⁵.

A legislação trabalhista, igualmente, prevê caso de perda do pátrio poder quando o pai ou a mãe não concorrem para que o menor complete sua alfabetização, ou trabalhe em lugares perigosos ou insalubres ou em serviços prejudiciais à sua moralidade (CLT, art. 437, parágrafo único, e 405).

Na verdade, a previsão da lei trabalhista padece do mesmo equívoco da decretação de perda pela motivação penal, ou seja, o juízo trabalhista não deve decretar a perda de pátrio poder, porque é matéria que não lhe diz respeito por regra de competência. Aliás, pode até cometer-se flagrante injustiça, porque, no Brasil, a maior parte do trabalho indevido de crianças e adolescentes decorre da pobreza, situação social que, na maioria das vezes, não pode ser debitada aos pais, mas aos nossos dirigentes e à nossa precária política de proteção à criança e ao adolescente. Em Porto Alegre, por exemplo, um programa de apoio financeiro-alimentar aos pais das crianças tem retirado inúmeros menores do trabalho de rua. A pobreza, diz a lei, não é (e nem pode ser) causa de destituição do pátrio poder.

A solução que indicamos é o envio da sentença trabalhista, comprovadora da situação ilegal, ao órgão do Ministério Público Estadual, para as providências do *due process of law*, que podem consistir até na inclusão da família em programas de apoio.

2.3. Competência, legitimidade e procedimento

Quanto à *competência* para o ajuizamento e julgamento da ação em estudo, é preciso fazer certa distinção, também, fundada no *status quo* da criança envolvida no procedimento de perda do pátrio poder.

Se a situação fática da criança *não está enquadrada* nas hipóteses do art. 98 do ECA, e necessitar uma providência de perda do pátrio poder, a ação compete à Vara de Família ou à Vara Cível, nas Comarcas onde inexistir aquela. A competência *ratione loci* determina-se nos termos do art. 147 do ECA. Veja-se o caso de criança que reside com os pais, em lar devidamente constituído, e o Ministério Público tem notícia de que está havendo violação de algum inciso do art. 395 do CC.

Nesse caso, a ação de destituição é de competência do Juiz de Família da Comarca (Cível) onde residem os pais da criança (art. 147, I, ECA). No mais das vezes, tais ações originam-se de particulares, caso de cônjuges separados, tios ou avós da criança, enfim, interessados em fazer valer sua pretensão relativa ao pátrio poder.

De outro lado, se a criança encontrar-se *desassistida*, desamparada, enquadrando-se em alguma hipótese do art. 98, ECA, a busca da medida protetiva de destituição faz-se por meio do Juizado da Infância e Juventude da Comarca onde se encontra a criança ou adolescente, quando não tiver pais ou responsável (art. 147, II, ECA). Em certas Comarcas, a competência da infância e da juventude está acumulada com aquela das Varas Cíveis ou de Família, sendo que, em outras, como Porto Alegre, v.g., está albergada em Juizados Especiais da Infância e da Juventude. Estes não afastam a competência dos Juizados Regionais.

Já se decidiu:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA. EXCEPCIONALIDADE DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.

É da Vara de Família a competência para processar e julgar pedidos de destituição de pátrio poder, reservando-se ao juízo da infância e da juventude apenas a excepcionalidade das hipóteses relacionadas no art. 98 do ECA. Refoge àquelas situações a do menor que se encontra regularmente sob o poder e guarda de um dos pais e não necessita de família substituta. Conflito acolhido (Rel. Des. Paulo Heerdt, RJTJRS-176/414)”.

Os *legitimados ativos* à ação de destituição ou perda do pátrio poder são: 1) os pais; 2) os parentes em geral (inclusive os próprios filhos por meio de um dos geni-

tores); 3) aqueles que demonstrem legítimo interesse (art. 155 do ECA) e 4) o Ministério Público (art. 155, ECA). Os detentores do Pátrio Poder são os *legitimados passivos* (os pais), sendo que pode ser a ação ajuizada contra o tutor também.

O magistrado não pode agir de ofício e destituir os pais do pátrio poder (RT-728/219; RT-671/80), nem mesmo por procedimento administrativo. Mas o juiz não deve ficar de braços cruzados ante notícia de maus tratos ou de abandono de criança. Nesse caso, pode encaminhar a parte ou a notícia ao Ministério Público, para as providências que couberem, evitando, ao máximo, induzir ou indicar o caminho a ser trilhado pelo agente ministerial, sob pena de estar prejudgando a causa e ficar sob suspeita.

O pai ou a mãe podem ajuizar a ação de destituição do pátrio poder, um contra o outro, o que comumente ocorre, quando um deles quer exercer o poder parental em sua totalidade. Nesse caso, um dos pais entende que o outro enquadra-se em alguma das hipóteses de perda do pátrio poder. Dá-se, por exemplo, quando um dos pais está com a guarda do filho e o outro pretende não só reaver a guarda, mas verdadeiramente “punir” o outro cônjuge. Na hipótese de pais solteiros, a ação pode ser ajuizada por qualquer um dos pais (RT-605/49; 653/103).

Os parentes em geral, em qualquer grau e até por afinidade, mesma forma, podem ajuizar a destituição de pátrio poder, desde que comprovem interesse. Obviamente, nesse caso, devem provar o parentesco, seja por documento ou até mencionando-o na inicial, fins prova futura.

Os filhos, como aventamos, representados pela mãe ou pelo pai, mesma forma, podem ajuizar a ação (TJSP-Ap. 31.197-0/0, rel. Cunha Bueno³⁶).

O terceiro que esteja com a guarda do filho (o guardião) tem legítimo interesse ao ajuizamento da destituição. Isso é

comum nos casos de adoção, quando a criança está sob a guarda de fato dos pretendentes. Mas não se pode nomear Curador Especial para o ajuizamento da ação, porque para isso existe o Ministério Público. Nem mesmo se nomeia Curador Especial para resguardar a identidade dos guardiães (RT-716/146).

Finalmente, o Ministério Público, que é o grande autor na destituição, porque é um dos agentes da doutrina de proteção integral às crianças e adolescentes. Via de regra, o Conselho Tutelar é quem representa ao Ministério Público os casos em que entender necessária a medida extrema.

Quando a ação for ajuizada apenas contra um dos pais, não se pode deixar de intimar o outro detentor do pátrio poder, para manifestar interesse. Aliás, nesse caso, o outro genitor não demandado representará também o interesse do filho na ação. De qualquer forma, o pai ou mãe não acionada deve estar ciente de que tramita uma ação que diz respeito ao pátrio poder e que pode ser o (a) encarregado (a) de detê-lo em sua plenitude. O genitor não citado não pode perder o pátrio poder, porque não demandado.

A Lei nº 8.069/90 (ECA) traça o *procedimento* para a destituição (perda) do pátrio poder. Mesmo em se tratando de lei especial, em que sua finalidade é a de proteger crianças e adolescentes que se encontram nas hipóteses do art. 98 e incisos do Estatuto, mais afeto à justiça especializada da Infância e da Juventude, temos que o procedimento dos arts. 155 e ss. do ECA se impõe até à destituição ajuizada em Vara de Família ou Cível. Com efeito, trata-se de procedimento regrado, em que inexistente norma contrária a tal respeito.

Assim ensina Ulisses Fialho Simas³⁷:

“Na hipótese de perda ou suspensão do Pátrio Poder e considerando a regra do parágrafo único do art. 148, serão utilizados os procedimentos previstos no Estatuto, mesmo

tratando-se de ação proposta junto à Vara de Família ou junto a outro juízo definido como competente pelo Código de Organização e Divisão Judiciária Estadual para o exercício dessa atribuição. O fundamento para a referida medida encontra-se nos arts. 394 e 395 do Código Civil e art. 22, ECA, ao determinar as obrigações decorrentes do Pátrio Poder.

Podemos afirmar, portanto, que, embora especiais, os procedimentos do Estatuto (...) podem e devem ser aplicados em outros juízos sempre que, se tiver em vista interesses de crianças e de jovens”.

No mesmo sentido: Cury, Garrido e Marçura: Estatuto Anotado, RT, p.139.

Os arts. 155 usque 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) detalham o procedimento a ser adotado na destituição de pátrio poder.

A petição inicial deve atender os requisitos do art. 156 do ECA: a) autoridade judiciária a que for dirigida, segundo as regras de competência; b) identificação dos requerentes; c) exposição sumária do fato e o pedido e d) as provas que serão produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos. Tais requisitos devem ser norteados também por aqueles previstos nos arts. 282 e 283 do CPC, consoante indicação do art. 152 do ECA.

O valor da causa é inestimável, pelo que se deve fornecer o valor de alçada.

O juiz pode requisitar qualquer documento, mesmo no limiar da ação (art. 160, ECA). Entre os documentos que devem ser apresentados com a inicial, não se pode esquecer da indispensável certidão de nascimento da criança, que deve ser exigida pelo juiz, se for omitida. Lembremos isso porque alguns processos que discutem direitos das crianças aparecem na Corte sem esse básico documento, que passa desnecessário algumas vezes.

O juiz, desde logo, havendo motivo grave e ouvido o Ministério Público a tal

respeito, pode decretar liminarmente a suspensão do Pátrio Poder, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade, consoante dispõe o art. 157 do ECA. No mesmo sentido, pode-se determinar o afastamento do pai-agressor do lar comum e não da vítima menor (RJTJRS-165/199), igualmente, amparado no art. 130 do ECA.

O dispositivo encontra respaldo no poder cautelar geral do juiz, mas se aconselha forte prudência, porque, sem dúvida, a decisão surge apenas em se constatando “motivo grave”. Isso significa que a motivação deve ser constatada devidamente pelo juiz, ouvindo testemunhas e até fazendo inspeção, se for o caso. A decisão deve ser fundamentada, não apenas naquele lacônico “defiro a suspensão liminar nos termos do pedido”. Ademais, não é porque houve pedido nesse sentido, oriundo do Ministério Público, que o juiz vá deferir-lo de imediato, olvidando as providências que o caso requer. Evidente, trata-se de providência urgente a cargo do magistrado que não pode ser postergada “para quando houver pauta”.

A *citação dos pais*, observado o regramento da lei processual civil (arts. 130 a 233 do CPC), assume importância primordial, porque deve ser tentada a qualquer custo e esgotados todos os meios para que se a faça pessoalmente. Para tanto, o juiz deve esgotar as possibilidades de citação: oficial aos Correios, às Centrais de luz e água, à telefônica e ao Juízo Eleitoral, inclusive, independentemente de pedido do autor. Não basta certidão lacônica do Oficial de Justiça, exigindo-se fé pública no sentido de que, realmente, o citando se encontra em lugar incerto e que as diligências tenham sido infrutíferas.

A citação deve ser clara, cientificando-se o réu do prazo de dez dias para contestar a ação. Se houver liminar deferida, desde a intimação pessoal começa a correr

o prazo para o recurso de agravo. É preciso considerar que o prazo recursal da liminar é um; o prazo para a contestação conta-se da juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido.

O mandado de citação deve informar também a respeito da necessidade de constituir advogado, porque, se o réu não tiver disponibilidade econômica, tem direito à nomeação de Defensor Público. Com efeito, assegura-se a participação da Defensoria Pública, observando-se que esta, se for constituída pelo demandado apenas na fase recursal, terá quinze dias para recorrer e não o prazo em dobro. Para o prazo de resposta, como determinação legal, conta-se-o a partir da intimação pessoal do Defensor e não da juntada aos autos do mandado de citação.

Quando se determinar a citação edital, maior cuidado se deve ter, porque o Edital deve atender a todos os requisitos da lei, inclusive com as certidões de afixação e desafixação, sob pena de nulidade do processo. Tivemos caso em que as iniciais do nome da filha do citando foram trocadas, determinando-se a renovação da citação. Citado editalmente e não contestado o feito, impõe-se a nomeação de Curador Especial, que deverá contestar e não apenas por negativa geral.

Depois de citado, o réu contesta e o feito vai ao Ministério Público pelo prazo de cinco dias, para as providências que entender necessárias.

A audiência de instrução é indispensável. Mesmo que não haja contestação pelo réu, não entendemos a previsão do art. 161 do ECA, praticamente permitindo a decisão da causa como se a revelia fosse possível. Ora, a revelia não ocasiona seus efeitos nos processos de direitos indisponíveis. O pátrio poder não pode ser retirado numa penada, sem qualquer estudo social prévio, sem a ouvida de testemunhas, enfim, há exigência de investigação judicializada. O juiz pode (e deve) agir de ofício, buscando provas e verificando a real situação do infante.

O estudo social assume importância fundamental nesse tipo de ação, porque norteia a decisão e mune a Corte de elementos claros a respeito da situação em desate. A rigor, todos os processos de destituição devem conter um estudo firmado por equipe técnica (psicólogo, psiquiatra e assistente social), em que não só os pais devem ser ouvidos, mas a própria criança.

A propósito, a criança deve sempre ser ouvida, dependendo de sua idade, obviamente. Ocorre que a criança, como sujeito de direitos que é, deve ter a sua vontade considerada nos feitos da infância e da juventude. Naqueles em que se discute a própria guarda, com maior razão impõe-se a sua ouvida (art. 161, § 2º, ECA).

Colhida a prova, realizados os debates, ou apresentados memoriais escritos, sobrem a sentença, mas sempre com a urgência que o caso requer. Não se é dado ao juiz empilhar o feito de destituição junto a outros que eventualmente se encontrem conclusos.

O recurso é o de apelação, no prazo de dez dias, na forma da lei processual civil, recebido no efeito devolutivo. O juiz pode receber a apelação em efeito suspensivo, também, se entender a possibilidade de prejuízo à criança. Não se paga preparo no recurso.

2.4. Destituição e sentença penal condenatória

Dispõe o art. 92, inc. II, do Código Penal que

“há incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra o filho, tutelado ou curatelado”.

O art. 394, parágrafo único, do Código Civil, por seu turno, determina que

“suspende-se igualmente o exercício do pátrio poder, ao pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível, em crime cuja pena exceda de 2 (dois) anos de prisão”.

Disso decorrem algumas questões, a saber: 1) a *incapacidade* a que se refere a lei penal é caso de suspensão ou de perda do pátrio poder? 2) quem decreta a perda ou a suspensão do pátrio poder, no caso da condenação penal?

A doutrina penal não se tem debruçado especificamente acerca da “incapacidade” (1) a que se refere o art. 92, II, do CP. Claro, a hipótese de *incapacidade para o exercício de pátrio poder* é identificada como um dos efeitos civis extrapenais da condenação³⁸, ou um dos efeitos específicos da condenação, não automático e dependente de motivação na sentença³⁹.

Evidente, embora posições em contrário existam, tal efeito de condenação, segundo a lei, só pode subsistir nos crimes dolosos contra os filhos, desde que envolvam questões relativas ao pátrio poder e ainda cominados com pena de reclusão.

Diante da nova ótica do Direito da Criança e do Adolescente, temos que o juiz penal apenas pode *reconhecer* em sua sentença tanto a hipótese de perda quanto a de suspensão de pátrio poder, no caso do art. 92, II, CP. Em outras palavras: não é caso de o juiz penal *condenar* à perda ou suspensão do pátrio poder, mas de reconhecer uma dessas possibilidades, submetendo tal reconhecimento ao juiz competente.

Temos que a mera imposição objetiva, mesmo fundamentada, de tal efeito específico da condenação penal pode configurar outros gravames (piores) à criança e ao adolescente. Mais: mesmo que a sentença seja fundamentada a tal respeito, isso não foi objeto da ação penal, ou seja, no processo não se discutiu a perda do pátrio poder, que só pode dar-se nas hipóteses fechadas da lei civil. Se isso não foi discutido no processo penal, obviamente, não temos apenas cerceamento de defesa, com relação à hipótese civil de perda do pátrio poder, mas temos caso de responsabilidade penal objetiva, que há muito tempo foi banida do ordenamento jurídico-penal.

Destarte, se o juiz penal só pode *reconhecer* a hipótese de perda ou suspensão do pátrio poder, responde-se à segunda indagação. Quanto a esta, temos que somente o juízo de família, cível ou da infância e da juventude pode determinar a perda do pátrio poder, no caso de reconhecimento na sentença penal condenatória.

Entendem Cury, Garrido e Marçura⁴⁰ que o efeito não é automático, reclamando motivação da sentença penal condenatória, sendo que, a omissão leva à necessidade de ação própria. Entendemos que, embora o caso de perda do pátrio poder deva ser reconhecido expressamente na sentença penal condenatória, isto é, deva ser “pronunciada por disposição especial da sentença de condenação”⁴¹, os seus efeitos devem ser devidamente apurados dentro do devido processo legal, porque há de se apurar o “melhor interesse” da criança ou do adolescente. Aí, sim, por ação própria de destituição do pátrio poder.

Ainda, não se pode permitir que *disposição penal*, dirigida à punição daquele que detém o pátrio poder, atinja também direta e imediatamente a criança ou o adolescente. Há quem defenda que a mera condenação a pena superior a dois anos, em qualquer crime doloso, já implicaria a destituição do pátrio poder⁴², sem mesmo perquirir-se até que ponto tal condenação atinge o melhor interesse da criança/adolescente. Isso, como disse, é a pura responsabilidade penal objetiva, quando é sabido que a perda do pátrio poder pressupõe *culpa dos pais*.

Por outro lado, a lei especial do Estatuto (a lei penal é geral) determina que a perda do pátrio poder seja feita em procedimento contraditório (art. 24, ECA). Obviamente, em se tratando de um *efeito da condenação*, incorreu o devido *contraditório específico* a respeito do assunto “pátrio poder”. Destarte, se decretada e efetivada a perda do pátrio poder, por sentença penal condenatória, feriu-se não só a lei do Estatuto, mas a própria Constituição Federal (art. 5º, inc. LV).

O procedimento de perda do pátrio poder exige a intervenção ministerial (art. 201, inc. III, ECA). Não do agente que labutou na área penal, naquele processo penal em que foi reconhecida a perda do exercício do pátrio poder, mas do oficiante nos feitos da criança e do adolescente, no agente que labuta na Vara de Família ou Cível, que é o órgão competente e especializado na órbita dos direitos da criança e do adolescente.

Assim, temos que, se reconhecida ou decretada a perda do pátrio poder (destituição), cópia da sentença penal condenatória deve ser enviada ao agente ministerial competente (cível ou de família, ou aquele que oficia no juizado da infância e da juventude), para as providências posteriores, relativas à perda do pátrio poder dentro do *due process of law*.

2.5. A sentença de destituição

A sentença de destituição tem cunho declaratório, constitutivo e condenatório.

É *declaratória* não só porque tal efeito está presente na maioria das ações civis, mas porque declara a existência da hipótese legal de perda do pátrio poder, reconhecendo a presença de um ou mais dos incisos do art. 395, CC; é *constitutiva* porque o juiz deve encaminhar a nova situação da criança e do adolescente (tutela, guarda, abrigo, etc). O juiz deve dizer como é que fica a situação da criança, quem será o detentor da guarda, quem exercerá o pátrio poder; é *condenatória* porque os pais são condenados à perda de um direito, podendo até interpor recurso contra tal sentença.

A sentença, obviamente, deve ser fundamentada. Não amparada simplesmente na revelia, mesmo porque esta incorre na ação em que se discute relação de pátrio poder. A sentença deve convencer-nos no sentido de que a sanção que traduz é a última e única possível no caso *sub judice*.

Por outro lado, a sentença pode não impor a destituição, seja porque o autor

não logrou provar os fatos arrolados, ou porque nem mesmo as diligências procedidas de ofício assim o fizeram. A propósito, pensamos que a sentença pode reconhecer hipótese de atingimento menos grave contra o infante e sancionar os pais com a suspensão do pátrio poder, ou outra providência, sem que isso importe em nulidade da sentença.

Ocorre que na ação de destituição, tal como na ação de guarda, em que estão envolvidos interesses de crianças e adolescentes, a sentença não está vinculada ao pedido, ou seja, não pode ser reconhecida como *ultra petita* ou *citra petita*, porque deve visar o *best interest* da criança, e este, às vezes, não se encontra na procedência da destituição. Assim, a parte pode pretender a destituição do pátrio poder, ajuizar a ação, mas o juiz concluir pela aplicação de outras medidas, como aquelas constantes do art. 101 e incs. do ECA, tudo no interesse da criança. Não se pode perder de regularizar a situação que aflige o menor, apenas fundado nos caminhos estreitos da destituição. Nesse caso, ajuizada a ação de destituição de pátrio poder, se o juiz concluir em aplicar a suspensão ou outra medida, a sentença será de parcial procedência, porque não se atendeu à integralidade do pedido.

Em qualquer caso, incorrerá imposição de ônus sucumbenciais, seja em custas ou verba honorária, mesmo que a parte tenha-se socorrido de advogado particular. A única exceção ocorre na hipótese de litigância de má-fé, quando se pode aplicar condenação em verba honorária, mesmo que suspensa na forma da Lei nº 1.051/50.

A sentença de destituição não pode deixar de reconhecer a subsistência do dever alimentar dos pais relativamente aos filhos. Não, assim, impondo valores de alimentos, mas reconhecendo o direito ao guardião/tutor ao ajuizamento de ações tendentes a fazer valer o direito a alimentos, porque a destituição não implica a exoneração desse dever dos pais⁴³.

Igualmente, a decisão não pode omitir o comando relativo ao registro na certidão de nascimento da criança ou do adolescente, fins averbação, consoante determina o art. 102, §6º, da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), bem como manifestar-se a respeito da extensão da perda, ou seja, se atinge os pais conjuntamente, ou se o pátrio poder subsistirá no pai ou na mãe. Ocorre que, imposta a sanção de perda, “passa este à mãe. Se ela não for viva, ou se a perda lhe for igualmente imposta, ou se não estiver apta a exercê-lo, o mesmo juiz, que a impuser, nomeará tutor ao menor”⁴⁴. Isso deve ficar claro na sentença, para evitar-se embargos declaratórios ou apelação.

2.6. A destituição e a intervenção do Ministério Público

O Promotor de Justiça, no Juízo de Família, Cível ou da Infância e da Juventude, é o grande interveniente e autor das ações de perda do pátrio poder. Sua presença no feito não é qualquer favor judicial, mas pura obrigação decorrente de lei. Não pode ser excluído do feito, não pode ser olvidado durante a instrução, sob pena de nulidade do processo.

Compete ao Ministério Público não só ajuizar as ações de perda do pátrio poder, bem como acompanhá-las, quando não for o autor (art. 201, III, ECA). Naquele caso, investe-se na qualidade de parte; neste, tem sua função duplicada, porque atua como (1) fiscal da lei e do procedimento e (2) como protetor dos interesses da criança e do adolescente.

A lei processual civil, mesma forma, determina que compete ao Ministério Público intervir em todas as causas relativas ao pátrio poder (*art. 82, inc. II, do CPC*). Não só as ações principais, mas também em todas aquelas que delas decorram, seja nas execuções ou cautelares.

Temos entendido, embora com a contrariedade de inúmeros colegas, que,

quando o agente ministerial é o *autor* da ação, ele desveste-se da qualidade inerente e peculiar de protetor integral da criança, tornando-se *parte* na ação. Isso porque o Ministério Público não pode assumir duas funções ao mesmo tempo: parte e curador dos interesses da criança. Na verdade, como parte, o Ministério Público ajuizou a ação para ser o vencedor; ajuizou a ação porque “viu” violação dos interesses da criança ou do adolescente, o que não significa necessariamente que a destituição seja o melhor interesse da criança.

Os pais, por seu turno, que representam ou assistem legalmente seus filhos, em sendo os réus, tornaram-se *parte*. Como parte, os réus visam, mesma forma, não perder o pátrio poder, não perder a demanda. Se os réus são partes, não estão na condição de bem representar ou patrocinar o melhor interesse dos filhos. E tais interesses, obviamente, que são inerentes à criança, são o objeto da discussão judicial. Destarte, presente um conflito de interesses entre os pais, que entendem conservar o pátrio poder, e o Ministério Público, que entende que o melhor para a criança é a perda do pátrio poder. Diante disso, quem velará pelo “melhor interesse” da criança? Em tais casos, temos entendido que se deve nomear um curador à lide, um curador especial à criança, que apenas verificará as suas condições fáticas, velará pela proteção do seu “melhor interesse”, velará por aquilo que para si é melhor no processo, distante e próximo da discussão a respeito do pátrio poder.

O entendimento tem sido acolhido por unanimidade em nossa Câmara (Ap. Cíveis 599011400 e 70000191809, ambos da 8ª Câmara Cível do TJRS).

O Promotor de Justiça, por seu turno, pode recusar-se ao ajuizamento da ação de destituição, porque nesse tema não vigora qualquer obrigatoriedade. Todavia, seu entendimento não é absoluto, porque se pode encaminhar notícia ao Chefe do

Ministério Público, similarmente ao que se faz no juízo penal, para que este apure a conveniência do caso e nomeie outro agente para a missão. Já houve precedente nesse sentido: TJSP, AI-25.336-0⁴⁵.

Notas

¹ CF-Art. 226, §5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Síntese de Direito Civil: Direito de Família*. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 246.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. 5, s./d., p. 239.

⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. SP, LEUD, 1981, p. 3.

⁵ In: *Direito Civil*, v. 6, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 339.

⁶ In: *Do pátrio poder*. São Paulo, RT, 1994. p. 55.

⁷ CF-Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁸ Lei nº 8.069/90. Art.22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

⁹ IN, *RJTJRS-104/405*.

¹⁰ Art. 395. Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe: I- que castigar imoderadamente o filho; II- que o deixar em abandono; III- que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

¹¹ Art. 392. Extingue-se o pátrio poder: I-pela morte dos pais ou do filho; II- pela emancipação, nos termos do parágrafo único do art. 9º, Parte Geral (melhor: §1º do art. 9º); III- pela maioridade e IV- pela adoção.

¹² ELIAS, Roberto João. *Pátrio Poder*. p. 42.

¹³ Art. 394. Se o pai, ou a mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder. *Parágrafo Único*. Suspende-se igualmente o exercício do pátrio poder, ao pai ou mãe condenados por sentença irrecorrível, em crime cuja pena exceda de 2 (dois) anos de prisão.

¹⁴ ELIAS, Roberto João. *Pátrio Poder*. Op. cit., p. 45.

¹⁵ VIANA, Marco Aurelio S. Da guarda, da tutela e da adoção. [S.l.]: Del Rey, 1993, p. 59.

¹⁶ In: *Instituições*, cit., p. 241.

Bibliografia

- ¹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 6.
- ¹⁸ In: Destituição do Pátrio Poder. *Revista de Direito Civil*-35/117.
- ¹⁹ In: Jurisdição Voluntária, Rio de Janeiro, Aide, 1992, p. 79.
- ²⁰ ELIAS, Roberto João. Pátrio Poder. Op. cit., p. 100/1.
- ²¹ Nesse sentido é a lição de RODRIGUES, Silvio. op. cit., p. 351.
- ²² VIANA, Marco Aurélio S. Da Guarda, da tutela e da adoção, op. cit., p. 60.
- ²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Síntese de Direito Civil: Direito de Família*, Curitiba, JM-Editora, 1997.
- ²⁴ No mesmo sentido: Fachin, LUIZ EDSON. *Elementos críticos do Direito de Família*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 225.
- ²⁵ In: *Direito Civil: Direito de Família*, op. cit., p. 352.
- ²⁶ In: *Guarda de Filhos*, São Paulo, LEUD, 1981, p. 32.
- ²⁷ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 384.
- ²⁸ In: *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5. v. [S.l.] : Saraiva, 1999. p. 383.
- ²⁹ In: *Estatuto da Criança e do Adolescente*, São Paulo : 2. ed., Revista dos Tribunais, 2000, p. 36.
- ³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, p. 248.
- ³¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito de Família*, op. cit., p. 353.
- ³² In: Do Pátrio Poder. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, op. cit., p. 189.
- ³³ Op. cit. p. 249-50.
- ³⁴ In: *Guarda de filhos*, São Paulo, LEUD, 1981. p. 4.
- ³⁵ Op. loc. cit., p. 354.
- ³⁶ Apud. CURY, Garrido e Marçura, op. loc. cit., p. 138.
- ³⁷ O Melhor Interesse da criança e do adolescente em face das regras processuais e procedimentos cíveis da Lei nº 8.069/90. In: *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Op. cit., p. 608.
- ³⁸ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. [S.l.] : Saraiva, v. 1, 1985. p. 550.
- ³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal*. parte geral. 3. ed., Porto Alegre, Liv. Advogado, p. 286.
- ⁴⁰ In: *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 36.
- ⁴¹ CRUZ, José Raimundo Gomes da. Op. loc. cit., p. 118.
- ⁴² SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta*. cit., p. 159.
- ⁴³ SILVA, José Luiz Mônaco da. Op. cit., p. 61.
- ⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, op.cit., p. 249.
- ⁴⁵ Apud, CURY, Garrido e Marçura, op. cit., p.138.
- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Da revelia na ação de perda ou suspensão de pátrio poder. In: *Direito de Família e aspectos constitucionais civis e processuais*. (org.). Teresa Wambier e Alexandre Lazzarini. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal* : parte geral. 3. ed. Porto Alegre : Ed. Liv. Advogado, 1995.
- BITENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de Filhos*. São Paulo : Leud, 1981.
- CHAVES, Antonio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo : LTR, 2. ed. 1997.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. Destituição de Pátrio Poder. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986. Ver *Direito Civil*-35.
- CUNHA, Maria Otávia. *Cartilha de Direito de Família*. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1981.
- CZAPSKI e KOK. Aurélia Lizete e Clarice. Destituição de Pátrio Poder. In: *Revista de Direito Civil*-40, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- CURY, AMARAL E SILVA e GARCIA MENDEZ. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CURY, GARRIDO E MARÇURA. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, São Paulo : Saraiva, v. 5, 1999.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- _____. Pátrio Poder. guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo : Saraiva, 1999.
- HÖER e SARAIVA, Cláudio Gilberto Aguiar, TREGNAGO, Heleno. (Org.) *Coletânea Doutrinária*. CD-ROM, Rio Grande do Sul : Plenum, 1999.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*, São Paulo : Saraiva, v. 1, s.d.
- LEITE, Eduardo de Oliveira Leite. *Síntese de Direito Civil. Direito de Família*. Curitiba : JM, 1997.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente : comentado*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 11. ed. v. 5, Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 6, São Paulo : Saraiva, 1995.
- SABINO JÚNIOR, Vicente. *O Menor, sua guarda e seus direitos*. 4. ed. São Paulo : Bed.
- SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do Pátrio Poder*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição voluntária*. Rio de Janeiro : AIDE, 1992.
- VIANA, Marco Aurélio S. Da guarda, da tutela e da adoção. [S.l.] : Del Rey, 1993.

Limitações constitucionais às comissões parlamentares de inquérito

Alexandre de Moraes

O ordenamento constitucional brasileiro consagrou novamente, dentro das funções fiscalizatórias do Poder Legislativo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, seguindo uma tradição inglesa que remonta ao século XIV, quando, durante os reinados de Eduardo II e Eduardo III (1327 – 1377), permitiu-se ao parlamento a possibilidade de controle da gestão da coisa pública realizada pelo soberano¹.

O artigo 58, § 3º, da Constituição Federal, ao prever que *as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, porém, foi extremamente lacônico e impreciso, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro inexiste, em regra, o juiz-investigador², tarefa essa deixada institucionalmente a cargo das Polícias Civil e Federal e do Ministério Público, em face da adoção do processo acusatório, em que a separação entre o juiz e o órgão acusador é extremamente rígida.

Assim, em face da imprecisão legislativa, há a necessidade de definição de dois pontos básicos na atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito: *amplitude de seu campo de atuação e limites de seu poder investigatório*.

Em relação à *amplitude de seu campo de atuação*, inicialmente deve ser salientado que o poder do Congresso de realizar investigações não é ilimitado, devendo concentrar-se em fatos específicos, defi-

Alexandre de Moraes é Promotor de Justiça, Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Direitos Humanos das Escolas Superiores dos Ministérios Públicos de São Paulo e da Bahia e doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

nidos e relacionados ao Poder Público, pois, como salientado por Francisco Campos, “o poder de investigar não é genérico ou indefinido, mas eminentemente específico, ou há de ter um conteúdo concreto, suscetível de ser antecipadamente avaliado na sua extensão, compreensão e alcance pelas pessoas convocadas a colaborar com as comissões de inquérito”³.

Observe-se que a necessidade de criação das comissões com objeto específico não impede a apuração de fatos conexos ao principal⁴ ou ainda de outros fatos, inicialmente desconhecidos, que surgirem durante a investigação, bastando, para que isso ocorra, que haja um aditamento do objeto inicial da CPF.

Assim, podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso⁶, não existe autoridade geral das CPIs para exposição dos negócios privados dos indivíduos, quando inexistir nexos causal com a gestão da coisa pública⁷. Nesse sentido, importante lembrarmos a histórica decisão da Corte Suprema norte-americana, sob a presidência do *Chief Justice* Warren, em que se afirmou a impossibilidade de

“pressupor que todo inquérito parlamentar é justificado por uma necessidade pública que sobrepassa os direitos privados atingidos. Fazê-lo seria abdicar da responsabilidade imposta ao Judiciário, pela Constituição, de garantir que o Congresso não invada, injustificadamente, o direito à própria intimidade individual, nem restrinja as liberdades de palavra, imprensa, religião ou reunião... As liberdades protegidas pela Constituição, não devem ser postas em perigo na ausência de clara determinação, pela Câmara ou Senado, de que o inquérito em questão é justificado por uma necessidade pública específica”⁸.

Igualmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito, sejam da Câmara dos Deputados, sejam do Senado Federal ou do próprio Congresso Nacional, devem absoluto respeito ao princípio federativo, e, conseqüentemente, à autonomia dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, cujas gestões da coisa pública devem ser fiscalizadas pelos respectivos legislativos⁹.

Em havendo respeito ao seu campo constitucional de atuação, as Comissões Parlamentares de Inquérito deverão observar os *limites de seu poder investigatório*.

Uma vez que, conforme já analisado, inexistente como regra no ordenamento jurídico brasileiro o juiz-investigador, deve ser utilizado como paradigma para os poderes das CPIs aqueles que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, relacionados à dilação probatória, em busca da verdade material, nos mesmos termos proclamados pela Lei Fundamental alemã, que, em seu artigo 44, item 2, ao se referir às comissões de inquérito, estabelece que “as disposições relativas ao processo penal terão aplicação por analogia à apuração de provas”.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, portanto e em regra, terão os mesmos *poderes instrutórios* que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com a possibilidade de invasão das liberdades públicas individuais, mas deverão exercê-los dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário¹⁰, seja em relação ao respeito aos direitos fundamentais, seja em relação à necessária fundamentação¹¹ e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política¹² ou de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades e vidas privadas¹³.

Assim, os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito compreendem:

- *possibilidade de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados*¹⁴: a Lei nº 1.579/52 dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito e prevê que terão ampla ação nas pesquisas destinadas a apurar os fatos determinados que deram origem a sua formação. Assim, as CPIs poderão decretar a quebra do sigilo bancário, fiscal ou de dados, desde que sua atividade fiscal ou investigatória desenvolva-se no estrito âmbito de competência do órgão dentro do qual elas são criadas, haja interesse público e, principalmente, decisão fundamentada, demonstrando a necessidade desse meio de prova. Além disso, deverão as comissões de inquérito preservar as informações sigilosas obtidas durante a investigação. Acrescente-se, ainda, como destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em relação à quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, que

“não há como negar sua natureza probatória e, em princípio, sua compreensão no âmbito dos poderes de instrução do juiz, que a letra do art. 58, § 3º, da Constituição faz extensíveis às comissões parlamentares de inquérito”¹⁵.

Igualmente, conforme afirmado pelo Ministro Carlos Velloso, “pode, então, a CPI quebrar o sigilo dos dados ou registros telefônicos de pessoa que esteja sendo investigada”¹⁶.

- *oitiva de testemunhas, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva*: as comissões podem determinar a oitiva de qualquer pessoa, funcionário público – inclusive Ministros de Estado – ou particular¹⁷, desde que seja necessário para a investigação¹⁸. Ninguém pode escusar-se de comparecer à comissão parlamentar de inquérito para depor¹⁹. Como destacado pelo Ministro Sepúlveda Pertence,

“a Constituição explicitou dispor a Comissão Parlamentar de Inquérito

dos ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’, entre os quais avulta de importância o de intimar, fazer comparecer, se for o caso, e tomar o depoimento de qualquer pessoa sobre o fato determinado a cuja apuração se destinar: *the power to send for persons*”²⁰.

Observe-se, porém, que, assim como as autoridades judiciais, os depoimentos nas CPIs deverão respeitar a existência de eventual sigilo profissional, que, conforme proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, “tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar”²¹;

- *ouvir investigados ou indiciados*²²: nessas oitivas, a Constituição Federal consagra o *direito ao silêncio*, inafastável inclusive pelas Comissões Parlamentares de Inquérito²³, pois o investigado não poderá ser obrigado a depor contra si mesmo²⁴;

- *realização de perícias e exames necessários à dilação probatória, bem como requisição de documentos e busca de todos os meios de provas legalmente admitidos*²⁵;

- *determinar buscas e apreensões*²⁶: as CPIs possuem, genericamente, o poder de determinar às autoridades policiais e administrativas a realização de buscas e apreensões de documentos necessários às investigações. Como salientado pelo Ministro Carlos Velloso,

“a Comissão pode, em princípio, determinar buscas e apreensões, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inócuas e, quando viessem a ser executadas, cairiam no vazio. Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria, que pode constituir o *punctum dollens* da Comissão Parlamentar de Inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena de a investigação tornar-se ilusória e destituída de qualquer sentido”²⁷.

Esse poder genérico, porém, encontra sua limitação na consagração constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI), em face da cláusula de reserva jurisdicional, que será analisada a seguir, de forma a impedir a determinação de buscas e apreensões que necessitem invadir domicílios para sua concretização.

Por outro lado, as Comissões Parlamentares de Inquérito jamais terão os mesmos poderes cautelares que possuem as autoridades judiciais durante a instrução processual penal, por carecerem de competência jurisdicional²⁸. Nesse sentido, afirmou o Supremo Tribunal Federal que as comissões “não podem decretar medidas assecuratórias para garantir a eficácia de eventual sentença condenatória, uma vez que o poder geral de cautela de sentenças judiciais só pode ser exercido por juízes”²⁹.

Dessa forma, não poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito:

- *decretar quaisquer hipóteses de prisão, salvo as prisões em flagrante delito*: as Comissões Parlamentares de Inquérito não possuem competência constitucional para a decretação de prisões temporárias, preventivas ou quaisquer outras hipóteses, salvo as prisões em flagrante delito, uma vez que a Constituição Federal reservou ao Poder Judiciário a função de zelar pelo *status libertatis* individual, nos termos do art. 5º, LXI³⁰. Diferentemente das Constituições de 1824 (art. 179, X), 1891 (art. 72, § 13), 1934 (art. 113, nº 21), 1937 (art. 122, nº 11), 1946 (art. 141, § 20), 1967 (art. 150, § 12), EC nº 01/69 (art. 153, § 10), somente o Poder Judiciário poderá emanar ordens de prisão, salvo a hipótese de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei, pois a tutela à liberdade com a conseqüente limitação do poder estatal sobre o *status libertatis* do indivíduo consiste em uma das maiores conquistas do Estado de Direito³¹. As CPIs somente poderão decretar prisões em flagrante delito, inclusive por falso teste-

munho, desde que, nessa hipótese, obviamente, não se trate do próprio investigado ou ainda de pessoa que deixar de revelar fatos que possam incriminá-la, em respeito ao constitucionalmente consagrado *direito ao silêncio*³².

- *determinar a aplicação de medidas cautelares, tais como indisponibilidade de bens, arrestos, seqüestro, hipoteca judiciária, proibição de ausentar-se da comarca ou do país*: como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence,

“o decreto de indisponibilidade dos bens de determinada pessoa posta sob a suspeição da CPI, qual o impetrante, mostra-se de todo excedente à mais larga interpretação da autoridade das CPIs: indisponibilidade de bens, ou medida similar – qual o arresto, o seqüestro ou a hipoteca judiciária – são providimentos cautelares de sentença definitiva de condenação, os quais obviamente não se confundem com os poderes instrutórios, ou de cautela sobre a prova, que se possam admitir extensíveis aos órgãos parlamentares de investigação”³³.

- *proibir ou restringir a assistência jurídica aos investigados*: tendo a Constituição Federal consagrado, em seu art. 133, como princípios constitucionais a indispensabilidade e a imunidade do advogado, não poderão as CPIs impedir que os investigados façam-se acompanhar de seus advogados, nem tampouco cercar-lhes o exercício da atividade profissional, desde que nos parâmetros delimitados pela legislação em vigor e pela própria natureza inquisitiva do inquérito parlamentar, em que inexiste o contraditório. Como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello,

“a Comissão Parlamentar de Inquérito, como qualquer outro órgão do Estado, não pode, sob pena de grave transgressão à Constituição e às leis da República, impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo advogado,

das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei nº 8.906/94)”, para concluir que

“assiste ao advogado a prerrogativa – que lhe é dada por força e autoridade da lei – de velar pela intangibilidade dos direitos daquele que o constituiu como patrono de sua defesa técnica, competindo-lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho do *munus* de que se acha incumbido esse profissional do Direito, o exercício dos meios legais vocacionados à plena realização de seu legítimo mandato profissional”³⁴.

Além dessas limitações, incide sobre a atuação das CPIs a denominada *cláusula de reserva jurisdicional*³⁵, consistente na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário para a prática de determinados atos. Assim, por exemplo, quando o texto constitucional prevê, no art. 5º, XI, a possibilidade de invasão domiciliar durante o dia por *determinação judicial*, ou ainda, quando no art. 5º, XII, permite a interceptação telefônica *por ordem judicial*, expressamente reserva a prática desses atos constrictivos da liberdade individual aos órgãos do Poder Judiciário. Nessas hipóteses, as CPIs carecem de competência constitucional para a prática desse atos, devendo solicitar ao órgão jurisdicional competente³⁶.

Conforme salientam Canotilho e Vital Moreira, “os poderes das comissões de inquérito têm um limite naqueles direitos fundamentais dos cidadãos que, mesmo em investigação criminal, não podem ser afectados senão por decisão de um juiz”³⁷.

O Ministro Celso de Mello adverte que essa cláusula consubstancia

“ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por

força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado”³⁸.

Como afirmado por Luís Roberto Barroso,

“ultrapassaria com exagero os limites da razoabilidade a suposição de que uma comissão parlamentar de inquérito – instância política, sujeita a paixões e excessos – pudesse livremente dispor da privacidade das pessoas, invadindo domicílios e escritórios, e apreendendo o que lhe aprouvesse”³⁹.

Ressalte-se que os eventuais abusos ou ilegalidades praticados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito deverão ser controlados pelo Poder Judiciário⁴⁰, por meio do Supremo Tribunal Federal, em regra em sede de mandado de segurança⁴¹ e *habeas corpus*⁴², nos termos do artigo 102, I, i, da Constituição Federal, pois “as Comissões Parlamentares de Inquérito não são órgãos distintos, mas emanações do Congresso, competindo ao Supremo Tribunal Federal o controle de seus atos”⁴³. Dessa forma, conforme decidiu o Pretório Excelso,

“ao Supremo Tribunal Federal compete exercer, originariamente, o controle jurisdicional sobre atos de comissão parlamentar de inquérito que envolvam ilegalidade ou ofensa a direito individual, dado que a ele compete processar e julgar *habeas corpus* e mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, art. 102, I, i, da Constituição, e a comissão parlamentar de inquérito procede como se fora a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal ou o Congresso Nacional. Construção constitucional consagrada”⁴⁴.

Dessa forma, a conduta das Comissões Parlamentares de Inquérito deve, por-

tanto, equilibrar os interesses investigatórios, certamente de grande interesse público, com as garantias constitucionalmente consagradas, preservando a segurança jurídica e utilizando-se dos meios jurídicos mais razoáveis e práticos em busca de resultados satisfatórios garantindo a plena efetividade da justiça, sob pena de desviar-se de sua finalidade constitucional⁴⁵.

Há, portanto, necessidade de direcionar-se todas as regras hermenêuticas para garantir-se a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Os direitos humanos fundamentais, enquanto uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à *dignidade humana*, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana, são absolutamente vinculantes ao exercício dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito⁴⁶.

Dessa forma, a maior limitação à atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito é o pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de Roscoe Pound, para quem liberdade consiste

“na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e desarrazoado do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos”⁴⁷.

Sem respeito à dignidade da pessoa humana não haverá Estado de Direito, desaparecendo a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a consequência nefasta do fim da Democracia.

Exige-se, pois, do Poder Legislativo, no exercício de sua função fiscalizatória, por meio de Comissões Parlamentares de Inquérito, pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da legitimidade popular que sustenta a atuação fiscalizatória dos parlamentares, pois, como ensina Norberto Bobbio, “sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar”⁴⁸.

Notas

¹ SANTAOLLA, Fernando. *El parlamento y sus instrumentos de información*. Madrid: Edersa, 1982. p. 61.

² Ressalte-se que uma exceção a essa regra da inexistência do juiz-investigador foi prevista na Lei nº 9.034/95, que dispõe sobre o combate ao crime organizado, permitindo ao juiz a realização pessoal de atividades investigatórias. O Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, indeferiu medida liminar contra a referida lei, entendendo ser possível a previsão legal de poderes investigatórios aos magistrados, por inexistir monopólio da polícia judiciária, bem como afirmou que a coleta de provas por parte do magistrado não significa uma antecipação do juízo condenatório (STF – Pleno – Adin nº 1.517/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo STF nº 6).

³ CAMPOS, Francisco. Comissão parlamentar de inquérito: poderes do congresso, direitos e garantias individuais. *Revista Forense*. [S.l. : s.n.], n. 195, s.d. p. 86.

⁴ Cf. nesse sentido: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 26. 1998. p. 26.

⁵ Conforme definiu o STF: “Por uma necessidade funcional, a comissão parlamentar de inquérito não

tem poderes universais de investigação, mas limitados a fatos determinados, o que não quer dizer não possa haver tantas comissões quantas as necessárias para realizar as investigações recomendáveis, e que outros fatos, inicialmente imprevisíveis, não possam ser adotados aos objetivos da comissão de inquérito, já em ação” (STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 de abril de 1994. Conferir, também, RTJ 163/626).

⁶ STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 de abril de 1994. Conferir, também, RTJ 163/626. O mesmo ocorre na Espanha, como destaca Rubio ao apontar a excepcionalidade dos inquéritos parlamentares e a necessidade de “trabalho concreto, objeto determinado e interesse público” (RUBIO, Ricardo Medina. *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación*. Madri: Civitas, p. 51.

⁷ ROSA, Roberto. Limitações às comissões de inquérito do legislativo. *Revista de Direito Público*. [s.l.: s.n.], n. 12. p. 58; COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.: s.n.], n. 10. p. 62. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares*: comissões parlamentares de inquérito. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 140.

⁸ *Watkins v. United States, 354 US 178 (1957)*. Relator o *Chief Justice Warren*. *Vencido, o ministro Clark (8x1)*, onde Watkins se recusara a responder perguntas relativas aos associados do Partido Comunista de 1942 a 1947.

⁹ Note-se que, apesar de Portugal ser um Estado Unitário, possui regiões autônomas (Constituição portuguesa, art. 6º). Em relação a essas, Canotilho e Vital Moreira afirmam que “pouco compatível com a lógica constitucional é, igualmente, a possibilidade de inquéritos da AR (Assembleia da República) aos órgãos das regiões autônomas ou do poder local” (*Constituição da república portuguesa anotada*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 719).

¹⁰ Conforme decidiu o Ministro Nelson Jobim, “no exercício desses poderes, tais Comissões devem respeitar os mesmos limites formais a que estão submetidos os membros do Poder Judiciário, quando da instrução de processo criminal” (STF – Pleno – MS nº 79.790-3/SP – Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 26 de nov. de 1999, p. 137). Esse é o mesmo entendimento da Corte Suprema norte-americana, que entende a possibilidade de invasão das liberdades individuais por parte dos inquéritos parlamentares, desde que de forma fundamentada, equilibrada e com extrema cautela (*Wieman v. Updegraff, 334 US 183 – 1952*; *Sweezy v. New Hampshire, 354 US 234 – 1957*).

¹¹ Nesse sentido, conferir STF – Pleno – MS nº 23.452/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 16-9-99 – Informativo STF nº 162, em que o Tribunal entendeu que “a CPI, ao exercer a competência investigatória prevista no art. 58, § 3º, da CF, está sujeita às mesmas

limitações constitucionais que incidem sobre as autoridades judiciárias, devendo, dessa forma, fundamentar as suas decisões (CF, art. 93, IX)”.

¹² Como relembra Roberto Rosas, em alguns casos os inquéritos parlamentares são iniciados por “capricho ou perseguição política” (*Limitações...op. cit.*, p. 58).

¹³ Conforme decidiu a Corte Suprema norte-americana, “O *Bill of Rights* é aplicável aos inquéritos parlamentares, do mesmo modo que a todas as outras formas de ação governamental (*Watkins v. United States, 354 US 178 (1957)*). Relator o *Chief Justice Warren*).

¹⁴ Conferir: STF – Pleno – MS nº 23.468-7/DF – medida liminar – Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 24 de jun. de 1999, p. 8.

¹⁵ STF – Pleno – MS nº 23.466-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 22 de jun. de 1999, p. 31.

¹⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 26, 1998. p. 53.

¹⁷ RUBIO, Ricardo Medina. *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación*. Madri: Civitas, s.d. p. 77.

¹⁸ STF – Pleno – HC nº 75.287-0 – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 30 de abr. de 1997, p. 16.302; STF – Pleno – HC nº 71.231/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 31 de out. de 1996, p. 42.014. Conferir, ainda, decisão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Dirceu de Mello, em sede de Suspensão de Execução de medida liminar nº 48.640-0/1 (31 de março de 1998), na qual se salientou que “não emerge, do nosso ordenamento jurídico, a impossibilidade da comissão parlamentar de inquérito, regularmente constituída, convocar cidadãos, sob pena de condução coercitiva, para prestarem esclarecimentos a respeito de fatos diretamente relacionados com a matéria objeto da investigação. E, exatamente para legitimar tal atuação, dotou o Constituinte as comissões parlamentares de inquéritos de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. Essa decisão monocrática foi confirmada por votação unânime em Sessão Plenária do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo Regimental nº 48.640-0/3-01, Rel. Des. Dirceu de Mello (29 de abril de 1998), em que ficou salientado que “a manutenção da liminar, dispensando os impetrantes de prestarem esclarecimentos perante a Comissão Parlamentar de Inquérito, cerceia a atividade fiscalizadora que exerce o Poder Legislativo sobre os negócios que digam respeito à gestão da coisa pública, como é o caso da atividade que gira em torno de certas modalidades de *jogos de azar*, excepcionalmente admitidos pelo nosso ordenamento jurídico”.

¹⁹ RTJ 163/626.

²⁰ STF – pleno HC nº 79.244-8/DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

²¹ STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 de abril de 1994. Conferir, ainda: STF – Pleno – HC nº 71.261/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Conferir, também, RTJ 163/626.

²² STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 de abril de 1994. Conferir, também, RTJ 163/626.

²³ Conferir a respeito, nosso artigo Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito. *Revista dos Tribunais* nº 766. p. 509. No sentido do texto, igualmente, afirmou o Ministro Marco Aurélio, em relação a oitiva de investigados pela CPI: “Não menos correto é estar ele protegido pela norma constitucional asseguradora do direito de ficar calado no tocante a indagações que possam, de alguma forma, incriminá-lo, independentemente da formalização, ou não, do compromisso de dizer a verdade” (STF – Pleno – HC nº 79.563-3/DF – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 14 de out. de 1999, p. 17). No mesmo sentido: STF – Pleno – HC nº 75.287-0 – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 30 de abr. de 1997, p. 16.302.

²⁴ Esse direito é consagrado pela cláusula *privilege against self-incrimination*, na 5ª Emenda da Constituição norte-americana. Igual previsão existe também no Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê, no art. 8º, § 2º, g, “o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

²⁵ STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 de abril de 1994. Conferir, também, RTJ 163/626.

²⁶ STF – HC nº 71.039/RJ – Rel. Min. Paulo Brossard, decisão: 7 de abril de 1994. Conferir, também, RTJ 163/626.

²⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 26, 1998. p. 49.

²⁸ Como salientam Canotilho e Vital Moreira, “os inquéritos parlamentares têm, por natureza, carácter instrumental, pois a sua função não consiste em julgar, mas sim habilitar a AR (Assembleia da República) com conhecimentos que podem, eventualmente, levar a tomar medidas (legislativas ou outras sobre o assunto inquirido). Estão, por isso, particularmente vocacionados como instrumento da função de fiscalização política da AR, designadamente na apreciação dos actos do Governo e da Administração” (*Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 719).

²⁹ STF – Pleno – MS 23.469-DF, MS 23.435-DF e MS 23.471/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 10-11-99 – Informativo STF nº 170. No mesmo sentido: STF – Pleno – MS nº 23.446/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 18-8-99 – Informativo STF nº 158;

³⁰ CF, art. 5º, LXI – “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos

de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

³¹ Conferir a respeito: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 275-283.

³² Conferir a respeito, RTJ 163/626, em que o STF decidiu que “não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la”.

³³ STF – Pleno – MS nº 23.466-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 22 de jun. de 1999, p. 31.

³⁴ STF – Pleno – MS nº 23.576-4/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 7 de dez. de 1999, p. 62 e 63.

³⁵ No Supremo Tribunal Federal, essa questão encontra-se pendente de uma definição, na qual se manifestem todos os Ministros. Por enquanto, adotam o princípio da reserva jurisdicional os Ministros: Celso de Mello, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Carlos Velloso (STF – Pleno – MS nº 23.452/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 16-9-99 – Informativo STF nº 162).

³⁶ Restrição semelhante é encontrada na Lei Fundamental alemã, que em seu art. 44 estabelece a impossibilidade de afetação, pelas comissões de inquérito, do segredo de correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações, além de prever que os tribunais e as autoridades administrativas são obrigados a prestar ajuda judicial e administrativa.

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 720.

³⁸ Trecho de voto proferido como relator: STF – Pleno – MS nº 23.452-1/RJ – Rel. Min. Celso de Mello.

³⁹ Conferir, com extensa citação doutrinária nacional e estrangeira: BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito: limite de sua competência – sentido da expressão constitucional poderes de investigação próprios das autoridades judiciais: inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandato judicial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 335. 1992. p. 173.

⁴⁰ STF – Pleno – MS nº 23.491-1/DF – medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 2 de ago. de 1999, p. 67; RDA 196/197; RDA 199/205.

⁴¹ STF – Pleno – MS 23.469-DF, MS 23.435-DF e MS 23.471/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 10-11-99 – Informativo STF nº 170; STF – Pleno – MS nº 23.446-6/DF – medida liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 21 de jun. de 1999, p. 27; STF – Pleno – MS nº 23.465-2/DF – medida liminar – Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 25 de jun. de 1999, p. 25.

⁴² Nesse sentido, conferir STF – HC nº 79.411/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti, decisão: 15-9-99 – Informativo

STF nº 162; STF – Pleno – HC nº 79.563-3/DF – medida liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 14 de out. de 1999, p. 17;

⁴³ STF – RDA 47/286.

⁴⁴ RTJ 163/626.

⁴⁵ Como destacado por Roberto Rosa, “as comissões parlamentares de inquérito têm notável influência na vida política do país. No Brasil elas agem com um espírito elevado e consentâneo com suas finalidades. No entanto, é necessário não se permitir o extravasamento de suas funções, o abuso do poder inerente às comissões de inquérito” (op. cit., p. 60).

⁴⁶ Conforme afirmou o Ministro Celso de Mello, “é essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito – precisamente porque não são absolutos – sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer” (STF – Pleno – MS nº 23.452-1/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 16-9-99).

⁴⁷ POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo : Ibrasa, 1976. p. 5.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Igualdade y libertad*. Barcelona : Paidós, 1993. p. 117.

Bibliografia

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares: comissões parlamentares de inquérito*. Rio de Janeiro : Forense, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *Comissões parlamentares de inquérito: limite de sua competência – sentido da expressão constitucional poderes de investigação*

próprios das autoridades judiciais – inadmissibilidade de busca e apreensão sem mandado judicial. *Revista Forense*. Rio de Janeiro : Forense, n. 335, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade y libertad*. Barcelona : Paidós, 1993.

CAMPOS, Francisco. *Comissão parlamentar de inquérito: poderes do congresso: direitos e garantias individuais*. *Revista Forense*. [S.l. : s.n.], n. 195, s.d.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *Comissão parlamentar de inquérito*. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l. : s.n.], n. 10, s.d.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre. *Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito*. *Revista dos Tribunais*. [S.l. : s.n.], n. 766.

POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo : Ibrasa, 1976.

ROSA, Roberto. *Limitações às comissões de inquérito do legislativo*. *Revista de Direito Público*. [S.l. : s.n.], n. 12, s.d.

RUBIO, Ricardo Medina. *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación*. Madrid : Civitas, s.d.

SANTAOLLA, Fernando. *El parlamento y sus instrumentos de información*. Madrid : Edersa, 1982.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *As comissões parlamentares de inquérito e o sigilo das comunicações telefônicas*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo : Revista dos Tribunais, n. 26, 1998.

Mercosul: características e perspectivas

Alberto do Amaral Júnior

Sumário

1. Os primórdios da integração na América do Sul: a experiência da ALALC e da ALADI. 2. Antecedentes do Mercosul. 3. Características gerais do Mercosul. 4. Órgãos do Mercosul. 4.1. O Conselho do Mercado Comum. 4.2. O Grupo Mercado Comum. 4.3. A Comissão de Comércio do Mercosul. 4.4. A Secretaria Administrativa do Mercosul. 4.5. Comitês Técnicos. 4.6. A Comissão Parlamentar Conjunta. 4.7. Foro Consultivo Econômico-Social. 5. A criação de normas no Mercosul. 6. A solução de divergências no Mercosul. 6.1. Sentido e alcance do sistema de solução de divergências no Mercosul. 6.2. Funcionamento do sistema. 6.3. O procedimento arbitral. 7. Mercosul e os desafios da integração.

1. Os primórdios da integração na América do Sul: a experiência da ALALC e da ALADI

As tentativas de integração econômica na América Latina remontam ao final dos anos 50 quando os estudos da CEPAL indicavam a diminuição do intercâmbio comercial entre os países da região. A integração econômica foi então recomendada como meio capaz de permitir a formação de mercados mais abrangentes e dinâmicos, que facilitariam o processo de substituição das importações.

Sob essa ótica, onze países celebraram, em 18 de fevereiro de 1960, com base em um projeto elaborado por técnicos da CEPAL, o Tratado de Montevideu, que

Alberto do Amaral Júnior é Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

criou a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), cuja sede funcionaria na capital do Uruguai (Betioli, 1968). O objetivo era instituir uma zona de livre comércio, no prazo de doze anos, que ampliaria as trocas econômicas incentivando o desenvolvimento industrial. Desde o início, o governo norte-americano condenou a criação da ALALC, salientando que o comércio no continente deveria apoiar-se nos esquemas bilaterais (Soares, 1995, p. 24).

Apesar de não alcançar o resultado almejado, a criação de uma zona de livre comércio, a ALALC teve méritos incontesteáveis. Em 1977, o volume do comércio regional atingiu a cifra de 14,1%, dobrando em relação à taxa de 7,1% registrada em 1962 (Barria, 1981, p. 16).

Na primeira fase de sua existência, de 1960 a 1969, ocorreu a maior parte das 12.000 concessões outorgadas em Listas Nacionais. Já na segunda fase, que cobre o período de 1970 a 1980, faltou o empenho efetivo dos governos com vistas a aumentar o número das concessões obtidas. Para eliminar o risco de extinção iminente, foi firmado, em 1972, um protocolo prorrogando o período de transição previsto pelo Tratado de Montevidéu até 31-12-1980.

Fiel ao espírito integracionista, a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador e o Peru concluíram, em 1969, o Tratado de Cartagena, que originou o Pacto Andino. A Venezuela aderiu ao Tratado de Cartagena em 1973, três anos antes da retirada do Chile, verificada em 1976.

Com o propósito de corrigir as imperfeições da ALALC e aprofundar o nível de integração econômica, os onze Estados-Partes deliberaram criar a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), prevista no segundo Tratado de Montevidéu, celebrado em 12 de agosto de 1980. Não se pretendia, agora, fixar prazos rigorosos para a constituição da área de livre comércio. Segundo se acreditava, o estabelecimento de uma área de prefe-

rências desembocaria, inevitavelmente, na formação de um mercado comum latino-americano.

A área de preferências compõe-se de três mecanismos: a Preferência Aduaneira Zonal, os Acordos de Alcance Regional e os Acordos de Alcance Parcial (Baptista, 1998). Enquanto os Acordos de Alcance Regional visavam a suprimir as medidas administrativas que restringiam o comércio, os Acordos de Alcance Parcial (AAP) objetivavam estimular a integração removendo os demais obstáculos que impediam os fluxos comerciais. Os Acordos de Alcance Parcial contavam com a participação somente de alguns Estados, havendo a expectativa de que, com o decurso do tempo, os benefícios auferidos viessem a suscitar o interesse dos demais. Entre os mais importantes, estão os Acordos de Complementação Econômica, os Acordos Agropecuários e os Acordos de Promoção do Comércio.

2. Antecedentes do Mercosul

As discussões sobre o Mercosul têm enfatizado, quase exclusivamente, o papel econômico que a criação do Mercado Comum terá para os países da região: modernização de suas economias e inserção competitiva no comércio internacional. Pouca atenção, porém, tem sido dada aos aspectos políticos que têm contribuído para viabilizar o processo de integração. Na verdade, pode-se mesmo dizer que a existência de pré-requisitos políticos está na origem da integração ora em curso.

No campo político, os aspectos cruciais que permitiram a existência de condições favoráveis para a criação do Mercosul “foram as mudanças do caráter das relações entre Brasil e Argentina” e o estabelecimento da democracia em ambos os países (Albuquerque, 1992; Lafer, 1992-93; Peña, 1992; Barbosa, 1992; Seitenfus, 1989; Castro, 1993). Até o final dos anos 70, as relações Brasil-Argentina foram marcadas por disputas hegemônicas e hostilidades

latentes, que criavam situações de competição e conflito.

A corrida armamentista entre os dois países já se esboçava quando os dois governos recusaram qualquer compromisso formal com a não-proliferação de armas nucleares na região. Mais tarde, já no início da década de 70, as tentativas de domínio da energia nuclear e das técnicas de enriquecimento do urânio, promovidas por ambos os países, começaram a delinear um quadro cuja continuidade poderia acarretar riscos para a estabilidade continental. O Acordo de Cooperação Nuclear de 1980 e os acordos que se lhe seguiram restringindo a utilização da energia nuclear para fins pacíficos inauguraram a fase de construção da confiança mútua no plano estratégico-militar. Os acordos de cooperação no campo nuclear são, na verdade, subproduto da cooperação mais ampla que se verificou a partir da celebração do Acordo sobre o Aproveitamento dos Recursos Hídricos do Rio Paraná, em 1979.

A transição dos governos autoritários para os regimes democráticos foi, na realidade, o marco que tornou possível a transformação das relações de conflito em relações de cooperação entre Brasil e Argentina. A cooperação intergovernamental tem lugar quando as políticas, seguidas por determinado governo, são consideradas pelos outros Estados de modo a facilitar a realização dos objetivos de todos, já que resultam de um processo de coordenação política (Keohane, 1984, p. 51).

A cooperação, diversamente da harmonia, pressupõe a existência do conflito, envolvendo esforços para superá-lo (Keohane, 1984, p. 51-53). Nesse sentido, a cooperação ocorre quando os atores estão em situação real ou potencial de conflito, e não de harmonia. É essa a razão que faz com que os governos busquem a coordenação política, evitando a continuidade indefinida do conflito.

A passagem do conflito para a cooperação, expressa, em 1985, na assinatura da Ata do Iguazu, no Programa de Integração e

Cooperação Econômica Brasil-Argentina de 1986 e no Tratado Bilateral de Integração e Cooperação Econômica de 1988, tem o seu ponto culminante na celebração do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991.

A criação do Mercosul não pode ser imaginada fora dos marcos jurídicos e políticos surgidos com a redemocratização dos países latino-americanos. A complexidade da criação de um Mercado Comum entre economias com características diversas exige negociação contínua e capacidade de diálogo. A discussão em torno da institucionalidade e da elaboração dos macromodelos jurídicos do Mercosul não se pode restringir às esferas governamentais.

O Mercosul somente poderá ser completamente efetivado no momento em que houver um mínimo de comprometimento social com as metas governamentais assumidas previamente. Esse fato é incompatível com a lógica de limitação e exclusão da participação social que domina os governos autoritários. Da mesma forma que a redemocratização dos países-membros do Tratado de Assunção criou as condições necessárias de cooperação regional, o retrocesso democrático é o maior risco para o processo de integração.

Diante da formação de blocos econômicos, que caracteriza a economia internacional a partir do início da década de 90, o Mercosul representou o esforço para elevar o grau de competitividade da região no comércio mundial. A adoção de políticas comerciais comuns contribuiu para fortalecer as posições defendidas pelo bloco nos foros internacionais de negociação. Aumenta, em consequência, a possibilidade de obtenção de maiores vantagens comerciais, como sucede em matéria de produtos agrícolas. A formação de um grande mercado, com cerca de duzentos milhões de consumidores, é uma importante moeda de barganha nas negociações que se travam com outros parceiros.

Paralelamente, o crescimento dos fluxos comerciais no interior do bloco é importante fator de modernização econômica. As economias nacionais encontram-se mais expostas à competição, o que favorece o aprimoramento da qualidade dos produtos e serviços postos à disposição dos consumidores.

O Mercosul é, apesar disso, uma forma de regionalismo aberto, que não se apóia em discriminações impostas a outros mercados. Insere-se, nessa perspectiva, no espírito que orientou o GATT e que agora norteia a atuação da Organização Mundial do Comércio.

Finalmente, a criação do Mercosul foi extraordinariamente facilitada pelo substrato cultural comum compartilhado pelos quatro países que o compõem. A proximidade lingüística e a existência de culturas que se entrelaçam auxiliaram o entendimento e viabilizaram o diálogo no plano regional.

3. Características gerais do Mercosul

Os artigos iniciais do Tratado de Assunção delinearão o modelo de mercado comum pretendido por seus autores. Diversamente do que sucedeu na Europa, onde o Tratado de Roma disciplinou, pormenorizadamente, as finalidades do mercado comum a ser criado, no Mercosul preponderou maior grau de indeterminação quanto ao resultado final do processo de integração. Na realidade, pode-se concluir que o fim colimado pelo Tratado de Assunção, como transparece da leitura do art. 1, foi instituir uma união aduaneira, caracterizada pela completa eliminação das barreiras alfandegárias e não-alfandegárias entre os países membros e por uma política comercial comum em relação a outros mercados.

Esse fato certamente influenciou a elaboração do perfil institucional do Mercosul. As instituições surgidas basearam-se na cooperação intergovernamental

e no consenso como critério primordial para a tomada de decisões (Amaral Jr., 1994, p. 10).

O Tratado de Assunção regulou as instituições que deveriam vigorar na fase provisória de existência do Mercosul, que se estendeu até 31 de dezembro de 1994. Com o Protocolo de Ouro Preto, as instituições do Mercosul ganharam maior estabilidade, assumindo funções anteriormente desconhecidas. Sem romper com o seu padrão original, as novas instituições registraram considerável aprimoramento ao mesmo tempo em que se verificou a mudança da sua natureza jurídica.

A alteração mais significativa nesse terreno consistiu na atribuição de personalidade jurídica ao Mercosul. O art. 34 do Protocolo de Ouro Preto dispôs que o Mercosul terá personalidade jurídica de Direito Internacional. O Mercosul poderá, no uso de suas atribuições, praticar todos os atos necessários à realização de seus objetivos, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis, comparecer em juízo, conservar fundos e fazer transferências (art. 35). Já o art. 36 menciona a possibilidade de o Mercosul vir a estabelecer acordos de sede, hipótese que se abre somente para a Secretaria Administrativa, pois os demais órgãos têm sede rotativa.

Com a aquisição da personalidade jurídica, o Conselho do Mercado Comum passou a ter a função de negociar e firmar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais. Centro de imputação de direitos e deveres, o Mercosul passou a ter existência própria, distinta dos Estados que o constituem. A Secretaria Administrativa do Mercosul contará com orçamento para cobrir seus gastos de funcionamento e aqueles determinados pelo Grupo Mercado Comum. Tal orçamento será financiado, em partes iguais, por contribuições dos Estados partes (art. 45). O Mercosul, contudo, está muito distante de possuir instituições supra-nacionais como ocorre na União Européia.

4. Órgãos do Mercosul

4.1. O Conselho do Mercado Comum

O pensamento jurídico-político tem colocado em relevo a importância das instituições para a vida social. Como padrões regularizados de interação aceitos e reconhecidos, que podem ou não encontrar expressão formal, as instituições possuem as seguintes características:

1. possibilitam a incorporação ou a exclusão dos agentes sociais determinando em que condições os atores são considerados habilitados para participar dos procedimentos decisórios;

2. definem a maior ou menor probabilidade de que certos resultados venham a ocorrer. As instituições predeterminam o espectro de resultados possíveis e a probabilidade de sua verificação;

3. agregam e estabilizam a organização dos agentes que interagem com a instituição;

4. induzem padrões de representação que pressupõem o direito de falar em nome de outrem, bem como a capacidade de obter o reconhecimento e a adesão dos representados em relação às matérias decididas pelos representantes;

5. permitem a estabilização dos agentes, representantes e expectativas. Os representantes das instituições em geral esperam, dos demais atores, comportamentos que variam dentro de um nível limitado de possibilidades;

6. ampliam o horizonte temporal dos atores, já que é possível esperar que as interações institucionalizadas tenham continuidade no futuro ou que sua alteração se processe de maneira lenta e gradual (O'Donnell, 1991).

Conscientes do significado capital das instituições, os membros do Mercosul buscaram edificar uma estrutura institucional leve e flexível apta a consolidar a união aduaneira, meta inicial do processo de integração. Nesse sentido, as instituições concebidas pelo Tratado de Assunção

foram posteriormente aperfeiçoadas pelo Protocolo de Ouro Preto, que lhes deu maior durabilidade e permanência. Vários órgãos foram estabelecidos para cuidar dos múltiplos aspectos inerentes à integração. No topo da hierarquia institucional, encontra-se o Conselho do Mercado Comum, ao qual compete a direção política da integração econômica (Vignali, 1994, p. 415).

O art. 3 do Protocolo de Ouro Preto prescreve que “O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum”. Mais que repetir o art. 10 do Tratado de Assunção, que traçara o seu perfil original, o art. 3 do Protocolo de Ouro Preto alterou a natureza jurídica do Conselho do Mercado Comum.

Ao conferir personalidade jurídica internacional ao Mercosul, o Protocolo de Ouro Preto atribuiu ao Conselho do Mercado Comum a função de órgão supremo da nova organização. Isso não lhe retirou, todavia, o caráter de conferência ministerial, que radica no sentido intergovernamental das instituições do Mercosul. Nessa qualidade, atua como instância política que fixa o sentido e o curso da integração.

O art. 8 determina que são funções e atribuições do Conselho do Mercado Comum:

“I. Velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito;

II. Formular políticas e promover as ações necessárias à conformação do mercado comum;

III. Exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul;

IV. Negociar e firmar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organiza-

ções internacionais. Essas funções podem ser delegadas ao Grupo Mercado Comum por mandato expresso, nas condições estipuladas no inciso VII do art. 14;

V. Manifestar-se sobre as propostas que lhe sejam levadas pelo Grupo Mercado Comum;

VI. Convocar reuniões de ministros e pronunciar-se sobre os acordos que lhe sejam remetidos pelas mesmas;

VII. Criar os órgãos que estime pertinentes, assim como modificá-los ou extinguí-los;

VIII. Esclarecer, quando estime necessário, o conteúdo e o alcance de suas decisões;

IX. Designar o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul;

X. Adotar decisões em matéria financeira e orçamentária;

XI. Homologar o Regimento Interno do Grupo Mercado Comum” (Otermin, 1995, p. 80).

Os incisos III e IV do art. 8 outorgaram ao Conselho do Mercado Comum as funções de representação, as quais serão exercidas de modo colegiado. Nada obsta, entretanto, a delegação dessas funções ao GMC, respeitados os limites convencionais existentes.

A função normativa do GMC compreende as regras internas de organização e aquelas que se dirigem ao comportamento dos Estados membros. As decisões do Conselho serão tomadas por consenso e a sua validade está subordinada à presença de todos os participantes. Essa forma de deliberação, que resultou de prolongados debates, foi reivindicada pelo Uruguai e pelo Paraguai, receosos de que a adoção do voto ponderado garantisse a preponderância dos parceiros mais poderosos.

O Conselho do Mercado Comum é integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e da Economia dos Estados membros (art. 10 do Tratado de Assunção

e 5 do Protocolo de Ouro Preto). Admite-se, contudo, a participação, nas reuniões, de autoridades de outros ministérios a convite dos seus coordenadores. As reuniões ocorrem, pelo menos, duas vezes por ano com a presença dos Presidentes da República dos quatro países. Sua presidência é rotativa, por períodos de seis meses, obedecendo à ordem alfabética dos Estados partes (art. 6).

4.2. O Grupo Mercado Comum

É o órgão executivo do Mercosul, encontrando-se subordinado ao CMC. Suas funções estão reguladas na Seção III, arts. 10 e seguintes, do Protocolo de Ouro Preto. O GMC decidirá por consenso com a presença de todos os representantes dos Estados partes (art. 16 do Tratado de Assunção). As resoluções que adota são obrigatórias para os membros do Mercosul. Entre as competências originárias que possui, inerentes à função de órgão executivo, figuram a organização das reuniões do CMC, a eleição do Diretor da SAM e a aprovação dos seus orçamentos, além da homologação, por resolução, dos regimentos internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social.

Incumbe ao GMC preparar seu regimento interno, o qual será submetido à aprovação do CMC, fato que evidencia a sua competência auto-regulamentadora, ainda que circunscrita a certos limites. Compete-lhe, também, a criação, modificação ou supressão de órgãos como os subgrupos de trabalho e as reuniões especializadas, art. 14, V. O CMC pode delegar ao Grupo Mercado Comum a competência para negociar e firmar tratados, obedecendo aos parâmetros fixados pelo art. 8, IV, e 14, VII, do Protocolo de Ouro Preto. Nada impede que referida competência seja delegada à CCM.

O Grupo Mercado Comum é integrado por quatro membros titulares e quatro membros alternos por país, designados pelos respectivos Governos, entre os quais

devem constar necessariamente representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, dos Ministérios da Economia (ou equivalentes) e dos Bancos Centrais. O Grupo Mercado Comum será coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores. Possui, assim, estrutura aberta, podendo contar com a participação de outros membros da administração pública (Ekmedjan, 1994, p. 210). Ao elaborar e propor medidas concretas para o desenvolvimento de seus trabalhos, é lícito ao GMC convocar, quando julgar conveniente, representantes de outros órgãos da administração pública ou da estrutura institucional do Mercosul. Isso significa que, além dos funcionários públicos, poderão ser convocados os integrantes dos Subgrupos, do Conselho Consultivo Econômico-Social e até mesmo da Comissão Parlamentar Conjunta.

O art. 14 determina que

“São funções e atribuições do Grupo Mercado Comum:

I. Velar, nos limites de suas competências, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito;

II. Propor projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum;

III. Tomar as medidas necessárias ao cumprimento das Decisões adotadas pelo Conselho do Mercado Comum;

IV. Fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do mercado comum;

V. Criar, modificar ou extinguir órgãos tais como subgrupos de trabalho e reuniões especializadas, para o cumprimento de seus objetivos;

VI. Manifestar-se sobre as propostas ou recomendações que lhe forem submetidas pelos demais órgãos do Mercosul no âmbito de suas competências;

VII. Negociar, com a participação de representantes de todos os Estados Partes, por delegação expressa

do Conselho do Mercado Comum, e dentro dos limites estabelecidos em mandatos específicos concedidos para esse fim, acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais. O Grupo Mercado Comum, quando dispuser de mandato para tal fim, procederá à assinatura dos mencionados acordos. O Grupo Mercado Comum, quando autorizado pelo Conselho do Mercado Comum, poderá delegar os referidos poderes à Comissão de Comércio do Mercosul;

VIII. Aprovar o orçamento e a prestação de contas anual apresentada pela Secretaria Administrativa do Mercosul;

IX. Adotar resoluções em matéria financeira e orçamentária, com base nas orientações emanadas do Conselho do Mercado Comum;

X. Submeter ao Conselho do Mercado Comum seu Regimento Interno;

XI. Organizar as reuniões do Conselho do Mercado Comum e preparar os relatórios e estudos que este lhe solicitar;

XII. Eleger o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul;

XIII. Supervisionar as atividades da Secretaria Administrativa do Mercosul;

XIV. Homologar os Regimentos Internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social”.

O poder normativo do GMC manifesta-se na formulação de regras relativas aos programas de trabalho que asseguram avanços com vistas ao estabelecimento do mercado comum, e no poder de adotar resoluções em matéria financeira e orçamentária. Já o poder de iniciativa revela-se na faculdade de propor projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum ao passo

que o poder de controle permite ao GMC fixar programas de trabalho e acompanhar a sua implantação; tomar as medidas necessárias para o cumprimento das Decisões do GMC; aprovar o orçamento e a prestação de contas da SAM.

4.3. A Comissão de Comércio do Mercosul

A Comissão de Comércio do Mercosul, CCM, situa-se em escala hierárquica inferior à do Grupo Mercado Comum. A CCM exerce atividade consultiva e de assessoramento. Organizada em Seções Nacionais, tal como se verifica com o GMC, a sua composição é paritária, cada Estado indicando quatro membros titulares suplentes ou alternos.

A Comissão de Comércio que auxilia o GMC em suas atividades tem a incumbência de velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial acordados pelos Estados para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, com o comércio intra-Mercosul e com terceiros países. Importa destacar que os instrumentos de política comercial até agora acordados se resumem à tarifa externa comum, às listas de exceção e ao regime aduaneiro. Atualmente, discute-se a adoção de políticas comuns em diversos setores de que são exemplos, entre outros, a defesa da concorrência e a proteção ao consumidor.

São funções e atribuições da Comissão de Comércio do Mercosul:

I. velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intra-Mercosul e com terceiros países, organismos internacionais e acordos de comércio;

II. considerar e pronunciar-se sobre as solicitações apresentadas pelos Estados Partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum;

III. acompanhar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum nos Estados Partes;

IV. analisar a evolução dos instrumentos de política comercial comum para o funcionamento da união aduaneira e formular Propostas a respeito ao Grupo Mercado Comum;

V. tomar as decisões vinculadas à administração e à aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes;

VI. informar ao Grupo Mercado Comum sobre a evolução e a aplicação dos instrumentos de política comercial comum, sobre o trâmite das solicitações recebidas e sobre as decisões adotadas a respeito delas;

VII. propor ao Grupo Mercado Comum novas normas ou modificações às normas existentes referentes à matéria comercial e aduaneira do Mercosul;

VIII. propor a revisão das alíquotas tarifárias de itens específicos da tarifa externa comum, inclusive para contemplar casos referentes a novas atividades produtivas no âmbito do Mercosul;

IX. estabelecer os comitês técnicos necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar as atividades dos mesmos;

X. desempenhar as tarefas vinculadas à política comercial comum que lhe solicite o Grupo Mercado Comum;

XI. adotar o Regimento Interno, que submeterá ao Grupo Mercado Comum para sua homologação.

Além das funções e atribuições estabelecidas nos arts. 16 e 19 do Protocolo de Ouro Preto, caberá à Comissão de Comércio do Mercosul considerar reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão de Comércio do Mercosul, originadas pelos Estados Partes ou em demandas de particulares – pessoas físicas ou jurídicas –, relacionadas com as situações previstas nos arts. 1 ou 25 do Protocolo de Brasília, quando estiverem em sua área de competência.

4.4. A Secretaria Administrativa do Mercosul

O Tratado de Assunção concebeu a Secretaria Administrativa do Mercosul como órgão destinado a servir de arquivo para os instrumentos legais de interesse do bloco. O Protocolo de Ouro Preto revigorou as suas atribuições, que ganharam relevo particular com a transformação do Mercosul em organização internacional.

A Secretaria Administrativa do Mercosul é dirigida por um Diretor, o qual deve ser nacional de um dos Estados Partes. Tal diretor será eleito pelo Grupo Mercado Comum em bases rotativas, com a consulta aos Estados Partes, sendo designado pelo Conselho do Mercado Comum. Terá o mandato de dois anos, vedada a reeleição. Importa frisar que o mandato em causa é excessivamente breve, colocando em risco a continuidade indispensável para que suas tarefas sejam conduzidas com êxito (Osterlin, 1995).

Sediada em Montevidéu, em virtude de solicitação do governo uruguaio, as despesas da Secretaria Administrativa são previstas pelo orçamento do Mercosul e serão suportadas, por igual, pelos quatro países. Entre as mais importantes atividades da Secretaria Administrativa estão, a de ser o arquivo da documentação do Mercosul, publicar as decisões adotadas, organizar os aspectos logísticos das reuniões do Conselho do Mercado Comum, do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio, informar regularmente os Estados Partes sobre as medidas implementadas por cada país para incorporar em seu ordenamento jurídico as normas emanadas dos órgãos do Mercosul e registrar as listas nacionais dos árbitros e especialistas, bem como desempenhar outras tarefas determinadas pelo Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991.

4.5. Comitês Técnicos

A criação de Comitês Técnicos, admitida pelo art. 19, inciso IX, do Protocolo de Ouro Preto, pertence às atribuições da

Comissão de Comércio do Mercosul. Os Comitês Técnicos assumem, na sistemática do Protocolo de Ouro Preto, o caráter de órgãos de apoio e assessoria. Destituídos de poder decisório, os Comitês Técnicos procedem à coleta de dados para a elaboração de pareceres sobre a aplicação das políticas comerciais comuns que, todavia, não são vinculantes. Podem valer-se do concurso de especialistas e consultar o setor privado sobre questões que lhe dizem respeito.

São compostos por membros designados por cada um dos Estados Partes por intermédio das respectivas Seções Nacionais. As decisões são consensuais, mas, se o consenso não for alcançado, o parecer será enviado à CCM acompanhado dos votos dissidentes.

4.6. A Comissão Parlamentar Conjunta

A Comissão Parlamentar Conjunta não integra, diretamente, o arcabouço institucional do Mercosul. Sem as limitações peculiares à subordinação hierárquica, volta-se, basicamente, ao fortalecimento do vínculo entre o Mercosul e os Parlamentos nacionais. O fim colimado pelo Tratado de Assunção e pelo Protocolo de Ouro Preto, que a regularam, foi estimular a aprovação das leis que busquem concretizar o Mercado Comum auxiliando na harmonização das legislações tal como requerido pelo avanço do processo de integração. Instalada em 6 de dezembro de 1991, em Montevidéu, exerce as funções consultiva e deliberativa, facultando-se-lhe, também, a apresentação de propostas.

A Comissão Parlamentar Conjunta é integrada por 64 parlamentares, 16 para cada país, os quais são designados pelos respectivos Parlamentos nacionais, de acordo com os seus procedimentos internos. Sempre que considerar adequado, a Comissão Parlamentar Conjunta encaminhará, por intermédio do Grupo Mercado Comum, recomendações ao Conselho do Mercado Comum.

4.7. Foro Consultivo Econômico-Social

A motivação subjacente à criação do Foro Econômico-Social foi, sem dúvida, ampliar a participação da sociedade nas decisões em que concernem à integração. Procurou-se obter maior transparência ao mesmo tempo em que se pretendeu elevar o grau de democratização das instituições do Mercosul.

Exibe a natureza de órgão consultivo, representando ampla gama de interesses sociais. O Foro Consultivo Econômico-Social manifesta-se mediante Recomendações ao Grupo Mercado Comum, que homologará o seu Regimento Interno.

5. A criação de normas no Mercosul

Segundo o Protocolo de Ouro Preto, as Decisões, Resoluções e Diretrizes emanadas, respectivamente, do Conselho do Mercado Comum, do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio do Mercosul são obrigatórias, mas a sua implementação faz-se-á de acordo com a forma prevista pelas legislações nacionais. As normas do Mercosul são, assim, vinculantes para os Estados que se obrigam a introduzi-las nos sistemas jurídicos internos.

Luíz Olavo Baptista esclarece que a atividade normativa nas organizações internacionais é convencional ou unilateral. A atividade normativa convencional ocorre entre os membros da organização, fato que repercute no seu funcionamento, ou entre ela e os membros que a integram ou, ainda, entre a organização e terceiros, produzindo outros efeitos. São exemplos do primeiro tipo os atos institutivos e aqueles destinados ao aperfeiçoamento da organização, os quais, no caso do Mercosul, abrangem as Decisões do CMC que venham a ser transformadas em tratados (Baptista, 1998, p. 117). A atividade normativa unilateral, por outro lado, tem lugar no interior da organização internacional, abarcando as declarações, interpretações, julgamentos etc. (Baptista, 1998, p. 117). Tais atos são consagrados normativamente sob a forma

de resoluções que originam tanto regras procedimentais internas quanto direitos e obrigações para os componentes da organização internacional.

A atividade de controle, por seu turno, volta-se a garantir a aplicação das normas que a organização instituiu para cumprir os objetivos que lhe deram origem. O sistema de solução de controvérsias é, sob esse aspecto, elemento central da atividade normativa de controle.

No atual estágio do Mercosul, as Decisões e Resoluções emanadas do Conselho do Mercado Comum e do Grupo Mercado Comum são obrigatórias para os Estados membros, o que não quer dizer que ingressem, diretamente, nas ordens jurídicas nacionais. Os Estados devem, para tanto, promover as adequações na ordem jurídica interna para dar-lhes plena efetividade. Só nesse instante as normas do Mercosul adquirem todos os efeitos que lhe correspondem, definindo direitos e obrigações além de serem passíveis de aplicação pelos tribunais.

As normas do Mercosul ingressam no direito brasileiro por duas vias distintas. A primeira versa a situação em que a matéria em causa tem natureza de lei federal ou tratado, exigindo, por isso, atos conjugados do Legislativo e do Executivo para que se tornem normas jurídicas válidas no país. Já as matérias de natureza meramente regulamentar, incluídas dentro da esfera de atribuições e competências do Poder Executivo, serão introduzidas na ordem jurídica brasileira pela via dos decretos e portarias em cumprimento da obrigação internacional livremente assumida (Baptista, 1998, p.118).

6. A solução de divergências no Mercosul

6.1. Sentido e alcance do sistema de solução de divergências no Mercosul

A consciência de que o adensamento da integração econômica pressupõe, necessariamente, a criação de formas de solução de conflitos, que garantam a aplicação das

normas uniformizando o seu significado, esteve presente, desde o início, no processo de instituição do Mercosul. Ao contrário da experiência européia, na qual a Corte de Luxemburgo desempenha papel decisivo, impulsionando a integração até mesmo nos momentos de paralisia política, o Tratado de Assunção optou por uma alternativa que mais se ajusta aos objetivos visados por uma união aduaneira. Por essa razão, as regras que disciplinam a solução de disputas privilegiaram a via diplomática, assentando-se, quase exclusivamente, na negociação direta entre os Estados.

O art. 3 do Tratado de Assunção e seu Anexo III estipulam que as controvérsias entre as partes contratantes serão resolvidas, em primeiro lugar, por negociação direta e pela intervenção do Grupo Mercado Comum e do Conselho do Mercado Comum, na impossibilidade de se chegar a uma solução para a divergência existente. O Anexo III prevê, ainda, que, nos 120 dias posteriores à entrada em vigor do Tratado de Assunção, as partes definirão o sistema de solução de controvérsias que vigorará na fase de transição do Mercosul. Para executar essa tarefa, o GMC criou um grupo de estudos *ad hoc*, em outubro de 1991, com a missão de elaborar um projeto, que se transformou, com pequenas alterações, no Protocolo de Brasília sobre Solução de Controvérsias, assinado pelos Presidentes da República dos quatro países em 17 de dezembro daquele ano.

Durante a fase de transição, o sistema de solução de controvérsias cumpriu duas funções primordiais: superar impasses em determinadas situações que, pela regra do consenso, pudessem representar obstáculo à continuidade do projeto integracionista e, de outro lado, apoiar a implementação do Tratado de Assunção, interpretando os seus termos, impondo a sua aplicação quando os seus dispositivos forem violados e fixando o sentido e alcance das normas convencionais (Baptista, 1998, p. 151). Embora não referido expressamente, o

sistema assumiu a função de determinar os fatos (*fact finding*, como acontece nos painéis do GATT), para permitir aos Estados Membros, buscarem, pelo diálogo, a melhor solução para os seus problemas (Baptista, 1998, p. 154).

A transitoriedade da fase inicial do Mercosul, que se prolongou até o final de 1994, influenciou o perfil das suas instituições e, como não poderia deixar de ser, afetou o mecanismo de solução de divergências. A propósito, o art. 18 do Tratado de Assunção declarou que:

“até 31 de dezembro de 1994, os Estados Partes convocarão uma reunião extraordinária com o objetivo de determinar a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do Mercado Comum, assim como as atribuições específicas de cada um deles e seu sistema de tomada de decisões”.

O Protocolo de Brasília inspirou-se, assim, na necessidade impostergável de superar os desentendimentos que pudessem antepor-se à plena consecução do Mercado Comum. Indica, na esteira do Tratado de Assunção, que a solução de disputas dar-se-á no âmbito diplomático, por meio de negociações diretas e pela intervenção do GMC. O fracasso dessa via acarretará a instalação do tribunal arbitral.

O Protocolo de Ouro Preto manteve os traços fundamentais desse modelo conferindo à Comissão de Comércio do Mercosul papel de incontestável realce no seu funcionamento. Cabe-lhe considerar as reclamações apresentadas pelas suas Seções Nacionais, originadas pelos Estados Partes ou em demandas de particulares, pessoas físicas ou jurídicas, contra possíveis violações das fontes normativas do Mercosul. O GMC serve, nesse contexto, de instância recursal quando a CCM não lograr obter consenso a respeito da decisão a ser tomada.

O Protocolo de Brasília regula a solução de controvérsias resultantes da violação do

Tratado de Assunção, dos demais acordos concluídos para levar a cabo a integração, bem como das normas emanadas dos órgãos do Mercosul. O procedimento desdobra-se em duas etapas: na primeira fase, imperam as negociações diplomáticas, enquanto, na segunda, verifica-se a instalação do tribunal arbitral.

O art. 8 prescreve que é obrigatória, sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do tribunal arbitral constituído para conhecer e resolver as controvérsias a que se refere o Protocolo de Brasília. Convém advertir, entretanto, que, não obstante o art. 1 do Protocolo de Brasília aludir somente às controvérsias entre os Estados Partes, o Capítulo V contempla as reclamações efetuadas por particulares. Tais reclamações devem ser dirigidas à Seção Nacional do Grupo Mercado Comum, as quais, uma vez acolhidas, convertem-se em demandas patrocinadas pelo Estado. As pessoas privadas gozam, porém, de livre acesso aos tribunais nacionais para pleitear a reparação da legalidade violada no plano do Mercosul.

6.2. Funcionamento do sistema

O Protocolo de Brasília indica que o sistema de solução de controvérsias no Mercosul pode ser instaurado por iniciativa do Estado ou do particular. O art. 26,1 do Protocolo de Brasília especifica que:

“Os particulares afetados formalizarão as reclamações ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte onde tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios“. “Os particulares deverão fornecer elementos que permitam à referida Seção Nacional determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça do prejuízo“ (art. 26,2).

O particular – pessoa física ou jurídica – fará a reclamação perante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte onde tenha residência habitual ou a sede dos seus negócios. É interessante observar que não se utilizou a expressão

domicílio, mas residência habitual, assim como a preferência recaiu no emprego da expressão sede dos negócios em vez de sede social. O reclamante apresentará petição fundamentada com provas suficientes que demonstrem a veracidade das alegações feitas. As provas serão incontestáveis, evidenciando, de forma cabal, a veracidade da violação das normas do Mercosul e a existência ou ameaça de um prejuízo. O sistema abrange, desse modo, *rationae personae* as reclamações feitas pelos Estados ou por particulares e *rationae materiae* a interpretação, aplicação ou não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, das decisões do Conselho do Mercado Comum e as resoluções do Grupo Mercado Comum, além das diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul e das normas de direito internacional aplicáveis.

O recurso ao mecanismo de solução de disputas do Mercosul não segue os usos tradicionais que vigoram no campo da proteção diplomática, revestindo-se, antes, do caráter de atividade vinculada da administração. A reclamação prosseguirá sempre que as provas forem incontestáveis, demonstrando, de maneira plena, a veracidade dos fatos alegados. O limite da discricionariedade da Seção Nacional parece residir na apreciação da confidencialidade e eficácia das provas (Baptista, 1998, p. 162).

Com o advento do Protocolo de Ouro Preto, a Comissão de Comércio do Mercosul passou a ter competência para examinar as reclamações feitas pelos particulares – pessoas físicas ou jurídicas – e pelos Estados Partes do Tratado de Assunção. O presidente da CCM tomará as providências necessárias para incluir a reclamação na primeira reunião subsequente ao seu ingresso, respeitado o prazo mínimo de uma semana de antecedência.

A CCM poderá decidir imediatamente ou nomear um comitê técnico, que dispõe de 30 dias para elaborar um parecer, o qual

servirá de auxílio na decisão que deve proferir na reunião subsequente ao recebimento dos documentos. O Estado objeto da reclamação deve cumprir as determinações da CCM no prazo que lhe foi concedido. Se não for alcançado consenso, a CCM remeterá o processo ao GMC que atuará na hipótese de insucesso na fase negocial ou se a controvérsia tiver sido solucionada apenas parcialmente e os Estados a submeterem à CCM, a qual, por sua vez, mostrar-se incapaz de obter consenso sobre a questão. Dessa forma, após o Protocolo de Ouro Preto, o GMC passou a ser instância recursal da CCM. A CCM e o GMC têm somente poder de emitir recomendações, reservando-se ao tribunal arbitral o poder de decisão dos litígios.

Segundo o Protocolo de Brasília, a fase diplomática do sistema de solução de controvérsias inicia-se com a realização de negociações diretas, cabendo às partes informar o GMC, por intermédio da Secretaria Administrativa, do andamento das negociações e dos seus resultados. O prazo para tais negociações é de 15 dias, podendo ser prorrogado por acordo das partes. Se não for obtido acordo, ou se esse for parcial, os Estados submeterão a controvérsia ao GMC, que ouvirá as partes e, caso julgue oportuno, solicitará o parecer de especialistas antes de proferir a sua decisão. Concluída a oitiva das partes, o GMC formulará recomendações, considerando-se que o procedimento perante o Grupo Mercado Comum deve durar no máximo 30 dias, contado esse prazo a partir da data em que o caso foi apresentado à Secretaria Administrativa. Se as recomendações feitas não forem atendidas, instaurar-se-á, de imediato, a fase arbitral.

6.3. O Procedimento arbitral

A fase arbitral inicia-se com a comunicação feita por uma das partes à Secretaria Administrativa da intenção de recorrer ao procedimento arbitral regulado pelo Protocolo de Brasília. A Secretaria Adminis-

trativa notifica então o fato à parte contrária e ao Grupo Mercado Comum. A arbitragem, efetuada por tribunal *ad hoc*, é obrigatória, dispensando a celebração de acordo especial.

Três árbitros atuarão em cada litígio, sendo dois deles escolhidos pelas partes entre os componentes de uma lista de árbitros nacionais depositada na Secretaria Administrativa e o terceiro, natural de um país que não seja parte da controvérsia, será designado mediante acordo entre os litigantes ou, na impossibilidade deste, a Secretaria Administrativa realizará sorteio entre os participantes de uma lista que o Grupo Mercado Comum organizará nos termos do art. 12. Haverá, como se percebe, duas listas de árbitros: a primeira é integrada por 10 personalidades de cada país e a segunda, composta de 16 árbitros, 8 originários de países do Mercosul e 8 provenientes de Estados estrangeiros ao bloco. A escolha do terceiro árbitro far-se-á entre os participantes dessa lista, cuja elaboração competirá ao Grupo Mercado Comum.

Além das regras procedimentais consagradas no Protocolo de Brasília, o Tribunal Arbitral, que se reunirá na cidade de Assunção, poderá criar regras complementares visando facilitar a apreciação e julgamento da demanda. Em qualquer circunstância, as regras processuais objetivam proteger, de modo amplo, o direito de manifestação das partes e a produção de provas que elucidem o objeto do litígio.

No início do processo, as partes devem relatar os acontecimentos que tiveram lugar nas fases anteriores, apresentando uma “breve exposição dos fundamentos de fato e de direito e de suas respectivas posições” (art. 16 do Protocolo de Brasília). É lícito às partes indicar advogados que promovam a defesa dos seus interesses por ocasião dos trabalhos do tribunal arbitral. É cabível a decretação de medidas provisórias, de cumprimento obrigatório, sempre que houver a ameaça de dano irreparável a uma das partes.

O tribunal decidirá no prazo de 60 dias a partir da designação do seu presidente, admitindo-se uma única prorrogação pelo prazo máximo de 30 dias. O propósito de assegurar maior independência dos árbitros resultou na garantia de confidencialidade do voto a ser proferido. As decisões do Tribunal Arbitral, que repelem o voto vencido, devem ser cumpridas pelos Estados Partes no prazo de 15 dias a partir do recebimento da respectiva notificação, salvo se o Tribunal fixar outro prazo (art. 21). Tais decisões não comportam recurso, mas as partes podem pedir esclarecimentos quanto à omissão ou dúvidas do seu teor ou quanto à forma do seu cumprimento nos 15 dias posteriores à elaboração do laudo. Se um dos Estados Partes na controvérsia não cumprir o laudo no prazo de 30 dias, é facultado aos demais impor medidas compensatórias destinadas a obter o cumprimento da decisão (Baptista, 1998, 165-166).

7. Mercosul e os desafios da integração

O primeiro grande desafio a ser enfrentado pelo Mercosul refere-se ao impacto que a dicotomia prioridades internas *versus* compromissos internacionais exercerá sobre o processo de integração. No Brasil, o modelo de substituição de importações posto em prática a partir dos anos 50 enfatizou a necessidade de se construir um capitalismo nacional, baseado na autonomia tecnológica e na consolidação do mercado interno.

As políticas de proteção à indústria nacional traduziram-se na criação de incentivos fiscais a certas atividades e na estipulação de tarifas alfandegárias elevadas para os produtos importados. Com o esgotamento do modelo de substituição de importações, tornou-se necessário rever as estratégias de inserção do Brasil na economia internacional.

O governo brasileiro empreendeu, na década de 90, amplo programa de liberalização comercial, no qual se inclui a revisão

das barreiras alfandegárias e não alfandegárias. A instabilidade econômica que tem caracterizado os países latino-americanos, no entanto, sugere a possibilidade de que as prioridades internas venham a sobrepor-se aos compromissos internacionais previamente assumidos.

Em 1999, a desvalorização do real afetou as relações comerciais entre o Brasil e a Argentina. O governo argentino decidiu impor sobretaxas às exportações brasileiras, devido à perda de competitividade dos produtos daquele país. Esse fato, somado às dificuldades econômicas que o Brasil experimentou no período, reduziu o intercâmbio comercial no interior do bloco, constituindo-se ameaça à continuidade da integração.

A existência de regimes cambiais diversos nos dois países – paridade fixa entre o peso e o dólar na Argentina e câmbio flutuante no Brasil – é, sem dúvida, obstáculo ponderável à harmonização das políticas macroeconômicas. Com isso, abre-se a possibilidade da adoção de políticas econômicas que privilegiem exclusivamente os interesses domésticos, limitando a fixação de metas de alcance regional.

Em segundo lugar, é preciso indagar em que medida o Mercosul tem sido realmente encarado como projeto das sociedades nacionais dos países membros e não como projeto dos respectivos governos. A participação social na discussão das decisões referentes à criação e institucionalização do Mercosul tem sido desigual nos diversos países. Na Argentina e no Uruguai, essa participação é sensivelmente maior que a verificada no Brasil.

É verdade que, no caso brasileiro, importantes tentativas têm sido feitas para ampliar a participação social no debate em torno da institucionalização do Mercosul. Apesar disso, a participação da sociedade não é ainda acentuada, exigindo, por isso, a sua ampliação.

O reduzido grau de participação pode acarretar a ausência de comprometimento efetivo da sociedade com os objetivos

estabelecidos pelo Tratado de Assunção. A participação nas discussões relativas aos vários aspectos da construção do Mercado Comum não pode envolver, tão-somente, alguns segmentos acadêmicos e empresariais. Paralelamente, como decorrência talvez desse problema, os efeitos do Mercosul são percebidos de forma diferente nas diversas regiões do Brasil.

Enquanto os estados do sul e sudeste discutem as oportunidades comerciais e as perspectivas econômicas que o Mercosul irá proporcionar, os estados do norte-nordeste tendem a encarar o mercado comum como um processo que pouco os beneficiará. Dentro dessa perspectiva, a questão central, pelo menos no caso brasileiro, é tornar o Mercosul não apenas um projeto governamental, mas uma aspiração de toda sociedade.

Em terceiro lugar, o Mercosul registra profunda assimetria entre os Estados que dele participam. Esse fato pode ser, ao mesmo tempo, fator de instabilidade ou prenúncio de vulnerabilidade.

A estabilidade econômica do Brasil e da Argentina podem garantir o êxito do Mercado Comum, da mesma forma que a ocorrência de crises internas nesses países afetaria a coordenação exigida pelo processo de integração. Além disso, a assimetria entre os atores se fará sentir quando da elaboração dos macromodelos jurídicos em torno dos quais se organizará o mercado comum.

A importância dessa questão revela-se, de modo particular, em relação à harmonização legislativa em áreas cruciais para o êxito da integração regional. Em matéria de proteção ao consumidor, por exemplo, o Brasil e a Argentina dispõem de legislações específicas, cujas regras ampliam consideravelmente os direitos dos consumidores e estabelecem novas hipóteses de responsabilização dos fornecedores. Nesse campo, a dúvida reside em saber se o paradigma que norteará a elaboração das regras de consumo no âmbito do Mercosul será as

legislações brasileira e argentina ou se, ao contrário, será outro modelo legislativo, mais condescendente com os clamores do setor industrial dos demais países.

Em quarto lugar, as questões institucionais assumem importância particular se a finalidade visada for realmente a instituição de um mercado comum. Qual será a conformação institucional do Mercosul? Quantas serão as instituições criadas e quais as suas atribuições? Quais serão as características dos procedimentos decisórios no âmbito do mercado comum? O modelo institucional adotado pela UE será o paradigma que orientará a criação das instituições do Mercosul?

A implantação do mercado comum exigirá, provavelmente, a criação de instituições de caráter comunitário e supranacional. Não é lógico que o funcionamento de uma zona de livre comércio, o estabelecimento da tarifa externa comum e a harmonização das políticas macroeconômicas possam ser realizadas prescindindo-se da existência de órgãos encarregados da sua formulação e execução.

O problema surge, porém, no momento em que a criação de órgãos comunitários requer algum tipo de restrição da soberania dos Estados, algo, aliás, que se choca com o princípio da soberania ardentemente defendido pelos Estados latino-americanos.

A criação de instituições supranacionais significa dar um passo à frente em relação ao estágio em que presentemente nos encontramos. Na fase atual, os órgãos do Mercosul consagram apenas os relacionamentos intergovernamentais, sem qualquer caráter de supranacionalidade.

A criação de órgãos comunitários, por sua vez, impõe aos Estados a obrigação de se submeterem às decisões tomadas no interesse do Mercado Comum, acima, portanto, dos interesses de cada governo individualmente considerado.

No Mercosul, a questão central é estabelecer os critérios que permitirão a tomada de decisões vinculantes para os Estados-Membros, levando-se em conta a assime-

tria dos atores envolvidos. O critério de unanimidade, ora vigente, que confere a cada Estado o direito de veto em relação às decisões contrárias aos seus interesses, parece incompatível com o efetivo funcionamento do mercado comum.

No Mercosul, o problema tem importância especial, pois os Estados-Partes são muito heterogêneos. O sistema decisório a ser criado deveria refletir a diversidade de peso econômico e demográfico dos parceiros a partir da instituição de um sistema de votação ponderada para certas matérias que exigem maior flexibilidade e rapidez em sua implementação. Esse fato não excluiria, de todo, a tomada de decisões com base no consenso, que continuaria admitido em situações especiais, como é o caso da mudança dos tratados constitutivos ou de interesse nacional relevante. As matérias rotineiras, como a convocação de reuniões, deveriam ser submetidas ao princípio da maioria simples, enquanto as decisões acerca de temas políticos e econômicos exigiriam maioria qualificada.

Em quinto lugar, as vicissitudes enfrentadas pelo Mercosul em 1999 comprovam a urgente necessidade de aprofundamento da integração. A sobrevivência do Mercosul parece depender, cada vez mais, da tomada de decisões que consolidem o bloco, ultrapassando a fase da união aduaneira. A harmonização de regras no setor de serviços, cobrindo áreas como telecomunicações, serviços financeiros e informática, poderia ser o princípio dessa nova etapa.

Por último, o fortalecimento do Mercosul é fundamental nos entendimentos sobre a criação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), atualmente em curso. A propósito, vale lembrar que o projeto da criação da Área de Livre Comércio das Américas surgiu na Cúpula de Miami, em dezembro de 1994, quando os chefes de Estado e de governo de 34 países do continente americano acordaram que, no mais tardar, até 2005 seriam concluídas as negociações para a sua formação e implementação.

Os países do Mercosul têm realçado, diante da possibilidade de instituição de uma Área de Livre Comércio das Américas, os seguintes pontos:

1. que a ALCA seja objeto de consenso hemisférico voltado para o livre comércio;
2. que a ALCA seja baseada nos esquemas mais profundos de integração existentes;
3. que resulte de negociações de caráter gradual e progressivo, cujo ritmo seja compatível com a consolidação e aperfeiçoamento de várias iniciativas de integração em curso no continente;
4. que seja constituída sobre compromissos equilibrados, eqüitativos e vantajosos para cada uma das partes, assumidos completa e simultaneamente pelos 34 países;
5. a previsão de que os países definam produtos ou setores econômicos que possam ser objeto de tratamento especial dadas as suas peculiaridades;
6. a promoção ampla da participação e integração dos diversos setores da sociedade civil dos países envolvidos, em especial os empresários, trabalhadores e consumidores, pois somente assim a abertura dos mercados continentais terá legitimidade e significará um bem comum a ser preservado e fortalecido (Lampreia, 1997).

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, J.A. Guilhon. Mercosul: integração regional pós-Guerra Fria. *Política Internacional*. [S.l. : s.n.], 1(2), set./out./nov. 1992.
- AMARAL JR., Alberto do. Mercosul: questões políticas e institucionais". In: *Boletim de Integração Latino-Americana*. Brasília : Ministério das Relações Exteriores, abr./jun. 1994. p. 10.
- Apud BARRIA, Fernando Morales. *ALADI : comentários preliminares al Tratado de Montevideu de 1980*. Santiago : Editora Jurídica de Chile, 1981. p. 16. Dados da CEPAL.
- BAPTISTA, Luis Olavo. *O Mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo : LTR, 1998.
- BARBOSA, Rubens Antonio. A integração regional e o Mercosul. *Política Internacional*. [S.l. : s.n.], 1(2), set./out./nov. 1992.

- BETIOL, Laércio. *Integração econômica e união política internacional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.
- CASTRO, Luiz Augusto de Araújo. Brasil-Argentina: medidas bi-laterais de fortalecimento de confiança na área do controle de armamentos. *Política Externa*. [S.l. : s.n.], 2(2), set./out./nov. 1993.
- EKMEDJIAN, Miguel. A. *A introducción al derecho comunitario latinoamericano*. Buenos Aires : Depalma, 1994. p. 210.
- KEOHANE, Robert O. *After hegemony: cooperation and discord in the world political economy*. New Jersey : Princeton University Press, 1984. p. 51.
- LAFER, Celso. Perspectivas e possibilidades da inserção internacional do Brasil. *Política Internacional*. [S.l. : s.n.], 1(3), dez./jan./fev. 1992-93.
- LAMPREIA, Luiz Felipe. O consenso brasileiro em torno da ALCA. *Revista de Política Externa*. [S.l. : s.n.], v. 5, n. 4, v. 6, n. 1, mar./ago. 1997.
- O'DONELL, Guillermo. Democracia delegativa. In: *Novos Estudos*. São Paulo : Cebrap, n. 31, 1991.
- OTERMIN, Jorge Perez. El Mercado Común del Sur, de Asunción a Ouro Preto. Montevideo : Fundación de Cultura Económica, 1995.
- PEÑA, Félix. Pré-requisitos políticos e econômicos da integração. *Política Internacional*. [S.l. : s.n.], 1(2), set./out./nov. 1992.
- SEITENFUS, Ricardo. A cooperação argentino-brasileira: significado e perspectivas. *Lua Nova*. [S.l. : s.n.], n. 18, ago. 1989.
- SOARES, Guido. A compatibilização da ALADI e do MERCOSUL com o GATT. BILA. [S.l. : s.n.], n. 16, abr. 1995. p. 24.
- VIGNALI, Heber Arbuet. Las organizaciones internacionales. In: *Derecho internacional público*. Eduardo Jimenez de Arechaga (org.). Montevideo : FCU, t. 4, 1994. p. 415.

Do *jus postulandi* e da atuação do Ministério Público no processo civil

Adriano Perácio de Paula

Sumário

1. Introdução. 2. O Ministério Público no processo civil brasileiro. 3. O advogado no processo civil. 4. O *jus postulandi*, a Constituição Federal e o Estatuto da Advocacia. 5. Da legitimidade processual, da substituição processual e do *jus postulandi* do Ministério Público no processo civil. 6. Da necessidade de representação por advogado no processo civil. 7. Conclusões.

1. Introdução

A função do Ministério Público é de órgão promotor de Justiça, aquele que não apenas vela, mas assegura, além da atuação da lei, que a expressão da defesa dos direitos e interesses sociais seja uma exigência concreta. Não importa a sua vinculação institucional, a essencialidade de seu ofício está consagrada desde a Constituição de 1934 (art. 95 *usque* art. 98), passando pelas Constituições de 1946 e 1967. Nesse período, o Ministério Público se constituía numa extensão heterodoxa do Poder Executivo, para atuar preferencialmente junto à atividade jurisdicional, e em especial no processo-crime.

Buscar, após a Constituição Federal de 1988, a quem o Ministério Público está vinculado é tarefa doutrinariamente secundária e tecnicamente obsoleta. Tanto que, seja no Brasil como em outros países, onde a instituição busca suas origens e sua natureza, a discussão que está em permanente ordem do dia é despicinda de

Adriano Perácio de Paula é Advogado, Doutor em Direito pela UFMG, Professor de Processo Civil na PUC/MG e Conselheiro da OAB/MG.

sentido, realmente falaz, e privada de qualquer objetivo dogmático ou prático.

Em qualquer circunstância, o Ministério Público é órgão do Estado. A sua atual desvinculação do Poder Executivo, a busca de sua autonomia, e mesmo a permanência do presente liame de fundo constitucional, apenas ratifica e eleva essa atividade como uma função essencial, ainda que ligada com prevalência à administração da Justiça. Revela desse modo seu objetivo, qual seja o de buscar ser o que a sua designação aponta, a de um promotor de justiça.

Muito além de uma instituição que presta relevante serviço público, na verdade, o Ministério Público exercita na prática a efetiva defesa da ordem jurídica, dos direitos humanos em geral, do resguardo da justiça social. Em outras palavras, é um órgão vinculado estritamente ao interesse público, a fazer com que as leis e demais regras jurídicas se cumpram¹.

Assim que, antes da Constituição de 1988, o Ministério Público concentrava a base de sua atuação na atividade expressiva e indispensável de órgão de acusação no processo criminal. Tem-se atualmente um novo viés funcional da instituição, em que a permanente observância das regras de direito são a tônica, na qual se estabelece um estreito vínculo com realização de um Estado Democrático de Direito. Vale dizer que, desde a sua criação, mas com particular destaque para o momento presente, o Ministério Público realiza e cumpre um proeminente e histórico papel.

Mesmo que não detenha um mandato obtido pela via eleitoral, o Ministério Público exprime, perante o Poder Judiciário, a voz da sociedade, na defesa desta e no resguardo do Estado, assegurando a manifestação dos direitos individuais que lhe competir oficial². Essa atuação torna-se superlativa, além dos limites do processo penal, a partir de uma configuração dos atributos e das prerrogativas que passou a deter o Ministério Público, após a Constituição Federal de 1988. Atuação que, como

deixamos afirmado, reflete-se na vida política, uma vez que os interesses protegidos também desbordam os contornos meramente individuais.

2. O Ministério Público no processo civil brasileiro

A teor daquilo que determina o Código de Processo Civil brasileiro, o caminho de atuação do Ministério Público se cumpre e se regula por meio de duas vertentes, isso quando intervém na jurisdição civil. A primeira, aquela mais conhecida e antiga, é a que concerne ao papel de *custos legis*, o de fiscal do cumprimento do ordenamento legal no processo por todos os sujeitos processuais, em especial quando o *interesse social* sobreleva ao interesse particular dos litigantes. A participação do Ministério Público nesses processos é indispensável, pena de nulidade de todo o processado³.

No exercício dessa função, o Ministério Público age de forma imparcial, intervindo para declarar como entende a vontade da lei, em face dos interesses em litígio. Não defende a posição de nenhuma das partes, mas o interesse público na exata aplicação da norma legal, não importa a quem venha a favorecer⁴. Nessa condição, pode o Ministério Público participar de todos os atos do processo, e até mesmo interpor recurso (§ 2º do art. 499 do Código de Processo Civil), ocasião em que atua, não como sujeito do processo, mas como *sujeito da lide*⁵.

A intervenção como *custos legis* se dá, obrigatoriamente, em todos os processos nos quais o interesse em litígio se apresente relevante, não somente para as partes diretamente envolvidas, mas que, se afigure como matéria de repercussão pública, ou que trate de direitos de menores e incapazes. No processo civil, essa é a atribuição mais antiga, mas que, mesmo com a evolução dos tempos, apresenta alterações significativas, e se fez como alavanca e premissa para que novas

prerrogativas e atribuições fossem cometidas ao Ministério Público.

Seguramente pode-se afirmar, com especial tônica, que, desde a Constituição da República de 1988, a tarefa no processo civil, que cabe ao Ministério Público, possui uma identidade toda particular, isso no que tange à análise assentada no cotejo com o direito comparado. A autonomia funcional e financeira da qual passou a ser dotado o órgão, a sua desvinculação definitiva do Poder Executivo, sua independência também em relação à magistratura emprestam novos ares também na relação que exercita no processo civil.

Daí que a atividade que sobressai ao Ministério Público, a partir daquela ordem constitucional, faz emergir um novo quadro de atuação no processo civil. É seguro afirmar que mesmo antes, e até fora desse contexto, essa situação já se anunciava, pois a possibilidade de instauração de inquérito civil, de adoção de termo de ajustamento de conduta e da representação nos processos que resguardam os interesses difusos e os direitos coletivos na jurisdição civil refazem a hermenêutica, a aplicação e a efetividade do art. 81 do Código de Processo Civil, posto que realmente passa a deter condições para, efetivamente, exercer os mesmos poderes que as partes já possuem.

A convicta e correta sustentação para que se procedesse à aplicação dessas prerrogativas, se num primeiro momento foi rechaçada com julgamentos que não reconheciam a sua legitimidade *ad causam*, já não mais permitem uma exegese restritiva dos poderes e atribuições que se hipotecam ao Ministério Público. Isso porque tais prerrogativas guardam estofos de norma constitucional e possuem um escopo social que marca o caráter público de suas atividades.

Não se trata de uma voz alternativa em nome e para o cidadão, mas da ampliação sobranceira de uma função que tem contribuído de forma eficaz para o exercício

da justiça distributiva, muito além do âmbito estreito do processo. Orientar a política, conduzir a prática das prescrições legais, extremar a sua atuação como parte ativa e interessada implica assumir a tarefa de reconstruir a jurisprudência, disseminar a concreção da norma na sua aplicação e tornar efetivas as garantias constitucionais e, entre elas, aquelas do processo civil.

De modo que, ainda no regime constitucional revogado, conferiram-se ao Ministério Público atribuições de parte ativa legítima para atuar no processo civil, a exemplo da ação civil pública introduzida pela Lei nº 7.347/85, assim como nas hipóteses de propor ações cautelares para preservação dos direitos decorrentes de crimes (arts. 127 e 142 do Código de Processo Penal), da ação de alimentos (art. 394 do Código Civil c/c art. 27, III; art. 201, III, da Lei nº 8.069/90), da ação rescisória (art. 487, III, do Código de Processo Civil) e da ação de nulidade de casamento (art. 208, parágrafo único, II, do Código Civil), entre outras. No âmbito do Direito Comercial, da ação de ressarcimento de prejuízo por conta de administradores de instituições financeiras em liquidação extrajudicial (Lei nº 6.024/74), da ação de extinção de fundações (art. 30 do Código Civil c/c parágrafo único do art. 1.204 do Código de Processo Civil), da ação de falência como representante de reclamante trabalhista (arts. 1º e 11 da Lei de Falências c/c art. 17 da Lei nº 5.584/70)⁶.

Descabe analisar neste estudo se essa atuação deriva de legitimação ordinária ou extraordinária (substituição processual). Não nos importa indagar se a *res litigiosa* e os efeitos da decisão emanada daquele procedimento repercutem diretamente em outro sujeito⁷, além do Ministério Público. O que se deve destacar é a possibilidade de atuação no processo civil, desde a fase inaugural, e na qualidade de legitimado *ad causam* em diversas situações, e sem prejuízo das atribuições tradicionais de *custos legis*. E em qualquer dessas hipóteses,

a atuação do Ministério Público está prevista em lei, tal como exposto nos exemplos arrolados acima.

Impõe ainda deixar registrado que, agindo na qualidade de parte, o Ministério Público, ao contrário de qualquer outro legitimado em processo civil, poderia ficar obrigado a agir enquanto litigante ativo. Tratar-se-ia de uma obrigação de agir, tal como se dá no processo penal. E sem prejuízo dos ônus que se lhe acometem como parte, após o cumprimento dessa obrigação primária⁸, qual seja de propor a ação civil.

Essa situação se adequaria à função institucional do Ministério Público, seja como parte, ou enquanto *custos legis* no processo civil. Aquilo que para um particular constituir-se-ia numa faculdade, podendo ou não atuar em juízo, tal como qualquer particular, já no tocante aos atos do Ministério Público vincular-se-ia à natureza de suas atividades. Não se permitiria essa discricionariedade, a não ser de forma motivada como no processo-crime (art. 28 do Código de Processo Penal), em que o pedido de arquivamento em promover a *res in judicium deducta* pode ser revisto.

De qualquer modo, o direito de agir, também nessa situação, apresentar-se-ia como norma cogente, sobretudo quando se trata de interesses difusos ou de direitos de toda uma coletividade. Porém, esse não é ainda o cerne de nossas preocupações neste breve estudo.

Atende-se com a presença do Ministério Público, figurando como parte legítima a atuar no processo civil, como forma de apresentar uma resposta de participação do Estado na decisão jurisdicional. Por via dessa participação, abriga um número maior de interessados ali representados, se não restaurando, ao menos amenizando o desequilíbrio dos litigantes e as intempéries do acesso à Justiça. Com isso, busca-se reduzir a esfera de disponibilidade dos direitos subjetivos, no sentido de que, com a intervenção do Ministério Público, diante da massificação das relações jurídicas, seus titulares se vejam privados de seus direitos

de ordem material e de suas prerrogativas de cunho processual⁹.

3. O advogado no processo civil

A atividade do profissional da advocacia ganhou novos e supremos ares com a inscrição, pela primeira vez nas quadras da Constituição da República, daquela previsão que estabelece como função essencial da Justiça a presença do advogado na administração, assegurando como garantia dessa indispensabilidade ser ele inviolável por seus atos e manifestações no exercício de sua profissão e nos limites a serem fixados por lei (art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil).

Em mais uma oportunidade, e diante do referido comando constitucional, voltou à baila a questão do direito de postular em face dos arts. 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que dispensavam a presença do advogado nas lides daquela jurisdição. O entendimento dos tribunais ainda permanecia em dúvida, sobretudo após virem reforçados pela disposição do art. 9º da Lei nº 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais, em que mantém como facultativa a presença e o acompanhamento por advogado, nas causas cujo valor econômico em questão não ultrapasse o limite de até 20 salários mínimos.

Foi como derivativo dessa linha de conduta que o Supremo Tribunal Federal acolheu medida liminar que suspendeu a vigência do inciso I do art. 1º do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94), em uma das várias ações diretas de inconstitucionalidade que foram ajuizadas com o objetivo de suscitar a validade de diversos dispositivos dessa mencionada legislação.

Nem mesmo diante de tantas intempéries, mas sobretudo em face do advento do novo Estatuto da Advocacia, deixou-se de irresignar perante questionamentos que, especialmente na Justiça do Trabalho, viam – e ainda vêm – a presença do advogado como fator de um falacioso comprometimento da celeridade e da simplificação da

prestação jurisdicional. Até porque é de se ter sempre em conta que somente por meio de uma defesa técnica produzida por um advogado é que se terá a segurança de virem a ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa¹⁰.

Deve-se ter em conta que a indispensabilidade da presença do advogado, em qualquer situação, no processo civil, assim como as novas prerrogativas conferidas ao Ministério Público, bem como a definição do papel de imparcialidade do juiz, antes que distanciamento, são contornos que objetivam emprestar aos agentes da relação processual os verdadeiros e reais papéis que devem protagonizar.

É a observância estrita e rigorosa desses princípios que zela e empreende que se concretize o devido processo legal, fazendo necessária a participação do advogado. Ele é quem permite com que, além de *ser o processo legal*, e justamente em razão disso, *seja devido e acolhido este mesmo processo*.

Qualquer trajetória que se desvie desse itinerário implicará nulidade do procedimento por ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válidos, como também o afastamento do processo civil daquele soberano predicado de democracia, que preside o Direito como um todo e do qual ele não se pode afastar. Até porque determinar a presença do advogado como agente que detém privativamente o direito de postular em juízo não é norma destituída de conteúdo finalístico. Nela há um valor que se agrega a um outro objetivo, a fim de resguardarem certos direitos e assegurarem outras tantas prerrogativas. É como o alpinista que escalasse uma montanha destituído de seus equipamentos de segurança, talvez sequer passasse do sopé da cordilheira.

4. *O jus postulandi, a Constituição Federal e o Estatuto da Advocacia*

Assim que, pela primeira vez na história brasileira, a Constituição consagrou dispo-

sições expressas para tratar da atividade da advocacia e da defensoria pública, dispondo, especialmente quanto ao advogado, ser o mesmo indispensável à administração da justiça. E que, em razão de seus atos e manifestações, desde que no exercício desse seu mister, e naturalmente nos estritos limites que a lei lhe faculta, é ele inviolável enquanto desenvolver essa atividade.

Como não poderia deixar de ser, e sem qualquer ressaibo de corporativismo ou reserva de mercado, o que realmente estabeleceu a Lei Maior foi que, em que pese exercer atividade privada, o advogado cumpre *múnus* de caráter público.

E diante da sua indispensabilidade, há que, somente com a sua particular intervenção, a prática dos atos jurisdicionais recebem foros de validade. E validade essa com duplo atributo: *validade intrínseca*, atinente às partes diretamente envolvidas, e *validade a ser considerada de maneira extrínseca*, posta perante toda a sociedade na qual está inserida a atividade forense ou a advocacia *lato sensu*, como uma função necessária.

Não se admite a crítica desinformada e ideológica de que tal preceito estaria a gerar em favor do advogado uma reserva de mercado que nenhuma outra profissão possui ou exige. E ainda mais, importaria em retrocesso, pois a já citada Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – uma legislação mais que cinquentenária – já permitia que a postulação perante a jurisdição especializada trabalhista se fizesse sem a presença do advogado (arts. 798 e 839 da CLT).

Esse opúsculo não tem a pretensão – como já salientado – de discutir a matéria sob a ótica da participação do advogado no processo trabalhista, até porque as opiniões mais ponderadas e judiciosas somente apontam na direção da indispensabilidade do causídico. Presença da qual não se prescinde, quando nada, por uma questão de isonomia de tratamento entre as partes litigantes.

A par disso, tanto não se afigura como reserva de mercado a disposição do art. 133 da Constituição Federal que jamais alguém levantou a menor censura que seja às regras dos arts. 283 e 284 do Código Penal, que tratam das práticas do charlatanismo e do curandeirismo, preceitos esses que, indiretamente, são normas que se destinam a proteger os profissionais da Medicina. O que vale dizer, seja com relação ao advogado na atividade de administração da justiça, ou mesmo quanto ao médico no que toca ao ofício da terapêutica, há que o destinatário direto e imediato da presença de cada profissional nesses ofícios não é o próprio profissional ou seus pares, mas o cidadão que pretende ver atendido interesses, tal como no exemplo, no resguardo a seu direito e a sua saúde.

Daí por que, na atividade de administração da justiça, torna-se imprescindível a presença do advogado em todas as etapas de qualquer procedimento judicial, assim como, e na mesma linha de critério valorativo, não se dispensa a atuação do representante do Ministério Público como fiscal da lei, e ainda menos não se renuncia que a atividade judicial se manifeste por meio da figura da pessoa de um juiz.

Em suma: não há um porquê razoável para se cogitar de processo judicial válido sem o comparecimento de um advogado, assim como sem a presença do Ministério Público ou do juiz¹¹. O dado teleológico desse princípio da indispensabilidade é de evidente ordem pública e de relevante interesse social, como um instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É essa garantia atributo *da parte* que demanda em juízo, não do profissional que a representa¹².

Com efeito, além de assegurar com a sua presença o tratamento que melhor se amolda à sua atenção profissional, o advogado vela pelo bem maior da pessoa: a *liberdade*. Pois que, zelando pela intangibilidade desse direito maior, enfrenta por si, mas em favor do cidadão, todos os riscos e perigos em prol da defesa desse seu

direito¹³. E por mais tênue que se apresente esse direito, pelo menos a defesa lhe será consagrada, pois a favor do direito de defesa desse cidadão e de qualquer outro, o advogado a esse reclamo não pode desatender.

O advogado é a voz da parte, sem o sentimento da parte; é o interesse da parte, mas com a postura e o ânimo que defende aquele interesse como o dado do conhecimento técnico aplicado à questão de fato, e sem o envolvimento emocional da parte. Ainda que defenda o autor do mais pusilânime crime, com este não se confunde, pois a razão da advocacia é a defesa da pessoa humana, não de seus atos.

E o exercício cativo do direito de postular (*jus postulandi*) quem detém é o advogado, e de maneira exclusiva. E esse é um conceito distinto do direito de petição, acessível e franqueado a qualquer pessoa, até mesmo aos incapazes, desde que assistidos ou representados. *Postular é ato privativo do advogado*, pedir ou exigir a prestação jurisdicional do Estado em nome de seu cliente, em favor de qualquer cidadão.

Exige-se, em razão disso, que para a prática e o exercício do *jus postulandi* esteja o profissional sustentado numa qualificação técnico-profissional, daí decorrendo ser esse direito de postular uma função tradicional, historicamente cometida à advocacia¹⁴. Ou seja, quando se falar em postulação, estar-se-á a tratar do direito de requerer ao Poder Judiciário uma decisão judicial, relativa a um litígio entre partes privadas ou públicas¹⁵, de modo a obter resposta para um conflito de interesses que está pendente de solução. E se perante a advocacia se apresentar a defesa de interesses públicos, deve esse advogado pautar sua conduta processual pelo primado do interesse público, e atento igualmente ao fato de que nem sempre esses valores relevantes se apresentam soando em uníssono com o interesse da Administração¹⁶.

5. *Da legitimidade processual, da substituição processual e do jus postulandi do Ministério Público no processo civil*

Um tema que tem sido debatido, particularmente desde a promulgação da Constituição de 1988, é aquele relativo à atuação do Ministério Público nos procedimentos da jurisdição civil. Houve uma notável expansão de atribuições e competência, em comparação àquilo que se permitia no regime constitucional revogado. Na esfera da imputação das prerrogativas da ação penal, restou mantido o permissivo disposto no art. 129, I, em que se dispõe que a iniciativa da ação penal pública é *privativa* do Ministério Público.

O adjetivo que diferencia essa atribuição – privativamente – é o fator determinante e diferencial, uma vez que, seja na ação penal pública incondicionada, seja na ação penal condicionada à representação ou à requisição, somente podem ser promovidas por denúncia do Ministério Público. Nesses casos, o Ministério Público, órgão responsável pela *persecutio in iudicium* por meio da ação penal, não só promove a instauração da instância com a apresentação da denúncia, mas também acompanha o feito até final sentença.

Requer produção de provas, diligências e tudo quanto interesse à atuação da lei penal e ao esclarecimento da causa, acompanhando os atos processuais que se realizam em todas as fases do processo¹⁷. Nas demais hipóteses descritas e franqueadas pela Constituição, no mesmo art. 129, tais como a de promover ação civil pública (inciso III) ou ação direta de inconstitucionalidade (inciso IV), entre outras previsões assentadas na mesma Carta ou na legislação ordinária, há que o adjetivo de *Privatividade* não se encontra expressamente inscrito.

É de se ver que o § 1º do mesmo dispositivo constitucional estabelece que a legitimação conferida ao Ministério Público para as ações civis não impede aquela outra

que toca aos diretamente interessados, e também legitimados para defesa ao mesmo propósito de ordem processual. Até porque, nessas situações, o Ministério Público age como parte na propositura da ação, sendo que o conceito de parte não tem relação alguma com o problema da legitimação para agir¹⁸.

Essa situação processual de parte se vincula à pertinência subjetiva do direito de ação¹⁹, que pode ser exercida para a defesa de direito próprio – o que é a regra – ou para a defesa de interesses de terceiros, desde que permitido por lei, e a teor do que dispõe o art. 6º do Código de Processo Civil (CPC).

A não ser quando atua em nome dos interesses e direitos da própria instituição, no mais das vezes, há que no processo civil o Ministério Público age como substituto processual, que é aquela situação em que, em nome próprio, um direito de ação é exercido para sustentar a posição jurídica de outrem. Essa figura da substituição processual, que na verdade é uma legitimação extraordinária, pode ser levada adiante em concomitância à defesa de um interesse legítimo próprio²⁰.

Em qualquer dessas situações, seja na hipótese de se deduzir pretensão em nome pessoal para proteger direito próprio ou na possibilidade da substituição processual facultada pela lei, *a atuação no processo civil sempre se fará por postulação de um advogado*, tal como determina de forma peremptória o art. 36 do CPC.

Ali se estabelece que a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado, sendo lícito à parte, no entanto, postular em causa própria, desde que possua habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar, ou recusa, ou impedimento daqueles todos que houver na comarca.

Assim deve ser entendido e aplicado o disposto no art. 81 do CPC, ao prescrever que o Ministério Público exercitará o direito de ação, cabendo-lhe, no processo civil, os

mesmos poderes e ônus atinentes a qualquer das partes²¹. De modo que, seja na condição de autor em nome próprio ou por legitimação extraordinária, ou mesmo na posição de réu, a exemplo das hipóteses de curador à lide para o caso de litigante revel citado por edital, ou por hora certa, haverá de observar os direitos e encargos atribuídos às partes.

A interpretação e aplicação desse dispositivo somente se torna relativa nos casos prescritos pelo mesmo CPC, em que se estabelece que o Ministério Público não está sujeito ao adiantamento de custas (art. 27) e goza do benefício do prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (art. 188).

E na qualidade de parte, no processo civil, em qualquer das situações em que funcionar o Ministério Público, particularmente em atenção à previsão do sobredito art. 36 do CPC, deve o representante do *Parquet* estar representado por advogado legalmente habilitado. Até porque a Constituição Federal, em seu art. 128, II, determina como uma das vedações expressamente impostas ao Ministério Público aquela que abrange o exercício da advocacia. E postular no processo civil é prerrogativa exclusiva e inalienável da pessoa habilitada a advogar, e para a qual está impedido qualquer representante do Ministério Público²².

6. Da necessidade de representação por advogado no processo civil

Impõe-se, a esta altura da exposição, o estabelecimento de algumas premissas, a fim de se delinear as conclusões dela decorrentes, e igualmente necessárias. Pois neste plano de idéias, tal como já vem proposto, temos definidas as marcantes distinções entre a legitimidade *ad causam*, a substituição extraordinária – que deflui da possibilidade legal da legitimação extraordinária – e, finalmente, da capacidade postulatória.

Registramos, de igual modo, que o *jus postulandi* somente pode ser cometido, no processo civil, a advogado legalmente habilitado para o exercício dessa profissão.

E como só possui a capacidade postulacional o advogado, seja representando a parte legítima, ordinária ou extraordinariamente²³, tem-se que o ato processual exercido por quem esteja na situação de incompatibilidade para a prática da advocacia é ato nulo. A declaração de nulidade de um determinado ato pode-se refletir sobre os demais atos que lhe seguem, se tinham naquele primeiro uma condição prévia de regularidade dos demais²⁴.

Isso porque trata-se de uma vedação de caráter absoluto, segundo os termos do art. 27 do Estatuto da Advocacia, que reproduz as exatas expressões firmadas pela Constituição Federal, além da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 38, § 1º, II).

Em outros termos, a capacidade de postular em juízo, particularmente no processo civil, é regulamentada pelas regras atinentes à OAB, pois exclusivamente aos profissionais ali inscritos é que é conferida a tarefa de exercer o *jus postulandi*.

Implica afirmar que, a par das condições da ação, deve o juiz cuidar para que a representação nos procedimentos cíveis se faça em atenção ao disposto no art. 36 do CPC, independente de questionamentos outros que possam ser dirigidos à capacidade processual e legitimidade do Ministério Público²⁵ nas ações que atue como parte ou substituta. Vem de asseverar que, dada a vedação de fundo constitucional que proíbe a advocacia aos representantes do Ministério Público, à exceção prevista expressamente da ação penal pública, haverá, nos demais casos em que se apresentar em juízo o Ministério Público, que venha ele representado por advogado, desde que essa intervenção se faça enquanto parte, e não como *custos legis*.

Não se colhe o argumento de que, em verificada essa hipótese, o Ministério

Público teria amesquinhada a sua posição, reduzida a um mero órgão administrativo do Estado²⁶, o que contrariaria o intuito da Constituição Federal de 1988 em relação ao *Parquet*. Ou aquilo não menos equivocado, que seria tentar com isso reduzir o Ministério Público a mero espectador da cena processual²⁷.

Ora, não é porque a Fazenda Pública se faz representar pelos advogados que compõem a sua procuradoria que ela se torna menor em relação à parte *ex adversa*; ou pelo fato de o cônjuge necessitar de vir representado por advogado para pleitear a ação de divórcio que se está a restringir a sua pretensão, ou mesmo as suas possibilidades no sucesso do resultado da demanda; ou ainda que limita a legitimação para agir em juízo.

O fato de o Ministério Público se fazer representar por advogado no processo civil, e nas demais ações judiciais – inclusive a relativa à indenização decorrente de ato ilícito do art. 68 do Código de Processo Penal –, em qualquer foro ou grau de jurisdição, não altera a questão da legitimação ordinária ou extraordinária do Ministério Público.

A vedação que ao Ministério Público se impõe abrange as questões envolvendo demandas em causa própria – e nesse conceito se enquadrariam também aquelas relativas à substituição processual –, e isso, repita-se, sem adentrar ou afetar o debate sobre a sua legitimidade de agir. Exceto nas *ações penais públicas*, condicionadas ou incondicionadas, nas demais intervenções que o Ministério Público promova nas ações judiciais, *enquanto parte*, a sua representação sempre se deve fazer por meio de advogado. E assim em qualquer jurisdição, seja a comum de âmbito estadual, ou mesmo a jurisdição especializada da Justiça do Trabalho, ou a comum de âmbito federal.

Basta vir à lide o Ministério Público, à margem da condição de *custos legis*, para que a presença do advogado passe a ser

indispensável, pena de nulidade dos atos praticados por pessoa que não possa praticar atos postulatórios.

O fato de o Ministério Público ser o legitimado para promover, por exemplo, ações diretas de inconstitucionalidade, ações civis públicas, mandados de segurança na defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes define apenas a questão da legitimidade para agir. Questionáveis ou não tais outorgas de legitimidade, há que essas discussões não cabem no espaço deste estudo, devendo apenas ser considerado que, dada a legitimidade além dos limites da ação penal pública, posto que esta é privativa do Ministério Público, no mais a representação haverá de ser efetivada mediante a presença de advogado.

Sem razão a doutrina que defende o fato de que ao se conferir a legitimidade, *in re ipsa*, já se estaria concedendo a capacidade postulatória²⁸ ao Ministério Público. Trata-se de *contradictio in terminis*, pois, como reconhece essa mesma doutrina, se não se pode estar inscrito sem impedimentos na OAB, por completa incompatibilidade constitucional, como então haverá de advogar?

Pelo que soa igualmente ininteligível e sem qualquer justificativa a defesa que se faz ao argumento de que seria esse um posicionamento que, interpretando a norma legal e constitucional, visaria restringir aquela atuação do Ministério Público. E, assim, estariam afetados diretamente os interesses da sociedade, pois lhe estaria sendo negado o acesso à Justiça e obstada a própria prestação jurisdicional²⁹.

Argumentos *ad terrorem* à parte, a atuação do Ministério Público sempre foi feita, e se fará, nos estritos limites de sua legitimidade para agir em juízo. E, da mesma forma que não se restringe a legitimidade do credor para exigir em juízo o implemento da obrigação que lhe é devida, vez que por meio de advogado que em seu nome postula, refoge por completo à técnica processual tomar a capacidade

de agir como se fosse capacidade postulatória, ou que esta estivesse contida naquela.

São três planos distintos para os quais há que se considerar as respectivas distinções: o plano da titularidade de interesses, a legitimação para fazê-los valer em juízo e a capacidade técnico-processual de postular a defesa desses interesses³⁰. E é preciso se ter em conta que, necessariamente, esses planos não são convergentes.

A advocacia, ao contrário da atuação do Ministério Público, cuja finalidade é a de promover a justiça – daí a designação de promotor de justiça –, é uma atividade vicária³¹, assim compreendida aquela em que, segundo as regras de etimologia, uma pessoa faz as vezes de outra, que exerce atribuição ou poder por delegação ou mandato. Essa é uma forma de legitimação do procedimento³², pois, ao contrário da parte – e aqui se inclui o Ministério Público –, o dado da impessoalidade fica resguardado por meio da atuação do advogado, ou seja, esse profissional não será afetado diretamente pela decisão, seja essa afetação no âmbito externo da materialidade da decisão, ou sequer no aspecto psicológico.

O advogado possui a técnica da contenda, mas não é o contendor, daí a sua visão distanciada e profissional do litígio em procedimento.

Além dessa impessoalidade e independência técnica, o advogado haverá sempre de preservar a sua independência política e de consciência, jamais permitindo que os interesses daquele que representa se confundam com os seus. O advogado não é, e nunca pode ser, o substituto da parte; ele é o seu patrono. Em vista disso, em momento algum convém que o advogado se deixe levar pelas emoções, sentimentos ou impulsos daquele que delega para que fale e aja em seu nome.

Essas reações, impróprias ao advogado, mas compreensíveis para a parte interessada, haverão de ser retidas à porta de seu escritório³³, aspecto que reforça a tese ora defendida, em que, para qualquer parte, a

representação por advogado é indispensável, não apenas pelas questões de ordem técnica, mas também, e sobretudo, pelas razões antes declinadas e de cunho interior, que afetam qualquer parte interessada, funda e pessoalmente. Até porque a mesma formação jurídica básica que possui o membro do Ministério Público de igual modo a detém o advogado: ambos são bacharéis em Direito.

7. Conclusões

Uma vez que a Constituição Federal determina que, entre as vedações impostas aos representantes do Ministério Público, encontra-se aquela relativa ao exercício da advocacia, o que resta confirmado pela Lei Orgânica do Ministério Público e pelo Estatuto da Advocacia e da OAB;

E tal como estabelece a mesma Constituição de 1988, que a prerrogativa *privativa* que se oferece ao Ministério Público na esfera processual é exclusivamente aquela de promover a ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada;

Considerando que, ainda que conferindo legitimidade ao Ministério Público a atuar como parte, não se tem como concluir que esteja compreendida a capacidade postulatória, há que, a exemplo de qualquer pessoa que queira atuar em juízo, deve igualmente o Ministério Público se fazer representar por advogado quando atuar como *parte*, reservando-se à tarefa de participar *diretamente* na lide quando então funcionar como fiscal da lei.

Assim é que, sob pena de nulidade da atuação feita sem representação, também o Ministério Público haverá de atuar em juízo por advogado, a não ser em caso da ação penal pública; e, atuando como parte, deve haver condenação em sucumbência em qualquer pólo que se inscreva o Ministério Público, ganhando ou perdendo a demanda. A sucumbência é fato decorrente da atuação litigiosa em juízo, e nenhuma restrição pode ser imposta – a não ser *de lege lata* – para a sua aplicação, mesmo em

casos de mandado de segurança, não obstante posturas e súmulas dos tribunais superiores em outro sentido.

Pois que, do contrário, seria permitir ao Ministério Público o exercício de uma atividade que lhe é constitucionalmente vedada, ainda que interpretada essa atuação como advocacia em causa própria. Mesmo assim persistiria incompatível essa atividade com a função do *Parquet*, a teor do *caput* do art. 28 do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Ademais, mesmo em sua própria defesa, e de modo a evitar aquelas interferências de ordem emocional e subjetiva, recomenda-se, e até em alguns casos como o de arbitramento e da cobrança de honorários, em que se impõe expressamente, que deva o advogado renunciar ao patrocínio da causa própria, fazendo-se representar por um colega (art. 43 do Código de Ética e Disciplina da OAB).

Tanto que seria de se recomendar que associações presididas por advogados, e até mesmo a OAB em atuações judiciais que a envolvam, também devessem ser representadas por qualquer outro advogado senão aquele que responde por ela, ainda que detenha capacidade postulatória. Tudo em prol da alegada impessoalidade, distanciamento e decorrente legitimação da questão debatida em juízo.

Notas

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Atualização Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro : Forense, tomo 2, 1995. p. 175.

² AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1958. p. 118.

³ Art. 81 do Código de Processo Civil - *O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em Lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes*.

⁴ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 1, 1941. p. 185.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova : Cedam, v. 2, 1986. p. 250.

⁶ PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Aide, 1998. p. 47 e ss.

⁷ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova : Cedam, 1989. p. 317.

⁸ Sobre a distinção entre ônus e obrigação em processo, consultar: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 1. ed. Atualizada por Wilson Rodrigues Alves. Campinas : Bookseller, v. 1, 1997. p. 196.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 1, 1998. p. 310.

¹⁰ ATHENIENSE, Aristóteles. 'Jus postulandi' e advocacia. *Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. [S.l. : s.n.], 1996. p. 751.

¹¹ CORRÊA, Orlando de Assis (org.). *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*. Rio de Janeiro : Aide, 1997. p. 30.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. 2. ed. Brasília : Brasília Jurídica, 1996. p. 30.

¹³ SOBRAL PINTO, Heráclito Fontoura. *Lições de liberdade*. Belo Horizonte : UCMG/Comunicação, 1977. p. 210.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁵ CORRÊA, Orlando de Assis (org.). *Op. cit.*, p. 25.

¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Titularidade do Direito, legitimação para agir e representação processual. *Revista dos Tribunais*. 771/102.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, v. 1, p. 60. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. A ação penal no direito italiano e no direito brasileiro. *Revista Forense*. 328/321.

¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução por Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 90.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 159.

²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit.*, p. 160.

²¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, v. 1, 1993. p. 164.

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 172.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, tomo 1. 1979. p. 578. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, v. 1, 1991. p. 140.

²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro : Aide, 1993. p. 40.

²⁵ A propósito, consultar MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. O exercício do 'ius postulandi' pelo advogado e pelo Ministério Público no processo civil. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. [S.l. : s.n.], n. 64, jan./jun. 1997.

²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Propositura pelo Ministério Público de ações para a

tutela de interesses particulares e ações civis públicas. *Revista de Processo*. 80/174. CORRÊA, Orlando de Assis (org.). *Op. cit.*, p. 26.

²⁷ SANSEVERINO, Milton. A iniciativa resursal do Ministério Público nas ações acidentárias. *Revista de Processo*. 93/79.

²⁸ NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 366.

²⁹ SILVA, Cláudio Barros. Os efeitos da sucumbência ao Ministério Público na ação civil pública.

Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. 19/ 43.

³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 96.

³¹ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *A crise da advocacia no Brasil*. São Paulo : Alfa-Omega, 1991. p. 23.

³² LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução por Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : Universidade de Brasília, 1980. p. 83.

³³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Op. cit.*, p.138.

A seleção e o aprimoramento de juizes e de promotores de Justiça: alguns aspectos fundamentais

Nicolau Eládio Bassalo Crispino

Sumário

Introdução. 1. Breve esboço histórico. 1.1. Magistratura. 1.2. Ministério Público. 2. A Magistratura e o Ministério Público brasileiros. 2.1. O Poder Judiciário. 2.2. O Ministério Público. 3. A seleção dos magistrados e dos promotores de Justiça. 4. A escola de formação e atualização dos juizes e dos promotores. 5. O Direito estrangeiro. 5.1. O Judiciário e o Ministério Público franceses. 5.2. O Judiciário e o Ministério Público alemães. 6. Conclusão

Introdução

O presente trabalho tem por finalidade precípua analisar algumas questões da Magistratura e do Ministério Público nacionais, principalmente aquelas relativas à seleção e ao aperfeiçoamento dos seus membros.

Para termos uma noção da evolução desses órgãos ao longo de toda a humanidade, faremos um breve apanhado histórico dessas carreiras, desde a Antigüidade até os dias atuais.

Mostraremos, também, como se encontra o Judiciário e o Ministério Público brasileiros, identificando os diversos órgãos que os compõem.

Em seguida, trataremos da seleção dos magistrados e dos membros do Ministério Público, procurando analisar o modo adotado pelo Brasil, mostrando algumas vantagens e desvantagens desse sistema.

A partir desse momento, procuraremos mostrar alguns pontos dentro desse sis-

Nicolau Eládio Bassalo Crispino é Procurador de Justiça no Amapá, Professor da Fundação Universidade Federal do Amapá, Atual Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional MP/AP e Doutorando em Direito Civil pela USP.

tema de seleção, tentando identificar algumas questões, as quais achamos devam ser analisadas e repensadas, a fim de obtermos o progresso dessas duas carreiras jurídicas. Dentro dessas questões, tentaremos enfatizar a existência das Escolas da Magistratura e do Ministério Público, procurando demonstrar quais os seus verdadeiros papéis na formação e aperfeiçoamento de magistrados e de promotores de Justiça.

Após, no tópico seguinte, com o escopo de comparar alguns métodos alienígenas de formação da Magistratura, trataremos de dois sistemas estrangeiros: o francês e o alemão.

Ao final, tentaremos colocar nossa opinião, no intuito de auxiliar a reconstrução da Magistratura e do Ministério Público brasileiros.

1. Breve esboço histórico

1.1. Magistratura

Podemos afirmar que, desde os registros mais antigos da história da humanidade, ao longo da evolução de todas as sociedades humanas, com suas constantes transformações durante as mais diversas épocas, a Magistratura por sua vez sofreu diversas modificações. Foram várias as experiências vividas pelos povos no tocante ao surgimento e ao desenvolvimento da Magistratura ao longo dos tempos.

Mostra-se, verdadeiramente, difícil fazer uma síntese histórica de como funcionava o modo de dirimir os conflitos de interesses entre os indivíduos. Entretanto, tentaremos fazer uma amostragem da atividade judicante ao longo dos tempos.

O professor Ugo Enrico Paoli¹ nos mostra que, nas cidades antigas grega e romana, o magistrado era compreendido como o cidadão que, dentro do interesse público, exercia um poder de comando, seja civil ou mesmo militar, diferentemente da noção contemporânea de que o magis-

trado, segundo ele, é o oficial público revestido do poder de administrar a Justiça.

De acordo com o pensamento do professor Dalmo de Abreu Dallari², para o acesso à judicatura grega, não eram exigidos conhecimentos técnicos especializados, posto que, deduzindo as idéias de Aristóteles, o magistrado poderia ser qualquer cidadão, escolhido por eleição ou por sorteio.

Em Roma, a Magistratura sofreu inúmeras modificações, conforme mostra a evolução de toda aquela civilização, desde a fundação de Roma até a decadência de seu Império.

Segundo o professor Antonio de Dominicus³, o termo *magistratus*, com toda a probabilidade possível, originou-se da palavra *magister* (chefe), correspondendo no órgão, seja singular ou coletivo, o qual possuía o poder de exprimir a vontade do Estado romano e de impor a sua supremacia (*imperium*).

De acordo com os ensinamentos do professor José Cretella Júnior⁴, no início de Roma, tudo estava concentrado nas mãos do rei, que era o magistrado e juiz. Na época da República, a Magistratura era colocada sob o comando de dois cônsules, sendo que, posteriormente (387), foi instituído um pretor, com atribuição exclusiva de administrar a Justiça. Existiam o pretor urbano e o pretor peregrino.

Nas províncias romanas, os governadores administravam a Justiça. Os magistrados romanos tinham o *imperium*, representando o poder de mando, e a *jurisdictio*, que consistia no poder de dizer o direito.

Durante toda a evolução da civilização romana, surgiu um grande número de magistrados. Existiam magistrados patrícios e plebeus, eleitos pelas pessoas pertencentes à respectiva classe social.

No período imperial, a Magistratura não era mais escolhida por meio do sistema de eleições. Os magistrados tor-

naram-se, paulatinamente, funcionários do imperador.

Já na Idade Média, como bem lembra o professor Dalmo Dallari, a Magistratura não encontra uma identidade própria da época. Entretanto, podemos afirmar que, na época medieval, existiam tribunais corporativos e eclesiásticos independentes, julgando matérias civis e criminais, chegando a fazer com que determinadas pessoas não fossem julgadas pelos famosos tribunais do rei, os quais existiam já naquele momento.

Durante o Absolutismo, obviamente, havia uma forte influência do monarca sobre os juízes, sendo que, na grande maioria, a escolha destes era feita diretamente por aquele que possuía o poder político, havendo então uma submissão dos juízes às vontades de quem os havia escolhido.

Lembra mais o professor Dalmo Dallari⁵ que, nesse momento histórico, “o juiz permaneceu muito forte, com ampla liberdade para agir, sendo mesmo apoiado em suas arbitrariedades, desde que atuasse de acordo com a vontade dos detentores do poder político supremo”.

Na Inglaterra, no ano de 1361, houve a criação da função dos juízes de paz leigos, tendo aquele país, desde essa época até o nosso século, um grande número de juízes leigos. Isso demonstra que não se pode dizer que há um Poder Judiciário na Inglaterra.

Em França, durante o período chamado de *Ancien Régime*, a função de juiz era exercida pelos chamados *parlements*, sendo que a Magistratura francesa dessa época representava um verdadeiro direito de propriedade, tendo essa função o mesmo regime desse direito. Nessa época, a Magistratura era exercida como uma verdadeira atividade privada, sendo vendidos os seus serviços.

Em 1791, a Constituição francesa determinou que os juízes deveriam ser eleitos e seus cargos deveriam ser preenchidos de forma temporária. Entretanto,

em 1814, a Carta Constitucional francesa determinou que os juízes deveriam ser nomeados pelo rei. Com o sistema republicano, no ano de 1848, os juízes continuaram a ser nomeados, mas só que, desta vez, pelo presidente da República. A Constituição francesa, de 1958, não usa a expressão Poder Judiciário e sim autoridade judiciária.

Os Estados Unidos, por sua vez, desde o momento do seu rompimento com o Reino britânico, procuram identificar a Magistratura como verdadeiro Poder do Estado, tornando bem acentuada a separação dos poderes. A Magistratura americana mostrou seu papel ativo na garantia dos direitos de seus cidadãos.

Os juízes norte-americanos, principalmente, a partir da convicção do juiz John Marshall, então presidente da Suprema Corte americana, mostraram a todos seus cidadãos, bem como a todo o mundo, que o Judiciário é um Poder do Estado.

A Constituição americana estabelece diretrizes relativas à Magistratura federal, deixando os Estados federados com ampla liberdade para estabelecerem, cada um, o seu sistema.

No ano de 1801, o Congresso americano aprovou uma lei, chamada de *Judiciary Act*, a qual determinou, especialmente, que os juízes eram inamovíveis. Desde essa época, já se concedia aos juízes forte garantia para o exercício da judicatura.

Assim se desenvolveu a Magistratura, desde os primeiros juízes até o nosso Poder Judiciário de hoje. É claro que existiram várias outras formas do exercício dessa Magistratura. Entretanto, essas mencionadas foram aquelas que se destacaram ao longo dos séculos, e que, de uma maneira ou de outra, vieram a influenciar esta que conhecemos, nos dias atuais.

1.2. Ministério Público

Como lembra Hugo Mazzilli⁶, a expressão Ministério Público, de uma maneira mais genérica, já fora encontrada em textos romanos clássicos, referindo-se “a

todos os que, de qualquer forma, exercitam uma função pública”.

Mario Vellani⁷, mencionado por Mazzilli, indica-nos que a expressão francesa *ministère public*, referindo-se à instituição que ora analisamos, passou a ser usada “nos provimentos legislativos do século XVIII, ora designando as funções próprias daquele ofício público, ora referindo-se a um magistrado específico, incumbindo do poder-dever de exercitá-lo, ora, enfim, dizendo respeito ao ofício”.

Não é unânime a doutrina a respeito das origens do Ministério Público. Há autores que indicam suas raízes na Antiguidade. Contudo, a origem mais mencionada é aquela indicada por meio da Ordenança, de 25 de março de 1302, de Felipe IV, o Belo, rei da França, o qual determinou a seus procuradores que prestassem o mesmo juramento que os juízes faziam, sendo-lhes vedado defendem outros que não o próprio rei.

Como lembra Hugo Nigro Mazzilli, a criação desses procuradores do rei, com o seu mencionado juramento, leva-nos a crer que essa instituição já existia ao longo da história.

A Revolução Francesa chegou a dar a esses procuradores maiores garantias no exercício de suas funções e o Ministério Público, que hoje se conhece em França, é similar àquele previsto desde as leis napoleônicas.

Essa instituição existe em quase todas as nações civilizadas, sendo que sua inclusão no contexto político do Estado varia conforme as regras estabelecidas por eles.

2. A Magistratura e o Ministério Público brasileiros

2.1. O Poder Judiciário

Dentro da Constituição Federal é que encontramos as diretrizes básicas do Poder Judiciário pátrio. O Poder Judiciário brasileiro é formado, em quase sua totalidade, por magistrados de carreira, dentro

de órgãos estabelecidos no âmbito da própria Constituição brasileira. De acordo com o art. 92 de nossa Lei Maior, compõem a Magistratura Nacional os seguintes órgãos: o Supremo Tribunal Federal; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal.

A própria Constituição brasileira estabeleceu que haverá uma lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, para dispor acerca do Estatuto da Magistratura. Essa lei complementar deve trazer em seu bojo todas as normas que irão reger o Poder Judiciário como um todo. No entanto, é dentro do texto de nossa Constituição Federal que encontramos as diretrizes fundamentais, não só relativas a esse Poder, como a qualquer dos três poderes da República, trazendo ainda institutos básicos relativos ao exercício da Magistratura.

2.2. O Ministério Público

O Ministério Público brasileiro, igualmente como a Magistratura, é formado por diversos órgãos dispostos em uma carreira autônoma. Segundo definição contida no próprio texto constitucional (art. 127), podemos afirmar que Ministério Público “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

O art. 128 de nossa *Lex Mater* define os órgãos do Ministério Público. Segundo esse artigo, o Ministério Público abrange o da União e o dos Estados, sendo que o primeiro compreende o Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios.

Do mesmo modo como ficou estabelecido ao Poder Judiciário, a Constituição regula que o Ministério Público deve ser

regido por uma lei que estabeleça sua organização e funcionamento. Entretanto, é na *Lex Mater* que encontramos as diretrizes básicas da instituição, estabelecendo inclusive todas as funções institucionais de seus membros.

Destacamos que, por meio de nossa Constituição vigente, o Ministério Público atingiu um quadro de quase-Poder da República, sendo dotado de autonomia funcional e administrativa, tendo, inclusive, iniciativa de propor, junto ao Poder Legislativo, a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares (art. 127, § 2º da Constituição).

Os membros da instituição foram dotados de todas as prerrogativas que os magistrados possuem, tendo, como disse acima, uma carreira própria, completamente independente do Poder Judiciário.

3. A seleção dos magistrados e dos promotores de Justiça

No mundo todo, verificou-se que várias são as formas de seleção de magistrados. Como lembra o professor Dalmo Dallari⁸, “os métodos para a seleção de juízes estão relacionados com a concepção predominante do papel da Magistratura, em cada lugar e em cada época”. No mundo contemporâneo, o Poder Judiciário tem sido alvo de grandes manifestações acerca de como devemos selecionar os nossos juízes.

César Azabache apresentou uma relação que mostra 32 formas de seleção dos juízes, com base em pesquisa feita pelo juiz argentino Néstor Sagüés. Essa relação confirma que muitas são as formas de selecionar aqueles que vão exercer a atividade jurisdicional.

O professor Eugênio Raúl Zaffaroni é categórico em afirmar que o

“concurso público é o único procedimento democrático conhecido para selecionar os candidatos tecnicamente mais qualificados para qualquer função que requeira um

alto grau de profissionalidade. É o único método que garante o controle público e que, mesmo não garantindo o acesso dos melhores, pelo menos, com certeza exclui os piores”⁹.

No Brasil, conforme encontramos estabelecido em nossa Constituição, o ingresso na carreira do Poder Judiciário se faz mediante concurso público de provas e títulos, obedecendo-se, nas nomeações ao quadro inicial na carreira, à ordem de classificação (art. 93, inciso I, da Constituição brasileira)¹⁰.

O Ministério Público também guarda a mesma característica. O § 3º do inciso IX do art. 129 da Constituição brasileira estabelece que o ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

Vários são os autores que discutem as diversas formas de ingresso na carreira de juiz. E, segundo alguns, essa forma de seleção que a República brasileira adota é uma das mais vantajosas. O professor Dalmo Dallari¹¹ aduz que o processo de seleção que o Brasil adotou apresenta diversas vantagens; no entanto, ele afirma que aperfeiçoamentos não de ser introduzidos.

Nesses concursos públicos, em que são selecionados os juízes, há a participação efetiva dos advogados, tornando esse certame, portanto, um pouco mais democrático e mais participativo.

Notamos, também, que a abertura de inscrições a todos os brasileiros que se encontram dentro dos requisitos exigidos tem mostrado que tal liberdade de participação invoca os princípios democráticos norteadores da formação dos Poderes da República. Essa possibilidade de qualquer cidadão diplomado em Direito ter acesso a esses concursos parece-nos dar idéia de democratização na participação da formação desse Poder.

Temos exemplos, nas grandes democracias ocidentais, da utilização desse critério de seleção para a escolha dos

magistrados e promotores de Justiça. Rosa Maria B. B. de A. Nery¹² nos indica que, na Alemanha, o ingresso à Magistratura de carreira se faz mediante vários exames públicos de seleção, possuindo algumas características próprias, constantes na lei orgânica daquele país.

Entretanto, há alguns pontos nos nossos concursos que, em nosso sentir, merecem ser revistos, ou ao menos repensados.

O professor Dalmo Dallari nos mostra que, em concursos de ingresso à carreira do Poder Judiciário, não se tem exigido o requisito de maior experiência do candidato. Nas raras vezes em que se exige tal condição, tem sido feito apenas o critério de experiência no exercício de carreira jurídica. O professor Dallari nos mostra que deveria ser exigido uma idade mínima ao candidato que almeja ingressar à carreira da Magistratura. Segundo seu pensamento, a idade mínima poderia ser 35 anos, e de cinco anos, ao menos, de prática efetiva de alguma profissão jurídica.

Nesse sentido, comungamos com a idéia do professor Dalmo Dallari. Mesmo sabendo que essa regra proposta seria amplamente combatida pelos membros de tais carreiras, achamos ser um critério justo para o seu ingresso. Sabemos que a experiência galgada, no dia-a-dia das carreiras jurídicas, tem mostrado que, ao longo dos anos de trabalho, o profissional, como todo ser humano, amadurece a cada dia de labuta.

Não somente ao juiz, mas para o promotor de Justiça, também se deve exigir a idade mínima e um certo tempo de experiência profissional.

A idade e experiência mínimas de que fala o professor Dallari nos parecem ser razoáveis. Acontece que tais requisitos deveriam estar presentes na mente daqueles que se interessam pela formação do Judiciário ou do Ministério Público, uma vez que não nos mostra ser esse o pensamento deles. Na verdade, achamos que a idade mínima para o ingresso na carreira

de magistrado ou de promotor poderia ficar nos 27 anos, considerando que os jovens profissionais deixam os bancos acadêmicos por volta dos 23 anos de idade¹³, exigindo-se, é claro, a experiência mínima no exercício de carreira jurídica de que fala o professor Dalmo Dallari, lembrado anteriormente. Apenas achamos que tal experiência deveria ser de, no mínimo, três anos, e não de cinco como afirma o professor Dallari.

Apesar de termos ingressado na carreira do Ministério Público Estadual antes mesmo dessa idade referida pelo professor Dallari, como mencionamos anteriormente, entendemos ser uma exigência deveras coerente, posto que enfrentamos lides forenses de grande complexidade, ainda antes de atingirmos aquela faixa etária.

Muito embora seja a carreira de promotor de Justiça completamente independente à da Magistratura, o ingresso nos quadros do Ministério Público deve, como de fato tem acontecido no Brasil, possuir o mesmo modo de seleção que os magistrados, ressalvadas algumas peculiaridades próprias de cada carreira. Isso quer dizer que o candidato de qualquer dessas carreiras jurídicas deve ser submetido à mesma forma de concurso de ingresso, nos moldes aqui mencionados, desde que, é claro, busque-se enfatizar as matizes de cada uma dessas profissões jurídicas.

Não queremos aqui afirmar que o ingresso para a Magistratura e para o Ministério Público seja por meio de um único concurso com a opção posterior a uma dessas carreiras. Na verdade, quise-mos afirmar que esses concursos devem guardar uma similitude em face do tratamento semelhante que deve ser dado a essas duas carreiras jurídicas.

Além de tais critérios mencionados acima, nesses concursos de ingresso, achamos necessária a participação deles de um membro do Judiciário ou do Ministério Público. Isto é, nos concursos de juízes, deveria participar um membro do

Ministério Público e, para haver um tratamento isonômico, nos concursos de ingresso à carreira dos promotores de Justiça, deveria haver a participação de um membro da Magistratura.

Tal assertiva nos mostra necessária, em razão de que, como o Ministério Público fiscaliza a formação de dois dos poderes da República, por que não deve esse órgão participar da formação do terceiro deles, que é o Judiciário? Em cada eleição democrática, seja ela qual for, há sempre um juiz para comandá-la e um promotor na sua fiscalização. Isso nos mostra que, na formação dos Poderes Executivo e Legislativo, há sempre um membro do Ministério Público fiscalizando tanto o sufrágio, quanto a própria apuração.

Destarte, se o Ministério Público possui, entre outras, a função de defender o regime democrático, por qual motivo esse órgão não faz parte da seleção dos membros do Judiciário?

Além disso, partindo da idéia de que a carreira do Ministério Público também é importante para todo o funcionamento da Justiça brasileira, entendemos ser necessário que um membro da Magistratura faça parte do concurso de ingresso à carreira do Ministério Público. A presença de um membro da Magistratura no concurso de ingresso à carreira do Ministério Público parece adequada, a fim de haver um tratamento igualitário ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

O aspecto formal da realização, como tentamos mostrar acima, é fator de real importância na seleção dos magistrados. Entretanto, um outro aspecto de grande importância nessa seleção de magistrados e de membros do Ministério Público é a aferição do preparo intelectual dos candidatos a uma vaga desses cargos.

O professor Dalmo Dallari nos lembra que o candidato a um desses cargos não deverá apresentar apenas um razoável conhecimento técnico-jurídico, pois, em se verificando somente tal aspecto, ele nada

mais seria do que um perfeito burocrata. Verificamos, na verdade, que o candidato a juiz

“deverá demonstrar que tem condições para avaliar com independência, equilíbrio, objetividade e atenção aos aspectos humanos e sociais, as circunstâncias de um processo judicial, tratando com igual respeito a todos os interessados e procurando, com firmeza e serenidade, a realização da justiça”¹⁴.

Certamente, podemos mencionar tais pronunciamentos tanto para os candidatos ao cargo de juiz, quanto para os concorrentes ao cargo de promotor de Justiça.

Desse modo, notamos que, na grande maioria dos concursos que hoje temos assistido no Brasil para ingresso às carreiras da Magistratura e do Ministério Público, não se tem preocupado com essa formação humana do magistrado ou do promotor de Justiça. Pelo contrário, tais certames têm-se voltado a aferir o conhecimento técnico-jurídico de que mencionamos anteriormente. Na Magistratura brasileira, de um modo geral, verificamos que a seleção desses candidatos se mostra voltada apenas a buscar o conhecimento jurídico mínimo deles, deixando de lado outros aspectos importantíssimos, conforme destacamos anteriormente.

Para relembrar a necessidade de tais exigências no certame de concurso, podemos recordar as palavras do juiz José Renato Nalini, o qual, ao buscar a conscientização dos magistrados brasileiros, afirma que

“o magistrado integra uma elite que só chegou ao desempenho de uma função qualificada, considerada expressão da soberania nacional estatal, graças à exclusão de tantos outros milhões, despossuídos e desprotegidos pelo sistema. E diferentemente aquinhoado por este, parece razoável que a nacionalidade

dele exija um *plus* no desempenho de sua função, no exercício da cidadania e na produção intelectual de alternativas de aperfeiçoamento de sua missão e de toda a sociedade”¹⁵.

Atualmente, em quase todos os concursos jurídicos, e mais especialmente aos de provimento dos cargos de juiz e de promotor de Justiça, há o chamado exame psicotécnico, em que profissionais analisam detidamente a conduta de determinados candidatos que já se encontram na fase final do certame, buscando perceber se esse cidadão preenche os requisitos necessários para exercer a judicatura ou o mister de promotor. A legislação orgânica da Magistratura nacional prevê que os candidatos deverão ser submetidos a exames de sanidade física e mental, conforme o § 2º do art. 78 da Lei Complementar n. 35, de 14-3-79.

Ao seu turno, a lei nacional do Ministério Público não menciona expressamente a necessidade de exames físico e mental de candidato àquela carreira; no entanto, entendemos que esse exame se faz necessário em virtude da própria carreira ministerial, bem como por se tratar, ainda, de ingresso a cargo público, ao qual se deve exigir tais requisitos.

Entretanto, não há nenhuma delimitação de como seriam esses exames de sanidade física e mental, ficando eles ao arbítrio de cada comissão de concurso, obviamente, tomando-se por base os padrões normais de sanidade mental a serem exigidos a qualquer cargo público.

O que a nossa experiência nos tem mostrado é que tal exame psicotécnico não possui um regulamento único em que os profissionais incumbidos de examinar os candidatos possam guiar-se para analisar a conduta de cada um deles.

Destarte, deve pois a legislação nacional estabelecer parâmetros a serem observados por profissionais ao realizarem esse exame psicotécnico, fazendo com que tais padrões sejam já conhecidos pelos candi-

datos, padrões esses exigidos na conduta do juiz e do promotor de Justiça, no dia-a-dia de seus afazeres institucionais.

Além de tais requisitos, deve o candidato, antes de ser nomeado juiz ou promotor, freqüentar cursos de formação, os quais, a nosso ver, devem constituir pré-requisitos para que o interessado possa ser nomeado juiz ou promotor de Justiça. Sobre esse último requisito, trataremos dele ao longo do tópico seguinte, relativo aos órgãos de formação e atualização dos magistrados e dos membros do Ministério Público.

4. A Escola de formação e atualização dos juízes e dos promotores

Por ser o Poder Judiciário composto por juízes profissionais, integrantes de uma carreira jurídica, tem sido uma preocupação latente daqueles que procuram estudar a atuação desse Poder a formação adequada e a devida atualização dos magistrados componentes dessa carreira.

Há grandes debates sobre como deve ser a formação dos candidatos ao exercício da Magistratura. Será que, hodiernamente, esses candidatos possuem a formação adequada para judicatura? E se, após o ingresso em tal carreira, este profissional do Direito recebe a devida atualização, a fim de que seu trabalho corresponda aos verdadeiros anseios de nossa sociedade contemporânea? Para aqueles que tentam buscar uma Magistratura capacitada a enfrentar os litígios dessa sociedade atual, enormes dúvidas surgem na tentativa de trazer as respostas aos questionamentos formulados acima.

Não temos dúvida de que ao magistrado do final do século XX é necessária uma formação específica, não aquela genérica correspondente a todos os profissionais do Direito. Deve o juiz de nosso tempo ter aquela formação mais humana que tanto nos referimos anteriormente. Formação essa que não se prende apenas ao conhecimento técnico-jurídico essencial

para desvendar as lides processuais. O magistrado necessita ter conhecimento mais amplo do mundo que o cerca. É primordial estar ele em perfeita sintonia com o sistema jurídico que é utilizado na composição dos litígios colocados a sua análise. E mais, por fim, precisa ele ter a noção da dimensão exata dos reclamos daqueles que necessitam de suas atribuições.

Desse modo, é fundamental ao magistrado possuir, além da formação jurídica mínima, uma formação complementar para exercer com segurança a carreira jurídica que desejou abraçar. Isso, na verdade, não representa benefício ao magistrado, mas, sim, segurança aos próprios cidadãos que irão receber a prestação jurisdicional ofertada pelo Estado, no momento do reclamo processual.

Daí surgem, então, novos questionamentos. A quem estaria incumbida a formação específica desses magistrados, aos Tribunais ou aos bancos acadêmicos? Encontram-se as Cortes estaduais e federais perfeitamente conscientes desse papel?

Tal preocupação não se deve prender simplesmente à formação do candidato à Magistratura, mas também à formação do candidato ao Ministério Público.

Pelos diversos motivos que tentamos mostrar acima, o candidato ao cargo de promotor de Justiça deve ser tratado de modo semelhante àquele bacharel em Direito que deseja exercer a judicatura. Isso nos mostra que tanto o Ministério Público, quanto o Poder Judiciário devem estar efetivamente preocupados na formação dos bacharéis que chegam para o ingresso aos seus quadros.

Atualmente, em nosso sentir, o Judiciário e o Ministério Público começaram a mostrar preocupação com a existência dessas escolas especializadas em selecionar e aperfeiçoar o juiz e o promotor.

A Constituição brasileira, no seu art. 93, prevê a edição de lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal,

que deverá dispor acerca do Estatuto da Magistratura, o qual deverá observar algumas diretrizes contidas em onze incisos desse artigo. Dentro desses princípios, encontramos a aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento, contido na letra “c” do inciso II. O outro importante princípio é o contido no inciso IV, o da previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira.

Notamos, pois, que o legislador constituinte, voltado a essa problemática da seleção e formação do magistrado, preocupou-se com a formação do candidato a ingresso à magistratura, bem como o aperfeiçoamento dos juízes, por meio da previsão de escolas oficiais especialmente concebidas com esse fim específico.

Como nos ensina José Renato Nalini, “a Escola da Magistratura é o instrumento, por excelência, de aprimoramento do Juiz e da função jurisdicional, o conduto elaborador de uma nova doutrina sobre o Poder Judiciário e de transformação do Juiz, de ente circunscrito ao seu universo hermético, em agente político no sentido grego da expressão, capaz de modificar a realidade enquanto garante a fruição dos direitos ao homem e à comunidade”¹⁶.

Notamos ainda que, dentro da Constituição brasileira, na parte relativa ao Ministério Público, não houve a previsão de existência de escolas oficiais reconhecidas, nos moldes dos dispositivos referentes ao Poder Judiciário. Entretanto, o § 4º do art. 129 previu a aplicação à carreira do Ministério Público da alínea “c” do inciso II do art. 93 (importância da frequência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento), a que nos reportamos acima. Muito embora não

estabeleça a possibilidade de criação de Escolas Oficiais especializadas no preparo, formação e aperfeiçoamento de promotores de Justiça, entendemos ser esses estabelecimentos essenciais para a atuação funcional do membro do *parquet* brasileiro¹⁷.

Além disso, achamos que já chegou o momento, na vida jurídica nacional, de possuímos Escolas da Magistratura e do Ministério Público diretamente ligadas à seleção e aperfeiçoamento dos membros dessas duas carreiras jurídicas. Antes de ingressar nas respectivas carreiras, os candidatos deveriam freqüentar os cursos oficiais oferecidos por aquelas Escolas, onde, sem a freqüência e o aproveitamento dos mesmos, os concorrentes não poderiam vir a se tornar juízes e promotores de Justiça.

Para isso, não só o Poder Judiciário, como os demais poderes deveriam estar empenhados na criação e manutenção dessas Escolas Oficiais.

José Renato Nalini nos recorda que há uma proposta de projeto de lei elaborada pelo ministro Sydney Sanches, por determinação do Supremo Tribunal Federal. No projeto, há imposição à União, Estados e Distrito Federal de deveres dentro do sistema de formação dos respectivos magistrados. Nele, segundo Nalini, propõe-se que a formação do magistrado seja realizada dentro de cursos de preparação e aperfeiçoamento ministrados em centros de estudos ou escola especializada¹⁸.

Dentro desse projeto, há também a previsão da existência de um Centro Nacional de Estudos Judiciários, criado junto ao Supremo Tribunal Federal, com competência para definir,

“com a colaboração dos Tribunais e de Associações de Magistrados, as diretrizes básicas para a formação dos juízes e a modernização dos serviços judiciários. Além de promover cursos, congressos, simpósios e conferências, o Centro Nacional administrará o Banco de Dados do

Poder Judiciário, acervo de informações que permitirá o traçado e desenvolvimento da política brasileira de administração e aperfeiçoamento da Justiça”¹⁹.

Ressaltamos ainda que, no âmbito do Ministério Público, há uma preocupação com a formação dos novos promotores de Justiça. Temos conhecimento de que, no mês de agosto do ano de 1997, foi criado o Colégio de Diretores das Escolas Superiores e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos dos Estados e Distrito Federal, com a aprovação de Estatuto e de Regimento Interno.

É objetivo desse Colégio, entre outros: promover o intercâmbio entre as Escolas Superiores e os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público; firmar convênios com entidades públicas e privadas, nacionais ou estrangeiras; e realizar congressos, seminários, palestras e eventos técnico-culturais com a finalidade de aprimorar a capacitação profissional dos membros do Ministério Público e seus serviços auxiliares, mediante a intercomunicação de idéias e informações.

Portanto, é essencial que a Magistratura e o Ministério Público nacionais possuam órgãos de formação dos integrantes de suas carreiras. É essencial, inclusive, a participação dessas escolas ou centros na seleção dos candidatos ao cargo de juiz e de promotor de Justiça. Devemos ter, dentro do certame público de ingresso, uma etapa promovida por esses centros, desenvolvida por meio de estágio por todos os órgãos de funcionamento do Poder Judiciário e do Ministério Público, com um conhecimento mais profundo de todas as atividades neles existentes.

Entretanto, deixamos claro que as carreiras do Ministério Público e da Magistratura devem continuar distintas uma da outra. Desejamos que esses órgãos mencionados no parágrafo anterior sejam distintos dentro de cada carreira jurídica, isto é, deve o Ministério Público possuir

seu próprio órgão formador, assim como a Magistratura.

O que deve haver, na verdade, é um intenso intercâmbio entre esses órgãos, a fim de que possamos ter uma perfeita distribuição da atividade jurisdicional por todo o nosso País.

E, para finalizar esse tópico, não podemos deixar de mencionar a necessidade de esses centros e escolas estarem diretamente ligados no aprimoramento da carreira do promotor e do juiz. Devem esses profissionais de Direito passar por cursos obrigatórios, ofertados por esses estabelecimentos, sem os quais os mesmos não poderão vir a obter promoção ao longo de suas carreiras.

Os magistrados e os promotores, a nosso ver, devem ser submetidos a cursos obrigatórios, com frequência e aproveitamento suficientes, a fim de que eles possam obter a devida ascensão nos diversos postos dentro de suas carreiras.

Nesse momento, deverão o Ministério Público e o Judiciário mobilizar-se para criarem tais cursos e identificarem em que momento das respectivas carreiras eles seriam necessários. Esse pensamento tem a finalidade de forçar o magistrado e o membro do Ministério Público a obterem um constante aprimoramento profissional, bem como uma real atualização de suas atribuições, fazendo com que eles possam ofertar ao País serviços mais condizentes com a realidade que os cerca.

Havendo juízes e promotores bem formados e devidamente atualizados, muito maior será a possibilidade de afirmação desses órgãos junto aos poderosos que tentarem desvirtuar o exercício profissional dessas carreiras.

5. O Direito estrangeiro

5.1. O Judiciário e o Ministério Público franceses

A Constituição francesa de 1958 garante o respeito pela independência da autoridade judiciária, porém notamos que

ela não designou o corpo de juízes do Estado francês de Poder Judiciário. Na verdade, ele foi chamado, como dissemos anteriormente, de *autorité judiciaire*. Mesmo tendo o texto constitucional afirmado que a independência do juiz corresponde a um princípio de valor constitucional, dando então um tratamento de Poder do Estado, esta última Constituição não o chamou propriamente de Poder Judiciário, mas sim de autoridade judiciária²⁰.

O Judiciário francês é composto, basicamente, pelos *Magistrats du siège*, que são os juízes propriamente ditos, e pelos *Magistrats debouts*, que correspondem aos membros do Ministério Público, os quais são agentes do Poder Executivo junto aos Tribunais. Estes últimos, apesar da característica de serem agentes do Executivo, são fundamentalmente considerados “Magistrados”. Vale a pena ressaltar, ainda, que existem outros magistrados que não são de carreira, mas que não serão objeto de nosso estudo.

Como mencionei acima, genericamente, os juízes (*Magistrats du siège*) e os membros do Ministério Público (*Magistrats du parquet*) franceses são todos considerados magistrados, tendo ingresso por meio de um mesmo certame de concurso, mas os do *parquet* não possuem algumas prerrogativas que os juízes possuem. No entanto, em compensação, eles possuem algumas peculiaridades em sua carreira que os juízes não têm.

Após a Constituição francesa de 1958, houve uma ampla reforma no sistema judiciário francês, resultante da *Ordonance* nº 58-120, de 22-12-58, que trouxe as novas idéias gerais acerca do recrutamento e composição da magistratura francesa.

Essa legislação trouxe duas regras básicas à magistratura francesa. A primeira delas foi a unificação do regime de recrutamento e formação dos magistrados franceses, na qual a magistratura cingiu-se, tendo um só conjunto de regras rela-

tivas ao concurso e preparo dos juízes e membros do *parquet*. A segunda idéia foi a criação do Centro Nacional de Estudos Judiciários²¹, em que todos os candidatos deveriam passar um certo período (dois a três anos), para depois exercerem suas funções na Magistratura.

Isso nos mostra que o ingresso na carreira se faz mediante concurso público de provas escrita e oral, no qual o candidato aprovado inicia seus estudos no Centro para posteriormente vir a se tornar magistrado. Quando o candidato é aprovado, ele passa a ser *auditeur de Justice*, que é uma espécie de auxiliar judiciário, função que exerce durante todo o curso realizado no Centro. Após a realização desse curso, o *auditeur de Justice* que obtiver aproveitamento desse estágio dentro do Centro é que poderá exercer o cargo de magistrado (juiz ou promotor de Justiça).

Notamos, pois, que esse curso realizado pelos candidatos a magistrados (*du siège* ou *du parquet*) é requisito essencial para se tornar juiz. Há uma nítida preocupação da Justiça francesa na formação dos seus juízes, preocupando-se com a preparação deles para o exercício de seus misteres.

Com essa unificação do corpo judiciário, buscando um recrutamento único, a França obtém uma formação única e específica do diplomado em Direito para o exercício da função judicante ou da função de promotor de Justiça. Durante o curso no Centro Nacional é que se pode verificar a tendência do candidato para a judicatura ou para o Ministério Público.

Ressalte-se que, muito embora tenha o juiz e o promotor o mesmo certame de ingresso, com o posterior estágio no Centro Nacional de Estudos Judiciários, o juiz trabalha sob a égide do Conselho Superior da Magistratura francesa, órgão de direção, e o “Magistrado do Ministério Público Francês” possui carreira subordinada a uma Comissão de Disciplina do *parquet*.

A nomeação e promoção do juiz se fará pelo presidente da República francesa, por proposição do ministro da Justiça, após parecer preliminar do Conselho Superior da Magistratura. Já a do membro do Ministério Público obedece apenas à proposição do ministro da Justiça.

Henry Solus e Roger Perrot lembram que os promotores de Justiça franceses são considerados verdadeiramente magistrados, que tanto o juiz pode vir a pertencer ao quadro do *parquet* posteriormente, quanto o “promotor” francês pode vir a exercer a função de juiz, mesmo havendo inúmeras diferenças entre as duas carreiras. Em razão dessas diferenças, há autores que entendem ser preferível haver duas carreiras distintas, com seleção e formação independentes uma da outra. Esses dois professores franceses, no entanto, lembrando as palavras de Morel, entendem que, se isso acontecesse, ou seja, se suas carreiras fossem distintas, “o prestígio dos membros do Ministério Público poderia perder-se”²².

Em razão dessa afirmativa, é forçoso concluir que as duas carreiras unidas fazem com que haja um fortalecimento de ambas.

5.2. O Judiciário e o Ministério Público alemães²³

O Poder Judiciário e o Ministério Público alemães constituem órgãos independentes e autônomos, muito embora o certame de concurso para ingresso nessas carreiras seja um só.

A Magistratura, na Alemanha, é exercida por meio de juízes de carreira e de juízes honorários. O procedimento de seleção e de nomeação dos juízes de carreira é regido pela Lei Orgânica da Magistratura alemã. A aptidão para o exercício da judicatura é averiguada por meio de duas fases distintas, terminando, cada uma delas, por meio da realização de um chamado Exame do Estado, proferido em dois momentos.

Dentro dessa primeira fase, o candidato é obrigado a freqüentar, no mínimo, três anos e meio de estudo de Direito em universidade e, no término desse primeiro momento, deve ser aprovado em exame final, chamado de 1º Exame do Estado. Após aprovação nesse exame, o candidato está habilitado ao exercício do serviço de preparação, que deve ser realizado pelo pretendente a ingressar na Magistratura, dentro do período de dois anos, entre o 1º e o 2º exames.

Segundo lembra Rosa Maria de Andrade Nery, o candidato deve permanecer, no mínimo, três meses em cada serviço de preparação, quais sejam: um órgão da jurisdição civil, um órgão da jurisdição penal, Ministério Público, etc.²⁴.

Depois desse estágio de preparação (que pode ser perante órgão da administração ou órgãos jurisdicionais), o candidato se submete ao 2º Exame do Estado. Há outra sistemática, menos comum, prevista na Lei Orgânica, segundo a qual a seleção se faz de uma só vez, exigindo-se que o pretendente cumpra cinco anos e meio de serviço de preparação e, ao final, a aprovação do 2º Exame do Estado²⁵.

Após a aprovação desse exame, o candidato poderá ser nomeado assessor. O candidato aprovado tanto pode ser nomeado juiz em estágio probatório, quanto auxiliar do Ministério Público.

De acordo com a Lei Orgânica da Magistratura alemã, dentro dos dois primeiros anos de estágio probatório, o juiz ou promotor de Justiça pode ser dispensado sem motivo algum. Já após o terceiro e quarto anos, ele somente poderá ser dispensado se houver prova de insuficiência ou inaptidão ao cargo. No quinto ano de período de prova, o magistrado terá direito a ser nomeado juiz ou promotor de Justiça vitalício.

Os juízes federais são indicados pelo ministro da Justiça, sendo que os federais são nomeados pelo presidente da República e os estaduais pelo mais alto órgão do Estado²⁶.

O Ministério Público alemão é um órgão independente das Cortes alemãs. Entretanto os promotores de Justiça não possuem a independência conferida aos juízes pela Constituição alemã, ficando os membros do Ministério Público alemão sob a autoridade e fiscalização dos órgãos superiores da administração da Justiça. Segundo Rosa Maria de Andrade Nery, há autores alemães, na atualidade, que criticam essa submissão do promotor de Justiça às ordens de superiores hierárquicos (órgãos superiores de administração da Justiça)²⁷.

Pelo que podemos verificar, o juiz e o promotor de Justiça, muito embora tenham carreiras distintas, estão subordinados ao mesmo certame de concurso público. Ressalte-se também que o candidato ao ingresso a essas carreiras é submetido a um longo curso de treinamento junto aos órgãos em que atuará posteriormente, dando-se ênfase à formação do promotor e do juiz.

Conclusão

A seleção dos magistrados e dos promotores de Justiça brasileiros feita por meio de concurso público de provas e títulos é, sem sombra de dúvidas, uma das formas mais democráticas de que se tem conhecimento para escolha daqueles que desejam exercer essas ditas carreiras jurídicas. Entretanto, verificamos que a forma pela qual o concurso público vem sendo realizado atualmente necessita ser repensada. Não se trata de modificação do modo pelo qual os candidatos devam ser submetidos ao exame. Na verdade, deve o concurso público se valer de novos aprimoramentos que, a nosso ver, trarão a adaptação desse sistema de escolha aos tempos hodiernos.

O Judiciário e o Ministério Público devem laborar juntos nessa nova empreitada. Lembramos, novamente, que não estamos pretendendo a fusão das duas carreiras jurídicas, isto é, a de promotor e

a de juiz. E não temos a intenção de dar à Magistratura e ao Ministério Público um só órgão dirigente e fiscalizador.

Queremos, sim, que essas duas carreiras jurídicas evoluam em conjunto, para que o principal destinatário dessa atividade – que é o povo brasileiro – receba a prestação jurisdicional que merece.

Para que possamos chegar a tal nível de desenvolvimento, muitas modificações hão de ser pensadas pelos operadores do Direito. E, caminhando nessa trilha, propomos algumas sutis considerações no critério de seleção de magistrados e de membros do *parquet*. São elas:

1. o critério de escolha inicial deve continuar baseando-se no concurso público de provas e títulos;

2. os concursos da Magistratura e do Ministério Público devem ser analisados em conjunto, posto que qualquer modificação a ser estudada no modo de fazer dessa seleção deve ser pensada conjuntamente;

3. como indica o professor Dalmo Dallari, o juiz (e mesmo o promotor de Justiça) deve ingressar na respectiva carreira jurídica com uma certa idade própria, que espelhe a existência de uma experiência de vida e de serviço ao Direito. Propomos então que o candidato ao ingresso nessas referidas carreiras jurídicas deva possuir, no mínimo, 27 anos de idade e três anos de experiência em carreira jurídica;

4. deve o candidato ao cargo de juiz e de promotor, após aprovação inicial no concurso público respectivo, ser submetido a um curso específico de preparo para a Magistratura e para o Ministério Público, sendo o aproveitamento nesse curso pré-requisito para que o mesmo possa ser nomeado juiz ou promotor de Justiça;

5. o Poder Judiciário é o único Poder da República brasileira em cuja seleção de seus membros não há a participação de membro do Ministério Público como órgão fiscalizador. O Ministério Público, como

instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe, entre outras coisas, a defesa do regime democrático, deve participar diretamente da seleção dos membros da carreira dos juizes, tomando parte nos concursos públicos de ingresso ao Poder Judiciário. Em contrapartida, pelas razões afirmadas neste trabalho, entendemos ser necessário que um membro do Poder Judiciário participe do concurso de ingresso para a carreira do Ministério Público;

6. o candidato à carreira da Magistratura e do Ministério Público deve ter, além da formação jurídica básica de todo bacharel em Direito, uma formação especializada que condiga com os anseios da sociedade que o cerca, formação essa que deve trazer uma preparação mais humana do candidato, propiciando-lhe uma visão mais completa, tanto do fenômeno jurídico, quanto do fenômeno existencial, fazendo com que o julgador (e podemos afirmar também o promotor) seja dotado de instrumentos de menor imperfeição no cumprimento da árdua labuta de dar a cada um o que é seu²⁸;

7. dentro do concurso de ingresso, o exame psicotécnico ao qual é submetido o candidato deve ser cercado de normas a serem observadas pelo profissional aplicador, a fim de que o candidato possa ser analisado dentro de padrões pré-constituídos e previamente conhecidos pelo próprio candidato. Isso se torna necessário, porque, se o candidato não preencher os níveis anteriormente estipulados, pode, ao longo do período probatório, mostrar se seu comportamento, humano e profissional, enquadra-se nos padrões mínimos exigíveis para futuro promotor ou magistrado;

8. por fim, o juiz e o promotor de Justiça, ao longo de suas carreiras, devem ser submetidos a cursos oficiais obrigatórios de aperfeiçoamento, proporcionados pelas Escolas da Magistratura e do Ministério Público, sem os quais não seria

possível galgarem as devidas promoções até os últimos graus dessas mencionadas carreiras. Esses cursos, por seu turno, deveriam representar modo de verdadeiro engrandecimento profissional ao juiz ou ao promotor, a fim de que possa haver uma perfeita atualização profissional e devida adequação deles às mudanças sofridas no meio social que os cerca e seus reflexos no mundo jurídico.

É natural que tais ponderações não representem únicas maneiras de vermos a Magistratura e o Ministério Público nacionais, perfeitamente adaptados aos padrões jurídico-sociais contemporâneos para o exercício de suas diversas atividades. No entanto, representam algumas propostas a serem refletidas por aqueles que desejam enxergar uma atividade jurisdicional pronta a resolver os reclamos da sociedade brasileira.

E gostaríamos de finalizar o presente trabalho trazendo as palavras proferidas pelo ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, em recente discurso na cidade do Recife, acerca do papel do magistrado brasileiro contemporâneo:

“O Magistrado rompe a sua postura tradicional de alienação a pretexto de falsa neutralidade e assume francamente o seu comprometimento com a construção da democracia, feita não apenas do respeito às formas, mas também da efetivação dos pressupostos da cidadania, inconciliáveis com a miséria e exclusão”²⁹.

Notas

¹ PAOLI, Ugo Enrico. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino : UTET, v. 10, 1964. p. 29.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 9.

³ DOMINICIS, M. Antonio de. In: *Novissimo digesto italiano*, Torino, UTET, v. 10, 1964. p. 33-4.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano*. 2. ed. São Paulo : RT, 1966. p. 301.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit., p. 12.

⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.

⁷ *Apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. op. cit., p. 4.

⁸ DALLARI, Dalmo. op. cit., p. 21.

⁹ ZAFFARONI, Raúl. Dimension política de un poder judicial democratico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : Revista dos Tribunais. n.4, p. 27.

¹⁰ Sabemos que há ingresso, nas Cortes Judiciárias brasileiras, de membros do Ministério Público e de Advogados por meio de uma seleção diversa do concurso público de provas e títulos, mas que não é objeto do presente trabalho.

¹¹ DALLARI, Dalmo. *ibidem*, p. 25.

¹² NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Notas sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental. In: *Justitia*. São Paulo, Procuradoria-Geral de Justiça e APMP, n. 136, 1986. p. 69.

¹³ Chegamos a essa idade apenas por meio de nossa experiência acadêmica, não estando respaldada em nenhuma informação oficial de qualquer natureza.

¹⁴ DALLARI, Dalmo. op. cit., p. 26.

¹⁵ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo : RT, 1994. p. 17.

¹⁶ NALINI, José Renato. *Recrutamento e preparo de juízes*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 99.

¹⁷ A maioria dos Ministérios Públicos estaduais já possuem a sua Escola Superior, atuando, definitivamente, no aperfeiçoamento dos promotores e procuradores de Justiça.

¹⁸ *Apud* NALINI, José Renato. *Recrutamento e preparo de juízes*. p. 97.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

²⁰ BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris : Lib. Générale de Droit e de Jurisprudence, 1988. p. 664-665.

²¹ Atualmente, segundo afirmação de José Renato Nalini, este Centro foi transformado, desde 1970, na Escola Nacional da Magistratura. In: *Recrutamento e Preparo dos Juízes*. p. 44.

²² SOLUS, Henry e PERROT, Roger. *Droit Judiciaire Privé*. Paris : Sirey, tome I, 1961. p. 716.

²³ O presente capítulo tem por base o trabalho realizado em Erlangen, então República Federal da Alemanha, no período de 1985/1986 (antes da unificação alemã), pela Dr^a. Rosa M^a. Barreto Borriello de Andrade Nery, intitulado “Notas sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental”, já citado anteriormente. O termo “alemão” utilizado no presente trabalho está relacionado exclusivamente à antiga República Federal da Alemanha.

²⁴ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Ob. cit., p. 69.

²⁵ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *ibidem*, p. 69.

- ²⁶ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *ibidem*, p. 70.
- ²⁷ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *ibidem*, p. 82.
- ²⁸ NALINI, José Renato. *Recrutamento de juízes*. p. 126.
- ²⁹ Trecho do discurso proferido pelo ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, na Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, publicado no artigo de Freitas, Silvana de. Sepúlveda condiciona sua candidatura a apoio de Lula. In: *Folha de S. Paulo*, 29.10.97, Caderno 1, p. 4.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- DOMINICIS, M. Antonio. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino : UTET, v.10, 1964.
- FREITAS, Silvana de. Sepúlveda condiciona sua candidatura a apoio de Lula. In: *Jornal Folha de S. Paulo*. São Paulo, 29.10.1997.
- MAZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Notas sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental. In: *Justitia.*, São Paulo : Procuradoria-Geral de Justiça e APMP, n. 136, 1986.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à Justiça*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Recrutamento e preparo de juízes*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- PAOLI, Ugo Enrico. In: *Novissimo digesto italiano*. Torino : UTET, v. 10, 1964.
- SOLUS, Henry, PERROT, Roger. *Droit Judiciaire Privé*. Paris : Sirey, Tome I, 1961.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dimension Política de um Poder Judicial Democrático. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, n. 4, 1993.

Bibliografia

- BRASIL. Estatuto e Regimento Interno do Colégio de Diretores das Escolas Superiores e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos dos Estados e Distrito Federal.
- BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris : Lib. Générale de Droit e de Jurisprudence, 1988.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Romano*. 2ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1966.